

## 4. APLICACION A LA ADQUISICION DE LA POSESION

La cuestión del origen tiene para la posesión bastante menos importancia que para la propiedad; para ésta se confunde por completo con la cuestión de *existencia*:—el que quiere probar la existencia de su propiedad no puede hacerlo sino proporcionando la prueba de su origen o del motivo que la ha engendrado—; no pasa lo mismo con la posesión, porque allí donde se trata sólo de la existencia de un estado de hecho que puede ser demostrado como tal, por ejemplo, la existencia o la tenencia de una cosa, no hay razón para remontarse hasta el origen. Si no obstante se agita esta cuestión, aun para la posesión, es en parte a causa del interés que ofrece el momento en que la posesión ha comenzado (usucapión), y en parte a causa de la facilidad en la prueba que el examen del origen de la posesión pueda proporcionar, en ciertas circunstancias dadas, para la demostración de su existencia. Nuestra práctica actual reconoce el mismo principio, que se encuentra atestiguado por Paulo, Smit. Rec. V, II, § 2, para la práctica romana: *Sufficit ad probationem (traditae possessionis) si rem corporaliter teneam*. Para demostrar la posesión de mi casa, de mi ganado, etc., no tengo necesidad de probar que he *adquirido* la posesión; salta a la vista que yo poseo. Lo mismo puede decirse del campo que he cultivado hasta hoy día. Pero ¿qué decir de la posesión de un fundo que yo he comprado el invierno último, del que yo recibí la tradición, y que no he cultivado hasta ahora? ¿Cómo probar aquí el *estado* de mi posesión? En ese caso, se ve que no

queda más remedio que remontarse hasta el *acto de adquisición* de la posesión.

Más arriba hemos visto que la *visibilidad* de la posesión tiene una influencia decisiva sobre su *seguridad*, y toda la teoría de la adquisición de la posesión debe, en mi sentir, referirse a esta *visibilidad*. *El propietario de la cosa debe ser visible: omnia ut dominum fecisse oportet.*

Pero ¿cómo se hace visible? Es un error asentar la adquisición de la posesión sólo sobre el *acto de aprehensión* del poseedor; porque así no se puede evitar la condición de la presencia del poseedor cerca de la cosa, a menos que no se prefiera, como Savigny, pasar adelante sin inquietarse por ello. Un fabricante de ladrillos lleva, cerca de mi edificio, los ladrillos que yo le he pedido; aquel que me ha vendido el abono lo ha transportado a mi campo; el jardinero conduce los árboles a mi jardín; ¿es necesario que yo vea esas cosas para adquirir la posesión? De ninguna manera; como yo no necesito ver el tonel de vino que se descarga en mi ausencia en el vestíbulo de mi casa, o el paquete de libros que se ha depositado en mi despacho (1). Se diría que lo que la L. 18, § 2, *de poss.* (42, 2) y L. 9, § 3, De J. D. (23, 3) deciden para la entrega en la casa (*in mea domo deponere... inferantur in domum ejus*) debe restringirse a ese caso y no puede ampliarse al patio, al jardín, al lugar donde yo edifico, etcétera, etc. ¿Se dirá que para adquirir la posesión de los huevos puestos por mis gallinas o mis palomas, es preciso que yo los vea?

De todas suertes, sería imponer al poseedor una formalidad inútil, obligarle a transportarse cerca de la cosa para adquirir la posesión de la misma, porque la simple vista de la cosa — la aprehensión no es necesaria para adquirir la posesión — no cambia en nada su posición. Esto basta perfectamente para señalar el poseedor a todos como propietario de hecho.

---

(1) Exner, *Dic Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*; Viena, 1862, p. 92, añade el ejemplo de los cepillos para los pobres, expuestos en los sitios públicos.

En todos estos casos, a los cuales es preciso añadir el de la ocupación de la caza y de la pesca, mediante trampas y redes, y la adquisición de la posesión y de la propiedad por el propietario del rebaño, sobre las cabezas reemplazadas por el usufructuario, la posesión nace, pues, en ausencia y sin la aprehensión del poseedor, suponiendo en él la voluntad de adquirir. Esta voluntad, ¿debe probarse? No, ciertamente. La relación de hecho encierra en sí misma la presunción de la voluntad del poseedor, *sufficit ad probationem, si rem CORPORALITE teneam*; al contrario, toca alegar y probar el defecto de la voluntad. Después de las consideraciones, en las cuales me he detenido antes, no tengo necesidad de insistir sobre la relación íntima que existe en estos casos citados, entre la cosa que se adquiere y la manera de adquirirla. Yo adquiero inmediatamente la posesión del abono que ha sido llevado durante mi ausencia a mi campo, pero no adquiero la posesión del tonel de vino que locamente hice descargar en aquel sitio. El cazador se hace poseedor de la caza, pero no del pañuelo que encuentra en su trampa, y de que yo adquiera la posesión de las cosas inanimadas que han sido depositadas en el vestíbulo de mi casa, no se siguen que yo adquiera la del canario o del mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad natural por el mensajero que me los llevaba y que no encontré a quien entregarlos. La posición de la cosa, que debe proporcionarme la posesión, debe ser la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie.

Si ahora examinamos la adquisición de la posesión procurada por un acto de aprehensión personal, el punto de vista del poder físico al cual Savigny lo refiere, podría conciliarse perfectamente con el mío; la exterioridad de la propiedad. No había, en verdad, manera mejor de mostrar visiblemente y de poner en relación la exterioridad de la propiedad, que sometiendo la cosa a su poder físico. Pero esto no basta en realidad. Hay casos donde se realiza y donde, sin embargo, se niega la adquisición de la posesión; otros donde falta, y donde a pesar de eso se admite esta adquisición. El heredero sabe, por los pape-

les de su autor, que éste ha guardado su tesoro en un sitio determinado de un punto de la casa habitado por el heredero; éste va a ese sitio y comprueba qué responde a la descripción que su autor ha hecho de él. ¿Ha adquirido la posesión del tesoro? Savigny responde afirmativamente, de acuerdo con algunos jurisconsultos romanos antiguos; pero la jurisprudencia nueva responde negativamente y exige para la adquisición de la posesión el *loco movere* (1). ¿Por qué? Sabino responde: *quia non sit sub custodia*. No puede haber aludido con esto al poder físico, porque no falta en ese caso, puesto que en la L. 44 cit. Papiniano supone que el propietario entierra el tesoro *custodiae causa*, es decir, para mayor seguridad física. Lo que falta es la relación de hecho en la cual la cosa sería colocada por toda persona que realmente tuviera la intención de apropiársela; el *loco movere* contiene la comprobación de la voluntad de ser propietario, el *omnia ut dominum fecisse* aplicado a la adquisición de la cosa. Supongamos otro caso. Cualquiera encuentra una cosa, pero no le conviene llevarla inmediatamente y resuelve volver más tarde a buscarla, pero en el intervalo otro se adelanta. ¿Cuál de los dos adquiere la posesión? El último, según mi opinión; el primero ha tenido, sí, momentáneamente el poder físico sobre la cosa, circunstancia que, según Savigny, bastaría para *procurarle* la posesión, bastando, además, la posibilidad de reproducir a voluntad el estado originario para *conservarla*, pero yo le niego la posesión. En efecto, no ha hecho lo que en su lugar haría toda persona que hubiera tenido un interés por la cosa. Un enjambre de abejas que pertenece a otro se ha posado en mi árbol; un tercero se apropia del enjambre y de los panales de miel; ¿hay aquí robo? No, dice el jurisconsulto en la L. 5, § 2, 3 de A. R. D. (41, 1). Se puede negar que yo tenga el poder físico sobre el enjambre, porque puede en cualquier momento marcharse, pero los panales están fijos en el árbol. Si, no obstante, se me niega la posesión, no puede ser, repetimos, sino porque yo no hice lo que no debía omitir si yo hubiera dado

---

(1) L. 3, § 3, L. 44 pr. de poss. (42, 2), L. 15 ad. exh. (10, 4.)

verdadero valor a esos panales; apoderarme de ellos. Varias cosas pertenecientes a mi vecino han caído en mi jardín o en un patio: ¿tengo yo la posesión de ellas? Tengo, sí, el poder físico sobre las cosas, y como conozco y dejo subsistir el estado en que se encuentra, deberá añadirse que tengo también la voluntad de poseerlas. Sin embargo, la L. 5, § 5, *ad exh.* (10, 4), me niega la posesión. ¿Por qué? ¿No tengo más que repetir la anterior respuesta! No he manifestado la voluntad de apropiármelas, pero si traslado esa cosa a mi granja, ya habré adquirido la posesión.

Si resumimos el resultado del estudio a que nos hemos entregado hasta aquí, veremos que el punto de vista del poder físico, en cuanto a la adquisición de la posesión, no resiste al examen, ni en el caso en que la posesión se adquiriera en ausencia del poseedor sin que el poder exista, ni en el caso en que la existencia de su poder debiera tener como consecuencia la adquisición de la posesión. En lugar de ese punto de vista, hemos presentado otro que es decisivo, y que designaremos con las palabras: *comprobación del hecho de la intención de ser propietario*. Llega a ser poseedor, conforme a esto, aquel que ya ha puesto o hace poner la cosa en una posición que corresponda a la propiedad y que de este modo le señala como pretendiente a la propiedad. Veamos si podemos aplicar esta regla a los demás casos de adquisición de la posesión.

Para la mayoría de las cosas, este estado se confunde con la detención corporal; se tienen generalmente cerca de sí o en su casa las cosas muebles; la casa misma se habita; y la intención de ser propietario se atestigua para esas cosas por la sola existencia de este estado, cuyo acto de aprehensión no es más que el primer momento. Pero hay cosas para las cuales una aprehensión en ese sentido es completamente imposible. Para todas las cosas inmuebles, principalmente, que están libres y al descubierto: campos, pastos, praderías, bosques, lagos, terrenos para edificación, esta detención corporal, o para hablar como Savigny, el poder físico falta; la propiedad sobre

esas cosas no se manifiesta en el estado de la cosa misma, sino por *actos aislados* del poseedor, que se repiten periódicamente. Se reconoce el propietario del campo en aquel que siembra en él, etc., etc. Para la adquisición de la posesión aquí, deberá exigirse la repetición no interrumpida de esos actos. Si el derecho no lo exige, y sustituye en ese caso a la toma *real* de la posesión, la manifestación de la intención jurídica, no se puede desconocer, en verdad, que eso no sea necesario; pero no podemos tampoco ignorar el aspecto particular que aquí reviste la adquisición de la posesión. El comprador del campo o del bosque debe tomar posesión de él. ¿Qué debe hacer para este efecto? Se traslada solo o con el comprador al fundo. ¿Y después? Si ve, inspeccionará la finca. Si es ciego no tiene ni este recurso, y se vuelve, según la teoría de los jurisconsultos, con la conciencia de haberse apropiado de esta manera *fisicamente*, con su poder, el fundo. Pero si eso fuera cierto, sería preciso afirmar lo mismo en el caso en que otra persona cualquiera realizara el mismo paseo con intención de apropiarse la posesión; ahora bien: para otro, ni el paseo ni la inspección tienen absolutamente efecto alguno. Que se compare con eso la adquisición de la posesión sobre las cosas muebles. El mismo acto de aprehensión que procura al *comprador* la posesión de las cosas muebles, le basta con el propio fin al *ladrón* y al *bandido*. ¿Por qué tal diferencia?... Responder..., porque para las cosas inmuebles la *dejectio* del poseedor no es posible en su ausencia y una nueva posesión no puede comenzar mientras la antigua subsista, no es decir nada; pues, ¿por qué la posesión continúa para las cosas inmuebles y no para las muebles? Si la presencia sobre el fundo con la intención de tomar posesión del mismo, es *per se misma* suficiente para procurar el poder físico y con él la posesión, ¿por qué debe ésta limitarse a la persona del comprador, y por qué no puede extenderse a la del ocupante supuesto? No se obtiene una respuesta satisfactoria sino rindiendo homenaje a la verdad y reconociendo que este acto no procura el poder físico sobre la cosa, sirviendo sólo para comprobar la *transmisión de la posesión y de la propiedad*, que se realiza mediante el acuerdo recíproco. Lo

que falta a este acto en fuerza *real* y en eficacia, es decir, con relación a la sumisión física de la cosa, se suple mediante las circunstancias *jurídicas* que le acompañan (1). En éstas es donde reside toda la energía del acto; sin ellas lo que queda no es más que un simple paseo (2). Es un puro prejuicio creer que este último es el único medio de comprobar la voluntad de aprehender; se le puede sustituir por cualquier otro y sólo la necesidad de tener un acto *exterior* de aprehensión uniforme ha elevado el paseo al honor de ser manifestación de la voluntad de aprehender. Mientras que en otros casos la aprehensión es un acto *real* que tiene por objeto entregar efectivamente la cosa a aquel que la recibe, aquí es una pura formalidad. No veo qué diferencia hay para el comprador en declarar en justicia y ante un notario y testigos, su intención de querer por esa manifestación tomar posesión del fundo que le ha cedido el vendedor, o en trasladarse al fundo para *verlo*—cosa que ciertamente habrá hecho antes de proceder a la adquisición. Su posesión está tan

(1) Tal es el sentido de las palabras de Ulpiano en la L. 34, pr. 4, ts. ANIMO *acquiri possessio potest*, es decir, la adquisición de la posesión no descansa aquí en el poder físico, sino en la acción jurídica, así es como la L. 26, Cód. de donat. (8, 54), declara posible hasta la donación de un fundo a un *infans* en la persona de su esclavo: *omne jus compleat instrumentis ante praemissis*. La misma antítesis parece haberse tenido presente en la L. 10, Cód. de poss. (7, 32) cuando dice: *duplicem esse rationem possessionis, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore*.

(2) Aplicando estas consideraciones al caso de error sobre el objeto, yo llego a esta consecuencia, que la transmisión de la posesión está excluida por el error en cuanto a las cosas inmuebles y no en cuanto a las muebles. Este acto expresamente reconocido para las primeras por la L. 34, pr. 4, ts., en cuanto a las segundas, no conozco testimonio alguno positivo de nuestras fuentes. Asimilar esos dos casos sería tan poco fundado como aplicar las reglas que conciernen a la apropiación unilateral de las cosas inmuebles a la de las cosas muebles y viceversa. Para estas últimas, lo que decide en todos los casos es la apropiación física unida a la voluntad de poseer, sin examinar cómo se concilia con la voluntad del precedente poseedor. Para las cosas inmuebles, por el contrario, la imperfección de esta apropiación no puede ser suplida más que por la actitud del precedente poseedor.

asegurada en un caso como en otro, porque esta seguridad no depende de un paseo, sino de las dos circunstancias siguientes: primera, de que el propietario ha declarado que ha transferido sus derechos, y segunda, de que los terceros que saben que no son propietarios del fundo en cuestión tienen el hábito de respetar la posesión del propietario (1). Si los terceros o el vendedor no tienen respeto para la posesión de otro, el paseo del comprador no le servirá contra ellos más de lo que haga un acta notarial (2).

De lo que precede resulta que la aprehensión, para las cosas inmuebles de la especie indicada, lejos de *deber* o de *poder* dar un poder físico sobre la cosa, tiene por fin sólo comprobar la intención de las partes de transmitir la posesión. Sea la que fuere la definición que de la posesión se da; ya se vea en ella el

---

(1) Así se explica también la L. 30, § 54 t. *Quod per colonum possideo heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retenerè enim animo possumus apisci non possumus*. No puedo comprender por qué, según los principios conocidos sobre la adquisición de la posesión por medio de representantes, la obligación del colono de poseer por el arrendador no basta para procurar la posesión al heredero (Savigny p. 313). Según mi teoría, la decisión del jurisconsulto se explica muy fácilmente: el heredero debe hacerse reconocer por el colono como propietario actual, y el colono debe haberle reconocido como tal para que pueda ser reconocido de hecho como propietario, es decir, como poseedor. Estas dos condiciones pueden ser cumplidas por cartas, sin viaje; aún más, la segunda resultaría del mismo silencio del colono.

(2) De ahí el carácter de todas las solemnidades instrumentales; vienen, no a añadir nada esencial a la relación jurídica que en sí misma consta ya con sus exigencias y prestaciones adecuadas, sino a hacer constar la existencia de la misma relación, de suerte que ni los en ella primeramente interesados, ni los terceros, pueden desconocerla. Esta naturaleza de las solemnidades con que se rodean socialmente ciertos actos jurídicos, hace que con razón se les haya considerado como un *derecho para el derecho*, esto es, *derecho para el fin jurídico* (V. Giner y Calderón, *obra citada*), pues en rigor vienen tales solemnidades a *condicionar*, no el fin económico de la relación de propiedad, sino la *forma jurídica* bajo la cual el fin económico se cumple y para que se cumpla de hecho. Responden estas solemnidades a la misma necesidad que el derecho procesal, penal y político.—(N. DEL T.)



poder físico, ya la exterioridad de la propiedad, en los dos casos la aprehensión aparece como un acto de pura formalidad, ni más ni menos que el pacto de las dos partes litigantes en el antiguo procedimiento de la *vindicatio*, acto que se podrá sustituir con otro cualquiera, y al cual hasta se debería preferir otro, siempre que fuese susceptible de dar al hecho la publicidad deseable, por ejemplo, el anuncio en las hojas públicas o periódicos (1). Mis vecinos ven que yo siembro, trabajo y recojo, y me reconocen por eso que yo soy el propietario—he ahí la verdadera exterioridad de la propiedad que, como la experiencia prueba, se confunde en la mayoría de los casos con la propiedad real—mientras que, por el contrario, puede ocurrir que nadie vea el paseo que yo doy para aprehender, y aun cuando alguno lo viese, podría no adivinar el fin del mismo (2).

Y, sin embargo, ¡habría de depender todo de este acto insignificante, o mejor, de su prueba! Que se piense en el resultado a que conduce la aplicación rigurosa de la teoría. Era hoy el día fijado para la tradición; el precio de venta está pagado; el vendedor ha declarado querer transmitirme la posesión y la propiedad. Ayer todavía me encontraba yo sobre el fundo; pero hoy el paseo me molesta, y lo dejo para tiempo más oportuno. El vendedor se aprovecha de esta circunstancia, y en el intervalo revende dolosamente el fundo a otro que, más avisado que yo, se traslada a él incontinenti. ¡Será este otro quien... haya adquirido la posesión y la propiedad! ¿No es eso dar a la pura forma rígidá un valor que no tuvo sino en la época de la antigua jurisprudencia romana, y que ha perdido más y más con el

(1) Siempre buscando la manera de dar a la relación jurídica, que algunos dirían *substantiva*, la garantía por medio de una nueva relación que viene a tener la existencia de la primera como *objeto y fin*. Es un *derecho sobre derecho*, que dice Sanz del Río. —(N. DEL T.)

(2) Lo cual prueba que sin paseo y sin los demás actos, la relación de posesión pudo establecerse tan justa y jurídicamente como su fin exige, pues bien claro se ve que todas esas *exterioridades* por *sí mismas* no son la posesión, sino la forma con que conviene que socialmente se produzca para ser respetada y garantida.—(N. DEL T.)

consiguiente desenvolvimiento del derecho romano? La *mancipatio* y la *vindicatio* exigían también en el origen la presencia en el fundo, y la práctica nueva prescindió de esta traba (1).

Pero ¿con qué derecho podemos eludir una condición expresamente determinada por el derecho romano? Dejemos intacta esta condición, y veamos si no podemos alcanzar el fin mediante la *prueba*. El comprador, en el caso que precede presenta un documento en el cual el vendedor reconoce que ha transmitido aquel mismo día al comprador la posesión y la propiedad; ¿tendrá aún que presentar la prueba de que ha dado el paseo de que se trata? El derecho romano nos da un punto de apoyo suficiente para responder a esta cuestión: *Sciendum generaliter*, dice Ulpiano en la L. 30, de V. O. (45, 1) (2), *si qui se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta*, y en el § 17, I, de *inut. stip.* (3, 19), se dice: *si scriptum fuerit in instrumento, promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum est* (3). Justiniano hizo de este principio general una aplicación (4) que ofrece un interés particular para nuestra cuestión, porque es precisamente relativa a la necesidad de la presencia. *Sed cum hoc* (esta necesidad), dice en el § 12, I, de *inut. stip.* (3, 19), *materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non praesentis fuisse se vel adversarios contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam dispossimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas*,

(1) V. su *Exp. del D. R.*, II, p. 687-691:

(2) V. También, § 8, I, de *fid. et nom.* (27, 7).

(3) V. También, en el mismo sentido, Paulo.

(4) L. 14, Cód. Esta ley conserva otra facilidad en la prueba, con respecto a la de la propiedad sobre el esclavo estipulante. Justiniano hizo otra aplicación a la L. 23, Cód. ad. S. C. *vill.* (4, 29) sobre las intercesiones de la mujer: *sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisti et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectam inveniatur da tribus testibus assignatum ONNIMODO ESSE CREDENDUM, eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regresum.*

*nisi ipse, qui talibus utitur impropis allegationibus, manifestissimus probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.* Esta es ciertamente una de las más sabias ordenanzas de Justiniano, y parece expresamente hecha para nuestro asunto. La presencia de aquel que adquirió la posesión cerca de la cosa, no es más esencial para la tradición, que lo es la de las dos partes para la estipulación, y la suposición de un adversario, que aparte de la transmisión de la cosa atestiguada por el actor, exige todavía la prueba de la presencia real, no merece una acogida más favorable que la pretensión de que nos habla Justiniano. La prueba contraria que Justiniano reserva, no tendrá una grande importancia para la tradición.

En la práctica se evita de este modo la necesidad de la presencia de la cosa, cada vez que la tradición efectuada esté atestiguada por un documento, sin distinguir si la cosa es mueble o inmueble; y así es como Severo y Antonino pudieron declarar en la famosa L. 16 *de don.* (8, 54) que la tradición del certificado de propiedad sobre los esclavos (*emtionum mancipiorum instrumenta*) es un atestado plenamente válido, y por eso mismo una subrogación de la tradición de los esclavos mismos (1).

El legislador ¿no haría bien dando un paso más, renunciando

(1) De igual modo es preciso comprender la L. 12, § 43, *de instr. leg.* (33, 7), en la cual Papiniano agita la cuestión de saber si en un legado «de todos los objetos que se encuentran en la casa» están comprendidos esos certificados de propiedad (*emtionum servorum*) e implícitamente, por consecuencia, los esclavos mismos. Aunque lo niegue en principio, admite, sin embargo, como posible que el testador haya pensado en los esclavos, y en ese caso el documento representa para él la cosa, y el legado de la una lo es de la otra. V., además, la L. 26 *ibid.*, citada ya; *omne jus compleat instrumentis ante praemissis*. La J. 2, Cód. h. t. (7, 32), muestra hasta qué punto los romanos tenían el hábito de considerar como decisiva en materia de tradición de cosas inmuebles, el certificado de tradición; *licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi, tradicta sit possessio, ipsa tamen sua veritate id consecutus es.*

do absolutamente a la necesidad de la presencia cerca de la cosa en los casos en que esta presencia está desprovista de toda importancia? (1). Por mi parte, no vería en ello ningún inconveniente. Y aquí toco la cuestión tan debatida de la tradición simbólica (2), que dejo a un lado a causa de la extensión que el presente trabajo alcanza y porque no es indispensable tratarla ahora. Pero no puedo dejar de declarar que lejos de ver en esta noción una desfiguración de la noción posesoria, veo más bien un progreso de ésta. En efecto, ¿qué diferencia hay en recibir las llaves de la casa, o del subterráneo, en un lugar inmediatamente próximo o a alguna distancia? ¿Es que mi voluntad de tener la cosa, si sólo se trata de la detención jurídica, y no del transporte de hecho, no obra más que a una distancia de diez pasos? Verdaderamente podría creerse que aquí se trata de una manipulación mecánica, que tiene por condición una influencia inmediata, y se siente uno tentado a preguntarse: aplicando la idea puesta en boga por la escuela hegeliana, de que «*la voluntad propia se impone en la cosa*», ¿cómo la voluntad puede realizar esta operación a varias leguas de distancia? No veo ahí más que un efecto de esta apreciación exterior y material que hace abstracción del elemento ideal de la posesión para hacer gravitar toda la fuerza sobre el elemento físico. Todo hombre que esté libre de este prejuicio mirará también la tradición simbólica desde un punto de vista distinto del que hoy se toma generalmente. Si el cazador puede adquirir la posesión de la cosa que ha caído en sus lazos; si el propietario de un fundo puede adquirir la posesión del abono que ha hecho descargar en su campo sin que ni uno ni otro estén presentes, ¿por qué el comerciante que ha comprado un almacén de

---

(1) Es lo que ha hecho el derecho francés. V., a tal propósito, K. S. Zacariae, *Manual del derecho francés*, I, § 180, nota 3. «Pero era corriente insertar la cláusula *quasi traditionis* en los actos notariales que tenían por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. Este uso dió margen a la nueva doctrina que renuncia por completo a la necesidad de la tradición».

(2) V. un examen más profundo en Esnes, l. c., p. 152.

mercancías, no podrá también adquirir la posesión por medio de la entrega de las llaves en su casa? Si esto repugna a la idea de la posesión, ¿por qué no ocurre lo mismo con lo otro? Por mi parte, no puedo menos de poner todos esos casos en la misma línea; no encuentro nada de simbólico en ninguno de ellos, y no veo más que la realización de la idea exacta, en mi sentir, de la posesión.

Séame, en fin, permitido examinar una relación que prueba una vez más de manera evidente la exactitud de mi opinión; la ocupación arbitraria del fundo de personas ausentes. Es sabido que no procura inmediatamente la posesión, sino sólo cuando el poseedor, después de haber tenido conocimiento de ella, no hace nada para hacer valer su posesión. ¿Por qué? Desde el punto de vista del poder físico, eso no puede, en manera alguna, explicarse. La fuerza física que el ocupante debe temer de parte de su contrario, no se disminuye después de pasado un mes, y lo que él pueda oponerle no ha aumentado, *físicamente*; el tiempo transcurrido no cambia absolutamente nada. Pero lo que cambia, lo que en el intervalo crece y refuerza, es el elemento *moral ideal* de la posesión, es decir, el *reconocimiento* del estado de posesión actual, atestiguado por la inacción del poseedor precedente (1). La única persona precisamente de quien el ocupante hubiera podido temer una resistencia, no le ha opuesto ninguna, y desde ese instante debe aquél conceptuarse como autorizado. Lo mismo que en la *tradición* de las cosas inmuebles, aquí no es el acto físico de la adquisición de la posesión, sino sólo la conducta del tenedor precedente, lo que imprime a su relación con la cosa el sello de la posesión jurídica. Para las cosas muebles, el paso de la posesión al ladrón depende exclusivamente de la apropiación *córporeal* de esas cosas, o para hablar como Savigny,

---

(1) *Cum nemo adversarius eum inquietaverit, sed omnibus tacentibus POSSESSIO CONFIRMATA EST*, según la versión que dan las Basílicas (50, 2, 61, Steimb, V. p. 54) de la L. 10, Cód. de poss. Por esto es por lo que el que compra del colono el fundo de otro no adquiere inmediatamente la posesión. L. 5, Cód., 4, t. (7, 32). Ya hemos visto lo que es el *ius domini*, reservado aquí al arrendador.

del poder físico sobre la cosa; pero la razón precisamente por la cual, cuando se trata de las cosas inmuebles, la posesión descansa menos en el elemento físico que en el jurídico, hace también que la adquisición de la posesión sea necesariamente diferente; lo que falta en el primer caso debe suplirse en el segundo (1).

---

(1) No hace falta que aquí exponamos, como lo hemos hecho en otros lugares, la doctrina positiva española acerca de la adquisición de la posesión, pues con ello no haríamos más que repetir lo que en otra nota dejamos expuesto y copiado. Baste sólo como medio de facilitar la consulta que pudiera ocurrirse para comparar con el nuestro el sistema romano, que Ihering tan magistralmente discute, indicar que los artículos del Código civil que deben tenerse en cuenta son los siguientes: 438 al 442, ambos inclusive.—(N. DEL T.)