

CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN: RE-LECTURA DE LA DISCREPANCIA ENTRE SAVIGNY Y VON IHERING**CONSERVAÇÃO E PERDA DE POSSE: RE-LEITURA DO DESACORDO ENTRE SAVIGNY E VON IHERING****María Florencia Pasquale¹****Resumen**

Este trabajo aborda los criterios en materia de conservación y pérdida de la posesión frente a supuestos de abandono de inmuebles, a partir de una re-lectura de las obras de Friedrich Karl Savigny y Rudolph Von Ihering. El mismo se propone una interpretación que subraya la coincidencia de los criterios establecidos por ambos autores clásicos. Bajo esta perspectiva ambas teorías repudiarían la posibilidad de conservar la posesión de modo independiente del ejercicio efectivo. Se considera que este análisis contribuye a fundamentar alternativas de regulación civil en la materia.

Palabras clave: Savigny; Von Ihering; Posesión.

Resumo

Este artigo trata dos critérios de conservação e perda de posse, a partir de uma releitura de trabalhos de Friedrich Karl Savigny e Rudolph von Ihering. O artigo enfatiza a coincidência dos autores clássicos. Sob essa perspectiva, ambas as teorias repudiam a chance de reter a posse sem um exercício efetivo. Esta análise contribui para apoiar alternativas de regulação civil.

Palavras-chave: Savigny; Von Ihering; Posse

INTRODUCCIÓN: SAVIGNY VS. VON IHERING

La regulación civil de la posesión de inmuebles ha sido tradicionalmente sostenida en el marco de las teorías de Friedrich Karl Savigny y Rudolph Von Ihering propias del siglo XIX².

¹ Abogada. Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becaria Posdoctoral Conicet. E-mail: flopasquale@hotmail.com

² Sobre el tratamiento de la polémica Savigny - Von Ihering en la doctrina argentina se puede consultar, entre otros: SALVAT, R. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Derechos reales. Tomo I y II, Cuarta edición, Buenos Aires, Tipografía editora argentina, 1951; Lafaille H., *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1929; Dassen J y Vera Villalobos E., *Manual de Derechos Reales. Parte general. Posesión. Defensa Posesoría*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962. A nivel latinoamericano un antecedente contemporáneo que recupera el análisis de las teorías es la obra del jurista colombiano: Gardeazabal, M. *Teoría general de la propiedad*, Bogotá, Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes - Editorial Temis, 2011.

Podría arriesgarse incluso que dichas teorías constituyen “hitos conceptuales”³ del derecho civil de tradición latina, en tanto han estructurado categorías de análisis, y a la vez, han operado como argumentos de autoridad que legitimaron tanto los regímenes legales vigentes, como numerosos proyectos de reforma. Por su parte, el abandono de inmuebles constituye uno de los puntos clave sobre los cuales se estructuran reformas legales que establecen restricciones al derecho de dominio en su concepción absoluta.⁴

La oposición entre las teorías de Savigny y Von Ihering versó sobre una serie de puntos que, aunque vinculados estrechamente con los criterios de conservación y pérdida de la posesión, podrían distinguirse y tratarse como temas separados. Así, el fundamento de la protección posesoria;⁵ los elementos de la posesión (“corpus” y “animus”)⁶; la naturaleza

³ La noción de “hito conceptual” la tomamos de Sandro Chignola, quien se refiere en general a los conceptos políticos en el marco de un análisis de la propuesta teórica de la Historia Conceptual. La Historia Conceptual se presenta en general como crítica de la perspectiva de historia de las ideas. En este sentido, Sandro Chignola parafrasea a R. Koselleck al afirmar que se relativiza el presupuesto de que las ideas son «baremos constantes que sólo se articulaban en diferentes configuraciones históricas sin modificarse esencialmente”. Se puede consultar en: Chignola S., “Historia de los conceptos, historia constitucional, filosofía política. Sobre el problema del léxico político moderno”, *Res publica*, 11-12, 2003, 66. El carácter de “hito” respecto a la obra de F. Savigny es destacado, entre otros, por Gioele Solari, al afirmar que sus conceptos en materia posesoria vinieron a representar un “meteoro en una noche oscura”. En sus palabras: “*En medio de tantos contrastes e incertidumbres de la teoría y de la práctica, el ensayo de Savigny sobre la posesión pareció realmente como una revelación, como un meteoro, observa Bruns, en una noche oscura*”. Solari, G. *Filosofía del derecho privado*. Traducción del original italiano: *Storicismo e diritto privato*, Torino, Ed. G. Giappichelli, 1940 por Oberdan Celetti.

⁴ En Argentina, si bien a nivel local, es relevante mencionar el art. 64 del la Ley de Acceso Justo al Hábitat de provincia de Buenos Aires.

⁵ Raymundo Salvat considera que este tópico constituye la “discrepancia primaria fundamental” entre Savigny y Von Ihering. Se puede consultar en: Salvat, R.. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, op cit., 110.

⁶ La discusión relativa a los elementos de la posesión ha sido estructurada por F. Savigny a partir de la distinción entre simple tenencia y posesión. A la pregunta ¿Que le falta a la simple tenencia para constituir la posesión? La teoría de Savigny responde, el *animus rem sibi habendi o animus domini*. Según esta teoría la diferencia entre posesión y tenencia descansa en una calificación de la voluntad y concede la posesión al poseedor que quiera tenerla, y se le niega al tenedor que no la quiere. Según la teoría de Von Ihering, la distinción no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues en uno u otro existen el *corpus* y el *animus*. El fundamento está, según la teoría de Von Ihering, “*en el hecho de que, movido por motivos prácticos, el derecho ha quitado a ciertas ocasiones los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última*”. Las diferencias y relaciones teóricas han sido resumidas en la siguientes formulas algebraicas: Se designa la posesión con *x*; la tenencia con *y*; y el corpus con *c*; el animus, que debe tener también el tenedor según la teoría objetiva, con *a*; el elemento de más que según esta teoría se añade a la posesión con α ; y la disposición de la ley, que según la teoría de Von Ihering niega la posesión en ciertas relaciones, con *n*. Según esto, la fórmula para la teoría de Savigny (Teoría subjetiva) sería:

$$x = a + \alpha + c$$

$$y = a + c$$

y para la teoría de Von Ihering (Teoría objetiva) sería:

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n$$

jurídica de la posesión; y la situación que Savigny denominó “posesión derivada”. Otro de los temas, que quizás ha contado con menor tratamiento por la doctrina civil en su vinculación con la teoría posesoria, es el referido al método jurídico.⁷

La cuestión de la conservación y pérdida de la posesión se ha estructurado asimismo sobre la oposición entre las dos teorías. En este trabajo, sin embargo, se buscará argumentar una interpretación coincidente de ambos autores, motivo por el cual no existiría un desacuerdo sustancial sobre la solución al caso de abandono de inmuebles.

La doctrina ha traducido el aporte de las teorías de Savigny y Von Ihering en materia de conservación y pérdida a dos reglas básicas. Fernando López de Zavalía⁸ afirma que o bien, “La posesión adquirida se conserva mientras no se pierde”, o bien, “la posesión adquirida se pierde, cuando no se conserva”. Al decir de López, cualquiera de las dos reglas representa ventajas prácticas a la hora de legislar en la materia, por lo que incluso no se justificaría la regulación civil separada en dos capítulos, o sea, en un capítulo la conservación, y en otro la pérdida. En este sentido, la clasificación implicaría una correlación jurídica que volvería irrelevante la regulación legislativa separada.

Sin embargo, de modo independiente de la correlación lógica que existiría entre los criterios, cada uno de los enunciados coloca énfasis en un extremo dentro de las vicisitudes o

Siperman, A. *Ihering*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p 91-92.

⁷ Carlos Nino en *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” jurídica*, caracteriza los diversos métodos jurídicos de los que los autores bajo análisis suelen considerarse sus principales representantes. La *jurisprudencia de conceptos*, por un lado, inspirada por Savigny y fundada entre otros por Von Ihering en su primera etapa intelectual, proveyó las bases teóricas de un proyecto que buscó construir una ciencia puramente racional que tuviera, sin embargo, como único objeto al derecho vigente históricamente en cierto ámbito. Dicho método “*fue la respuesta de los juristas racionalistas al problema de cómo adaptar el enfoque axiomático que habían desarrollado anteriormente en la construcción de sistemas jurídicos ideales, a su nueva tarea de dar cuenta del nuevo derecho positivo*”, fruto del movimiento de codificación que se expandió durante las postrimerías del siglo XVIII. La *jurisprudencia de intereses*, por su lado, cuyo representante fue Von Ihering en su segunda etapa, vino en general a impugnar los presupuestos del conceptualismo anterior. Nino, C. *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” jurídica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Tercera edición, México, Fontamara, 1979.

Es interesante el análisis comparativo de los dos autores que realiza N. Luhmann. Desde su perspectiva se destaca la *jurisprudencia de intereses* de Von Ihering frente a la *jurisprudencia de conceptos* de Savigny, no por el hecho de que se trate de una polémica contra la abstracción, en contra de la conceptualidad y la dogmática. A su entender, “*la jurisprudencia de intereses va en contra de la pretensión de una disposición conceptual autónoma sobre cuestiones jurídica realizadas solo en interés del conocimiento*” (p. 19-20) A su entender: “*El paso del pensamiento jurídico de sistemas de conceptos a sistema de acciones posibilita la problematización funcional de la dogmática. Esto no significa que la dogmática pueda ser sustituida por la problemática, pero el nuevo concepto de sistema da a la reflexión sobre la función y el concepto de la dogmática una base distinta*”. Concluye esta reflexión a firmando que a la dogmática ha de asignársele una función inmanente al sistema jurídico. Luhmann N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983 p. 19-20.

⁸ López de Zavalía, F., *Derechos reales*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1989, 150 y ss.

contingencias de la posesión: uno en la conservación, el otro en la pérdida. Este punto se considera relevante en tanto la estructuración de la temática bajo el binomio conservar-perder, podría especularse que opere como un “dispositivo conceptual”,⁹ esto es, como artefacto jurídico que, más allá del interés técnico-dogmático (presente en lo central de este trabajo) permita esbozar caracteres, tensiones propias y singulares del soporte teórico de la legislación civil contemporánea.

La estructura del trabajo presentará en primer término las reglas en materia de conservación y pérdida de la posesión, y su vinculación con las posturas de Savigny y Von Ihering. En segundo lugar, se buscará reconstruir la discusión a partir de una lectura de las fuentes: la obra de Friedrich Karl Savigny titulada “Tratado de la posesión según los principios del derecho romano (1845), y las obras: “Teoría de la posesión: el Fundamento de la protección posesoria” (1867) y “La Voluntad en la posesión con la crítica del método reinante” (1889) de Rudolph Von Ihering. En tercer término, se presentará un breve análisis de la discusión teórica a la luz de la legislación civil argentina. Por último se presentarán reflexiones a modo de cierre.

PRINCIPIO DE INERCIA VS. PRINCIPIO DE ACTIVIDAD

La primera regla mencionada anteriormente afirma: “la posesión adquirida se conserva mientras no se pierde”. Esta dirige la atención a los casos de pérdida, para extraer, de los casos de no-pérdida, la hipótesis de conservación. Se trata entonces, de definir positivamente lo que es pérdida. Ese constituiría el problema central.¹⁰ El de la conservación, en sí, resulta ser el capítulo susceptible de ser suprimido, dominado por lo que críticamente Von Ihering denominó como “principio de inercia”.¹¹ Al decir de López “Adquirida la posesión por la fuerza inicial, ella continúa indefinidamente, sin necesidad de que esa fuerza se manifieste constante, hasta que

9La noción de “dispositivo conceptual” se utiliza aquí siguiendo a Sandro Chignola. La intención es esbozar la implementación de una herramienta de análisis que permita re-abrir discusiones sobre los fundamentos de la legislación vigente. Realizar un rudimentario ejercicio de observar lo que Chignola denomina “la lógica de la conceptualidad moderna”, en el específico campo del derecho civil. En palabras de este autor: «Si los conceptos políticos modernos poseen una historicidad específica, entonces será posible denunciar su pretensión de vigencia universal y objetiva; será posible reabrir la discusión en torno a ellos y a su intrínseco carácter aporético, así como valorar la universalidad y objetividad de los conceptos políticos modernos por aquello que son en realidad: resultado de un proceso de sustancialización de los constructos lógicos de la ciencia moderna, constructos que, por otra parte, tan sólo podrán ser deconstruidos si podemos trazar la genealogía de dicha ciencia y de sus conceptos». Chignola S., *Historia de los conceptos*. op.cit., 53.

¹⁰ López de Zavalía F., op cit, 151.

¹¹ Von Ihering R., *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1892, 177.

sobrevenga la pérdida, con una fuerza contraria a la inicial”.¹² La doctrina tradicionalmente ha atribuido esta regla a Federico Carlos de Savigny.

La segunda regla mencionada afirma: “la posesión adquirida se pierde cuando no se conserva”. De modo opuesto a la anterior, esta implica la necesidad de definir positivamente la conservación, por lo que el capítulo suprimido sería el de la pérdida. Esa es la que preocupa, la que debe ser claramente conceptualizada, pues la definición de pérdida aparecería por vía de consecuencia, cuando no se den las condiciones de la conservación. En este sentido, al decir de López, una regla de este tipo se estructuraría por un denominado “principio de actividad”. Esta postura es atribuida tradicionalmente a Von Ihering.

Consideramos que existen implicancias sustanciales¹³ en la distinción entre los principios presentados. La respuesta al caso de abandono de la posesión de inmuebles bajo el denominado principio de inercia implicaría, al decir de Von Ihering, que “se tolere una especie de posesión abstracta” que permitiría que aquel “fundo lejano que no cultivo ni visito, este siempre en mi posesión, aun cuando hayan pasado cincuenta años en tal estado de cosas”. Bajo el criterio denominado principio de actividad, por el contrario, se perdería la posesión por el no ejercicio efectivo.

Resulta de interés releer los criterios de los autores clásicos a la luz de las implicancias prácticas de un régimen legal que tolere el abandono de la posesión de inmuebles. Si bien dicho régimen no debe confundirse en principio con el abandono del derecho de dominio,

¹² López de Zavalía, op cit, 151.

¹³ La diferencia entre los criterios es presentada por López de Zavalía como una diferencia “ideológica”. En sus palabras: “(...) si las dos reglas que hemos presentado responden a la misma *lógica*, (sin embargo) respiran *ideologías* distintas” (el resaltado es del autor). López no explicita en qué sentido puede predicarse que existe una *diferencia ideológica* entre las dos reglas, interpretamos que el principio de inercia difiere del principio de actividad en tanto aquel está presuponiendo una concepción conservadora del orden social que respalda el mantenimiento (“inercia”) del orden existente.

Estudios tales como el de Enrique Marí matizarían la interpretación de López de Zavalía que realizamos en el párrafo anterior. Respecto a la propuesta finalista de Von Ihering, que busca sustituir la noción savigniana de *animus domini* por la noción de *fin*, Marí afirma que Von Ihering reproduce asimismo la ideología tradicional conservadora y liberal. Según Marí, el estudio de Von Ihering pertenece al modelo epistemológico metafísico que no le da a la idea de fin la idea un sentido común empírico, sino que le atribuye el de un principio metafísico (la voluntad de Dios) o causa en sentido final. Para Marí dicha opción metodológica en Von Ihering se traduce en la conservación del orden existente y la dificultad para encontrar reglas materiales que permitan medir los valores y el derecho por fuera de la aceptación implícita de la ideología tradicional conservadora y liberal. Marí, E, *La interpretación de la ley*, Buenos Aires, Eudeba, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014, 176. Sobre la vinculación entre el pensamiento aristotélico - tomista y el pensamiento de Von Ihering se puede leer asimismo el trabajo de Gorostiaga, N., *Tres vidas ilustres*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1845, 51-53.

consideramos pertinente el análisis en el marco de discusiones contemporáneas vinculadas a la regulación de sanciones a inmuebles ociosos.¹⁴

Cabe detenernos aquí para destacar asimismo la vinculación entre los fundamentos del régimen de posesión con los fundamentos del régimen del derecho de dominio o propiedad. La teoría de Von Ihering, a diferencia de Savigny, considera que existe una relación directa de la posesión con la propiedad privada, siendo incluso la primera la mera exterioridad de esta. Von Ihering afirma que: “si nuestra tesis de que la posesión es la exterioridad de la propiedad es exacta, debe ser confirmada ante todo por la teoría del nacimiento y de la continuación de la posesión”. En este sentido afirma que “La manera como el propietario ejerce su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión”.¹⁵

Las teorías de Savigny y Von Ihering cobran sentido al observar la aplicación de los criterios de conservación y pérdida a la regulación del poseedor legítimo.¹⁶ Esto es, para el derecho civil argentino, el poseedor que reviste al mismo tiempo la titularidad del derecho de dominio. Será sobre el estatus jurídico de este tipo de posesión sobre la cual resultará relevante considerar si la inactividad tiene como consecuencia (o no) la pérdida del poder de hecho sobre la cosa (en aquellos casos en que no haya mediado posesión de terceros).

LA DISCUSIÓN EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS DE CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Si bien la obra de ambos autores debe contextualizarse temporalmente a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la regulación legal de los sistemas civiles de tradición latina

14 El art.64 de la Ley de Acceso Justo al Hábitat (14449) de la provincia de Buenos Aires, prevé que las reglamentaciones locales podrán declarar el parcelamiento y/o la edificación obligatorios de los inmuebles urbanos baldíos o con edificación derruida o paralizada. La norma prevé asimismo que si en un plazo de 5 años luego de haber sido notificado de la declaración la urbanización no se cumple el propietario deberá pagar un adicional del 50% sobre el impuesto inmobiliario total durante el siguiente lustro. Transcurridos cinco años de cobro del gravamen especial progresivo establecido anteriormente, sin que el propietario haya cumplido la obligación de parcelamiento y/o edificación, el inmueble quedará por la presente ley declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación por parte de la municipalidad respectiva. En un similar sentido la ley Nacional 10257, conocida como Estatuto das cidades de Brasil, reguló restricciones a los derechos de propiedad sobre inmuebles ociosos.

¹⁵ Von Ihering, *Teoría*, op cit. 165.

¹⁶ El art. 1909 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) de Argentina, establece que “hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. El art. 1916 distingue entre poseedor legítimo e ilegítimo al establecer: “Presunción de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”.

permanece aún, como ya comentamos, dividiendo las cuestiones posesorias en las dos facciones de un lado u otro del viejo debate Savigny - Von Ihering.¹⁷

La teoría posesoria de Von Ihering se estructuró en general a partir de la crítica a la teoría posesoria de Savigny. La crítica de Von Ihering a Savigny abarcó los elementos de la posesión, mediante una crítica a la noción de corpus y una crítica a la noción de animus domini.¹⁸ Asimismo, presentó una específica crítica en materia de adquisición de la posesión, y en materia de conservación y pérdida de la posesión. Sobre esta última nos detendremos en particular.

El criterio de conservación de la posesión de Savigny, según Von Ihering

Von Ihering en su obra *Teoría de la posesión*, apartado X denominado “La cuestión de la adquisición y de la pérdida de la posesión – Crítica de la teoría de Savigny”, afirma que la posesión para Savigny se mantiene siempre que “subsiste la posibilidad de reproducir el estado originario, y se pierde cuando esa posibilidad se convierte en imposibilidad”. Von Ihering destaca la dificultad para interpretar cual es el significado que le atribuye Savigny a dicha imposibilidad de reproducir el estado originario. En este sentido Von Ihering se pregunta: ¿Reproducir a voluntad significa “sin obstáculo alguno”? Savigny no se ha decidido en esta cuestión, al decir de Von Ihering,¹⁹ por lo que se propone inducir una respuesta a partir de los ejemplos que presenta como aplicación de su criterio. A fin de despejar la cuestión, Ihering propone determinar negativamente la noción de imposibilidad a partir de la lectura del referido Tratado de Savigny:

Presenta en primer lugar el caso del robo de la cosa. Interpreta que la imposibilidad es allí evidente para Savigny. Sin embargo, esto que es claro en el caso de cosas muebles, no es tal en caso de inmuebles. Pensemos un caso de desposesión. ¿Se da en ese caso una imposibilidad de recuperar el inmueble? ¿Quién puede decirnos si la persona que ocupó por violencia puede

¹⁷ Es de destacar que estudios contemporáneos tales como los de Yaell Emerich revisan la clásica construcción de oposición entre Savigny-Von Ihering destacando puntos de confluencia entre las tradiciones a partir de definir a la posesión como comunicación a terceros. Emerich, Y., “Why Protect Possession”. Eric Descheemaeker (ed.), *The Consequences of Possession*, Edinburgh University Press, May 2014.

¹⁸ Nos detendremos, como ya se mencionó, en las obras de Von Ihering “La Teoría de la posesión: el Fundamento de la protección posesoria” (1867) y “La Voluntad en la posesión con la crítica del método reinante” (1889). La crítica a la noción de animus domini se presenta por Von Ihering a través de tres dimensiones: la crítica lógica o interna, la crítica histórica y la crítica práctica. Von Ihering, R. *La voluntad en la posesión*, op. cit. p. 87 y ss.; *Conc. Salvat, Tratado*, op. cit. p. 108.

¹⁹ Von Ihering R. *Teoría*, op cit, 172.

luego impedirnos entrar al inmueble, o si quiere impedirnos hacerlo, aunque no pueda?²⁰
¿Dependerá ello de haber intentado previamente acciones posesorias? Y aún en el caso de los muebles, ¿qué sucede si puedo recuperar la cosa sin gran trabajo?

Savigny presenta asimismo el caso del puente destruido y el fundo inundado. En este caso parece ser relevante para Ihering determinar el carácter pasajero o no del obstáculo. El carácter transitorio del obstáculo no haría cesar en principio la posesión, sin embargo, recuerda Ihering que Savigny determinó que “si la posesión se interrumpe, aunque no fuese más que temporalmente, queda interrumpida la continuidad, y la posesión ulterior no es ya la posesión anterior sino una nueva. Al mismo Savigny me refiero aquí. -El animus por sí solo hace perder la posesión desde el instante en que el poseedor tiene la voluntad de renunciar a ella; porque desde ese instante (...) la reproducción de la voluntad primera a la cual se opone se hace imposible. A partir de entonces si más tarde el antiguo poseedor quisiera volver a empezar a poseer, necesitaría una nueva aprehensión, porque la posesión anterior habría dejado de existir”²¹ Ihering realiza aquí una analogía entre la imposibilidad transitoria respecto al corpus (ejemplo del puente destruido o fundo inundado), y la imposibilidad transitoria respecto al animus (ejemplo de la voluntad de renunciar).

Consideramos que es quizás el caso del cambio de voluntad la cuestión más difícil de clarificar en la teoría de Savigny. Ihering se pregunta cómo determinar en cada caso si el obstáculo es o no duradero. En búsqueda de dicho criterio se pregunta en su obra: ¿Se debe quizás determinar el carácter pasajero o no pasajero según el resultado?.

Posteriormente Von Ihering cuestiona uno a uno los demás casos presentados por Savigny: En el caso del sitio inaccesible hay pérdida de la posesión para Savigny. Sin embargo, ¿Qué sucede con la cosa perdida dentro de la casa de manera que no puedo encontrarla? Savigny trata de justificar esta proposición diciendo que “las medidas tomadas para la conservación de la cosa le dan la certidumbre de poder encontrarla más tarde”²² Sin embargo, se pregunta Ihering: “¿qué importa la seguridad de encontrarla más tarde para la posibilidad de reproducir de seguida el estado anterior?”.²³

Continuando con la crítica, analiza también el ejemplo de los inmuebles lejanos que solo se visitan en una determinada época del año. Sería un ejemplo de uso periódico del inmueble donde la presencia física no es inmediata e incluso se puede demorar varios días para llegar.

²⁰ Von Ihering R. *Teoría* op. cit. 172-173.

²¹ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 174.

²² Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 176.

²³ Idem.

Ihering se cuestiona aquí “¿por qué en el caso del fundo lejano el poseedor conserva la posesión aun cuando el goce de la cosa no es inmediato, pero no considera que debe mantenerse la posesión en el caso del animal doméstico que se he perdido, o para la cartera que he perdido en un sitio que yo ignoro?”.²⁴

Otro de los ejemplos cuestionados por Von Ihering es el caso de la pérdida de razón. Para Savigny en este caso no cesa la posesión, sin embargo, para Von Ihering pareciera ser un ejemplo en el cual es evidente la imposibilidad de reproducir el estado originario. En este sentido afirma: “Podría creerse que Savigny designe esta como una regla singular, inconciliable con su fórmula; porque ¿cómo puede hablarse, con respecto al loco, de la posibilidad de reproducir a voluntad, la voluntad de poseer originaria? Pero la fórmula conserva aquí una docilidad y una flexibilidad notables. La imposibilidad de querer poseer no es aquí sino puramente subjetiva y accidental, así que el poseedor que olvide durante un tiempo su posesión o que acabe de perder la razón, no tendrá con respecto a la cosa poseída diferencia alguna esencial”.²⁵

Luego de presentar la dificultad de conciliar la regla de Savigny con los casos que el mismo autor presentó, Ihering sistematiza los criterios de Savigny a fin de determinar negativamente cuando nos encontramos ante la mencionada imposibilidad. La imposibilidad debe ser: no pasajera, no subjetiva, y no accidental.

Sin embargo, Von Ihering presenta inconsistencias de estos criterios al preguntarse: “¿la imposibilidad que tiene fundamento en el ánimo no es siempre subjetiva?”²⁶ Respecto al carácter accidental se pregunta asimismo Ihering: ¿porque los sucesos fortuitos no harían cesar la posesión? ¿No es acaso un suceso fortuito que yo pierda la cosa o que un pájaro se escape de mi jaula abierta?²⁷

Von Ihering concluye afirmando que el método casuístico empleado por Savigny dificulta encontrar un criterio uniforme para determinar cuándo nos encontramos frente a la mencionada imposibilidad. Al decir de Ihering, el criterio que propone la teoría de la voluntad es acomodaticio y manipulable. “(...) Tratase de una manera de argumentar que se presta a cualquier combinación, que demuestra siempre lo que es necesario y olvida muy pronto lo que dice un momento antes”.²⁸

²⁴ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 176.

²⁵ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 176-177.

²⁶ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 177.

²⁷ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 177.

²⁸ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 177.

El caso del inmueble abandonado: Crítica a la ley de la *Vis Inertiae*

Luego del cuestionamiento que realiza Von Ihering a la casuística de Savigny, se detiene en el caso del inmueble (fundo) cuyo poseedor no visita ni cultiva. En materia de bienes muebles escribe Von Ihering: “El poseedor, según Savigny, puede tranquilamente dejar en el bosque o en pleno campo los objetos que en ellos ha abandonado: mientras quede la posibilidad de ir a recogerlos, conserva la posesión (...)”. En materia de inmuebles afirma: “El poseedor, según Savigny, puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos a nadie: conserva la posesión, porque puede que vuelva algún día, dentro de diez o veinte años”²⁹ En este supuesto, al decir de Von Ihering, Savigny considera que siempre subsiste la posibilidad de reproducir a voluntad la relación originaria. Para Ihering, siguiendo la teoría savigniana, lo más probable es que los dueños negligentes nunca perderían la posesión. Afirma:

“Si Savigny tiene razón, es la ley de la ley de la *vis inertiae* (ley de la inercia) la que rige la posesión, es decir, que la posesión continúa siempre desde que hay posibilidad de reproducir el estado originario, aun cuando esta posibilidad no se traduzca jamás en los hechos. La cosa que yo he dejado en el bosque, el fundo lejano que no cultivo ni visito, están siempre en mi posesión, aun cuando pasen cincuenta años en tal estado las cosas”.³⁰

Von Ihering considera, en un sentido crítico, que la referida “ley de la inercia” es el criterio que establece Savigny al afirmar que basta la posibilidad constante de reproducir la voluntad originaria para que se conserve la posesión. Encuentra en la referida ley solo un criterio de comodidad, pero no un argumento sólido que legitime protección jurídica en este supuesto.

Es interesante el análisis que realiza Von Ihering referido a la comodidad de esta ley de la inercia, la cual equivale para él a “cruzarse de brazos” pudiendo (con ironía) “resucitar su posesión el día del juicio final”. Ihering reprocha la comodidad no solo del poseedor sino también del juez:

“Es cómoda, sin embargo, esta teoría de la *vis inertiae*: cómoda para el poseedor que puede cruzarse tranquilamente de brazos, seguro de resucitar tal posesión en el juicio final, supuesto que la voluntad de poseer le siga hasta la eternidad y que no haya sucedido ningún cambio en la posición exterior de la cosa. Es cómoda para el juez, a quien ofrece una regla fija mediante la cual puede, sin romperse la cabeza, establecer fácilmente la existencia actual de la posesión. La posesión no

²⁹ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 213.

³⁰ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 177-178.

ha cesado por un actum in contrarium: debe continuar imperdurablemente; el poseedor debe probar que la posesión ha nacido, a su adversario tocará probar que ha cesado de esta o de otra manera. De tal modo que desaparece para el juez toda ocasión de examinar atentamente la relación posesoria como debe hacerlo; según mi teoría, esos dos polos de la posesión comprenden en sí mismos su continuación y dispensan al juez de examinarla. Pero la comodidad de una opinión no le da derecho por sí sola para tener un valor práctico y científico”.³¹

Von Ihering reprocha a Savigny que su criterio tolere la posibilidad de conservar la posesión por el solo animus. La crítica de Von Ihering se centra en el cuestionamiento a la posibilidad de reproducir el denominado estado originario, tal como mencionamos anteriormente. En similar sentido Von Ihering cuestiona el criterio en tanto tolera la posibilidad de un cambio arbitrario de parecer del poseedor. Según su análisis, éste podría, de repente y a su gusto, elegir ser tenedor o poseedor de un momento para otro. Reprocha la posibilidad de un criterio que tolere un comportamiento antojadizo: “Como un niño con un juguete”, son los términos que utiliza, en un sentido cargado de ironía. En sus palabras:

“La consecuencia extrema, que nadie a la vista de los textos ha sacado ni podía sacar, sería decir que la naturaleza de la relación posesoria está, por entero, entregada a la voluntad del que tiene la cosa, y por tanto, como el mismo no puede encadenar su voluntad, toda vez que puede cambiar a su placer su resolución, puede tener simplemente hoy, poseer mañana, volver a tener otro día, y así discurriendo: la posesión se convertiría por tal modo en un verdadero juguete, entregado al capricho de las partes (...)”.³²

Se considera que es posible re-interpretar el criterio de Savigny respecto del fundo abandonado en un sentido opuesto al que Von Ihering le atribuyó. Puede sostenerse que Savigny interpretó, al igual que Ihering, que la posesión se pierde en todos los casos de abandono del inmueble.

La posibilidad de conservación mero ánimo

Las críticas que realiza Von Ihering a Savigny tienen una importante repercusión práctica en tanto si basta la sola posibilidad de reproducir a voluntad el estado originario, aunque en los hechos no se posea físicamente la cosa, se desvanece la necesidad de la posesión efectiva (corpus en términos de Savigny), a fin de conservar la posesión. O sea, bastaría el mero animus para conservar la posesión.

³¹ Von Ihering, R. *Teoría*, op cit, 181.

³² Von Ihering, R. *La voluntad en La posesión – con la crítica del método jurídico reinante*, Madrid, Imprenta de la Revista de legislación, 1896, 29-30.

A su vez, si existe la posibilidad de conservar la posesión por el mero ánimo, el abandono del inmueble, en cierto sentido, beneficiaría al poseedor. El poseedor (que tal como ya comentamos, se superpone en el caso del poseedor legítimo con la figura del titular dominial) podría conservar la posesión, aunque haya abandonado el inmueble. Este criterio es menos exigente para el poseedor en tanto no se le requiere acto físico o diligencia alguna para conservar su posesión. Como dice Von Ihering, equivaldría a un tipo de conservación “por mera inercia”.

Se presenta de modo sintético la postura de Savigny según Von Ihering, y la del propio Von Ihering, en el siguiente cuadro:

Los criterios de conservación y pérdida de la posesión según Von Ihering

Savigny	Conserva siempre que exista posibilidad de reproducir el estado originario	SI posibilidad de conservación mero ánimo	Abandono beneficia No exige diligencia
Von Ihering	Conserva siempre que se comporte como acostumbra a hacerlo el propietario	NO posibilidad de conservación mero ánimo	Abandono no beneficia Exige diligencia

Observando el cuadro anterior, el criterio de Savigny (según Von Ihering) permite conservar la posesión siempre que exista la posibilidad de reproducir el estado originario. Dicha posibilidad se mantendría aún en casos en que el poseedor abandone la cosa. Reiterando la cita ya mencionada en materia de inmuebles afirma: “El poseedor, según Savigny, puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos a nadie: conserva la posesión, porque puede que vuelva algún día, dentro de diez o veinte años”. Existiría aquí la posibilidad de conservar la posesión por el mero ánimo.

En estos casos el abandono del inmueble beneficia a dicho poseedor en tanto el criterio de la “posibilidad de reproducir el estado originario” no distingue entre un poseedor que hace abandono del inmueble, de uno que no lo hace. Siendo así, la diligencia del poseedor demostrada mediante la realización de actos materiales sobre la cosa no sería relevante para conservar la posesión, siempre que se pueda reproducir, en cualquier momento posterior, el estado originario del que habla Savigny. Volveremos sobre este punto al tratar nuestra lectura de la obra de Savigny.

Adelantamos aquí la propuesta de Von Ihering. Este autor establece el criterio de conservación dando relevancia a la denominada “diligencia” del poseedor. Considera que

siempre que el poseedor se comporte del “modo normal como acostumbra a hacerlo el propietario”,³³ conservará su posesión. Si por el contrario su comportamiento es “anormal” según la conducta usual del propietario, la posesión debe considerarse perdida. Bajo su criterio, el “modo normal” no admite la posibilidad de conservación de la posesión con el mero ánimo. Siguiendo el cuadro anterior, se puede afirmar que el abandono del inmueble no beneficia aquí al poseedor en tanto exige diligencia manifestada en la realización de actos posesorios.

LA POSTURA DE SAVIGNY SEGÚN SAVIGNY (NO SEGÚN IHERING) RESPECTO DEL ABANDONO DE INMUEBLES

Parafraseando a Guillermo Allende se denomina a este apartado “la postura de Savigny según Savigny (no según Von Ihering)”.³⁴ A partir del ejemplo del “fundo abandonado (cuyo poseedor no lo cultiva ni visita)” Von Ihering cuestiona tanto la noción de corpus de Savigny, asociada al mero “poder físico”, como la noción de animus considerada como algo distinto del corpus, y postula posteriormente su tesis referida a la posesión como “exterioridad de la propiedad”. Von Ihering reprocha a Savigny que su criterio tolere la posibilidad de conservar la posesión por el solo animus. La crítica de Von Ihering se centra en el cuestionamiento a la posibilidad de reproducir el denominado estado originario, tal como mencionamos anteriormente.

³³ Consideramos que ameritaría un análisis independiente dilucidar el sentido en que Von Ihering emplea las categorías normal-anormal. Cabría quizás en primer término interpretar el carácter descriptivo o prescriptivo de su propuesta. Podría afirmarse, en principio, que Ihering ha querido postular no una tesis meramente descriptiva sino más bien prescriptiva. Estas frases corroboran esta afirmación: *No basta “cruzarse de brazos” sino que el poseedor debe demostrar su interés. Este debe estar atestiguado en hechos* (Von Ihering, Teoría, 212), y *“la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión”* (Von Ihering, Teoría, 213). Aquí Von Ihering no se refiere a un tipo de conducta que el propietario realiza, sino más bien a una que el propietario debería seguir. Von Ihering considera que es reprochable cruzarse de brazos, no ser diligente, ni ejercer durante largo tiempo ningún acto posesorio sobre un inmueble. No puede dejar de mencionarse que esta última interpretación de la tesis de Ihering remite asimismo a una determinada concepción de la propiedad privada que considera que este derecho está compuesto por una serie de deberes (además de las facultades que conlleva). Esta concepción a su vez se diferencia, en principio, de aquella que es propia del liberalismo clásico en tanto supone el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo de la propiedad (denominada *plena in re potestas*).

³⁴ Allende, G. “El “animus domini” de Savigny, según Savigny (no según Ihering)”, *La Ley* 90, 842 – LLO, 2. Debe aclararse que el motivo por el cual Allende G. reprocha una errónea interpretación de la teoría savigniana en Ihering no es el criterio de conservación y pérdida de la posesión, sino la interpretación del *animus domini* de Savigny. En palabras del autor: *“En efecto, hallé que el “animus domini” que Ihering critica a Savigny, no es propiamente el de Savigny, sino otro, fabricado por Ihering para su crítica. Y lo serio y grave no resulta de esto en sí, sino, que lo que comúnmente se conoce y enseña por “animus domini” de Savigny, no es otra cosa que el “animus domini” de Savigny, según Ihering y de aquí la justificación del título y subtítulo de este trabajo”*.

Sin embargo, al releer el Tratado de la posesión de Savigny luego de analizar las críticas de Von Ihering, se observa que es posible interpretar el criterio de Savigny de un modo que difiere de la interpretación que realiza Von Ihering. Incluso consideramos es posible interpretar la afirmación del criterio contrario. Ampliaremos en adelante este análisis.

El Tratado de la posesión de Savigny en la sección III, De la Pérdida de la posesión, apartado 29 inicial de dicha sección, presenta lo que el autor denomina “Reglas para la pérdida de la posesión”. Afirma allí que la continuación de la posesión exige la existencia de una relación corporal y del animus. En sus palabras:

“No formando la posesión más que un poder físico, puesto en relación con nuestra conciencia, son necesarias dos cosas para la adquisición: una relación corporal y el animus. Estos mismos elementos deben encontrarse también en la continuación de la posesión: descansa, así como la adquisición, en su unión y viene a ser imposible apenas queda destruida, es decir, apenas el acto corporal o el animus, o bien lo uno y lo otro cesa” (...) “Lo que acabamos de decir se resume en las proposiciones siguientes: 1. La continuación de la posesión exige la existencia de una relación corporal y del animus. 2. La cesación de la una y del otro o de ambos lleva consigo la pérdida de la posesión. 3. Esta regla es una consecuencia inmediata del principio que sigue la adquisición de la posesión”.³⁵

En este apartado Savigny afirma que tanto la cesación del elemento corporal como del elemento anímico hacen perder la posesión. Tan es así su criterio que a continuación de presentar estas reglas, presenta lo que denomina “pruebas históricas” que las apoyan. ¿Cuáles son dichas pruebas históricas? A su entender toda la dificultad se resume en la divergente interpretación del término latino “*utrumque*”.

El método de Savigny consistía en sistematizar las diversas opiniones que existían en la jurisprudencia romanista sobre la materia. Sin embargo, frente a opiniones disímiles sobre el punto se observará a continuación que Savigny se posicionó a favor del criterio en materia de conservación que coincide sustancialmente con la solución brindada por Von Ihering.

Los jurisconsultos romanos tuvieron dificultad para armonizar las opiniones diversas referidas al criterio de conservación y pérdida de la posesión. El problema, al decir de Savigny, radicaba en la interpretación del término latino *utrumque*.³⁶ La revisión de las fuentes romanas

³⁵ Savigny, F., *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*. Madrid, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845, 172.

³⁶ Fernando López de Zavalía se refirió especialmente a esta cuestión al recuperar la oposición entre los jurisconsultos Papiniano y Paulo. En sus palabras: “Para Papiniano, pareciera que la posesión se pierde o con el ánimo o con el cuerpo, en tanto que Paulo pareciera exigir el ánimo y el cuerpo, (...) p. 154. En opinión de este autor, la armonización de estos fragmentos ha dado mucho que hablar a los romanistas y autores que se ocuparon de la posesión, quienes centraron la atención en la palabra *utrumque*, o bien

sobre el punto específico de la pérdida de la posesión enfrentó a Savigny a la siguiente disyunción interpretativa: O bien la posesión cesa por la cesación del animus, o bien por la cesación del corpus; o bien por la cesación de ambos.

La lectura de las fuentes arrojaba criterios diversos. A veces parecía bastar la pérdida de uno de los elementos (corpus o animus), mientras otras veces parecía ser necesario que ambos elementos desaparecieran (corpus y animus). Savigny consideró la necesidad de determinar el tipo de término conectivo (conjunción) utilizada entre los dos elementos de la posesión a fin de determinar el criterio de conservación y pérdida de la posesión proveniente las fuentes romanas.

Dicho en otros términos, el problema de Savigny radicó en la interpretación del significado del término latín “Utrumque”. Era necesario determinar si el significado de su utilización en las fuentes era conjuntivo o disyuntivo.³⁷

La interpretación conjuntiva consideraba que lo que se dice en cualquier caso dado de uno de los sujetos, halla igualmente aplicación al otro.³⁸ Esta es la significación ordinaria según Savigny. Sería así necesaria la cesación simultánea de las dos condiciones, corpus y animus. Podría decirse que para la pérdida de la posesión serían necesarios los mismos elementos que le dieron nacimiento. Acto doble para nacer, acto doble para perder la posesión. En este caso, por lo tanto, sería admisible la conservación mero ánimo.

La interpretación disyuntiva, en cambio, indica que lo que se enuncia puede ser indistintamente atribuido a uno u a otro elemento, nunca a los dos a la vez. Aquí basta que cese uno de los elementos para que cese la posesión, sea el corpus o el animus. Se observa que no se admitiría aquí la conservación mero ánimo.

Consideramos que la relevancia contemporánea de recuperar esta discusión radica en que en la interpretación “disyuntiva” del término conectivo, o sea, frente a la cesación “indistinta” del corpus o animus, la posesión se pierde cuando falta solo uno de los elementos.

uteumque, y lo relacionaron con el carácter disyuntivo o conjuntivo. El término *uteumque*, al decir de López, fue interpretado por algunos romanistas como un error del copista, “lo que al reducirse a un simple cambio de letra (e en lugar de r) hubiera sido una interesante explicación, pero que chocaba con el obstáculo de que el mismo giro estaba empleado en otro fragmento (...)”. Consideramos que López de Zavalía reconoce el carácter disyuntivo al afirmar que tanto Paulo como Papiniano tienen razón debido a que todo hecho afecta fatalmente “tanto al corpus como al animus”. Esta afirmación equivale, a nuestro entender, a afirmar el carácter *disyuntivo* de la cesación de los elementos. Dicho en otros términos, si todo hecho afecta fatalmente tanto al corpus como al animus, la posesión es susceptible de perderse por la ausencia de cualquiera de los dos elementos: corpus o animus. Lopez, op cit. 154.

³⁷Savigny, F. *Tratado*, op cit, 173 y ss.

³⁸Savigny, F. *Tratado*, op cit, 173.

Aquí el criterio es más exigente para el poseedor en tanto no se admite la posibilidad de conservar la posesión mero ánimo. Por el contrario, en el supuesto de que sea necesaria la cesación de ambos elementos conjuntamente (término conectivo que se refiere a la cesación “conjunta” del corpus y animus), la posesión se conserva en caso de que falte uno de los elementos. Es aquí necesario que los dos elementos estén ausentes para considerar perdida la posesión. El criterio es menos exigente para el poseedor en tanto sería admisible el supuesto de posesión por el solo ánimo.

Recuperando las críticas de Von Ihering, y traduciéndolas a la discusión del término *utrumque*, es posible afirmar que Von Ihering considera que el criterio de pérdida de posesión estaría siendo utilizado por Savigny en un sentido “conjuntivo”. O sea, sería necesaria la cesación simultánea de las dos condiciones: Corpus y animus. Desapareciendo solo el elemento corporal, resultaría admisible la conservación mero ánimo.

Sin embargo, se considera aquí que la correcta interpretación de Savigny destaca el carácter “disyuntivo” del criterio referido a la desaparición de los elementos: Basta que cese el corpus o el animus para que cese la posesión. En este sentido, puede decirse que si bien Savigny se vio inmerso en la complejidad de sistematizar las contradicciones de los jurisconsultos romanos, concluyó posicionándose y sentó un criterio general interpretando el término *utrumque* en sentido disyuntivo. Savigny consideró que la continuación de la posesión, así como su adquisición, deben reposar en el corpus y el animus, por lo que la posesión se puede perder tanto por la pérdida del corpus, como por la pérdida del animus.

Savigny observó que en los textos romanos no estaba claro si el poseedor que abandonaba perdía o no la posesión. Afirmó asimismo que el mismo Paulo no resolvió la cuestión,³⁹ sin embargo, superando las ambigüedades de las fuentes, estableció que el poseedor que abandona el corpus pierde la posesión. Coincide de este modo con el criterio de Von Ihering.

La siguiente cita, recuperada del apartado 30 del Tratado de Savigny, consideramos es relevante a fin de fundamentar el análisis de las fuentes realizado: “Pero prescindiendo de que Paulo no quiere resolver de ningún modo la cuestión, este resultado de la comparación solo existe en apariencia: [La adquisición necesita a la vez corpus y animus] solo significa [que la existencia del corpus y del animus es la condición de la adquisición:] no puede, pues, ponerse en paralelo la adquisición y la pérdida, sino cuando esta es la consecuencia de la [cesación de la

³⁹Savigny, F. *Tratado*, op cit, 173-175.

coexistencia]. Mas esta coexistencia no cesa hasta tanto que el corpus como el animus han dejado de existir, y cesa del mismo modo apenas ha desaparecido cualquiera de los dos elementos”.⁴⁰

Del párrafo anterior, puede extraerse un criterio que establece la pérdida de la posesión por cesación de la coexistencia entre los dos elementos.

Lo confirma al afirmar párrafo seguido: “(...) la continuación de la posesión, así como su adquisición, debe reposar al mismo tiempo en el corpus y en el animus, o (lo que viene a ser lo mismo), la posesión se pierde por el animus solo, o por el corpus solo”.⁴¹

La imposibilidad de reproducir la voluntad originaria

Continuando con el análisis realizado en el apartado anterior, en este apartado se buscará argumentar que el criterio referido a la “imposibilidad de reproducir la voluntad originaria” no es el criterio central que presenta Savigny en su Tratado al referirse a la pérdida de la posesión. Una relectura de la obra permitiría interpretar que el criterio central puede presentarse como “criterio de la cesación de la coexistencia”.

El tratado de la posesión de Savigny, en la sección III, De la Pérdida de la posesión, apartado 29 inicial de dicha sección ya presentado, afirma que la continuación de la posesión exige la existencia de una relación corporal y del animus, y que la cesación de una o del otro, o de ambos, lleva consigo la pérdida de la posesión.

Sin embargo, Von Ihering en su obra Teoría de la posesión, apartado X, denominado “La cuestión de la adquisición y de la pérdida de la posesión – Crítica de la teoría de Savigny”, ya presentado, menciona el criterio de pérdida de la posesión de Savigny, diciendo que: “Si pasamos ahora a la pérdida de la posesión, la fórmula enunciada por Savigny no es, en mi sentir, más exacta que la que enuncia para la adquisición. La posesión, según él, se mantiene mientras subsiste la posibilidad de reproducir cuando se quiera el estado originario; hay, pues, pérdida de la posesión desde que esta posibilidad se convierte en imposibilidad”. Continúa luego Von Ihering realizando el cuestionamiento a la noción de imposibilidad, y el análisis de la casuística de Savigny, tal como ya presentamos al principio de este trabajo.

Interesa en este apartado formular la pregunta ¿De dónde surge la interpretación de Savigny que realiza Von Ihering? Al releer la traducción española de 1845 de obra de Savigny,⁴²

⁴⁰ Savigny, F. *Tratado*, op cit, 175.

⁴¹ Savigny, F. *Tratado*, op cit, 175.

se observa que luego de las “Reglas para la pérdida de la posesión” presentadas en el apartado 29, Savigny presenta el apartado 32 “De la pérdida voluntaria de la posesión”. En dicho apartado puede leerse: “A fin de que la posesión continúe es preciso, por el animus, como bajo el concepto corporal, solamente que subsista la posibilidad de reproducir a cada instante la intención originaria”.⁴³

Se observa que Savigny menciona en dicho apartado 32 el criterio referido a la posibilidad de reproducir la intención originaria. Estimamos puede ser esta la cita que luego recuperó Von Ihering.

De ser considerado este criterio de modo aislado, y dejando de lado la regla general sentada anteriormente en el apartado 29 de Savigny, y la referida a la “cesación de la coexistencia” en el apartado 30, podría interpretarse que la posibilidad de reproducir la intención originaria es una facultad que no tiene límite alguno. Podría interpretarse incluso, tal como afirma Von Ihering, que la teoría de Savigny permite la conservación de la posesión aun cuando se ha perdido el corpus. En referencia al caso de abandono en particular podría afirmarse que la teoría de Savigny postula un criterio que tolera la conservación de la posesión incluso en casos de abandono del inmueble. Sin embargo, consideramos que esa interpretación, en principio, no sería fiel a la lectura directa de la fuente.

Cabe decirse que el apartado 32 del Tratado se centra en “De la pérdida voluntaria de la posesión” (el destacado nos pertenece). La misma presenta una regulación particular referida a un tipo especial de pérdida, la pérdida de la posesión por pérdida de la voluntad. Sin embargo, consideramos que, dada la especialidad del apartado, en tanto solo se refiere a la pérdida de la voluntad, no es posible deducir de allí ninguna referencia a la noción de corpus. Dicho en otros términos, el apartado en principio solo podría interpretarse como una distinción realizada por el autor a los fines del análisis de un supuesto particular de pérdida, la pérdida del animus. Sin embargo, de allí no es posible inferir que el corpus no sea, en general, relevante a fin de valorar otros supuestos de pérdida tales como serían la pérdida del corpus, o bien la posibilidad de pérdida simultánea de corpus y animus.

⁴² Mencionamos especialmente esta versión de la obra consultada ya que resulta una labor pendiente de este trabajo cotejar las demás traducciones al español de la obra original en alemán. Asimismo, resultaría una tarea pendiente que ha excedido la labor de este trabajo, la revisión de las diversas interpretaciones del derecho romano realizadas especialmente por los tratadistas franceses del siglo XIX, así como de las teorías de Savigny y Von Ihering.

⁴³ Savigny, F. *Tratado*, op cit, 183.

Distinción entre voluntad expresa y tácita a fin de valorar la pérdida de la posesión

El apartado referido a “De la pérdida voluntaria de la posesión” mencionado, realiza otra distinción que consideramos resulta relevante a fin releer el criterio de Savigny en estrecha vinculación con la regulación civil del abandono de la posesión de inmuebles: la distinción entre voluntad expresa y tácita.

En este punto nos preguntamos, según la Teoría de Savigny, cuando el poseedor no ejerce actos posesorios sobre un inmueble durante varios años, ¿se debe interpretar que quiere conservar la posesión, o por el contrario se debe interpretar que “tácitamente” está manifestando su voluntad de renunciar? En concordancia con esta pregunta: ¿La renuncia tácita traería aparejada la imposibilidad de reproducir la intención originaria? (recordamos que este criterio, tal como analizamos en el apartado anterior, es presentado por Savigny al referirse solo a la pérdida del elemento anímico o voluntad).

A nuestro entender Savigny consideró que la posesión se pierde en caso de renuncia tácita o abandono tácito de la posesión. Consideró expresamente que la posesión se pierde en todos los casos de abandono. En sus palabras se puede leer:

“La intención de renunciar a la posesión puede también resultar de una simple omisión. En materia de fondos de tierra, (...) si por ejemplo el poseedor deja su campo durante una serie de años sin cultivarle y sin sacar de él beneficios, puede admitirse que ha querido renunciar a la posesión. En efecto no es probable que la haya olvidado, y es totalmente indiferente que no la quiera o que haya renunciado a ella por simple negligencia o ya por un hecho que le ponga en la imposibilidad de usar su posesión, tal como un viaje, porque en todas estas hipótesis cesan los motivos de su determinación al paso que la determinación misma subsiste; porque en todos estos casos su decisión es libre y dirigida con pleno conocimiento hacia un objeto que hace imposible el ejercicio de su posesión: comprende también necesariamente la renuncia de ella. (...)”.⁴⁴

Se observa que Savigny consideró que no debía existir la posibilidad de conservación de la posesión por el “mero ánimo” ni siquiera en casos en que la manifestación de la voluntad no sea expresa sino tácita. Por el contrario, utilizando el mismo ejemplo del fundo que toma Von Ihering salvaría las principales críticas de éste al afirmar que cuando se abandona un fundo durante un lapso de tiempo prolongado, se debe interpretar que ha querido renunciar a la posesión, o que no existe ánimo de reproducir a voluntad el estado originario, por lo que se pierde la posesión.

⁴⁴Savigny, F. *Tratado*, op cit, 185.

No es aplicable en este caso del fundo abandonado la pretendida “ley de conservación por inercia” que Von Ihering atribuye a Savigny. Se observa entonces que Von Ihering y Savigny coincidieron. Ambos consideraron que la posesión no se conserva por el mero ánimo.

La reconstrucción de la discusión entre Savigny- Von Ihering referida a los criterios en materia de conservación y pérdida de la posesión permite concluir afirmando que ambos autores coincidieron: Savigny postula que el abandono debe considerarse una renuncia tácita. O sea, tal renuncia “no permite reproducir la voluntad en su estado original” sino que equivale a una voluntad contraria, por lo que en estos casos la posesión se pierde. Von Ihering, por su parte, considera que el abandono “no es un uso normal conforme al modo con que acostumbra a hacerlo el propietario”, por lo que, al igual que Savigny, considera que la posesión se pierde en esos casos.

Siendo así, sea que se siga la teoría de Von Ihering o la de Savigny, el caso de abandono tendría la misma solución. El mismo es siempre causal de pérdida de la posesión, no existiendo posibilidad de conservación mero ánimo, ni posibilidad de conservar la posesión por inercia.

Modificamos el cuadro inicial referido a los criterios en materia de conservación y pérdida en las teorías de Savigny y Von Ihering, sintetizando ahora la nueva interpretación:

Savigny	<p>Conserva siempre que exista posibilidad de reproducir el estado originario</p> <p>O</p> <p>Conserva siempre que coexista corpus y animus</p>	NO posibilidad de conservación mero ánimo	<p>Abandono no implica "conservación por inercia"</p> <p>Exige diligencia</p>
Von Ihering	<p>Conserva siempre que se comporte como acostumbra a hacerlo el propietario</p>	NO posibilidad de conservación mero ánimo	<p>Abandono no implica "conservación por inercia"</p> <p>Exige diligencia</p>

EL RÉGIMEN CIVIL ARGENTINO EN MATERIA DE CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Visibilizar este “acuerdo” entre Savigny y Von Ihering en materia de conservación y pérdida de la posesión tiene repercusiones prácticas al momento de caracterizar las regulaciones de los códigos civiles de tradición latina.

El Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, vigente desde 1971 hasta 2015, regulaba la conservación de la posesión en el art. 2445 estableciendo que la posesión se conserva “por la sola voluntad, y aunque el poseedor no tenga la cosa”.⁴⁵ La doctrina afirmaba que el soporte del referido 2445 era Savigny. Siguiendo el análisis anterior podría afirmarse que seguía el criterio que erróneamente Von Ihering atribuye a Savigny.

G. Borda llega a afirmar que la postura del legislador en el art. 2445 era inexplicable. En este sentido se pregunta “¿No era que la posesión requería el corpus y el animus? Ahora resulta que solo es necesario el animus”.⁴⁶ A juicio de este autor la doctrina de Savigny confunde los conceptos siendo correcta la doctrina sentada por Von Ihering.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015, no prevé una norma como la comentada. Sin embargo, regula las causales de extinción de la posesión en el art. 1931 inc.e caracterizando al abandono como “expreso”.⁴⁷ Siguiendo el análisis realizado en los apartados anteriores puede afirmarse que las teorías clásicas analizadas no distinguen entre abandono expreso y tácito a fin de reputar perdida la posesión. Tanto Savigny como Von Ihering establecen que el abandono “tácito” es asimismo causal de pérdida de la posesión.

CONCLUSIÓN

En este trabajo se presentó una interpretación que destaca posiciones coincidentes entre la teoría de Savigny, y la correspondiente a Von Ihering, en materia de conservación y pérdida de la posesión. La misma difiere de la tradicional interpretación que coloca a Savigny en una postura contraria a Von Ihering. A la luz de este análisis, ambos autores recomendarían un criterio que establecería la pérdida de la posesión por abandono del inmueble, no existiendo posibilidad de conservación “mero ánimo”.

Esta interpretación tiene implicancias al momento de recurrir a la teoría posesoria de Savigny a fin de fundamentar la regulación de supuestos en que se tolera la conservación de la posesión sin presencia del elemento corporal (vgr. art. 2445 CC Vélez), o bien se regula la

⁴⁵ Artículo 2445 del CC establecía: “La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria”.

⁴⁶ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*. Cuarta Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1992, 108.

⁴⁷ El artículo 1931 CCCN establece: “Extinción. La posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa. En particular, hay extinción cuando: a. se extingue la cosa; b. otro priva al sujeto de la cosa; c. el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia; d. desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida; e. el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa”.

pérdida de la posesión excluyendo supuestos específicos de abandono, tales como el abandono tácito (vgr. 1931 CCCN).

En general el trabajo afirma que, a pesar de que tradicionalmente se presentan como opuestos, ambas teorías son coincidentes en el repudio del “principio de inercia”. Siendo así, el “principio de actividad” es el que debería seguirse en las regulaciones legales en la materia, si se pretende sostener el fundamento del régimen civil en las teorías antedichas. Este rasgo del soporte teórico de la legislación posesoria consideramos permite asimismo ejemplificar el carácter no clausurado de las discusiones civiles contemporáneas.

BIBLIOGRAFÍA

ALLENDE, G., “El “animus domini” de Savigny, según Savigny (no según Ihering)”, **La Ley** **90**, **842** – **LLO**, **2**.

BORDA, G., **Tratado de Derecho Civil. Derechos reales**. Cuarta Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1992.

CHIGNOLA, S., “Historia de los conceptos, historia constitucional, filosofía política. Sobre el problema del léxico político moderno”, **Res publica**, 11-12, 2003.

DASSEN, J. y VERA, Villalobos E., **Manual de Derechos Reales. Parte general. Posesión**. Defensa Posesoria, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1962.

EMERICH, Y., “Why Protect Possession”. Eric Descheemaeker (ed.), **The Consequences of Possession**, **Edinburgh University Press**, May 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2423893>

GARDEAZABAL, M., **Teoría general de la propiedad**, Bogotá, Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes - Editorial Temis, 2011.

GOROSTIAGA, N., **Tres vidas ilustres**, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1845.

LAFAILLE H., **Tratado de los Derechos Reales**, Buenos Aires, Ediar, 1929.

LÓPEZ DE ZAVALIA, F., **Derechos reales**, Buenos Aires, Ed. Zavalía. 1989.

LUHMANN, N., **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983.

MARÍ, E., **La interpretación de la ley**, Buenos Aires, Eudeba, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

NINO, C., **Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” jurídica**, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Tercera edición, México, Fontamara, 1979.

SALVAT, R., **Tratado de Derecho Civil Argentino**, Derechos reales I, 4ta edición, Buenos Aires, Tipografía editora argentina, 1951.

SAVIGNY, F., **Tratado de la posesión según los principios del derecho romano**, Madrid, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845.

SIPERMAN, A., IHERING, **Buenos Aires**, Centro Editor de América Latina, 1968.

SOLARI, G., **Filosofía del derecho privado**. Traducción del original italiano: Storicismo e diritto privato, Torino, Ed. G. Giappichelli, 1940 por Oberdan Celetti. Buenos Aires, Depalma, 1950.

VON IHERING R., **Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria**, Madrid, Imprenta de la Revista de legislación, 1892.

_____. **La voluntad en la posesión – con la crítica del método jurídico reinante**, Madrid, **Imprenta de la Revista de legislación**, 1896.

Trabalho enviado em 16 de fevereiro de 2018.

Aceito em 02 de abril de 2018.