

2.—LA CUESTIÓN DE LA ADQUISICIÓN Y DE LA PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.—CRÍTICA DE LA TEORÍA DE SAVIGNY

Si nuestra tesis de que la posesión es la exterioridad de la propiedad es exacta, debe ser confirmada ante todo por la teoría del nacimiento y de la continuación de la posesión. Podemos formular por adelantado la regla que debe regir esta materia:

La manera cómo el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión.

Creo poder probar que esta regla es perfectamente justa en derecho romano, y que ella tan sólo nos evita las contradicciones y las dificultades que se presentan en la teoría de Savigny sobre las condiciones del origen y pérdida de la posesión: contradicciones y dificultades que se han discutido hasta hoy muy débilmente, porque no se encontraba modo de salvarlas.

Ninguna parte de la teoría posesoria de Savigny ha sido tan general y tan evidentemente aceptada, así que creo necesario, antes de pasar a exponer mi propia teoría, motivar el juicio que acabo de emitir sobre la de Savigny, y mostrar que entraña contradicciones inexplicables, tanto con respecto a las decisiones de los jurisconsultos, cuanto con relación a sí mismo.

El error fundamental de Savigny consiste, a mi ver, en que

identifica la noción de la posesión con la del poder físico sobre la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llega a constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida a ser la negación de sí misma.

Veamos primeramente, si tal punto de vista se puede sostener ante el examen de la teoría de la *adquisición* y de la *pérdida* de la posesión.

Savigny (p. 210, 211 y 236) hace consistir la noción de la *aprehensión* de la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de evitar toda acción extraña. Como condición esencial para esta posibilidad, exige, tanto para los inmuebles (p. 212) como para las cosas muebles (p. 216), la presencia inmediata cerca de la cosa: «la presencia material es la que entraña la facultad de disponer libremente de las cosas, (p. 214,; es preciso que la posibilidad de disponer libremente de las cosas se presente como real e inmediata al espíritu de quien quiera adquirir la posesión» (p. 238). Así Savigny tiene buen cuidado, en algunos textos que no mencionan esta condición de presencia (p. 220, 225), de suponerla como cosa natural: los esclavos, a los cuales, según la L. V, Cód. *De donat.* (8, 54) se ha entregado la posesión y la propiedad, por la simple entrega de los títulos de propiedad, estaban presentes al acto: el comprador de la L. I, párrafo 21, *De poss.* (41, 2) y L. 9, § 6. de A. R. D. (41, 1), estaba presente en el comercio cuyas llaves le han sido entregadas.

Y preguntamos: ¿ha logrado Savigny, como él cree (p. 236), demostrar la exactitud de esa noción de la *aprehensión* por la interpretación de los textos? Debo rechazarlo formalmente. La posibilidad de la adquisición de la posesión mediante la *custodia* (p. 226 y sigs.), es irreconciliable con la necesidad de la presencia personal de aquél que aprehende, y apenas se puede comprender cómo Savigny cree lograr evitar tal contradicción diciendo (p. 227): «que no hay nada de que se sea más dueño que de su morada y que por esto mismo se tiene la *custodia* de todo lo que allí se encuentra». En efecto; ese poder sólo no es

suficiente, según Savigny mismo; es preciso, además, la posibilidad de una acción *inmediata* cerca de la cosa, y esta posibilidad no existe para él sino allí donde el que aprehende está *presente* cerca de la cosa.

Si basta ser el dueño de la cosa, lo soy yo menos cuando el vendedor de un almacén me lleva la llave a mi morada, que cuando aquél que me entrega las mercancías deposita el paquete abierto y en mi vestíbulo, en mi ausencia, y sin que nadie de los míos lo haya introducido, ni haya visto la cosa (*quamquam id nemo dum attigerit*, L, 18 § 2, *De poss.*), o cuando se conduce el rebaño a mi establo abierto, la leña a mi patio, el abono a mi jardín. Yo estimo que soy más dueño en el primero de esos casos. Nadie, en efecto, abrirá tan fácilmente como yo la puerta de hierro del almacén, mientras que el acceso a mi vestíbulo, a mi patio, a mi jardín o a mi establo es libre, y cuando pienso en el peligro posible de una sustracción de la posesión en cada uno de esos casos, para medir según eso *la conciencia de mi poder físico*, me creo más seguro con la llave del almacén que en los casos de *custodia*.

La L. 55, de A. R. D. (41, 1), me concede la posesión y la propiedad de la caza que se ha cogido en mis lazos, sin tener en cuenta el sitio donde éstos han sido puestos, es decir, sin examinar si han sido puestos en mi propio fundo o en pleno campo (1). El jurisconsulto no exige una aprehensión corporal inmediata de la caza; admite, pues, que la posesión del cazador puede comenzar en su ausencia: tal resulta de la manera más clara de los términos empleados: *aprum meum... qui eo facto MEUS esse DESISSET*.

He aquí, pues, un caso indudable de adquisición de la posesión, sin que el adquirente esté cerca de la cosa. Es, por tan-

(1) Savigny (p. 223, nota), esquivo la necesidad de expresar su opinión sobre este pasaje; porque diciendo que la razón de esta decisión se encuentra en las palabras: *ut SI IN MEAM POTESTATEM pervenit, meus factus est*, no hace más que traducir las palabras del jurisconsulto: *Summam tamen hanc esse puto*.

to, imposible que la posibilidad de una acción física inmediata sea una condición absoluta de la aprehensión (1).

Pero aun donde existe esta posibilidad, junto al conocimiento y a la voluntad, no siempre basta. Quisiera yo ver cómo pueden ponerse de acuerdo con la teoría sobre la aprehensión de Savigny las dos decisiones siguientes: Según la L. 5, § 3, A. R. D. (41, 9), cualquiera puede poseer *sine furto* los panales de miel que un enjambre de abejas, que no me pertenece, ha formado sobre mi árbol; es decir, que yo no he adquirido la posesión de esos panales ni la de las abejas, según el § 2. Se comprende muy bien en cuanto a estas últimas, pero en cuanto a los panales de miel formados sobre mi árbol, en mi jardín, parece que debían pertenecerme como los pájaros que se dejan coger por los lazos que yo he puesto en mi bosque (2). Hay ahí la posibilidad de una acción inmediata, el conocimiento y la voluntad.—¿Por qué, pues, no hay posesión?

La segunda decisión concierne a la adquisición del tesoro;

(1) Ve Ihering claramente en esto, como en muchos casos, el carácter inmaterial de la relación jurídica, y por esto acierta de un modo exacto con el *quid* de la dificultad en materia tan interesante como el desarrollo de la relación jurídica de posesión. Como el derecho al fin radica en la intención, la aprehensión jurídica se verifica sin necesidad de actos exteriores materiales por parte del sujeto. Aunque sin la apetecida pureza en los términos, así parece verlo también nuestro Código civil, cuando en su artículo 438 dice: «La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho».—(N. DEL T.)

(2)¹ Será conveniente ver la solución que da el Código civil vigente a la cuestión de la adquisición de los enjambres de abejas. En general se adquieren por la ocupación, pues según el art. 612, «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesita el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo».—(N. DEL T.)

esto es, de una cosa escondida en un tiempo o en lugar cualquiera (Savigny, p. 229).—Las opiniones de los jurisconsultos romanos sobre las condiciones de la adquisición de la posesión en ese caso eran discordes; algunos jurisconsultos antiguos concedían la posesión al poseedor del fundo en el cual estaba escondido el tesoro, desde el instante en que tenía de él conocimiento, mientras la mayoría, cuya opinión ha sido aprobada por Justiniano, no admitía la posesión más que *si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuisset o si loco motus sit* (1). Cuando la L. 3, § 3, *de poss.*, que contiene la última versión, añade como motivo: *quia non sit sub custodia nostra*, es evidente, en verdad, que el propietario del suelo no puede obrar inmediatamente sobre el tesoro ni disponer de él en tanto que no sea desenterrado (2). Pero yo pregunto: ¿hay diferencia en esto de cuando se trata de la cosa depositada en mi casa durante mi ausencia o de la cosa cogida en mis lazos? Si todo depende de la seguridad del poder físico sobre la cosa, yo creo que esta seguridad subsiste en ese caso tanto como en la *custodia* doméstica. Savigny (página 230) encuentra, en verdad, que es esa una custodia especial, que no es posible más que en esta hipótesis, y en una adición a la sexta edición hace nacer, en contradicción con las decisiones completamente generales de los jurisconsultos romanos, la posesión del tesoro escondido en la casa misma, desde el momento en que se tiene conocimiento de él. Sin entrar

(1) L. 3, § 3, L. 44, *pr. de poss.* (41, 2); L. 15 *ad. exh.* (10, 4).

(2) Igualmente creemos oportuno trasladar aquí lo que referente a la ocupación del tesoro, el Código civil dispone, pues la ocupación, si es camino de la propiedad, lleva inmediatamente a la posesión. «El tesoro se adquiere (posee por tanto) por la ocupación» (art. 610). «El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 151» (art. 614). El Tesoro, dice este artículo 151, oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento por casualidad en propiedad ajena o del Estado (1), la mitad se aplicará al descubridor». Se entiende por tesoro para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado del dinero, alhajas u otros objetos preciosos, *cuya legítima pertenencia no consta.*—(N. DEL T.)

ahora en el examen de las consideraciones sobre las cuales descansa positivamente la decisión de los juriconsultos romanos (V. luego XII), no puedo menos de preguntar por qué ese muro elevado intranqueable no podrá darme, con respecto al tesoro que haya en mi jardín, la misma «conciencia de un poder físico» que la que me concede el depósito de una cosa depositada durante mi ausencia en mi patio o en mi vestibulo abierto (1).

Si pasamos ahora revista a las relaciones que acabamos de citar, veremos que Savigny no ha conseguido de ninguna manera ponerlas en armonía con su noción de la aprehensión, y si cree, sin embargo, haberlo conseguido, creencia ésta seguida por toda nuestra jurisprudencia romanista moderna, proviene en parte de que él mismo rechaza su propia noción de la aprehensión allí donde le estorba, y en parte de que no examina de ninguna manera las relaciones que yo he señalado. Una de dos: Savigny tiene razón cuando asienta la noción de la aprehensión sobre la «posibilidad de obrar *inmediatamente* sobre la cosa»—y entonces comprendo bien por qué las llaves del almacén no procuran la posesión del almacén y por qué la posesión del fundo no procura la del tesoro; pero yo no comprendo

- 1) Cómo Savigny puede concederme la posesión del tesoro escondido en el muro de mi casa, porque yo no puedo obrar inmediatamente sobre ese tesoro mientras no haya perforado el muro;
- 2) Cómo puedo yo adquirir la posesión en mi *ausencia*,

(1) Hablando de la pérdida de la posesión (p. 311, 312) Savigny asimismo, con respecto a la *custodia causa* de la L. 44, p. de *poss.* y para el mantenimiento de la posesión, el hecho de conservar una cosa en su morada, y el de enterrarla en su campo; «las medidas especiales tomadas para la conservación de esta cosa (custodia) le dan la certidumbre de poder encontrarla más tarde», y añade la nota: «tal es el sentido general de la palabra *custodia*, y la diferencia entre la adquisición y la conservación de la posesión no es aquí más que una cuestión de más o menos». He ahí, en verdad, la *custodia* aplicada al jardín.

estando quizá varias leguas, por medio del depósito hecho en mi morada;

- 3) O mediante los lazos tendidos a la caza en el bosque;
- 4) Ni tampoco comprendo por qué no adquiero la posesión de los panales de miel formados en mi árbol.

O bien, por el contrario, no es preciso la posibilidad de la acción personal inmediata, es decir, instantánea, y basta un poder asegurado obtenido de una manera cualquiera sobre la cosa. Entonces yo comprendo los casos 1.º, 2.º y 3.º, pero no comprendo por qué no he de tener también la posesión del tesoro que se encuentra en mi fundo, y por qué la tradición de las llaves no ha de darme la posesión del almacén o de la casa. El caso 4.º queda, en mi concepto, tanto en una como en otra hipótesis, como un enigma.

Vese, pues, que la teoría de Savigny sobre la aprehensión lleva a contradicciones palpables: ora la presencia es necesaria, ora no lo es; ya la seguridad del poder físico basta, ya no—las deducciones de Savigny se moldean en las decisiones mismas concretas que trata de interpretar, pero olvida en ellas, cuando llega a la segunda, lo que dice en la primera. Se puede refutar a Savigny con Savigny mismo. Supongamos, por ejemplo, que yo quiero demostrar que, según Savigny, la tradición de las llaves debía procurar la posesión del almacén; me bastaría recurrir a su aserto sobre la *custodia* (p. 227), del cual resulta que la certidumbre del poder sobre la cosa es la que me da la posesión. Si yo quiero, por el contrario, demostrar que la *custodia* no puede dar ninguna posesión, tomaría su aserto relativo al tesoro (237), según el cual el propietario no tiene posesión de éste, «porque aquí también es muy posible que otro encuentre ese tesoro, el que entonces no hubiera estado ni un instante realmente en poder del propietario del suelo». ¡El peligro de que otro me preceda en la aprehensión física de la cosa es mayor para el tesoro escondido en la tierra y oculto a las miradas de todos, que para el paquete de libros depositados en mi vestíbulo! La respuesta no puede ser dudosa si se procede sin pre-

juicios. En realidad, el mismo Savigny parece encontrar ese peligro muy poco serio, porque en su teoría de la pérdida de la posesión (p. 341), la ocultación del tesoro aparecía como *custodia*, es decir, como medida especial tomada para su conservación y que da al poseedor la certidumbre de poder encontrarle más tarde.

Si pasamos ahora a la pérdida de la posesión, la fórmula enunciada por Savigny no es, en mi sentir, más exacta que la que enuncia para la adquisición. La posesión, según él, se mantiene mientras subsiste la posibilidad de reproducir cuando se quiera el estado originario; hay, pues, pérdida de la posesión desde que esta posibilidad se convierte en *imposibilidad* (p. 139)

Examinemos más de cerca esta idea. Nuestra teoría la ha aceptado con los ojos cerrados y sin presentar objeciones: lo que yo no puedo explicar sino porque, no encontrándose en estado de sustituirla con otra mejor, ha evitado cuidadosamente destruirla. Por mi parte, no conozco en toda la jurisprudencia ninguna que resista como ella a toda aplicación seria.

La imposibilidad de reproducir a voluntad el estado originario deberá, pues, decidir si la posesión se ha perdido. *Reproducir a voluntad*, ¿quiere esto acaso decir sin que haya obstáculo alguno? Podría creerse dada la frase *a voluntad* (p. 339), porque si debo ante todo vencer los obstáculos que la resistencia entraña, el resultado no depende sólo de mi *voluntad*, sino y al propio tiempo de la relación en que están mis *fuerzas* con los *obstáculos* que a ella se opongan. Savigny no se ha decidido en esta cuestión, y por tanto, no podemos investigar el alcance que da a su noción más que en los ejemplos en los cuales hace aplicación de la misma. Me ha sido arrebatada la cosa por robo o bandidaje, ¿he perdido la posesión? Sí: «aquí la cesación de la facultad de disponer de ella es perfectamente evidente» (p. 340). Sería preciso, para ser consecuente, decir otro tanto «del caso en que durante nuestra ausencia nuestro inmueble se encontrase ocupado por una persona que hasta nos impide violentamente volver a entrar, porque la posibilidad física de obrar sobre la cosa se nos quita de un modo positivo desde ese instante, al

igual que en el primer caso, pero esta regla tiene aquí una excepción notable» (p. 348) (1).

No quiero examinar si todos esos casos son de una naturaleza tal, que el poseedor pueda sin gran trabajo recobrar la cosa—, circunstancia, sin embargo, a la cual Celso da una importancia decisiva en la L. 18 § 3. h. t.

*Non disisse illico possidere existimandus sum, facile expul-
surus finibus simulatque sciero.*

y que Savigni mismo no ha podido desconocer enteramente, puesto que tiene buen cuidado de excluirla del caso de ocupación de que se trata, suponiendo que la otra persona está dispuesta «a impedirnos entrar» (¿Quién puede decirnos si puede o si quiere, aunque pueda?) Pero admitamos que todo obstáculo

(1) A fin de que el lector pueda ver a qué criterio vario responde nuestro Código civil en materia tan intrincada, bueno será copiar los artículos que de la pérdida de la posesión tratan. «El poseedor puede perder la posesión: 1.º, por abandono de la cosa; 2.º, por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito; 3.º, por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio; 4.º, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año». (Esta circunstancia pone al nuevo poseedor bajo la protección de los interdictos). (V. art. 460). «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero» (art. 461). Aquí, por supuesto, es en donde pueden ofrecerse prácticamente la multitud de complicados casos de que Ihering habla luego en diferentes sitios, pues no hay modo de señalar *a priori* la circunstancia en que realmente se desarrolla la posesión de muebles con relación a su pérdida en el caso a que alude el art. 461. Un tratadista español, el señor Sánchez Román, señala varias omisiones entre los modos que el Código especifica para perder la posesión. Las principales son dos: 1.ª, por virtud de la acción reivindicatoria del propietario que la tiene, dice el art. 348, contra el *tenedor* y el *poseedor*, y 2.ª, por la *expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, que priva ante todo de la posesión y a veces sólo de ésta, y 3.ª, cuando tiene lugar la interrupción a que aluden los artículos 1943 y 1948.—(N. DEL T.)

que se nos ofrezca sea suficiente para hacer cesar nuestra posesión, es preciso, sin embargo, ser consecuente. El puente que conduce a nuestro fundo es destruído; hasta que haya sido reconstruído, el acceso al mismo es completamente imposible; o bien, nuestro fundo es inundado: ¿continúa la posesión? Sí, responde Savigny; «claro es, dice, que un obstáculo *pasajero*, como esos, no quitan la posesión» (pág. 340, nota 3). El claro ese que ahí se escribe, es lo que yo no puedo comprender (1). En efecto, si el carácter transitorio del impedimento que surge aquí de improviso como una condición esencial, ¿debe ejercer una influencia tan decisiva?, ¿es que un impedimento transitorio no hace cesar, por lo menos temporalmente, la posibilidad de reproducir a voluntad el estado de cosas originario? Ahora bien: si la posesión se interrumpe, aunque no fuese más que temporalmente, queda interrumpida la continuidad, y la posesión ulterior no es ya la posesión antigua, sino una posesión nueva. Al mismo Savigny me refiero aquí. «El *animus* por sí solo hace perder la posesión desde el instante en que el poseedor tiene la *voluntad de renunciar a ella*; porque desde ese instante, por consecuencia de la misma resolución, la reproducción de la voluntad primera a la cual se opone se hace imposible. A partir de entonces si más tarde el antiguo poseedor quisiera volver a empezar a poseer, necesitaría una nueva aprehensión, porque la posesión anterior habría dejado de existir» (pág. 355). No es éste aún el momento de someter esta opinión de Savigny a un examen crítico: bastará que me sirva de ella para esclarecer la decisión indicada más arriba. Yo pregunto: ¿el poseedor que cambia de voluntad, provoca un obstáculo más duradero que el suceso natural que ha destruído el puente? Un nuevo cambio de voluntad basta

(1) Savigny no presta atención alguna a la L. 30, § 3 *de poss.* (41, 2), *item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos disinimus*; ni a la L. 3, § 17. *Desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occuparent* (no se dice aquí si pasajera o para siempre; pero, por otra parte, ¿quién puede saber eso por adelantado?) Esos dos fragmentos contradicen el aserto de Savigny.

para cortar el obstáculo, mientras la reconstrucción del puente puede durar mucho tiempo, ¿y hasta quién sabe si el poseedor u otra persona a quien el puente pertenece no lo construirán nunca? Pero admitamos eso: ese obstáculo pasajero no debe hacer cesar la posesión; ¿pero cómo decidir si es pasajero o no? ¿Se ha de atender al momento actual o es preciso esperar el resultado? Y en el primer caso, vuelvo a preguntar, ¿es más fácil para mí reconstruir un puente que ir a buscar las maderas que un vecino ha transportado furtivamente sobre su fundo, o las palomas que ha encerrado en su palomar? En el segundo caso no será preciso que yo recupere esos objetos por mi propia autoridad, porque el vecino estará dispuesto, sin duda, desde el instante en que yo sepa el hecho, a devolverme las cosas para evitar una denuncia en justicia. Y aun en el caso contrario, no puedo yo decidirme desde el primer momento pensando en el efecto de una denuncia: el obstáculo que mi adversario opone a mi posesión, ¿es por naturaleza pasajero o es preciso que yo espere el resultado?, y debo decidir lo mismo en un caso que en otro. Si obtengo al cabo de unos días la restitución de las cosas que me han sido quitadas por robo o pillaje, no debería en ese caso haber perdido nunca la posesión; si no hago rehacer el puente debería, a la inversa, haberla perdido retroactivamente.

«Si el sitio donde se encuentra nuestra cosa se nos hace *enteramente inaccesible, hay pérdida de la posesión*», así habla Savigny (pág. 340). Invoca para esto la L. 13, pr. *de poss.* (41, 2), donde el *Jurisconsulto*, hablando de las *lapides in Tiberim demersi naufragio et post tempus extracte*, expresa su opinión en los términos siguientes: *dominium me retinere puto, possessionem non puto*. Cuando llegue a motivar mi propia opinión (XIII), tendré ocasión de poner en su verdadero punto la importancia, por completo perdida de vista por Savigny, de las palabras *post tempus*. Pero aparte de eso: ¿es que acaso el lecho del Tíber era *completamente inaccesible*? La mejor prueba de que no, es que las piedras fueron extraídas *post tempus*. ¡Verdad es que para eso se necesitaban trabajos de arte! ¿Pero no se nece-

sitan también para restablecer el puente que se ha caído al agua?

Cuando se le ha escondido su cosa en su propia casa, de tal manera que no se puede encontrarla, la posesión continua como es sabido. Savigny trata de justificar esta proposición diciendo que «las medidas especiales tomadas para la conservación de la cosa le dan la certidumbre de poderla encontrar *más tarde*. (página 341). Pero yo pregunto de nuevo: ¿qué importa la seguridad de encontrarla *más tarde* para la posibilidad de reproducir *de seguida* el estado anterior?

La posesión dura en ausencia de la persona, aunque sea sobre los fundos lejanos, sobre praderías de verano o de invierno, de las cuales no se goza sino periódicamente y que están en ocasiones alejadas hasta por varias jornadas del lugar donde reside el poseedor. Savigny mismo concede que «este alejamiento, aun cuando hace menos inmediata la facultad de disponer de la cosa, no priva, sin embargo, de esta facultad en absoluto» (pág. 348). Pero si esta facultad menos inmediata, retardada por varias jornadas de viaje, basta, ¿por qué no basta para el animal doméstico que se ha perdido (p. 342), o para la cartera que he perdido en el bosque, en un sitio que yo ignoro? (p. 340). Menos trabajo me cuesta enviar mis domésticos en busca del animal o de mi cartera, que hacer un viaje al fundo lejano.

Si el poseedor pierde la razón, su posesión no cesa por ese motivo (I); más arriba hemos indicado el motivo práctico que ha necesitado esta regla. Podía creerse que Savigny designe esta regla como una regla singular, inconciliable con su fórmula; porque ¿cómo puede hablarse, con respecto a un loco, de la posibilidad de reproducir a voluntad, la voluntad de poseer originaria? Pero la fórmula conserva aquí una docilidad y una flexibilidad notables. «La imposibilidad de querer poseer, no es aquí sino puramente *subjetiva* y *accidental*, así que el poseedor que olvide durante algún tiempo su posesión o que acabe

(1) L. 27, h. t., L. 4, § 3; L. 31, § 4, *de usurp.* (41, 3).

de perder la razón, no tendrá con respecto a la cosa poseída diferencia alguna esencial». He ahí un segundo elemento importante para determinar negativamente la noción de la imposibilidad. No se toman en cuenta ni una imposibilidad *pasajera*, ni una imposibilidad *subjetiva* y *accidental*. Pero la imposibilidad que tiene su fundamento en el *ánimo*, ¿no debe ser necesariamente *subjetiva*? Y, además, ¿qué decir del carácter accidental? ¿La muerte es menos accidental que la pérdida de la razón? Allí la posesión cesa, aquí se mantiene; pero la voluntad falta en los dos casos. ¿Y dónde está escrito que los sucesos fortuitos no tienen el poder de hacer cesar la posesión? ¿No es un suceso fortuito que yo pierda la cosa, que el pájaro se escape de mi jaula abierta? Con la misma razón con que Savigny cree poder argüir con el caso en que el poseedor olvida su posesión para aquel en que pierde la razón, se podría argüir con el hecho de que la posesión no se pierda cuando la cosa no ha ido a manos del poseedor; después de largo tiempo, para el caso en que la ha perdido por completo.

Esos ejemplos bastan para ver cuán poco ha procurado Savigny demostrar la opinión que él mismo sostiene. Todo son restricciones, incertidumbres y contradicciones, evoluciones dialécticas continuas; sólo la casuística y dialéctica del momento, es lo que en cada caso particular decide sobre las cosas esenciales, que no se tuvieron presentes cuando se trató de motivar y fijar las nociones mismas; en fin, tratase, después de todo, de una manera de argumentar que se presta a cualquier combinación, que demuestra siempre lo que es necesario, y que olvida muy pronto lo que acaba de decir un momento antes.

Que Savigny no puede hacer a los juriconsultos romanos responsables de su fórmula, se prueba sin esfuerzo. Si Savigny tiene razón, es la *ley de la vis inertiae* la que rige la posesión, es decir, que la posesión continúa siempre desde que hay posibilidad de reproducir el estado originario, aun cuando esta posibilidad no se traduzca jamás en hechos. La cosa que yo he dejado en el bosque, el fundo lejano que no cultivo ni visito, están siempre en mi posesión; aun cuando pasen cincuenta años en

tal estado las cosas. Se podría creer que tal resultado que repugna completamente al aspecto natural de la posesión, hubiera intimidado a los mantenedores del punto de vista de que hablamos, abriéndoles los ojos sobre los textos que dicen abiertamente lo contrario (XIII). Pero tienen una fe inquebrantable en la verdad de su axioma y no sólo han pasado con los ojos cerrados por esos textos, sino que todavía han extremado hasta el fanatismo la consecuencia de esta ley de la *vis inertiae*.

Cuando por un ejercicio repetido del derecho de paso sobre un fundo vecino, se adquirió la cuasiposesión de un derecho, y luego no se la ejerce durante diez, veinte, y treinta años, ¿qué ocurre con la cuasiposesión? Continúa buenamente, porque nadie se opone a la posibilidad de reproducir el estado originario, es decir, la repetición del paso. Eso es lo que nos enseña Savigny cuando nos remite, para este asunto (p. 481), a los principios que cree haber establecido para la posesión de las cosas, y que considera igualmente decisivos para la cuasiposesión de las servidumbres personales. «La continuación de esa especie de posesión depende también, como la de toda otra, de la posibilidad constante de reproducir; la facultad de disponer de la cosa se pierde desde el momento en que esta posibilidad falta» (página 474). Es verdad que luego se hace una objeción. La servidumbre misma se extingue por un no uso de diez años: ¿qué ocurrirá, pues, con la cuasiposesión cuando la servidumbre se haya extinguido? En ese caso, dice Savigny, «la posesión debe haber sido perdida durante todo el lapso de tiempo intermedio, aun cuando la facultad de disponer hubiera podido reproducirse siempre».

Raro aspecto toma ahí la relación posesoria durante todo ese tiempo! Si el cuasiposeedor se acuerda de la servidumbre y la ejerce el último día del año décimo, habrá tenido la posesión durante toda una serie de años; si se olvida, por el contrario, no la habrá tenido retroactivamente. La posesión, cuya naturaleza de simple hecho se acentúa en otro lugar por Savigny, hasta el punto de que, por ejemplo, no la hace comenzar para la posesión adquirida por el *negotiorum gestor*, sino a partir de la ratifica-

ción, porque «el efecto retroactivo que puede aplicarse a los actos jurídicos propiamente dichos, no podrá imaginarse en materia de posesión» (p. 316); la posesión, repito, adquiere aquí efecto retroactivo; durante el simple no uso queda en suspenso, y sólo la reanudación del uso a la aspiración de todo el lapso de tiempo requerido para la prescripción, es lo que probará si la posesión ha subsistido o no durante el intervalo» (p. 475). Con razón Puchta (1), que sustenta en lo demás la opinión de Savigny (2), anota que esa es una hipótesis puramente gratuita que no parecería justificada más que si entre la existencia del derecho y la posesión hubiera una conexión tan esencial, que ésta no pudiera existir sin aquélla: pero se puede ser poseedor mientras el derecho se haya extinguido. Fundándose en esto, hace continuar la posesión aun después de la extinción de la servidumbre por no uso, y se pregunta cuáles serían los efectos

(1) V. su artículo sobre la posesión en Weiske, *Rechtslexicon*, II, página 72.

(2) V. p. 71 *ibid.* «La cuasiposesión se pierde, pues, no por el no ejercicio, sino por la imposibilidad de ponerse a voluntad en el ejercicio del derecho. El autor de la notable obra publicada recientemente (Randa, *La posesión, según el derecho austriaco, comparada con el derecho común*, etcétera. Leipzig, 1867, p. 348 y siguientes), se ha colocado resueltamente del lado de Puchta acerca de ese punto, y sólo se detiene ante la consecuencia anotada. Basta para él un solo acto durante los treinta años de la prescripción para que la posesión no sea perdida (p. 350); este mismo acto no es necesario si durante el tiempo requerido para prescribir no se ha presentado ocasión de ejercitar la servidumbre (p. 352). Bruns (*Besitz-Possession*, p. 475) se adhiere también a esta opinión. Encuentra tan falso que la cuasiposesión consista en el ejercicio de la servidumbre, como que el ejercicio de la propiedad consista en la posesión de las cosas. Sólo para la adquisición de la posesión es para lo que los derechos positivos exigen el ejercicio. La posesión, una vez adquirida por medio del ejercicio, dura tanto tiempo como duran la voluntad y la posibilidad de hecho de reproducir a voluntad este ejercicio. Los defensores de esta opinión pierden de vista por completo que la noción de la *quasi o juris possessio* no era más que una abstracción de los jurisconsultos, mientras el edicto del Pretor, decisivo en esta materia, empleaba siempre la expresión *usus* en los interdictos cuasiposesorios.

de esta posesión. A lo cual respondo: ¡Ninguno! Y claro es, los dos efectos de la posesión, la usucapión y los interdictos, suponen el ejercicio de la servidumbre por parte del cuasiposeedor; la primera un ejercicio continuo, la segunda un ejercicio durante cierto tiempo antes de intentar la acción. «De esta manera, dice, queda en pie que la cuasiposesión no puede, en verdad, comenzar, pero que puede continuar sin el ejercicio efectivo; por lo demás, esta proposición está desprovista de efecto práctico, porque esos dos efectos de la posesión no exigen sólo su existencia *in abstracto* (1), sino un estado de ejercicio efectivo». ¡En realidad, jamás se ha condenado a sí misma una opinión con tanto ingenio! Una posesión a la cual faltan los dos únicos efectos que le dan una importancia jurídica, y que, sin embargo, continúa *in abstracto* — ¡el cuchillo de Lichtenberg sin hoja... y sin mangol! ¿Por qué y por cuánto tiempo se mantiene esta posesión sin efectos? ¿Por qué? Únicamente porque no puede cesar en virtud de una fórmula teórica. ¿Cuánto tiempo? Mientras el poseedor viva, y si se trata de una persona jurídica, eternamente.

Dejemos, pues, tranquila en la eternidad esta posesión que no es de este mundo: allí acaso sea dable comprender una posesión que existe sólo *in abstracto*, aun a aquellos que sobre esta tierra no han visto en ella más que el producto de una dialéctica malsana que atiende al fin práctico y a los intereses del derecho, y que recuerda la escolástica de la Edad Media. Sin embargo, esta invención de Puchta es fecunda en útiles enseñanzas: tiene, a mi ver, un valor incalculable, porque muestra el abismo hacia el cual se corre cuando se quiere encontrar la importancia de la posesión en la posesión misma — *se parte de la idea de la posesión establecida a priori, y se llega a la posesión existente en la idea.*

Volvamos ahora a la posesión de las cosas y preguntemos: La continuación de la posesión sin detención de ninguna especie, por ejemplo, sobre la cosa que he depositado en el bosque y que después he olvidado. (Savigny, p. 354, dice «largo tiempo olvidada»), ¿es esto más exacto que lo de la cuasiposesión sin

el ejercicio? Esta posesión continúa subsistiendo también, sólo porque no puede extinguirse: *posesión abstracta* que nadie ve, que nadie aprovecha, y que nadie, ni aun el mismo poseedor percibe. Lo que prolonga la duración, es únicamente la supuesta ley de la *vis inertiae* de Savigny, según la cual una posesión continúa hasta que se produce en el estado de la cosa un cambio que convierta en imposibilidad la posibilidad de reproducir a voluntad la relación originaria. Ya demostraremos más adelante que esta ley es completamente desconocida en derecho romano.

Es cómoda, sin embargo, esta teoría de la *vis inertiae*: cómoda para el poseedor que puede cruzarse tranquilamente de brazos, seguro de resucitar tal poseedor en el juicio final, supuesto que la voluntad de poseer le siga hasta la eternidad y que no haya sobrevenido ningún cambio en la posición exterior de la cosa. Es cómoda para el juez, a quien ofrece una regla fija, mediante la cual puede, sin romperse la cabeza, establecer fácilmente la existencia actual de la posesión. La posesión no ha cesado por un *actum in contrarium*: debe continuar imperturbablemente; el poseedor debe probar que la posesión ha nacido, a su adversario tocará probar que ha cesado de esta o de la otra manera. De tal modo desaparece para el juez toda ocasión de examinar atentamente la relación posesoria como debe hacerlo; según mi teoría, esos dos polos de la posesión comprenden en sí mismos su continuación y dispensan al juez de examinarla. Pero la comodidad de una opinión no le da derecho por sí sola para tener un valor práctico y científico. De otra suerte, la idea los jurisconsultos de la Edad Media de hacer más práctica la noción incómoda e indeterminada del derecho consuetudinario, indicando un cierto número de casos y de años como condiciones del derecho consuetudinario, esta idea, digo, hubiera debido ser adoptada por la ciencia, porque la medida así puesta del derecho consuetudinario es infinitamente más cómoda que su examen interno. Pero no siempre se puede hacer, especialmente en materia de nociones que no descansan sobre un solo acto, sino sobre un estado duradero, como el

derecho consuetudinario y la posesión. En ambos se trata de la manifestación exterior; en aquél, de una regla de derecho; en éste, de un derecho, y en ambos no puede prescindirse de obrar desde un *punto de vista*, en lugar de partir de una regla formulada, a menos que no se quiera establecer a costa de la misma idea de la institución una máxima extensa y mecánica. He aquí lo que vamos ahora a investigar y demostrar.