

EL "CORPUS" Y EL "ANIMUS" LA POLÉMICA SAVIGNY - IHERING*

Por

JULIO DASSEN y ENRIQUE VERA VILLALOBOS

1. — *Interés actual de la polémica.* En la misma medida en que ha ido perdiendo importancia el instituto de la posesión se han ido apagando los ecos de esta célebre polémica. En algunos tratados modernos de derecho Romano y en los de derecho civil ni siquiera se la menciona. A pesar de ello no puede afirmarse que haya perdido todo interés. Por el contrario, la justa comprensión de los argumentos de Savigny y de Ihering facilita considerablemente el análisis del instituto de la posesión en el derecho positivo. Como los principales contendores han sido dos de los juristas más célebres del siglo XIX conviene recordar algunos aspectos de sus vidas y de sus obras.

2. — *Federico Carlos de Savigny.* Descendiente de una familia francesa oriunda de Lorena (que emigró a Alemania a principios del siglo XVII como consecuencia de las luchas religiosas en Francia), nació en Francfort del Meno el 21 de febrero de 1779, esto es, diez años antes de la toma de la Bastilla.

Comenzó sus estudios de derecho en la ciudad de Marburgo y allí los concluyó después de un corto intervalo de estudios en Gotinga, alcanzando el grado de Doctor en Jurisprudencia el 31 de octubre de 1800.

De inmediato se consagró a la enseñanza. En el ejercicio de esa labor —él mismo lo relata— comprobó que los diez últimos libros del Digesto no habían sido analizados con suficiente precisión. Se dedicó, por tanto, a ellos en un curso que dictó en el verano de 1801. Durante su desarrollo el tema de la posesión atrajo especialmente su atención y concluyó que las ideas y opiniones dominantes podían ser considerablemente rectificadas apoyándose en los textos. Sobre la base de sus investigaciones escribió "El derecho de la posesión, monografía jurídica", que se publicó en Marburgo en 1803, un año antes de que entrara en vigencia el Código Napoleón.

* A pedido de algunos estudiantes anticipamos este capítulo de una obra en preparación sobre Derechos Reales.

Tenía entonces Savigny apenas veinticuatro años de edad. Su obra adquirió rápidamente celebridad y fue el punto de partida de una copiosa bibliografía citada y, en su caso, refutada por Savigny en las sucesivas ediciones.

El prestigio de Savigny como profesor fue muy grande. Al día siguiente de la batalla de Jena (en la cual las fuerzas de Napoleón derrotaron a Prusia) aceptó la cátedra que le ofreció la Universidad de Landshut. Esta pequeña ciudad de Baviera, ocupada por los franceses, vio llegar a su seno, bajo la amenaza de los cañones franceses, a la élite de la juventud alemana. "La potente palabra de Savigny, desde los montes del Tirol, repercutió de eco en eco hasta el Báltico. El rey de Prusia deseó, naturalmente, tener cerca de sí un hombre cuya autoridad sobre la juventud tenía tanto prestigio y se apresuró a ofrecer a Savigny una cátedra en la Universidad de Berlín" (Rostk, A., "Les Grands Jurisconsultes", t. 459, Toulouse, 1874). Allí, junto con el filósofo Richter, el teólogo Schleiermacher, el historiador Niebuhr, el humanista Wolf y el naturalista von Humboldt contribuyó al prodigioso renacimiento intelectual con que Prusia respondió al reto de Napoleón. La actividad de Savigny como maestro e investigador se centró en esa Universidad desde su fundación, en 1810, hasta 1842, año en que el rey Federico Guillermo IV le encomendó el nuevo Ministerio de Legislación.

En 1814, cuando el Código Napoleón llevaba ya diez años de vida, escribió nuestro autor un opúsculo que también se ha hecho clásico. Pensaban muchos en Alemania que los tiempos eran propicios para sacudir la sujeción interna que significaba la vigencia del derecho romano. Thibaut, eminente jurisconsulto de Heidelberg, expuso ese punto de vista con calor y elocuencia (Von Ihering, Federico Carlos Savigny, en *Études Complémentaires de Droit Romain*, tomo IV, p. 55). Savigny, en cambio, sostuvo la idea contraria en su escrito "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia". Aducía Savigny que el derecho, en realidad, no es obra del legislador, sino que brota de las esencias profundas del pueblo. Por esta monografía y por los trabajos que realizó después se lo considera el propulsor de la escuela histórica iniciada por Hugo. (Sobre el punto véase: "La Codificación Civil en Alemania, opiniones de Thibaut y Savigny", extracto del Boletín Mensual N° 96/98 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, año 1940). Así, en 1815 fundó la "Revista para la Ciencia Jurídica Histórica", en la cual colaboraron durante años los partidarios de dicha tendencia. Si bien es innegable el acierto de las críticas que Savigny y sus discípulos dirigieron contra los excesos del racionalismo jurídico, no es menos cierto que en muchos aspectos la escuela histórica fomentaba una actitud de conservatismo pasivo, que llegaba, según Ihering, a "desconocer, en la misma medida que aquella (la concepción histórica racionalista) los sobrestimaba, el valor y la

significación de la energía humana y el papel que juegan en la historia el libre arbitrio, la reflexión y la voluntad".

La obra más ambiciosa de Savigny es sin duda su "Sistema del Derecho Romano Actual" (*System des Heutigen Römischen Rechts*). Desgraciadamente, no alcanzó a terminarla, pues en 1842, cuando había escrito cuatro volúmenes, el rey de Prusia, como ya hemos dicho, lo designó Ministro de la Legislación, cargo que, según Ihering, fue creado "ex profeso" para él.

Savigny, ha escrito Ihering, continúa siendo el "astro más brillante" de la ciencia jurídica alemana, y añade: "Para la historia de la jurisprudencia este nombre no es de menor peso que el de Goethe para la poesía y la literatura alemanas". Savigny murió en 1861, a los ochenta y dos años de edad.

3. — *Kodoifo von Ihering*. Nació el 22 de agosto de 1818 en Aurich, pequeña ciudad situada en la desembocadura del río Ems, frente a la costa holandesa.

Estaba bien dotado no sólo para el derecho, sino también para las artes, especialmente para la música. Su personalidad y su obra son mucho más complejas que las de Savigny.

Su obra fundamental acaso sea "El espíritu del Derecho Romano en las distintas etapas de su desarrollo" (*Der Geist des Römischen Recht auf der Stufen seiner Entwicklung*). Este libro, dice un autor, simboliza el segundo período de la evolución espiritual de Ihering, quien en las universidades de Heidelberg, Múnich, Gotinga y Berlín había asimilado inicialmente las tesis de la escuela dogmático-histórica. Los recuerdos románticos y classicistas han desaparecido, y se postula una "ciencia productiva", de utilidad práctica, una "acción constructiva de la ciencia para determinados fines".

"De ahí que empiece Ihering por revolverse contra el historicismo elegante y el mero estudio de los detalles. Pero su intención va más lejos. Salido de las filas de la escuela histórica y habiendo colaborado en ella al esclarecimiento dogmático del Derecho romano histórico, es el primero en señalar un rumbo nuevo. Ataca, en efecto, con decisión el punto más débil del romanismo histórico: la forzada doctrina de Savigny justificando la recepción. Destaca tajantemente la contradicción que supone aceptar el hecho de la recepción y creer que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo. O la fuerza de aquel hecho destruirá esta creencia, o el hecho habrá de interpretarse, sobre la base de dicha creencia, en oposición a su carácter más íntimo, a su verdad. Fue, según Ihering, «rara ironía del hado científico» el que «una idea llamada a dar el golpe de gracia al Derecho romano» sea precisamente invocada «para salvar la vida de éste» (E. Wolf, op. cit., p. 19).

Más adelante agrega el mismo autor: "No se recata Ihering en proclamar que no es realmente lo «romano» lo que en el *Corpus Iuris* y su historia tiene para nosotros relevancia. No importa lo «muerto» ni «lo que sobrevive», sino aquello que tiene validez uni-

versal, sus «factores espirituales constitutivos». No le interesa el Derecho romano, ni tampoco el Derecho nacional: lo que busca es el Derecho».

«De esta suerte Ihering —el mismo lo señala— vuelve a la problemática del iusnaturalismo. En ello reside su esencial acierto, pues desde entonces esta cuestión ha permanecido viva, sin que se la pudiera eliminar ya. Y con esta cuestión volvió a agitarse todo aquello que la escuela histórica del Derecho había reprimido, cuando no expulsado de la conciencia jurídica: la política del Derecho, la reforma del Derecho, los fines del Derecho, el Derecho comparado, los principios fundamentales del Derecho» (E. Wolf, op. cit., p. 21).

En 1857 fundó una revista jurídica: "Anuario de dogmática del derecho privado Romano y Alemán Actual" (los famosos "Anuarios Ihering", como se los llamó a partir de la muerte del ilustre jurista en 1892). Dicha publicación, cuyos 90 volúmenes llegan hasta 1940, ha tenido una extraordinaria gravitación en el pensamiento jurídico europeo.

En el programa preliminar de los "Anuarios" expone Ihering lo que quizás sea el primer esfuerzo deliberado para formular la metodología propia de la ciencia del derecho, que consistía en: a) extraer del material normativo empírico los conceptos jurídicos generales; b) mediante este "alfabeto jurídico", elaborar un sistema coherente de los principios y conceptos jurídicos; c) crear estos jurídicos nuevos mediante la síntesis productiva de los conceptos y principios. Todo ello sujeto a las exigencias de la lógica y de la estética. Propugna así Ihering una "deahistorización" y "logificación" del Derecho, típicas del positivismo jurídico (Wolf, op. cit., págs. 25 a 28).

Pero aún en este período "conceptualista" de su pensamiento reconoce que toda construcción jurídica debe estar al servicio de la vida y llenar sus exigencias. La nueva concepción se va acentuando en las sucesivas entregas de "El Espíritu del Derecho Romano". Bastan para demostrarlo las siguientes citas:

"Es la realidad la que confiere al texto que presenta la ley, u otra formulación del Derecho, el carácter de verdadero Derecho".

"Lo que no es realizable no es derecho y, a la inversa, todo aquello que se concreta en esa función es derecho, a pesar de que no haya sido reconocido aún como tal (derecho consuetudinario)".

Esta nueva orientación, que le obligó a renegar de sus anteriores convicciones, tiene su más clara expresión en su trabajo "La Lucha por el Derecho" (Der Kampf ums Recht), leído en 1872 en la Sociedad Jurídica de Viena. La obra se publicó poco después y tuvo extraordinario éxito, al punto de que ha sido traducida a diecisiete idiomas.

Esencialmente, sostiene Ihering que el Derecho es obra de la voluntad, de las luchas y tensiones que se suscitan entre hombres

o grupos de hombres que defienden intereses contradictorios, no necesariamente económicos, por supuesto. Este proceso no es inconsciente, no es un producto espontáneo del acontecer histórico, como lo había creído con Savigny, sino creación de voluntades y acciones concretas de individuos o grupos determinados, con intereses también concretos.

Culmina la obra de Ihering con "El Fin en el Derecho" (*Der Zweck im Recht*), libro en el que trabajó desde 1877 hasta 1883. Desarrolla allí la tesis fundamental que había insinuado en "La Lucha por el Derecho", de que el derecho está gobernado por fines concretos: los valores, los intereses, la utilidad que persiguen los pueblos, los Estados y los individuos, en lucha permanente, "aún para lograr la paz". Afirma la esencial distinción entre naturaleza y hombres: la primera gobernada por la causalidad, el segundo por la finalidad. (Cf. Gorostiaga, Norberto: "Tres Vidas Ilustres", Introducción, págs. 51/53. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945).

En la segunda edición de "El Fin en el Derecho", ante la observación de un crítico que le señalaba que Santo Tomás había anticipado algunas ideas fundamentales de Ihering, éste, con admirable honestidad intelectual, hace la siguiente reflexión: "Por mi parte, de haberlas conocido quizá no hubiese escrito todo mi libro, pues las ideas capitales, que me sugirieron la obra, se encuentran expuestas por aquel gran pensador con toda claridad y de la manera más significativa". (Cit. por Gorostiaga en op. cit., pág. 56, N° 94).

Basta este ejemplo para ilustrar la personalidad de Ihering, apasionado y vivaz, pero siempre abierto a la crítica y a la búsqueda sincera de la verdad.

Sus trabajos principales sobre el tema de la posesión son "El Fundamento de la Protección Posesoría" —donde analiza y critica las diversas teorías entonces en boga— y "La Voluntad en la Posesión", libro magistral en el cual se somete la teoría de Savigny a un numeroso análisis —desde los puntos de vista histórico, legislativo, dialéctico, procesal, didáctico— y se construye en su reemplazo la llamada teoría objetiva de la posesión.

También se deben a la ágil pluma de Ihering algunas obras nuevas, tales como la "Jurisprudencia en Broma y en Serio", "Jurisprudencia de la Vida Diaria", "Casos de Derecho Civil sin solución" y una infinidad de monografías, disertaciones publicadas en los anuarios.

Ihering murió en 1892, a los setenta y cuatro años de edad, dejando inconclusos su "Prehistoria de los Indoeuropeos" y la "Historia del desenvolvimiento del Derecho Romano".

4. — La polémica. *El corpus* y el *antiquus* según Savigny. Debemos aclarar, ante todo, que no se trató de una polémica en sentido estricto, pues Savigny nunca respondió, por lo menos de manera directa, a las críticas que le hacía Ihering. Recordémosse, también, que la obra de Ihering sobre la voluntad en la posesión fue

escrita en 1888, mucho después de la muerte de Savigny. Por otra parte, la diferencia de edad entre los dos juristas, y el enorme prestigio de Savigny, no facilitaban el debate sobre un pie de igualdad. Basta con recorrer las notas agregadas.

Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Veamos cómo interpreta estos dos factores: "Las definiciones de la posesión, por divergentes que sean, tanto en su formulación como en lo sustancial, parten todas de una idea general que les sirve de base y que debe ser el punto inicial de todas las investigaciones sobre esta materia. Todos admiten que uno está en posesión de la cosa cuando se tiene la posibilidad no solamente de actuar sobre ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña. Es así como el barquero posee, sin duda, su barco, pero no el agua sobre la que navega, aunque se sirva del uno y de la otra para el logro de sus fines" (Savigny, C. F., vol. "Das Recht des Besitzes", 6ª ed. Giessen, 1837, pág. 2).

Más adelante agrega: "Para ser considerada como posesión toda detención debe ser intencional, es decir que, para ser poseedor, no basta con detentar la cosa, sino que es necesario también querer detentarla" (op. cit., págs. 111/112).

Subrayando el elemento intencional, volitivo, del *corpus*, Savigny rechaza la exigencia de que la detención deba consistir en la aprehensión material de la cosa, pues a su juicio basta con la presencia de la cosa, o aún con la posibilidad física de ejercer el señorío sobre ella. Distingue así el *corpus* de la mera yuxtaposición física.

Mas para que esa detención se convierta en posesión no basta con querer detentar la cosa, sino que es preciso quererlo de una manera determinada.

Oigamos nuevamente a Savigny: "Ya hemos definido la tenencia como aquella situación física que corresponde a la propiedad en cuanto a situación jurídica. En consecuencia, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer la propiedad. Con todo, esta definición no es suficiente, puesto que aquel que detenta una cosa puede tener dicha intención de dos maneras diferentes: de ejercer la propiedad como ajena, o como propia. Si tiene la intención de ejercer la propiedad como ajena, reconociéndola por eso mismo como tal, no existe en este caso ese *animus possidendi*, por medio del cual la tenencia se erigiría en posesión. . . Sólo resta, entonces, la segunda hipótesis, en la cual la intención tiene por objeto la propiedad como propia, de manera que el *animus possidendi* debe definirse como *animus domini* o *animus sibi habendi*. En consecuencia, sólo puede ser reconocido como poseedor aquel que se comporta como propietario de la cosa que detenta; en otras términos, aquel que está decidido a ejercer de hecho su señorío sobre la cosa, en la misma forma en que el propietario está facultado para hacerlo en virtud de su derecho y, en especial, negándose a

reconocer en cabeza de otro un mejor derecho. El concepto de la posesión no exige absolutamente nada más que este *animus domini*; y menos aún el convencimiento de que se sea realmente propietario (*opinio seu cogitatio domini*): he ahí por qué la posesión corresponde al ladrón o al saltador de igual manera que al propietario mismo, y por qué todos ellos se diferencian por igual modo del locatario, quien no tiene la posesión, dado que no trata la cosa como suya propia" (op. cit., págs. 112/114).

Como algunos autores, a juicio de Savigny, no habían interpretado bien este pasaje de su obra, agregó en ediciones posteriores algunas notas aclaratorias, que en realidad modifican su concepción primitiva, aproximándola a la teoría objetiva de la posesión.

Dice en una de las notas (referida al párrafo en que distingue la intención de ejercer la propiedad como ajena o como propia): "Esta clasificación podría aparecer como incompleta, puesto que sería imaginable una tercera hipótesis en la cual aquel que detentara la cosa no se considerase ni a sí mismo ni a ningún otro como propietario, sino que sólo quisiera detentar la cosa para algún fin especial (por ejemplo, a fin de percibir sus frutos). Pero este caso sólo en apariencia difiere del nuestro; pues aquel que quiere detentar una cosa, pero sin reconocer positivamente a otro como propietario, tiene siempre el *animus domini* y, desde el punto de vista jurídico, es totalmente indiferente saber con qué finalidad exterior quiere tener esa propiedad" (op. cit., pág. 113).

Para aclarar el párrafo que se refiere al *animus domini*, añade en la 6ª edición la siguiente nota: "Así, la expresión *animus domini* se emplea aquí solamente para definir el contenido de la voluntad necesaria para poseer, asimilándolo a aquello que el propietario está facultado para hacer. Lo cual de ningún modo significa pretender que el pensamiento del poseedor deba tener por objeto el concepto jurídico de la propiedad, lo cual sería un contrasentido, por ejemplo, respecto de un ladrón. Parece, sin embargo, que varios de los autores citados al final de este párrafo han interpretado de esa manera errónea la intención de ejercer la propiedad que yo exijo (en la posesión)" (op. cit., pág. 113/114).

Sobre la base de los textos precedentes y sus aclaraciones (que hemos traducido literalmente del alemán, sacrificando toda pretensión de elegancia, a fin de conservar incólume el pensamiento del autor), podemos definir el *animus domini*, según Savigny, como "la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario, y sin reconocer positivamente en otro el carácter de propietario".

Es evidente que las notas aclaratorias, sobre todo la primera, amplían el concepto de *animus domini* y prácticamente crean una presunción a favor de su existencia en los casos dudosos. Pero no es menos cierto que para Savigny sigue siendo esencial el peculiar

elemento intencional, volitivo que, unido al *corpus* (que a su vez, como hemos visto, exige por sí mismo un mínimo de voluntad, de discernimiento), constituye la posesión. De ahí que su teoría haya sido calificada como "subjetiva".

5. — Las "anomalías". La posesión derivada. El mismo Savigny reconoce que en algunos casos el derecho romano otorgaba defensas posesorias a ciertos detentadores que no podían tener *animus domini*, puesto que reconocían la propiedad en otro.

Dichos casos son los siguientes: el del enfiteuta (arrendamiento vitalicio y hereditario), el del acreedor prendario (que recibe la cosa en garantía de su crédito contra el propietario), el del secuestratario (depositario de la cosa embargada) y el del prevarista (a quien el Estado romano entregaba una parcela del *ager publicus*, con obligación de restituirla en cualquier momento).

En los dos primeros casos, dice Savigny, siempre se acordaba protección posesoria al detentador. En los dos últimos, unas veces sí y otras no.

En cambio, los demás tenedores (locatario, comodatario, depositario, etc.) carecían de dicha protección.

Sobre este difícil problema, dice Savigny: "Según esa regla (la que define la posesión en función del *animus domini*) en todos esos casos la posesión debería estar unida a la propiedad, y no a la tenencia. . . Pero de hecho las cosas ocurren de otra manera: más bien se encuentra aquí la posesión unida a la tenencia, y el propietario carece de toda protección posesoria. Por eso es que siempre he considerado estos casos como anomalías y los he designado con la expresión común de posesión derivada. . . He elegido la *expre* posesión derivada, a fin de destacar esta violenta desviación de los principios normales; desviación que consiste en que la posesión le es sustraída por su propia voluntad a aquel que normalmente debería tenerla, para dársela a otro" (op. cit., páginas 142-143).

Savigny intenta explicar así estas "anomalías": en los casos del acreedor prendario y del secuestratario resulta evidente que el deudor-propietario no puede recibir protección posesoria, pues entonces le sería muy fácil privar al acreedor de su garantía, recuperando la cosa mediante los interdictos posesorios. En cambio, no encuentra Savigny justificación práctica para los casos del enfiteuta y el prevarista: "Para estas dos instituciones jurídicas he intentado una explicación histórica que, a mi juicio, no deja de ser verosímil. Quien se niegue a aceptarla, creo que tendría que limitarse a reconocer la existencia de estas dos anomalías, y renunciar a explicarlas" (op. cit., pág. 144).

En verdad, no nos ofrece Savigny una opción muy satisfactoria. Tampoco resultan convincentes las abstrusas explicaciones con que trata de aclarar la "posesión derivada", que exigiría un *animus possidendi* sin *animus domini* (op. cit., pág. 128), y una

propiedad *animas domini* y sin posesión (op. cit., págs. 142-143). Pero es interesante citar una importante observación que hace respecto de la posesión derivada. "Hay en ella una desviación del concepto primitivo de posesión, de modo que sólo se la puede reconocer en los casos en que el derecho positivo expresamente lo impone" (op. cit., pág. 127).

6. — *La tesis de Ihering. El corpus. Formulación algebraica.* En las obras "El Fundamento de la Protección Posesoría" y "La Voluntad en la Posesión", Ihering expone su teoría objetiva, en contraposición con la de Savigny. La disidencia no es caprichosa, sino que se funda en las exigencias de la práctica jurídica, sobre todo en el aspecto de la prueba. Esta última cuestión ocasionaba inextricables dificultades en la práctica del derecho común alemán, al punto de que se había llegado a compilar verdaderos catálogos de actos posesorios (edificar, demoler, abatir árboles, cultivar, recolectar, llevar el ganado a pacer, etc.). "Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento; ¡y qué juramento! ¡Un juramento sobre un estado de alma! ¡Y qué estado de alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el *animas domini*, que los grandes juristas no han llegado todavía a comprender" ("La Voluntad de posesión", pág. 159). A juicio de Ihering, es imposible la prueba directa del *animus domini* o del *animus possidendi*, pues se trata de hechos psicológicos que no se reflejan en cuanto tales en el mundo exterior, y reprocha a Savigny por haber eludido toda mención del problema de la prueba del *animus domini* (op. cit., pág. 157).

Para mejor comprender la posición de Ihering conviene decir dos palabras sobre su concepción del *corpus*. Ante todo debemos recordar, aunque ello pueda parecer superfluo por evidente, que el *corpus* siempre debe contener un elemento anímico, volitivo; en ausencia de ese factor (caso del demente furioso, del niño de pecho, etc.), no hay *corpus*, ni tenencia, ni posesión, sino mera yuxtaposición física, sin transcendencia jurídica alguna.

Ahora bien, Savigny intentó dar una fórmula general para el *corpus*, fundado no sólo en la posibilidad física de actuar sobre la cosa, sino también en la de impedir que otros lo hagan. Trátase de un concepto más amplio que el de los juristas romanos y de los glosadores, pero peca por excesivamente rígido. De modo que, a semejanza de lo que le ocurrió con las "anomalías" de la posesión, tuvo que admitir una serie de aclaraciones y remiendos a medida que se le presentaban casos concretos.

Ihering, en cambio, rechaza al mismo tiempo los catálogos de actos posesorios y la definición de Savigny, y acude, en cambio, a un criterio objetivo y finalista, acorde con su concepción general del derecho: el *corpus* no consiste en un poder físico sobre la cosa, sino en la exterioridad de la propiedad, es decir, en la

relación exterior que normalmente vincula al titular de un derecho con la cosa que es objeto del mismo.

"Por exterioridad del dominio entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Ese 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. 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, etc., etc.: todo el mundo los encierra en su casa" ("El Fundamento de la Protección Posesoría", pág. 181). Y añade: "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" (op. cit., pág. 182).

De modo que, en definitiva, la determinación del *corpus* se reduce a un sistema de sentido común, de sensata apreciación en cada caso concreto de acuerdo con el destino económico de las cosas, y no se puede reducir a la aplicación de criterios rígidos como los del "poder físico", la "presencia" o la "custodia" de Savigny. El Código Civil Alemán adoptó como fórmula la del "poder de hecho" sobre la cosa; Ihering criticó esta expresión, pero, como él mismo lo previó, ello fue interpretado con gran amplitud, de acuerdo con la tesis objetiva (G. Wechs, op. cit., pág.). Puede decirse que Ihering acude a un criterio "social" para establecer cuándo una situación dada configura el "corpus possessionis".

7. — *Poseción y tenencia según Ihering.* Frente a un caso dado de *corpus*, cuya existencia se haya establecido de acuerdo con el criterio que acabamos de exponer, señala Ihering con acierto que, exteriormente, no difiere de manera esencial la conducta del que tiene la cosa como dueño y el que la tiene como locatario, depositario, comodatario, usurpador o ladrón. Para averiguar si estamos frente a una posesión (es decir, un *corpus* protegido por acciones posesorias), es necesario conocer la situación jurídica de fondo. Si se acredita que el presunto poseedor en realidad ejercía su poder sobre la cosa a título de depositario, locatario, comodatario, sólo hay tenencia, pues la ley no acuerda protección posesoria directa a los titulares de tales derechos (aunque podría acordarla si así lo decidiera el legislador, como en los códigos modernos, o si los jueces interpretaran la ley en tal sentido). De manera que, en principio, todo *corpus* hace presumir la posesión; sólo la prueba de una causa defensiva (es decir, una relación jurídica excluyente de la posesión) destruye dicha presunción.

Por supuesto, también queda excluida la posesión si se demuestra que el pretendido poseedor era un representante o dependiente actuando en carácter de tal.

Para sintetizar gráficamente la diferencia esencial entre su teoría y la de Savigny, Ihering se vale de fórmulas de tipo algebraico. Designa la posesión con la letra *x* y la tenencia con la *y*; la mera relación de hecho, con la *c*, y el mínimo de voluntad necesario para tener la cosa, con la *a*; el *animus rem sibi habendi*, con la *d*; y, por último, la disposición legal que niega la protección posesoria en ciertos casos, con la *n*.

La fórmula de Savigny sería, entonces, la siguiente:

$$x = c + a + A \quad y = c + a$$

y la de Ihering:

$$x = c + a \quad y = c + a - n$$

Al interpretar estas fórmulas debe tenerse presente que para Ihering la letra *c* no representa el *corpus* en el sentido de la teoría de Savigny, sino la mera relación de hecho entre sujeto y cosa. El *corpus*, que se identifica con la tenencia (*y*), es la suma de *c* y *a*, y es por lo tanto igual a *y* en la primera fórmula. Se ha criticado esta fórmula de Ihering alegando que falsea el pensamiento de Savigny al introducir el factor *a*, que "no sería otra cosa que la 'voluntad', que una mínima voluntad, exigida por la ley, para que el hecho tenga consecuencia jurídica, y en este caso para que el *corpus* sea tal"¹. Y añade el crítico: "Lo sabía Savigny, pues tal pseudo *animus*, voluntad, está sobreentendido en toda su obra"². En verdad, no sólo lo sabía Savigny, sino también Ihering y todo lector atento de las célebres fórmulas; de manera que la crítica se reduce a una cuestión de palabras (o, lo que es menos, de letras), que nada dice ni a favor ni en contra de la teoría de Ihering.

Por eso, no cambia la situación de la fórmula que ofrece Allende, en la cual la letra "c" de Ihering se reemplaza por la "T", que representaría la mera yuxtaposición local. Tan sencilla e intrascendente es la cuestión, que un autor italiano³ simplifica aún más trámite las fórmulas de Ihering, designando con la letra *c* al *corpus pleno*, y con la *a*, el *animus rem sibi habendi* de Savigny. Entonces, para Savigny: $x = a + c$, $y = c$; para Ihering: $x = c$, $y = c - n$.

Cabe señalar que dicho autor italiano no se atribuye ningún

¹ ALEANDRO, GUILLERMO L.: *La Posesión*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1939, pág. 11.

² *Op. cit.*, pág. 12.

³ D'AVANZO, WALTER: *Il Possesto*, Soc. Ed. Libreria, Milán, 1939, pág. 22.

descubrimiento personal con estas fórmulas, sino que las ofrece como expresión directa del pensamiento de Ihering.

8. — *Defensor de la polémica.* La teoría de Ihering tiene frente a la de Savigny la doble ventaja de simplificar el régimen de la prueba, y de eliminar las "anomalías" que tanto preocupaban a Savigny. En efecto, lejos de exigir la prueba de un inabito *animus possidendi* y de sus modalidades (*animus domini*, posesión derivada), Ihering sostiene que basta acreditar el *corpus* para que se presuma la posesión, salvo en los casos en que el legislador haya negado la protección posesoria. En tales casos sólo hay tenencia, pero para acreditarlo, el que niega la posesión debe probar la existencia de una causa jurídica de tenencia (*causas detentionis*). De ahí que Ihering elogiara tan calurosamente las presunciones que en materia de posesión consagró el Código Napoleón. No es que Ihering desconozca el indiscutible y esencial papel que cumple la voluntad, el "animus", en todos los asuntos humanos, y particularmente en las relaciones jurídicas. Por el contrario, lo destaca en todas sus obras. Pero al mismo tiempo, desde el punto de vista práctico, los problemas suscitados por la posesión sólo pueden resolverse mediante un sistema de presunciones referidas a hechos objetivos, y no a estados mentales o vivencias psíquicas. No niega Ihering que muchos poseedores tengan *animus domini*, pero niega que esta circunstancia subjetiva pueda tener relevancia directa para decidir, por ejemplo, una acción posesoria o un juicio de usucapión.

Fundamentalmente, la teoría de Ihering rechaza la idea de que tenencia y posesión sean entes metafísicos inmutables, y deja librada la fijación del límite entre una y otra figura a la decisión del legislador y del juez. Traslada la cuestión del plano de las abstracciones al de la realidad concreta. Naturalmente, ello permite extender la protección posesoria a algunos o todos los "simples tenedores", sin que ello implique reconocerles el derecho de adquirir por usucapión. Los códigos que han seguido la orientación de Ihering incluso han desterrado la expresión "tenencia", y hablan sólo de "posesión mediata o inmediata" (Código Alemán) o de "posesión directa o indirecta" (Código Brasileño).

Un entusiasta defensor de Savigny sostiene que las notas aclaratorias de este autor (véase el párrafo 4) amplían el concepto de *animus domini* al punto de que "la posición de Ihering resulta incluida en la concepción de Savigny"⁴. Ahora bien, si el *animus domini* se convierte en un concepto tan amplio que se presume en todos los casos, salvo que se pruebe una *causa detentionis*, ¿no estamos frente a un estéril y vacío ente de razón, que sólo sirve para complicar las cosas? ¿No llega acaso Ihering a idéntico resultado

⁴ ALLANER: Op. cit., pág. 23.

práctico sin necesidad de tan positivo ingrediente? En realidad, Savigny, acosado por sus críticos (o "malos intérpretes", si se quiere), tuvo que despojar al *animus domini* de todo contenido positivo, y por lo tanto de toda utilidad teórica o práctica. Pero en lugar de arrojarlo como un cascarrón vacío, se empeñó en conservarlo, quizá por razones más sentimentales que científicas, con lo cual su teoría se derrumbó frente a los embates de Ihering y otros críticos que señalaron sus contradicciones internas. No entendemos, pues, qué interés teórico o práctico puede haber en resucitar el *animus domini* sobre la base de una nota ambigua, añadida por Savigny al texto de su obra juvenil, y que contradice abiertamente lo esencial de su doctrina.

La posición que adopta el Dr. Allende había sido formulada de manera más rigurosa y clara por el Dr. Novillo Corvalán en su edición actualizada del Tratado de Salvat (Derechos Reales, t. 1, págs. 58/64, Ed. Tea, Buenos Aires, 1951). Se encontrará allí una defensa inteligente de la teoría subjetiva, y algunas críticas sagaces a la teoría objetiva fundadas, en parte, en datos de la realidad social, pero malogrados a nuestro juicio por una interpretación errada del pensamiento de Ihering.

Sea como fuere, lo más valioso de la teoría de Ihering es sin duda su carácter flexible y práctico, adaptable a distintas situaciones y legislaciones. Ya se ponen de manifiesto estas cualidades en su concepto del *corpus*, y se confirman en su criterio de distinción entre posesión y tenencia, eliminando el problema del *animus domini*.

Se ha sostenido que Ihering interpretó mal el pensamiento de Savigny, de suerte que toda su formidable argumentación se habría dirigido contra un fantasma. De ser ello cierto, también Savigny sería responsable del equívoco, por no haberse expresado con suficiente claridad. La imputación alcanzaría a muchos autores posteriores, que coinciden con Ihering en su interpretación de Savigny. A menos que se les hiciera el agravio gratuito de afirmar que conocieron la teoría de Savigny exclusivamente a través de las obras de Ihering.

En el debate entre la teoría subjetiva y la objetiva han terciado muchos autores, a veces con un apasionamiento verdaderamente asombroso. En definitiva, ninguna legislación ni ninguna escuela han aceptado en su integridad la doctrina de Savigny ni la de Ihering, pero es indudable que esta última, pese a las críticas de que ha sido objeto, "se tradujo por un saldo favorable para el derecho... para asimilar en principio el detentador y el poseedor; para simplificar en gran medida los caracteres de la reglamentación de esta figura jurídica" (Lafaille, t. 1, pág. 129; Biondi, t. 3, pág. 151).

Nosotros pensamos, con un autor brasileño, que "cualquiera

sea el valor teórico del sistema objetivo, está fuera de duda que se inspira en razones de orden social, suficientemente poderosas para justificar la aceptación de sus consecuencias prácticas" (Gomes, Orlando, *Direitos Reais*, p. 38, Forense, Rio de Janeiro, 1958).

Opinamos, igualmente, que nuestro Código Civil debe ser interpretado conforme a lo que resulta de su propio texto y de acuerdo a los métodos modernos de interpretación. Por lo tanto, consideramos teoría bizantina y estéril la de analizar si Vélez Sarsfield siguió la tesis de Savigny a conciencia y en toda su pureza. El intérprete, apoyándose en la ley, naturalmente, debe tratar de que las soluciones sean las que mejor respondan al estado actual de nuestra sociedad.

Se ha teorizado en exceso y se ha gastado lamentablemente un extraordinario esfuerzo mental en la interpretación de textos, incluso de textos que ya no tienen vigencia. Algunas legisladoras comprendieron que el locatario, por ejemplo, necesitaba ser protegido lo mismo que el usufructuario, mediante acciones sumarias sin necesidad de tener que llamar en su defensa al locador. La obra de Savigny y de los que siguieron su escuela retardó el progreso que en ese terreno ya se había alcanzado en algunas legislaciones, hasta que el Código Alemán (y luego el Suizo, el Brasileño y otros), definitivamente impuso la protección posesoria de aquellos que tienen una cosa fundados en un derecho personal.

Resuenan aún los ecos de la polémica. Mas parece que es hora de apagar definitivamente esos ecos; problemas más graves, en nuestra época, exigen prepotentemente la atención activa y vigilante de todos los juristas del mundo.