

3. LA POSESIÓN ES LA EXTERIORIDAD DE LA PROPIEDAD

Por exterioridad de la propiedad entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real, otras quedan sin protección ni vigilancia (1). El labrador deja sus mieses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etcétera, etc., todo el mundo los encierra en su casa. El mismo estado, que para las primeras cosas es *normal*, aparece para la segunda *anormal*, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas, de donde resulta, si nuestra teoría es exacta, que la posesión debe *continuar* para las primeras y *cesar* para las segundas. El que encuentra una cosa de la primera categoría en esta condición, debe pensar que se encuentra allí por la voluntad de su dueño, mientras debe pensar lo contrario si encuentra en tal condición una cosa de la segunda categoría. En el primer caso, si toma la cosa para remitirla al poseedor, se ingiere en

(1) Se encuentra la misma distinción en los *serui custodori soliti* y *non soliti* de los romanos. V. para estos últimos, L. 18 pr. comm (13, 6). L. 23 D. R. 3 (50, 17).

una *relación de voluntad* extraña, *visible*; no es esto así en el segundo caso, donde, por el contrario, presta un servicio al poseedor tomando la cosa y enviándosela. De esta manera el carácter jurídico de la relación en que esta cosa se encuentra con su propietario, se hace *visible* en ambos casos. La posesión lo mismo que la no posesión es visible, y precisamente esta *visibilidad* es para su *seguridad* de la más alta importancia. En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento *físico*, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento *moral* o *jurídico*, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley (1). Si yo paso cerca del lazo puesto por otro en el bosque sin apoderarme del tordo en él cogido, el motivo que me retiene no es de naturaleza física, sino puramente moral: es el respeto a la propiedad de otro. El ladrón,

(1) A pesar de esta alusión directa a un elemento *moral* o *jurídico*, no creemos que Ihering atienda al carácter verdaderamente interno de la relación. La limitación en que encuentra Ihering una garantía de la posesión, descansa en la idea kantiana del derecho por virtud de la que éste encuentra su ley en la coexistencia de las libertades de todos, en el respeto a los derechos de cada uno. Acaso hay que ver en la posesión algo más que la exterioridad de la propiedad. Como exterioridad de la propiedad puede ofrecerse a la contemplación social; pero en el desenvolvimiento práctico de la relación jurídica, desde que se presenta la exigencia racional, solicitando su plena satisfacción, determinando una obligación, hasta que la condición es puesta y la exigencia satisfecha, hay una serie de momentos, de los cuales uno es la *posesión*, que puede en ciertos casos no conducir a la propiedad. Esto aparte de cuanto repetidamente dejamos dicho respecto de la necesidad de atender a la posesión, no como mera exterioridad, sino como condición esencial de la vida jurídica para exigir su protección y amparo. Después de todo, la seguridad de que Ihering habla, y la cual resulta, según él, del temor de lesionar los derechos de otro, es en el fondo la conciencia del respeto que merecen las condiciones esenciales del derecho en la vida de la personalidad. Por supuesto, dado el punto de vista del concepto del derecho a que vienen respondiendo estas consideraciones, habría mucho que decir si puede conceputarse elemento jurídico el *temor inspirado*... por la ley, que es por donde Ihering se enlaza una vez más con Kant.—(N. DEL T.)

es verdad, no se detiene ante tal motivo; pero para él ni los muros, ni las cerraduras, ni los cerrojos ofrecen una seguridad suficiente, pues como lo prueba la experiencia, se roban muchas más cosas de las que están *in custodia* que de las otras.

He expuesto brevemente hasta aquí la parte esencial de mi opinión; voy a ensayar ahora a la vez motivarla y desenvolverla descomponiéndola en tesis—forma que facilitará el examen de la misma al lector:

- I. El derecho romano admite la posesión en varios casos en que no hay ni vigilancia personal sobre la cosa, ni medidas reales para su seguridad.

Este aserto no necesita pruebas: todos aquellos que conocen la teoría posesoria recordarán los ejemplos de la posesión de los fundos lejanos y de los *saltus hiberni et aestivi*; para las cosas muebles, citaré los esclavos ausentes, y la caza caída en el lazo del cazador (L. 55 de A. R. D. 41, 1). Si la posesión de la caza *se adquiere* aun en ausencia del cazador (L. 55, de A. R. D. 41, 1), no se puede poner en duda que la posesión de los cepos y lazos no *continúe* también durante su ausencia.

2. Esta continuación de la posesión no puede ser explicada por el poder físico (I).

No puede racionalmente hablarse de poder físico sobre la cosa más que allí donde se está cerca de ella, o bien donde se la guarde de tal manera que es imposible tomarla al primero que llegue. Yo tengo un poder de hecho sobre un fundo lejano, mientras estoy *cerca* o *sobre* él, pero desde que me alejo el poder cesa, y no puedo impedir a otro ocupar el fundo. Es

(1) La posesión ha de explicarse siempre como la condición de que depende el cumplimiento de un fin racional de la vida, y en cada caso concreto refiriendo la posesión al sujeto de la exigencia, que la tiene como aquel medio que ha de serle prestado para satisfacer una exigencia suya.—(N. DEL T.)

abusar gravemente de las palabras, hablar en ese caso de un poder físico, porque ¿cómo se manifiesta ese poder? ¡De ninguna manera! Es un poder físico del que se burlan las liebres que se comen las hierbas de mi campo, y los niños que juegan en mis mieses. ¡Pasa con ese poder lo que con la cuasi posesión *in abstracto* de que hablaba Puchta, es un poder físico... sin realidad física; una imagen proyectada sobre lo oscuro por la linterna mágica de la teoría!

3. La posibilidad de reproducir a voluntad el estado originario no basta para hacer admitir un poder físico en esos casos.

En primer término, no es verdad decir que esta posibilidad se encuentra en todos los casos donde el derecho romano deje continuar la posesión; que se piense no más que en las dehesas alpestres (*saltus aestivi*) que abandona el poseedor en el otoño, y para los cuales esta tentativa de renovación durante el invierno podría en ciertas circunstancias costarle la vida. Y además, ¿qué importa la posibilidad de la *reintegración subsiguiente* para saber si yo tengo *al presente* un poder físico sobre la cosa? Yo puedo, cuando mi hogar se enfría, reanimarle a cada instante, mas por esto yo no diré que está *caliente* mientras esté frío; la posibilidad no es la realidad.

4. Esta posibilidad, mientras existe, no descansa en el elemento *físico*, sino en el elemento *jurídico y moral* de la posesión.

En la primera parte de esta proposición toco una idea que, en mi sentir, aunque no haya sido nunca expresada científicamente, o quizá a causa de eso mismo, ha servido poderosamente al error que aquí combato. Tiene una cierta apariencia de verdad con relación a los objetos que el poseedor tenía bajo su guarda personal o real (*custodia*), pero aun para esos objetos no es verdad más que a medias. En efecto, no es a los muros, a

las cerraduras y a los cerrojos, a las cajas y las bolsas sólo a lo que yo debo la seguridad de mis cosas muebles, sino que a esos obstáculos *exteriores* que yo opongo a las asechanzas de otro, se juntan también las barreras *invisibles* con que el derecho rodea mi propiedad (1); el orden jurídico, el sentido jurídico extendido en el pueblo, el temor del ladrón a ser descubierto y castigado. Los pocos artículos del Código penal sobre el robo, el pillaje, la defensa privada pesan más que todas esas medidas de seguridad mecánica; que se suponga por un momento esos artículos borrados... y se verá qué poca importancia tienen esas últimas.

En los casos citados y en muchos que más adelante encontraremos, la seguridad de la posesión descansa *exclusivamente* en esas garantías morales y jurídicas. Sólo a su eficacia y no a otra circunstancia deberá el poseedor de un fundo el estar casi cierto de que ningún otro se aprovechará de su ausencia para apropiarse la posesión (2). Esas garantías y no su relación física con la cosa, son las que le asegurarán la posibilidad de que habla Savigny, de reproducir a voluntad la relación originaria; sin ellas su confianza en esta posibilidad no sería muy fundada, pues sería una posibilidad puramente abstracta; cualquiera po-

(1) Y que para quien mira el derecho como relación de intereses de carácter ético, cuyo cumplimiento dependa de la *libre voluntad* de los no obligados, son las que más importan. La posesión, como hecho, puede encontrar en los interdictos una garantía y amparo para los momentos críticos de su existencia; pero sólo en la conciencia personal, libre, de cuantos se reconocen obligados, y ven en la posesión de éste o de otro semejante una condición esencial de su vida racional, encuentra la garantía y el amparo permanentes, de todos los días y horas... — (N. DEL T.)

(2) Aunque Ihering señala los motivos *reales* que en el estado actual social dan seguridad a la vida ordinaria normal de la posesión, es muy discutible que todos los que indica como *jurídicos* y *morales* lo sean, por ejemplo: el temor del ladrón al Código penal; dado que el derecho radica en la intención del bien (libremente querido), puede decirse que quien obra bajo el temor de una pena, el que respeta el derecho, no porque sea derecho, sino por miedo al látigo, ¿obra por motivos morales y jurídicos? ¿Por qué otro motivo obra la fiera ante el látigo del domador?— (N. DEL T.)

dría darle fin. Es uno de los errores más fecundos en consecuencias, y de los más fatales que se han cometido en la teoría posesoria, el haber fundado la seguridad de la posesión y con ella la posesión misma en el punto de vista de la seguridad mecánica del poder físico. La seguridad de la posesión descansa esencialmente en la *protección jurídica* concedida a la relación de derecho del hombre sobre la cosa.

5. Los intereses prácticos de la vida social son los que deciden a qué relación externa del hombre con la cosa debe el legislador conceder esta protección.

Según la opinión que aquí combato, y para la cual el legislador en materia de posesión se guía únicamente por la idea de que el poder físico del hombre sobre las cosas merece una protección jurídica, el legislador mismo y la jurisprudencia no habrían tenido tarea más esencial que la de establecer con la mayor precisión la noción del poder físico, y los casos en que se debe admitirlo. El derecho romano, según esto, habrá desconocido tal deber, admitiendo la posesión en ciertos casos en que esta condición falta por completo (1).

Si, por el contrario, la intención del legislador ha sido, como hemos dicho más arriba, completar la protección de la propiedad, no son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra *posesión* las que deben decidir en qué caso se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad, y toda cuestión de la relación de la posesión y de la protección posesoria se reduce, según hemos notado, a lo siguiente: la protección posesoria no se concede en los casos donde hay posesión en el sentido de la palabra, pues no reconocemos la posesión, jurídicamente hablando, más que allí donde se puede conceder

(1) Además de los casos citados más arriba (tesis 1.^a), citaré el de la adquisición de la posesión por el padre sobre el peculio de su hijo, cuya existencia se ignora por completo: L. 4, *De poss.* (41, 2)... *quamvis IGNORET in sua potestate filium; Amplius etiam si filius ab ALIO tanquam servus POSSIDEATUR.*

la protección posesoria, sin preocuparnos por saber si el uso lingüístico vulgar se halla o no de acuerdo con nosotros.

Es, pues, el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella' la noción de la posesión; allí donde los motivos prácticos hacen conceder la primera, el jurisconsulto debe llamar posesión el estado de la cosa, aunque (como, por ejemplo, en el caso de esclavo fugitivo) este estado no tenga nada de posesión en el sentido natural de la palabra.

6. El interés de la propiedad se opone a que se limite la noción de la posesión a la tenencia física de la cosa (I).

El ejercicio de la propiedad mediante el goce efectivo de la cosa no está ligado, para una porción de cosas, a la necesidad de una seguridad personal o real; su destino económico o su carácter natural hacen a menudo que se encuentre desprovisto de toda protección o vigilancia. El campesino no puede para impedir la ingerencia de un tercero, rodear sus campos de muros, no puede hacer guardar por un centinela sus mieses, ni el ganado que se halla en sus prados. El pastor suizo abandona en la primavera su dehesa alpestre; el hostelero, establecido en las cimas, abandona su hostería de verano; el poseedor de una casa de campo la abandona también, y ninguno deja a nadie para guardar la casa y el mobiliario que en ella queda (2).

(1) Y se opone también el mismo concepto y naturaleza de la relación jurídica; la posesión implica que la condición de que el cumplimiento de esta relación depende, está, digámoslo así, dentro de la esfera de *atracción psicológica* de nuestra finalidad racional, importando poco: 1.º, que no esté dentro de la esfera de nuestra acción física, y 2.º, que ignoremos hasta nuestro derecho a la condición, para que determine todo ser libre que no ignore esas circunstancias (que nosotros ignoramos), la obligación de respetar el estado posesorio. Todo ello porque el cumplimiento del derecho depende siempre más del ser de la obligación que del de la exigencia.—(N. DEL T.)

(2) El nuevo ejemplo de la época actual que Barón (Anales, VII, p. 144) cree haber encontrado en las casas de campo, que él opone a la *saltus aestivi et hiberni*, se encuentra ya en Teófilo, IV, 15, § 5 (*suburbana*).

¡Cuántas ramas de la industria no hay que exigen precisamente que los objetos necesarios para su ejercicio queden al descubierto y sin vigilancia! El cazador deja sin vigilancia en el bosque sus cepos y lazos, el leñador la leña que ha cortado, el pescador deja su pesca en sus redes, el cantero deja la piedra en las canteras, el minero la hulla en la mina, el arquitecto los materiales de construcción en la obra, el barquero carga su barca de harinas, piedras y maderas en el lugar de embarque sin dejar luego ningún guarda; cuántos buques quedan vacíos en el puerto, en invierno, mientras los hombres de su tripulación van a sus casas, cuántas barcas están atadas a la orilla de modo que cualquiera puede desatarlas (1). En la mayoría de esos casos, la necesidad de una *custodia* especial, con el fin de mantener la posesión, conduciría indudablemente a este resultado: que se preferiría renunciar por completo a la protección posesoria, a procurársela de una manera tan molesta, costosa, y hasta prácticamente irrealizable a veces. ¡El legislador habrá de negar la protección posesoria a esas relaciones...? ¿por qué motivo? ¡Únicamente por amor a esa idea fija de que la posesión es la detención corporal de la cosa!

Pero esta idea es absolutamente falsa: la noción posesoria prácticamente posible no puede ser más que la siguiente:

7. La posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad.

Sólo esta noción puede expresar cómo la posesión y la propiedad se cubren mutuamente, según lo quiere el interés del comercio. Concebida así la posesión, acompaña siempre a la uti-

(1) Esos casos bastan por sí solos para demostrar convenientemente lo insostenible de la opinión de Barón, que ha tratado en sus *Anales* (VII n.º 2), de fundar la continuación de la posesión en la *custodia*. Su *custodia objetiva*, que desde el fundo mismo puede ejercer el poseedor sobre todos los objetos que en él se encuentran, no le presta el servicio siquiera de un espantajo, porque éste espantará algunas veces los gorriones, mientras que la *custodia* no aleja a nadie. V. en sentido contrario a Ad,

lización económica de la propiedad (1) y el propietario no tiene que temer que el derecho le abandone mientras use de la cosa de una manera conforme a su destino.

8. La forma exterior de esa relación de hecho es diferente según la diversidad de las cosas.

Una teoría posesoria que, como la dominante, no entrevé la influencia que ejerce la diversidad de las cosas sobre el aspecto exterior de la relación posesoria, y que enuncia para todas la misma fórmula es *a priori* errónea, y conduce a resultados completamente absurdos. Si yo conservo la posesión del abono o de la arena que he hecho transportar a mis fundos y que yo he dejado allí durante todo el invierno, yo debo según esta teoría conservar también la posesión sobre los cofres o cajas que abandono de la misma manera sobre mi fundo—la reproducción de la relación originaria, es decir, el hecho de trasladarme a él, no es más difícil en un caso que en el otro. Si, por el contrario, yo pierdo la posesión de estas últimas cosas porque yo no las tengo bajo mi *custodia*, es preciso, por el mismo motivo, que yo pierda también la posesión de las primeras.

El derecho romano ha reconocido en muchos casos la influencia de la diversidad del empleo económico de las cosas, como los *saltus aestivi et hiberni* (2), los esclavos (3), los animales (4) y de una manera general con respecto a la diferencia entre las cosas muebles e inmuebles (5). El punto de vista desde el cual se

Exner. *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischen und gemeinem Recht* (La teoría de la tradición según el derecho austriaco y el derecho común). Viena, 1867, p. 109 y siguientes.

(1) Como que es un momento esencial; para llegar a la aplicación del medio al fin (*utilidad*) hay que empezar por *poseer* el medio y luego *usarlo*. De ahí dos momentos, *posesión y uso*, que llevan a la propiedad.—(N. DEL T.)

(2) L. 3, § 11 (41, 2)... *quavis certis temporibus eos relinquamus*.

(3) L. 3, § 13, *ibid excepto nomine*, L. 13, p. *ibid*.

(4) L. 3, § 13, 16, *ibid*.

(5) L. 3, § 13, *cit., res mobiles*.

coloca, no es otro que el nuestro. La forma normal bajo la cual el propietario ejerce su propiedad, con respecto a los *saltus aestivi et hiberni*, consiste en que el mismo no las usa sino periódicamente, abandonándolos periódicamente también: con respecto a los esclavos, en que los deja ir y venir libremente (a menos que tenga motivos de desconfianza), enviándoles hasta de viaje y confiándoles el cuidado de sus negocios en países lejanos (1); con respecto a los animales domésticos y los salvajes amansados, en que se los deja entrar y salir con libertad (2). Para la mayor parte de las cosas muebles, por el contrario, esta forma consiste en que el propietario las tiene en su casa. A éstas se refiere Celso cuando enuncia esta regla en la L. 3, § 13, cit.; *res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri*.

Esta regla no se aplica a las cosas para las cuales una *custodia* en ese sentido no se usa. Así lo demuestra el ejemplo de la caza cogida con el lazo. (L. 55, de A. R. D.). Si la posesión comienza sin *custodia*, con mayor razón continúa sobre la caza y sobre el lazo mismo. Y si la posesión no se pierde inmediatamente con respecto a las cosas caídas al agua (3), menos debe perderse cuando los materiales de construcción se encuentran en el lugar donde yo quiero construir, aunque no bajo mi inmediata inspección. No hay, pues, para mí duda alguna de que se debe admitir en todos los casos citados que la posesión continúa, aun cuando la cosa no sea objeto de vigilancia alguna.

De conformidad con esto podemos afirmar:

9. La existencia de la posesión es cuestión de pura experiencia, es una cuestión de la vida ordinaria.

La cuestión de saber si se debe admitir una posesión, se resuelve simplemente según la manera cómo el propietario tiene

(1) L. 1, § 14, h. t. *quos in provincia habemus*.

(2) L. 4, L. 5, § 5, de A. R. D. (41, 1). L. 3, § 13, 16 cit.

(3) L. 13, p. h. t. v. XIII.

costumbre de tratar las cosas de la especie a que aquélla se refiere. Dada esa teoría, todo ciudadano o campesino puede resolver esta cuestión; con la de Savigny ni el mismo juriscónsul-to puede resolverla, porque el punto de vista desde que debe colocarse a ese fin, el de la posibilidad o imposibilidad de la reproducción a voluntad del estado originario, es, según hemos visto, tan indeterminado y tan elástico, que su autor mismo no ha sido capaz de establecerlo con fijeza. ¡Desde él puede demostrarse todo lo que se quiere!

Con esta concepción de la posesión se enlaza por vía de consecuencia.

10. La gran ventaja que presenta para los terceros la facultad de reconocer la existencia de una relación posesoria.

La cosa misma, por el estado en que se encuentra, anuncia su relación posesoria. Si este estado es *normal* para ella, toda persona que la encuentre debe decirse que esa relación local no descansa en el simple azar, sino en la intención, y que la cosa cumple precisamente en este estado su destino económico (1), que *sirve* al propietario. Si es *anormal* este estado para ella, verá de este modo que la cosa se halla *sustraida* al servicio del propietario, y que la relación de *propiedad* está *perturbada* de hecho. La madera depositada cerca del edificio nos anuncia que está en posesión de alguien: la madera que la corriente arrastra hasta mí me anuncia una posesión perdida, las trampas y lazos que encuentro en el bosque me anuncian que están allí *por* la voluntad del propietario. Según la teoría de Savigny, el tercero, en la mayoría de los casos no estaría en estado de resolver la cuestión de si existe o no posesión. En efecto, ¿cómo puede saber o no si el propietario se encuentra en estado «de reprodu-

(1) Es decir, la cosa está dentro de la esfera de *atracción* de la finalidad racional de un ser, posición que impone la *obligación* de respetar-
(11) s.—(N. DEL T.)

cir el estado originario», si está cerca o lejos, si ha partido, huido, si está enfermo o ha muerto? Y sin embargo, es para él de la mayor importancia resolver esta cuestión, porque:

- II. La *visibilidad* o la *posibilidad concreta de reconocer* la posesión es de una importancia decisiva para su seguridad.

Para el ladrón esta cualidad no tiene influencia alguna, mas para el hombre honrado es decisiva (I) El hombre honrado, en el caso que yo acabo de citar, dejará la caza sin tocarla, pero recogerá el reloj para devolvérselo a su verdadero propietario. Por esto precisamente estoy autorizado para tener por un ladrón aquel que sorprende en la casa, porque la aprehensión de éste no puede ser interpretada sino por la intención premeditada de apropiársela—y no tengo el mismo derecho con respecto al que ha encontrado el reloj, porque su acción puede ser explicada de dos maneras, y por tanto, sólo su actitud consiguiente demostrará cuál de las dos es la cierta. No se puede, a mi ver, encontrar un punto de apoyo sólido para esta cuestión tan interesante de la intención fraudulenta, sino en mi teoría, mientras que la de Savigny no nos presta auxilio alguno a este propósito.

Termino aquí el examen de la relación interna de la posesión o de lo que se llama el *corpus*. Me quedará todavía por demostrar el paralelismo del segundo elemento de la posesión, o sea el *animus*, con la exterioridad de la propiedad. Si no emprendo esta tarea es porque, según tengo dicho al principio, he elegido la crítica del llamado *animus domini* para objeto de un

(1) ¿Y por qué? He ahí el fundamento del respeto a la posesión y de su protección y amparo. Porque el hombre honrado ve que la cosa es de otro, y que el derecho le obliga a prestarle la *condición* de respetar la posesión para que cumpla éste sus *finés* racionales, condición que quedaría negada desde el momento en que él se apodera de la cosa, privando así al poseedor del momento esencial por virtud del cual se puede aprovechar de ella.—(N. DEL T.)

tercer estudio (I). Pero aun fuera de esta circunstancia, me ahorraría una demostración más minuciosa, porque la exactitud de mi punto de vista en este asunto, se manifiesta tan abierta y tan palmariamente, que el mismo Savigny ha reconocido su verdad, cuando ha formulado la voluntad de poseer como *animus domini*—testimonio éste que pesa tanto más en la balanza, cuanto esta fórmula se acomoda muy poco, en mi concepto, con su noción de la posesión. En efecto, si la posesión es el poder físico sobre la cosa, ¿cómo la voluntad de poseer no está determinada por esta noción solo, en lugar de estar determinada por la noción de propiedad? La inconsecuencia en que cae Savigny prueba que la lógica interna de las cosas no ha permitido desconocer su punto de vista ni evitarlo.

Sin penetrar más allá en la materia, me será permitido, sin embargo, añadir a la tesis precedente la siguiente:

12. La diferencia entre el *animus possidendi* y *alieno nomine detinendi*, no encuentra una explicación suficiente sino desde el punto de vista de la exterioridad de la propiedad.

Resumiendo ahora las explicaciones precedentes, puedo decir que la noción de la posesión que he establecido ha resistido a todas las pruebas, tanto en lo tocante a su *legitimidad y necesidad legislativa*, como en lo relativo a su *aplicación práctica* y

(1) Es precisamente de los otros tres, que según el lector ha visto anuncia Ihering, el único que ha escrito y publicado. Los otros dos renunciaré ya en vida a escribirlos, según él mismo dice en el prólogo, al que trata del *animus domini*. A pesar de todo esto, puede considerarse que donde Ihering expone puntos de vista más generales sobre la posesión es en el que ahora damos a luz en español. En el que dedica al *animus*, y que bajo el título de *Du rôle de la volonté dans la possession* se tradujo al francés, se circunscribe a este punto concreto especial. Es interesantísimo y abrigamos la esperanza de poder publicarlo en español. Respecto de la posesión publicó Ihering un artículo, que, aunque no muy largo, abarca toda la teoría. Puede verse en el *Diccionario de ciencias políticas* de Courady Elster (1890).—(N. DEL T.)

a su *concordancia con el derecho romano*. Todo lo que este último contiene sobre esta materia, las acciones posesorias, las condiciones de capacidad de la persona y de la cosa, el paralelismo entre la posesión y la propiedad, la determinación del *corpus* y del *animus*, todo ello gravita alrededor de la propiedad como su centro visible. Adquirida esta convicción y concebida, para conformarnos a ella, la posesión de las cosas como exterioridad de la propiedad, nos es dable representarnos la conexión íntima que existe entre la posesión de las cosas y la de los derechos, y establecer la noción más elevada de la posesión, a la cual esas dos formas están subordinadas como subvariedades, a saber:

13. La posesión es la exterioridad del derecho.

La teoría del poder físico tiene que recurrir a la noción del ejercicio de la propiedad para llegar de la posesión de la cosa a la de los derechos (Savigny, p. 192). Pero en lugar de poner la cuestión así, y saber si las nociones del poder físico sobre la cosa y del ejercicio de la propiedad son correlativas, y en lugar de explicar por qué en la posesión sobre la cosa el ejercicio del derecho está enlazado al poder físico, mientras no lo está en la cuasiposesión, pasa rápidamente sobre el asunto y no lo trae a cuento sino para retirarlo inmediatamente después que le presta el servicio pedido. Aún más: el prejuicio de que la esencia de la posesión consiste en el poder físico, va tan allá, que Savigny (p. 193) disputa a la misma cuasiposesión su derecho al nombre de posesión, y no quiere ver en esto empleo de una misma palabra (1) — prueba evidente del reconocimiento de su homogeneidad interna, atestiguada por la abstracción jurídica— más que una *dura necessitas*, engendrada por la pobreza del

(1) El derecho moderno confirma el sentido de Ihering. Nuestro código civil, como es sabido, habla de *posesión* sólo, y comprende la de las cosas (*posesión*) y la de los derechos (*cuasiposesión*) bajo la misma palabra. — N. DEL T.

lenguaje, como si hubiera sido difícil a los romanos adoptar la expresión de que se servían los interdictos posesorios para designar esa relación (*usus es*) a la cuasiposesión, mediante una adición cualquiera, por ejemplo, *usus juris!*

La expresión *juris possessio* empleada por la jurisprudencia romana para designar la exterioridad de las servidumbres, es a mis ojos la mejor prueba de que lo que entendía por *possessio*, con respecto a la propiedad, podía perfectamente ser aplicado a las servidumbres, o en otros términos, que no se trata del poder físico sobre la cosa, sino de la exterioridad de la propiedad.

Tenemos que examinar ahora la aplicación de nuestro punto de vista a la teoría sobre la adquisición y pérdida de la posesión. Séanos permitido invocar una expresión general que nos servirá a la vez de conclusión de toda la investigación que precede y de motivo y epígrafe de lo que sigue. Doy poca fuerza probatoria a tales expresiones generales, pero puedo en todo caso servirme de ésta como simple fórmula, conforme a las fuentes de mi teoría posesoria. Se trata de las expresiones de la L. 2 Cod. de poss. (3, 32)... *cum ipse proponas te diu in possessione fuisse OMNIAQUE UT dominum gessisse*. No se podría expresar mejor en latín mi punto de vista de la exterioridad de la propiedad, que con estas palabras:

OMNIA UT DOMINUM GESSISSE.