



ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI
 Presidente del Congreso Internacional de Derecho Civil Universidad de Lima (30 mayo al 1 junio 2018). Doctor y magíster en Derecho. Docente investigador de la Universidad de Lima. Investigador del Concytec.

Las posiciones discordantes acerca de la posesión se dan, justamente, por cuanto quien tiene el bien, de modo directo o indirecto, es persona distinta a su titular (Lama More, 2012, pp.50 y 51), lo que determina el estudio de los elementos constitutivos de la posesión.

Así surgen teorías divergentes expuestas por dos juristas alemanes, los romanistas Friedrich Karl von Savigny [1] (1779-1861) y Caspar Rudolf von Ihering [2] (1818-1892). En la segunda mitad del siglo XIX, analizaron la teoría posesoria en el Derecho romano –vigente en esa época como Derecho común– y plantearon posiciones contrapuestas en torno a la posesión. Finalmente, aparece Raymond Saleilles (1855-1912) con una teoría ecléctica. Estos tres autores, a decir de Rojina Villegas (2012), son los campeones de la posesión (p. 594).

Nunca existió una real polémica entre Savigny e Ihering. El primero nunca respondió, por lo menos no directamente, a las críticas que el segundo le hacía. Además, la obra de Ihering *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)* fue publicada en 1889 [3], i. e. 28 años luego de la muerte de Savigny. Por otra parte, la diferencia de edad entre los dos juristas (39 años) y el enorme prestigio de Savigny nunca propiciaron un debate en igualdad de condiciones entre el maestro y su discípulo.

Téngase en cuenta que ambas teorías se expusieron antes de la entrada en vigencia del BGB de 1900, Código Civil alemán.

I. Poder físico voluntario

Es la teoría subjetiva, también llamada clásica o tradicional. Fue planteada por Savigny en 1803, a los 24 años, en su obra *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano* (publicada en español Madrid, 1845), la cual fue escrita en tan solo 6 semanas[4].

Su obra marca un antes y un después en materia de análisis de la posesión en el Derecho romano, dado que busca aclarar el confuso tratamiento de esta institución. Nadie antes que él había analizado con rigurosidad científica el *Digesto*.

La posesión es un *tener más querer*. Es el poder físico que se ejerce sobre una cosa con el ánimo de propietario, la denominada detentación, *animus detentionis*. Para que ese detentar se transforme en posesión, se requiere el *animus dominis*. Implica un querer, la respectiva consecuencia del tener. Está rígidamente sustentada en la teoría de la voluntad, *Subjektivitasoder Willenstheorie*.

Así, detentación más *animus* es posesión, voluntad posesoria, *besitz willens*. Se resume en el *corpus* y *animus*. Ánimo de tener, *animus dominis* y la tenencia *per se* de la cosa. El querer y detentar. Se expresa en la concurrencia copulativa

de estos dos elementos, el intelectual (síquico, moral) y el material (físico, corpóreo).

Se resume en la siguiente fórmula: *Posesión* igual a *Corpus* más *Animus*.

Así, *Animus* es la voluntad de tener la cosa. *La posesión* en nombre propio o posesión en concepto de dueño implica el poder de hecho que se ejerce sobre un bien determinado con la intención, por parte del sujeto, de tener la cosa o gozar del derecho como propio. Esta se diferencia de la mera tenencia o posesión en nombre ajeno.

◆ *Animus dominis*. Intención de ser propietario. Existe cuando el poder físico sobre la cosa se ejerce sin reconocer en otro un señorío superior en los hechos. Intención de hacer suya la cosa.

◆ *Animus rem sibi habendi*. Intención de tener la cosa para sí. Comportarse como dueño, *omnia ut dominum gessisse*. Ánimo de quedarse con la cosa.

El *animus dominis* (como propietario) y el *animus rem sibi habendi* (poseer la cosa para sí) implica ejercer el derecho real como propio (*nomine proprio*) y no poseer por otro (*nomine aliene*). Algunos autores utilizan ambos términos como sinónimos, fue Paulo quien los diferenció.

Para esta teoría, *no son poseedores*: el arrenda-

tario, usufructuario, depositario, comodatario, pues a pesar de tener la cosa y tener *animus possidendi*, carecen del *animus dominis*, saben que no son propietarios. No se trata de la convicción de ser titular (ser dueño), sino de comportarse como tal (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 325). *In utroque terminis*, se consideran poseedores el usucapiente, el invasor, el ladrón al creerse dueños de la cosa (*opinio seu cogitatio domini*), se conducen y actúan como propietarios a pesar de no serlo, solo gozan de la posesión como un hecho–*ius possessionis*.

Esta teoría estuvo reconocida en el Código Civil de 1852.

Artículo 465. “Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí”.

A decir de Cuadros Villena (1994, p. 296), la teoría subjetiva está presente en algunas instituciones de los derechos reales en los que la intención es calificativo de ellas: Posesión de buena y mala fe cuyos efectos son tan diferentes para los frutos y la prescripción.

Es tratada en el Código de Bolivia (artículo 87), Colombia (artículo 762), Chile (artículo 700), El Salvador (ar-

Fórmulas teóricas para el estudio de la posesión:

	SAVIGNY	IHERING
Posesión	$x = a + \alpha + c$	$x = a + c$
Detentación	$y = a + c$	$y = a + c$

(x) posesión (a) *animus*
 (y) detentación (α) intención particular, *animus possidendi*
 (c) corpus (n) disposición legal que excluye ciertas posesorias y protección interdictal

ANIMUS Y CORPUS COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La posesión, el inicio y teorías

Económico

Llamada también teoría de la causa, ecléctica o intermedia. Es la teoría planteada por Raymundo Salelles en su obra *La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del imperio alemán* (publicada en español en 1909). Toma de las teorías de Savigny e Ihering. Se aparta totalmente

del primero, pero no del segundo, es más, se inspira en él. De alguna manera trata de conciliar ambas teorías. Es un tener más querer, pero este último de contenido económico, de allí que se le conozca como teoría de la explotación económica. La posesión es un fenómeno económico de apropiación de riqueza.

La polémica. Las teorías de los juristas alemanes Friedrich Karl von Savigny (izquierda) y Caspar Rudolf von Ihering (abajo) tienen aún gran trascendencia en la doctrina jurídica moderna.



título 745), Italia (artículos 1140), Japón (artículo 180), Portugal (artículo 1251 y 1253), Quebec (artículo 921), Uruguay (artículo 646).

II. Poder físico

Es la teoría objetiva planteada por Ihering en 1889 en su obra *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)*, publicada en español en 1896. Esta teoría se contrapone a la expuesta por Savigny, su maestro en la Universidad de Berlín.

Es un *tener*. La posesión es una situación de hecho. La tenencia de la cosa, *possessio corpore*. Solo basta el hecho de tener el bien, mostrar respecto de este un aseoñamiento, dándole el matiz económico. Es el *corpus*, la relación exterior entre el poseedor y la cosa. Implica un control sobre el bien. Se considera que *la detentación* es un concepto creado por la ley. Solo se requiere al sujeto y a la cosa; *el animus domini* –si bien existe– no es importante, en todo caso, debe hablarse de *animus o affectio tenendi* (voluntad de tener).

Este *animus* está implícito en el poder, es parte de sí. El *corpus* lleva consigo cierta intención de poseer, el elemento intencional está presente, pero no como exigible (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 326).

Por tanto, se resume en la siguiente fórmula: *Posesión igual Corpus*.

Para esta teoría, son *poseedores* el arrendatario, usufructuario, depositario, comodatario. Basta tener el bien para ser poseedor, independiente de la forma como lo obtuvo. Se tiene la *affectio tenendi* (tener), pero no tiene el *animus domini* (ser dueño). Es poseedor quien de hecho use el bien, se sirva de él, satisfaciendo su deseo o exigencia, i. e. todo aquel que tenga un vínculo fáctico, directo e inmediato (Lama More, 2008, pp. 86 y 87).

Esta teoría es mucho más amplia que la subjetiva.

Tiene como precedente el artículo 824 del Código Civil del 1936 [5] y está reconocida en nuestro Código Civil de 1984:

Artículo 896. “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Así como en la jurisprudencia [6], el artículo 826 define a la posesión como el ejercicio fáctico

Conclusión

Siempre es bueno regresar a los orígenes de las instituciones, reconociendo a la doctrina como fuente primaria del Derecho. Hay diversas teorías acerca de los elementos constitutivos de la posesión. El poder físico comentado por Ihering es tratado en la mayoría de los códigos del Derecho comparado y viene a ser una teoría mucho más amplia y práctica, adaptándose al sinnúmero

de relaciones jurídicas reales establecidas por medio de la posesión. En cambio, el poder físico voluntario de Savigny buscaba aclarar lo confuso que era esta institución. La teoría de Ihering frente a la de Savigny presenta una doble ventaja (i) simplifica el régimen de la prueba y (ii) delimita las anomalías de la posesión que tanto preocuparon a Savigny.

de uno de los poderes inherentes a la propiedad, independientemente del *animus domini* de quien lo ejerza; en este sentido, según la teoría de la posesión de Ihering a la que se afilia nuestro Código sustantivo, en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica, no requiriéndose del *animus*”.

Esta teoría es tratada en la mayoría de códigos del Derecho comparado.

Así tenemos los Códigos de Alemania (artículos 854 y 855), Argentina (artículo 1909), Brasil (artículo 1196 y 1198), México D. F. (artículo 790), Suiza (artículo 919), Paraguay (artículo 1909), Perú (artículo 896), Puerto Rico (artículo 367), Quintana Roo (artículo 1779), Venezuela (artículo 771).

Como bien dice Lama More (2012, pp. 60 y 61): “Esta teoría asegura a quienes conduzcan bienes –legítima o ilegítimamente– con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad dando

al bien una finalidad económica para su propio beneficio que no sean privados –o amenazados de privación– del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quién le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica, de origen privado, de ese estado de cosas, no resulta lícita y puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o mediante los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como es el caso de arrendatario, el comodatario, el usufructuario, etcétera, sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario (artículo 911 del CC), el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros”.

Resumen comparativo

Una de las mayores dificultades que la doctrina apunta en el estudio de la posesión es realizar la distinción entre posesión y detentación (Gama, 2011, p. 75).

Teles de Menezes (2012, p. 114 y 115) nos resume las posiciones de Savigny e Ihering en la fórmulas algebraica desarrollada en el cuadro 1.

Para Gomes (2012, p. 38), la teoría de Savigny y de Ihering se distinguen en tres puntos fundamentales: la explicación de la naturaleza de la posesión; la fundamentación de la protección posesoria; y la determinación de los elementos constitutivos de la posesión.

Ambas teorías tienen, a decir de Chaves de Fariás & Rosenvald (2009), un punto de partida en común: la detentación (p. 30).

El Derecho civil, columna vertebral de las relaciones individuales, viene transformándose y transformado diversas áreas del Derecho moderno. Ello exige presentar de manera innovadora las nuevas teorías y tendencias económicas, de mercado, de la contratación y de los derechos de las personas. En esta línea de pensamiento, la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima ha organizado el Congreso Internacional de Derecho civil, del 30 de mayo al 1 de junio del 2018, buscando presentar ese diálogo entre disciplinas que existe actualmente entre el Derecho civil y las demás áreas del Derecho. A la par de ello se busca difundir las propuestas de modificación y de mejoras a la normativa civil, partiendo del estudio teórico a la práctica común. Los temas a tratarse serán innovadores, que convoquen al público joven y emprendedor, de cara a las nuevas expresiones y retos socioeconómicos. ▀

[1]Seguidor de la Escuela Histórica del Derecho. [2]Seguidor de la Jurisprudencia de intereses. [3]El mismo Ihering indica en el prólogo “Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la Teoría de la causa, y en esta obra, en el capítulo IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba” (Von Ihering C. R., 1896, pp. 8 y 9). [4] En las sucesivas ediciones, como precisa Mariani (2009), “Savigny va a haciendo agregados en forma de notas esclarecedoras de su pensamiento (algunas de las cuales, para ciertos autores, implican verdaderas innovaciones), en estas habla en general de ‘los autores’ que no han comprendido bien su tesis [...] pero no individualiza, ni para nada menciona a Ihering” (pp. 119 y 120). [5] “Artículo 824. Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos”. [6] Cas. 877-2003, La Merced–Junín, DOEP, 30/6/2005.