

**SEGUNDA PARTE**  
**LA VOLUNTAD EN LA POSESION**

## PROLOGO

Cumplo ahora una promesa que hice veinte años ha, al publicar mi Tratado sobre *La Protección posesoria*, en mis *Anales* (V. 9., p. 2). Este Tratado anunciábase entonces como un primer estudio sobre la *Teoría de la Posesión*, al cual deberían seguir otros tres: sobre la naturaleza jurídica de la posesión, sobre el *animus domini*, y sobre el *constitutum possessorium*. He renunciado definitivamente al primero y al tercero, respecto de cuyos asuntos he tenido ocasión, posteriormente, de exponer mis opiniones (1); ocasión que no se me ha presentado para el segundo estudio; cosa que además no hubiera sido posible de no tratar el *animus domini* muy de pasada (2). Se requería, en verdad, reunir una porción de materiales tomados de las fuentes, hacer la crítica detenida del derecho imperante, tanto desde el punto de vista de los principios, cuanto desde el punto de vista del procedimiento y de la legislación, sin olvidarse tampoco del aspecto histórico que tan valiosas indicaciones procura.

El *animus domini* señala el punto de partida de mis vacilaciones acerca de la exactitud de la teoría de la posesión de Sa-

---

(1) Véase, acerca del primero, *El espíritu del derecho romano*, tomo 4.º, pág. 363 y siguientes, y en el presente libro, al final del cap. V; acerca del tercero, ver en este mismo libro el cap. X.

(2) Véase la nota 11 del cap. IX del presente libro

vigny Leyendo las fuentes, me he encontrado con textos que no es posible armonizar con ellas, y de los cuales he hablado en el cap. XV. Tales textos produjeron en mí la convicción de que, para determinar ante las condiciones legales exteriores de la posesión, o del *corpus*, si hay posesión o tenencia, en materia de posesión derivada, lo decisivo, en mi concepto, aunque sea en contra del sentimiento y de la intención de las partes, no es la diversidad de la voluntad de poseer, sino la naturaleza de la relación existente; la *causa possessionis* o el momento causal de la posesión, como yo la llamo. Esta opinión data de los primeros años de mi enseñanza académica, y recuerdo perfectamente haberse la comunicado al hoy difunto Marezoll, sin que, no obstante, hubiera logrado convencerle.

En un principio vacilé antes de introducir esta doctrina en mis cursos, considerando necesario someterla a un largo y detenido examen. Luego que hubo resistido completamente todas las pruebas, pensé que no había ya motivo alguno de vacilación para enseñarla en mi curso de Pandectas, si bien persistí en omitirla, aunque por razones meramente dialécticas, en mi curso de Instituciones.

Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la *Teoría de la causa*, y en esta obra, en el cap. IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba.

Me he visto obligado a mencionar ese primer aspecto de mi teoría, porque la parte esencial de ella fué lanzada a la publicidad, con su propio nombre, por uno de mis antiguos discípulos de Giessen (de 1852 a 1868), Procurador imperial en Leipzig, M. Reuling, en un artículo crítico inserto en la *Zeitschrift für*

*Handelsrecht*, V. 17, páginas 320 y siguientes (1872). A instancia mía, me hizo saber que tiene la convicción de haber formado por sí mismo su opinión, de un modo totalmente independiente, y como me dice que no ha escrito mi curso, no veo en ello nada de extraño. ¿Cómo saber, en verdad, cuándo germina la semilla lanzada en nuestro campo por mano ajena? Yo no pongo en duda, de ninguna manera, lo que me afirma; pero me he considerado en el deber de hacer valer mi derecho de prioridad para evitar la censura de no haber mencionado a un autor que me ha precedido en el camino que yo sigo. Es el único de quien pueda hablarse en este caso: todos los demás se atienen, aun en principio, a la condición de una voluntad de poseer especial para la posesión.

Los cuadernos que otros de mis discípulos han escrito por esta época, y en los cuales se encontrará, no sólo la parte esencial de mi opinión, reproducida por Reuling, sino también todos los materiales de que yo me he servido para justificarla, disiparán toda duda acerca del hecho que indico.

La publicación de mi teoría en una Revista jurídica extranjera, por uno de mis oyentes extranjeros, en estos últimos años, no puede ni debe preocuparme, pues no tengo por qué temer por ese lado que se discuta superioridad.

Mi obra anuncia, desde luego, por su doble título mismo, que no ha querido contraerse a la mera construcción de la Teoría de la voluntad en la posesión. Esta tarea no hubiera sido de suficiente importancia para entretener mi trabajo, y separarme del estudio de otros problemas más graves, que desde tiempo ha reclaman mi atención y excitan mi curiosidad. No podía prometerme un resultado práctico; la práctica, en efecto, podía prescindir de mi trabajo, porque con un tacto muy fino había entrado ya en el camino que yo quería indicarla. El único re-

sultado que mi trabajo puede tener para ella, es hacerle reconocer que, hasta en teoría, he tenido razón. El proyecto de Código civil, que, entretanto, me vino a proporcionar una ocasión inesperada de hacer una aplicación práctica de mi teoría, no se había publicado en esta época.

Todas estas consideraciones me hubieran contenido de escribir este libro, si el plan del mismo hubiera tenido que desarrollarse en los límites indicados. La autorización que acostumbro a dar a mis oyentes para publicar con mi nombre las ideas que yo profeso, después de mi muerte, o aunque sea en vida, previo el correspondiente permiso, me hacían creer que había hecho lo suficiente, para que un día mi teoría del *animus domini* llegara a conocimiento del público. Los materiales que yo les he proporcionado, aun cuando queden muy por debajo de los que he reunido en esta obra, bastan, no obstante, para que el mundo jurídico pueda formar su juicio acerca de esta teoría. Si, a pesar de todo, me he decidido a elaborar la teoría de que se trata, es sólo con el propósito de hacer resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del derecho: el *método formalista* o *dialéctico*, y el *método realista* o *teleológico*.

En un principio tuve la intención de determinar, al fin de este trabajo, la oposición de los dos métodos, y a este efecto había escrito ya un capítulo final. Pero la materia tratada adquiriría un desenvolvimiento tal, que hubiera alargado con exceso el libro.

En vista de esto, me ha parecido más conveniente dejar para más tarde esta explicación de principios; por otra parte, el lector que siga atentamente mis demostraciones no advertirá su falta.

Aunque en mi juventud fui entusiasta partidario de la ten-

dencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y al fin no he dejado un momento de combatirla. Primeramente lo hice en varios artículos publicados sin dar mi nombre, anónimos (1)—1861-1863—(2); más tarde, en mi *Espíritu del derecho romano* (V. IV, § 60; 1864); luego, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1867), y, por último, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Esta misma convicción es la que me ha inspirado la idea de una gran obra, titulada: *Zweck im Recht* (El fin en el Derecho). Para acabar con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que en derecho la idea de fin es la única potencia creadora, y que el imperio que se atribuye la lógica es usurpado. La imposibilidad, que en el curso de esta última obra he podido advertir, de limitar exclusivamente mi demostración al derecho, me ha llevado al terreno de la moral y de las costumbres, para completar allí también esta idea. Según su forma actual, la obra debería realmente titularse: *Das teleologische System der sittlichen Weltordnung* («El sistema teleológico del orden moral del mundo»). En el último capítulo me he propuesto, después de haber demostrado,

---

(1) Publicáronse primero en el *Preussische* y más tarde en el *Deutsche Gerichtszeitung*, como *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*, habiendo sido reproducidas en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

(2) Recientemente se han publicado en dos distintos libros interesantes estudios sobre el sistema jurídico de von Ihering; estudios donde el lector puede formarse una idea de conjunto de la gran obra realizada en la filosofía del derecho por el ilustre jurisconsulto. Los libros a que me refiero son los siguientes: Dr. Iginio Petroné, *La Fase recentissima della Filosofia del Diritto in Germania*, páginas 46-78 (Pisa, 1895); C. Bouglé, *Les Sciences sociales en Allemagne.—Les méthodes actuelles*, páginas 102-141 (París, 1896).—(N. DEL T.)

en principio, con la historia en la mano, el alcance de la idea de fin, exponer esta idea en su aplicación especial al estudio científico del derecho, tanto en las doctrinas generales (1) como con relación a las más importantes instituciones jurídicas.

Entre estas últimas he escogido especialmente la posesión, para mostrar, tomándola por vía de ejemplo, la falsedad y la completa esterilidad científica del método dialéctico, así como la fecundidad de la idea de fin, esto es, la exactitud del método realista. Entretanto me he llegado a convencer de que todo eso no hubiera sido posible realizarlo en el espacio reducidísimo que yo creía poder dedicarle; y así he separado el fragmento más importante de la teoría de la posesión, para tratarlo de la manera indicada.

Préstase, a la verdad, mejor que cualquier otra institución jurídica. En parte alguna la lógica jurídica ha producido un escándalo tan grande, ni ha llegado a bancarrota tan completa como en la teoría del *animus domini*. A esta consideración, que por sí sola bastaría para haber guiado mi elección, juntóse el interés histórico literario, que precisamente puede reclamar la teoría posesoria para la demostración que me propongo hacer. La tendencia, de que daré algunos ejemplos, no era nueva a principios del siglo; pero ha sido posteriormente apoyada por Savigny de una manera tal, que bien podemos atribuirle todo el imperio que al fin ha alcanzado. Su obra acerca del derecho

---

(1) A título de ejemplos pueden citarse: El fin como principio de interpretación — como el aspecto verdadero de lo que se llama la naturaleza de las cosas — como límite del alcance práctico de las nociones jurídicas (p. 515, nota 1.<sup>a</sup>), y de la aplicación del derecho — como principio secundario de clasificación científica, en particular en el derecho de las obligaciones (por ejemplo, para los modos de extinción de las obligaciones), etc.

de posesión, por los méritos eminentes de que puede vanagloriarse, ha conducido a la ciencia alemana por el camino que le ha trazado.

Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla y el punto donde ha comenzado. Por esta razón he elegido a Savigny y la teoría de la posesión, tanto en mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*, cuanto en la presente.

Se rechazan las opiniones falsas, pero es necesario *combatir* las tendencias falsas. Respecto de las primeras, basta oponer la verdad al error; sólo la susceptibilidad personal o la presunción, pueden introducir un tono destemplado en la polémica científica con el adversario. Respecto de las segundas, por el contrario, se necesita más: el que quiera combatir, debe tomar las armas en la mano y debe elegir las tanto más cortantes y mortíferas, cuanto más terrible sea el adversario; su intención es vencerle; si no lo logra, habrá de sucumbir él mismo, sin que sus mayores esfuerzos logren otra cosa que agravar su derrota.

Tal es la suerte que corro. Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico en esta obra de una manera tal, que si las censuras y las acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin pararse a considerar el pleno homenaje que rindo a los méritos de Savigny. Pero, qué importa! Si la obra progresa, nada me preocupa mi persona. No hay modo de alcanzar un gran fin sin exponer su propia personalidad. Puchta y Bruns—para no citar más que a los muertos—me han proporcionado también ocasión de agudas polémicas, y, sin embargo, venero en ellos dos hombres a quienes, después de Savigny, coloco en el primer puesto entre los romanis-

tas de nuestro siglo, y con quienes yo he mantenido personalmente relación estrecha; todo lo cual no me ha impedido sacrificar la persona a la obra. Más quisiera en este punto haber pecado por exceso, que por defecto para la seriedad de mi trabajo.

Mi crítica no sólo ha sido sin contemplaciones, sino también muy minuciosa. He seguido paso a paso, en todos sus desvaríos, la teoría del *animus domini*, fijándome en sus lados débiles, en sus faltas, en sus errores. Me he complacido en ahondar en el error, cual si contuviera la verdad más preciosa. La tarea ha sido dura. Me atrevo a afirmar que es éste el trabajo más ingrato que he realizado durante toda mi vida literaria, debiendo explicarse la pereza con que lo he emprendido, por la aversión que hacia él sentía. La idea de que era preciso llevarlo a cabo, pues de otro modo quedaría mi obra incompleta, me ha impulsado al fin a tomar la pluma y a acometerlo sin perdonar medio ni esfuerzo. No hubiera sido necesario tanto si hubiera bastado demostrar que la teoría del *animus domini* es insostenible. En tal caso, mi trabajo no hubiera pasado de la cuarta parte de su extensión actual; más de las tres cuartas partes han sido consagradas a la tarea que me había impuesto en primer lugar, de demostrar la oposición de los dos métodos.

Este mismo fin es el que también me ha impulsado, en la exposición positiva de mi propia opinión, más allá de lo que era inmediatamente necesario y a aprovechar todas las ocasiones ofrecidas para poner en claro la exactitud y la fecundidad del método realista. En su virtud, no he vacilado en hacer un examen profundo de ciertos puntos de vista de carácter incidental; debía servirme para que se pudiera comprender el método y para someterlo a la prueba; esto explica, por último, ciertas indicaciones y advertencias que de otro modo hubiera suprimido.

Era preciso entrar en estos detalles para poner al lector por adelantado en situación adecuada de juzgar la obra. La total economía de la misma serie falseada, no explicándose su actual desenvolvimiento, si se tratase sólo de la teoría del *animus domini*; en tal supuesto, repito, jamás hubiera escrito este libro, o de escribirle, le hubiera dado otra forma muy diferente. El único fin que he perseguido, es el de mostrar al mundo jurídico la diferencia de los dos métodos. Si no lo lograra, sentiré el trabajo empleado.

La obra está para imprimirse desde Diciembre de 1887. Fué hecha por partes, que pasaron a manos del impresor según las iba terminando. Esto explicará que no hayan sido tomadas en consideración, sino hacia el fin, varias obras, y el mismo proyecto de Código civil alemán. Entre estas obras citaré la del Conde León Pininsky, *Der Thatbestand des Besitzeserwerbs*. El autor advierte en su prefacio que «todo lo que él ha dicho ha sido considerado sin valor». Aprovecho esta ocasión para manifestarle, por lo que a mí toca, el reconocimiento merecido por su sólida manera de investigar y por la independencia de su pensamiento. El trabajo es, a mi ver, digno de figurar entre los donativos más preciosos que la ciencia alemana suele recibir de Austria, después del vigor que desde hace diez años ha alcanzado en ese país, y que constituye, en mi concepto, uno de los más felices progresos del siglo.

No terminaré este Prólogo, sin manifestar antes mi profunda gratitud por el favor que se me ha dispensado, con relación a mi actividad literaria, especialmente tratándose de la redacción de esta obra. Las autoridades académicas me han permitido suspender mis Cursos, para que pudiera consagrarme por entero y en primer término a mi labor científica. Sin esa dispensa, esta labor hubiera tenido que moverse dentro de límites infinitamen-

te más restringidos. En este sentido, bien puede decirse que este escrito se debe, sobre todo, al hombre eminente que la Universidad prusiana tiene, por fortuna para ella, como jefe. Su aparición me proporciona la ocasión de responder a un impulso de mi alma, ha tiempo sentido, expresándole públicamente mi profundo reconocimiento por las dispensas que se ha servido concederme en mi posición actual.

RUDOLF VON IHERING.

Febrero de 1889.