

SAVIGNY, HOLMES, Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE POSESIÓN*

Richard A. Posner**

Tú lo tienes pero es mío, ¿cómo podemos solucionar un problema como éste?

A lo largo de la historia se han desarrollado diversas corrientes -Richard A. Posner, expone las tres principales: Savigny, Holmes y el Análisis Económico del Derecho- que han tratado de solucionar los conflictos originados por disputas sobre quién debe poseer un bien o si quien lo posee es a su vez el propietario.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Virginia Law Review. La publicación se hace bajo expresa autorización del Virginia Law Review y de Richard A. Posner. La traducción fue realizada por Javier Calmeil del Solar Monasí, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Luis Vargas Loayza, ex – miembro de THEMIS.

** Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos; Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Este texto se basa en la revisión de la Lectura Memorial de Savigny que realicé en la Universidad de Philips en Marburg (Alemania) el 25 de junio de 1999. Agradezco a mi anfitrión el decano Erich Schanze de la facultad de Marburg por alentar y guiar este proyecto; a Susan Burgess y Ryan Hanley por asistirme en la investigación; a Albert Alschuler, Neil Duxbury, Robert Ellickson, Richard Epstein, Thomas Gery, Richard Helmholz, Frank Michelman, Eric Posner, Carol Rose, y Erich Schanze por sus valiosos comentarios en un borrador previo.

Friederich Carl Von Savigny (1779-1862) ha sido una de las más ilustres e importantes figuras en la historia del pensamiento legal, y en el siglo XIX gozó de un enorme prestigio internacional. Sin embargo, el día de hoy –en Norteamérica- fuera de algún residuo de históricos legales, él no es más que un nombre¹. Me parece que perdemos algo cuando olvidamos a nuestros ancestros intelectuales completamente. Y trataré de demostrar que esto es cierto aproximándome a Savigny desde la dirección tomada por Oliver Wendell Holmes en su libro "The Common Law", en el cual este critica la influyente teoría sobre la posesión expuesta por Savigny en su libro "Das Recht des Besitzes" y haciendo esto, dirige el camino hacia el análisis económico moderno de la posesión. Para ello me centro en la teoría de la posesión de Savigny, a diferencia del resto de temas que éste ha discutido a lo largo de su vida, debido a que ésta es la única parte del trabajo realizado por él que Holmes discute. El desacuerdo entre estos dos grandes pensadores legales sobre el derecho de posesión, trae a colación la pregunta del método de Savigny, que es la razón por la cual él es (o mejor dicho, fue) famoso. Pero ello no significaba que Savigny y Holmes tuvieran diferentes teorías sobre la posesión solamente, por el contrario, tuvieron diferentes conceptos sobre la teoría legal, sobre cómo "hacer" derecho. Savigny tuvo una considerable influencia en Holmes, pero de manera indirecta. En cambio en la concepción de la teoría legal de Holmes podemos vislumbrar algunos de los primeros antecedentes de la moderna teoría económica del derecho, teoría que puede proveer de gran perspicacia al derecho de posesión, inclusive más de lo que las teorías de Savigny o de Holmes podrían hacerlo. Como consecuencia de todo lo dicho, intentaré, en este ensayo, contribuir con el análisis económico del derecho así como con la historia del pensamiento legal.

He mencionado que el prestigio que tenía Savigny en el siglo XIX era internacional y grandioso, a ello le sumo que esto era cierto tanto en el mundo legal anglo americano como en cualquier otro lugar. Y es importante

mencionar que la razón tanto para su enorme fama como para su oscuro presente es su "posición" en el derecho, la cual puede ser resumida en las siguientes proposiciones, que ayudan a exponer las discrepancias que mantiene Holmes con él².

1. Es un error tratar de codificar el derecho de una nación, la codificación atrofia y distorsiona el crecimiento del derecho. Y es especialmente imprudente tomar prestado el código de otra nación (y es así cuando un estado germano toma prestado el Código Napoleónico)³.
2. El derecho autentico de cada nación, incluyendo el de la Alemania de los tiempos de Savigny (una entidad cultural más que política) es el derecho que ha evolucionado del "espíritu folklórico" de los orígenes de la nación (Volkgeist) o "conciencia común" de la gente (der allgemeine Volksbewusstsein), así como el lenguaje de una nación es el desarrollo orgánico de sus orígenes y no un producto de un diseño racional; de un código⁴.
3. Para recobrar el derecho auténtico, se requiere por ende de un estudio histórico. El enfoque del estudio debe ser el derecho romano, el *common law* (en el sentido de derecho no legislado) de Europa⁵, y sus principios son los del derecho Ur de Alemania. El cometido de la jurisprudencia es "regresar" a esos principios y deshacerse posteriormente de creencias que no son necesarias para las necesidades prácticas del presente. Las creencias tardías son en su mayoría obstáculos que retardan la eficacia y la integridad de estos principios.
4. Una vez que los principios romanos sean comprendidos en pureza, la resolución de las disputas legales debería ser producto de la deducción de los mismos. El análisis legal es propiamente deductivo (formalista) antes que inductivo, casuístico, social científico, o político. Los juristas romanos de la época creativa del derecho romano eran en si mismos casuísticos, sin embargo, los principios que guiaban su trabajo ahora deben ser extraídos y con ellos crear un sistema lógico de la doctrina legal⁶.

¹ Desde Noviembre de 1999, La Social Sciences Citation Index recogió 180 citas de Savigny desde 1972, lo cual implica unas 6 por año.

² Para observar discusiones interesantes en inglés sobre la aproximación de Savigny al derecho, véase: DAWSON, John P. "The Oracles of the Law". pp. 450-458. 1968; WHITMAN, James Q. "The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change". 1990; EWLAD, William. "Comparative Jurisprudence: What was is the Like to Try a Rat?". U.Pa.Law Review. pp. 2012-2043. 1995; GAYLORD GAYLE, Susan. "A very German Legal Science: Savigny and the History School". Stanford Journal International Law. No.18. p.123. 1982; KANTOROWICZ, Hermann. "Savigny, the Law School". L.Q. Review. No.53. p. 326.1937; PATTERSON, Edwin. "Savigny and the Historical School of Law". Columbia Law Review. No.51. pp. 681, 686-689. 1951; REIMANN, Matias. "Nineteenth Century German Legal Science". B.C.Law Review. No.31. pp. 837, 851-858. 1990; Simposio, "Savigny in a Modern Comparative Perspective". Am. Journal. No.37. p. 1. 1989. Para una pequeña biografía, véase: DE MONTMORENCY, James. "Friederich Carl von Savigny, in Great Jurist of the World". p. 561.1914.

³ SAVIGNY, Frederich. "Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence". 1831.

⁴ HOLLOWAY, William. "Friederich Carl von Savigny, System of the Modern Roman Law". pp. 12-17. Un lenguaje de computador es un ejemplo de un lenguaje creado mediante la aplicación de principios racionales y no mediante evolución orgánica. Esperanto es un ejemplo intermedio. La concepción orgánica del derecho de Savigny tiene como predecesores a Montesquieu y Burke, como argumenta Peter Stein, en "Legal Evolution: The Story of an Idea". pp. 57-59.1980.

⁵ SAVIGNY, Frederich. "Modern Roman Law". p. 3. 1867.

⁶ STEIN, Peter. "Roman Law in European History". p. 119. 1999. "Los Romanistas alemanes (incluyendo a Savigny) no se encontraban interesados, en seguir el rastro por el cual el derecho romano se adaptó a las necesidades actuales de la sociedad... ellos deseaban revelar una estructura teórica inherente que se encontraba implícita en los textos romanos".

La analogía del derecho con el lenguaje nos dirige al formalismo; ya que el lenguaje es un sistema de reglas que uno no puede hacer a un lado sin violar la política social. He notado que Savigny mismo señalaba la analogía del lenguaje con su concepto de derecho.

5. El rol protagónico en la formulación del derecho no debe ser ejercido por los legisladores o jueces, sino por los profesores de derecho⁷. Ellos por sí mismos tienen el tiempo, entrenamiento, y las aptitudes necesarias para recobrar los auténticos principios del derecho y la adaptación de los mismos a las necesidades modernas. Las universidades son las cortes supremas del derecho privado alemán.

Es sencillo observar el porqué estas propuestas no son recogidas por los abogados norteamericanos y juristas en el siglo XIX ni por los de ahora, y por ello una de las primeras preguntas que me formulo es porqué Savigny era altamente considerado por los pensadores legales norteamericanos en el siglo XIX. Parte de la respuesta es la admiración que sentían los norteamericanos estudiosos de esa época hacia las universidades alemanas, que eran las mejores en el mundo. Otra parte era el carácter nacionalista de la concepción del derecho de Savigny (un nacionalismo confuso, debido al carácter transnacional del derecho romano); el siglo XIX, especialmente la segunda parte de este, fue testigo del rápido crecimiento del nacionalismo en ambos países. Parte del atractivo hacia los abogados norteamericanos puede haber sido que él academizaba o agregaba "cientificidad" al derecho⁸, que para el tiempo en que los estudios académicos de derecho en Norteamérica se encontraban, el cual era un estado primitivo, obligaba a los profesores de derecho y a otros intelectuales legales, a darle la bienvenida sin tener en cuenta la aplicación de sus métodos específicos y resultados en el derecho americano. Savigny colocó como piedra angular de las reformas legales la necesidad de lograr un entendimiento académico o teórico del derecho mediante métodos de búsqueda histórica y (en menor magnitud) un análisis racional, el cual es más congruente para los teóricos del derecho que para los prácticos. Él planteó un programa de búsqueda ambiciosa calculada para mantener ocupados a los profesores por muchos años. Cuando el programa fue completado, y el derecho romano bien entendido, la escuela histórica tal y como fue enfocada por Savigny, se marchitó.

Ya no proveía a algún programa de búsqueda, el *sine qua non* de una buena escuela de pensamiento académico.

Ahora que las universidades norteamericanas se han puesto a la par con su contraparte europea, y el derecho se ha convertido en una parte básica de la educación e investigación universitaria, el significado de la conversión del derecho en una materia respetable por parte de Savigny – en realidad, reconstruyendo una ciencia legal (Rechtswissenschaft)- ha perdido relevancia para la comunidad legal norteamericana. Nos hemos quedado con las cinco proposiciones que enumeré anteriormente, de las cuales ninguna es especialmente relevante para los intereses americanos. La codificación no es un tema relevante en el moderno derecho norteamericano. El derecho es demasiado vasto en tamaño y variado en contenido para ser subsumido bajo las reglas de un solo código o de unos cuantos. La codificación se ha desarrollado por etapas –tenemos un código criminal federal, reglas de procedimientos civiles y criminales, una ley concursal, un código comercial uniforme para las ventas del gobierno, para instrumentos negociales, para asegurar transacciones, y otros asuntos comerciales, y un sin número de códigos a su vez. Pero no se ha presentado la necesidad de codificar los temas centrales del *common law*, como *torts*, contratos (aunque el código comercial uniforme codifica una porción de este campo), agencia y propiedad (excepto propiedad industrial). La oposición de Savigny a la codificación no tiene acogida en la Alemania actual, que a despecho de los seguidores de Savigny adoptaron un código en 1900 que hizo olvidar muchas de sus ideas claves sobre la posesión.

En cuanto al *Volksgeist*, tal concepto puede llegar a tener tan poco significado para una nación como los Estados Unidos, una nación de inmigrantes de un sin número de países. Los fundadores de la nación lucharon contra las amenazas que saltaban al derecho de Ur, el cual era inglés, por repugnancia de Gran Bretaña, el país madre. En cualquier caso, para nosotros el derecho Ur nunca fue derecho romano. Los ingleses comenzaron a alejarse del derecho romano temprano en su etapa post romana⁹. Existen rastros de derecho romano en el pensamiento legal norteamericano¹⁰, y el derecho de posesión no fue la excepción, pero nosotros nos hemos olvidado de ellos; el derecho romano es un campo que generalmente no se estudia en los *law schools* norteamericanos.

⁷ SAVIGNY, Frederich. "Modern Roman Law". pp. 36-40; SAVIGNY, Frederich. "Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence". pp. 149-151. DE MONTMORENCY, James. "Friederich Carl von Savigny, in Great Jurist of the World". pp. 566-573, 585. Savigny era un profesor de derecho, primero en Marburg, donde escribió su tratado sobre la posesión (fue su tesis de doctorado), y luego en Berlín, donde hasta la revolución de 1848, ocupó un alto puesto judicial y otros puestos en el gobierno prusiano y continuaba con lo académico. El ser un conservador, tuvo como consecuencia su remoción del gobierno, debido a que el rey de Prusia, quería darle una apariencia más liberal a su gobierno.

⁸ BEALE, Jr. Joseph. "The Development of the Jurisprudence During the Last Century". Harvard Law Review. No. 18. pp. 271, 283. 1905.

⁹ STEIN, Peter. "Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today, in The Character and Influence of the Roman Civil Law" ha argumentado, que el "Derecho Romano en si esta más cerca del Common Law que cualquier codificación moderna basada en el Derecho Romano". pp. 151,165.1988.

¹⁰ STEIN, Peter. "The Attraction of the Civil Law in America Post-revolutionary, Influence of Roman Law: Historical Essays ". p. 411. 1988.

El proyecto de Savigny para recuperar los principios legales que están auténticamente en sintonía con el *Volkgeist* mediante el estudio de la historia del derecho romano, el cual es incomprensible para la gran mayoría excepto para un grupo reducido de pensadores legales norteamericanos¹¹. Esta incomprensión, es en parte consecuencia de una orientación "presentista", ubicada en los principios norteamericanos, que margina la información histórica como un método para resolver problemas que ocurren en el presente y como una guía para el futuro.

La mayoría de los abogados y juristas norteamericanos ridiculizan como "formalismo" el hecho de resolver problemas legales con principios fundamentales. Nosotros somos casuísticos y a veces pragmáticos, procediendo en la decisión de casos actuales y en la formulación de nuestras generalizaciones legales de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, esto es, proceder desde lo fáctico de las disputas específicas y de políticas sociales específicas, a veces de un molde utilitario, en lugar de partir desde los principios generales, tanto históricos como derivados. Nuestro sistema legal permanece como un sistema de derecho casuístico, administrado por los jueces que ponen un mayor peso en los precedentes y en otras instituciones políticas que en tratados de profesores de derecho. Efectivamente, en años recientes los profesores de derecho, especialmente en las más prestigiosas facultades, han crecido siempre alejados del lado práctico de la profesión. La idea de apelar una decisión judicial hacia un *law school*—una práctica común en el tiempo de Savigny— es impensable en nuestro sistema.

II

A

El rechazo norteamericano hacia Savigny fue anunciado en 1881 por Oliver Wendell Holmes, Jr. en su libro "The Common Law"¹², el más celebre libro de la historia del pensamiento legal norteamericano. Dos de las lecturas que forman parte del libro tratan sobre posesión¹³. Son las dos lecturas en las cuales Holmes discute las "teorías alemanas" del derecho, y no consideramos que exista otra discusión de la teoría legal alemana en ningún otra obra de Holmes. El teórico alemán que más refuta Holmes en sus lecturas es Savigny. Es un tributo al prestigio internacional de Savigny el hecho que Holmes decidiera tomar un libro de él, publicado setenta y ocho años antes como

la principal fuente para la discusión de uno de los conceptos más importantes del *common law*, la posesión.

Holmes agrupa a Savigny con otros pensadores alemanes (incluidos Kant y Hegel) en cuanto argumentan que la posesión, en los ojos del derecho, requiere que la persona que se encuentra reclamando el mismo, tenga la intención de mantener la propiedad como si fuese el dueño, y no reconocer un título superior de otra persona, de forma tal que al momento de decidir sobre los derechos de posesión de un arrendatario financiero, un afianzado o cualquier otro sin derecho de propiedad, el derecho moderno sacrifica la consecuencia por los principios. A esto Holmes responde que él no puede observar que se ha dejado de lado un principio que se ha declarado inconsistente con la conveniencia y con el actual curso de la legislación. El primer mensaje de una teoría del derecho es que se debe adecuar a los hechos. Debe explicar el curso observado por la legislación. Y de esa forma es casi seguro que los hombres construirán derecho, de forma conveniente, sin complicarse demasiado sobre qué principios se encuentran en su legislación. El principio que desafía la conveniencia está destinado a esperar cierto tiempo antes de encontrarse a sí mismo permanentemente realizado¹⁴.

Aun así el *common law* de Holmes puede ser entendido —y efectivamente lo ha sido— como un proyecto muy similar al de Savigny "derivando principios fundamentales para guiar el presente desde un estudio del pasado"¹⁵. Una de las críticas de Holmes hacia los teóricos alemanes, incluyendo a Savigny, era que ellos "no conocían otro sistema que no fuese el romano"¹⁶, y se propone probar que el derecho anglo-americano de posesión no deriva del derecho romano, sino del derecho pre-romano alemán. Así como Savigny y los otros juristas de la escuela histórica usan la investigación histórica para excavar y refinar los principios del derecho, "así también Holmes utiliza la investigación histórica para excavar y afinar los principios del derecho". El sentido de esta investigación era diferente —romano en el caso de Savigny, Alemán (irónicamente) en Holmes— y los principios recuperados por la investigación histórica son también diferentes, como veremos a continuación. Pero esto parecen ser sólo detalles. El verdadero reto de Holmes a la "autoridad universal" de la teoría de la posesión de Savigny¹⁷ puede ser pensado como una modificación tácita del concepto de

¹¹ De los escritores de derecho americano, el único que se me ocurre que puede buscar ideas en el Derecho Romano es, Richard A. Epstein, en "Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good". pp. 258-259. 1998.

¹² HOLMES, Oliver "The Common Law". 1881.

¹³ HOLMES, Oliver. Thel Bailee on the Common Law". pp. 164-205, 206-246.

¹⁴ HOLMES, Oliver "The Common Law" pp. 207, 211, 218-219. 1881.

¹⁵ WHITE, Edward "Oliver Wendell Holmes: Law and Inerself". p. 193. 1993.

¹⁶ HOLMES, Oliver "The Common Law". p. 168. 1881.

¹⁷ Ibid. p. 206.

Volkgeist: con un *Volk* diferente se puede esperar un diferente *Geist*. Eso significa que Holmes compartía con Savigny un rechazo al derecho natural; el derecho no puede ser escogido de un código moral universal. Y la erudición del *common law* la marca como una contribución al *Rechtswissenschaft*; no es un manual de prácticas o un tratado¹⁸. La influencia de Savigny en Henry Maine se ha notado¹⁹, y el libro "Ancient Law" (1861) ha influenciado a Holmes. Holmes tenía entonces, una deuda desconocida con Savigny²⁰.

B

Todavía, las diferencias entre ambos eran muy profundas, como expondremos a continuación. Aunque el tratado de Savigny tenía por título "El Derecho de Posesión", su tema actual, excepto por su último libro dedicado en su mayoría al derecho eclesiástico, es el derecho romano de posesión. Y no es hasta pasado un tercio de este tratado que se puede encontrar ciertas discrepancias entre el derecho romano y el derecho moderno: Si "una teoría del derecho de posesión se sostiene en su utilización en la práctica, ésta debe ser sometida a la vista de los abogados romanos para determinar si esas modificaciones superan las pruebas y obtienen validez práctica hasta el día de hoy"²¹. Pero las modificaciones discutidas son relativamente menores. Esto es remarcable. Savigny escribía en el siglo diecinueve. Justiniano había vivido en el siglo seis, y la mayoría de las normas legales recopiladas por él son mucho mayores. Pero Savigny creía que los principios del derecho antiguo eran de suma utilidad para el derecho moderno, es por ello que su trabajo se encontraba bastante avanzado cuando encontró estos principios.

A diferencia de Holmes quien se encontraba interesado en el cambio, en cómo los antiguos principios se habían desarrollado en un nuevo cuerpo de derecho moderno. El motor de esta evolución era la conveniencia o la política: "la sustancia del derecho en cualquier momento o época corresponde casi siempre, a lo que es conveniente en ese momento; pero la forma, el sistema y el grado de obtención de resultados deseados, depende bastante de su pasado"²². "La antigua forma recibe un nuevo contenido, y con el paso del tiempo hasta la forma se modifica para poder adecuarse al significado que ha recibido"²³. Holmes se encontraba satisfecho con este proceso, y no deseaba retornar a un período previo del desarrollo del derecho.

La diferencia entre Savigny y Holmes considerando la historia es confusa por el hecho que el concepto de

posesión que existía en el derecho antiguo era algo similar al moderno, no es una creación del moderno. Es sin lugar a dudas la primera forma o el primer precursor del derecho de propiedad, es una noción antigua. El "problema" de la posesión, la fuente de esta perdurable fascinación para los romanos, Savigny, Holmes y para nosotros mismos, es precisamente su relación con la propiedad. De una parte, posesión significa un incidente en la propiedad y de la otra, los no dueños se encuentran frecuentemente en "posesión" de la tierra y de otras cosas de valor y los dueños frecuentemente no se encuentran en posesión. Por otra parte, el derecho en tiempos de Roma, como en nuestros tiempos, concedía remedios para los poseedores y para los dueños, y algunas ocasiones a los poseedores contra los dueños (como es el caso de la adquisición por prescripción, es decir, por el paso del tiempo) y a los dueños contra los poseedores. Los remedios para los poseedores eran a menudo más sencillos que los remedios para los propietarios (como ejemplo podemos citar los interdictos romanos o la *action in ejectment* inglesa, una acción posesoria formal usada comúnmente para probar el título real de propiedad; o *trover*, el cual es el homólogo para el *ejectment*, pero en propiedad personal), por lo que incluso los dueños deben buscar en el pasado. Organizar estas relaciones, era y todavía es, un desafiante ejercicio intelectual.

No soy un abogado romano y no me encuentro preocupado por descubrir si es que Savigny tomó de manera correcta el concepto de posesión del derecho romano. Pero sí me encuentro interesado en su teoría sobre la posesión, y en como difiere tanto en contenido como en fines con la teoría de Holmes, y porqué diferían de esa manera.

Para Savigny, la posesión es la conjunción de dos hechos: poder físico sobre la cosa, y la intención de poseer como dueño, en el sentido de poder usarlo, sin limitación de tiempo, de uso exclusivo para su propio beneficio (*animus domini*). Si uno tenía ese poder y esa intención, tenía posesión (por lo cual un ladrón podría ser poseedor). Esto generalmente le daría el derecho a uno para tener un remedio contra cualquiera que interfiera con su posesión a menos que el que reclama la posesión tenga de acuerdo a ley un derecho superior, como puede ser la propiedad (si es que el poseedor no era el propietario).

A esta definición, le siguieron muchas cosas. Permítanme tomar los dos elementos de esta definición, poder e intención, de forma separada. Si uno compra

¹⁸ Holmes fue anotado como profesor de Harvard por su lucha en el Common Law.

¹⁹ STEIN, Peter. "Legal evolution" pp. 89-90. 1980.

²⁰ WHITE, Edward. "Olver Wendell Holmes: Law and inerself" p. 149. 1993.

²¹ SAVIGNY, Frederich. "Treatise on Possession; or the Jus Possessionis of Civil Law". p. 134. 1848.

²² HOLMES, Oliver. "The Common Law". pp. 1-2. 1881.

²³ Ibid. p. 5.

bienes que se encuentran en un almacén cerrado, uno no obtiene la posesión en el sentido expuesto por Savigny, hasta que no obtenga las llaves. Y si uno hierre a una liebre, pero no la mata, no obtiene posesión de la liebre hasta que la atrape, ya que podría escaparse y, entonces, no estaría bajo su poder físico. Uno tiene posesión sobre sus animales domésticos porque uno tiene poder físico sobre ellos. Pero uno no tiene posesión sobre los animales salvajes -a menos que los atrape o los mate- a menos que estos tengan *animus revertendi*, eso significa hábito de regreso, lo cual lo convierte en un animal similar a uno doméstico (el *common law* inglés hace la misma distinción): Es como que tuviese una correa muy larga.

La implicancia del poder como componente de la definición de Savigny, en la posesión, es distinta del uso, el cual puede ser compartido, en cambio la posesión nunca puede ser conjunta. Si uno puede actuar en referencia a una cosa con la concurrencia de alguien más, es claro que no tiene dominio físico. Una implicancia adicional es que partes separadas de un todo no pueden ser poseídas por separado: la casa y el suelo sobre el cual se encuentra construida, el brazo y la cabeza de una estatua, un coche y sus llantas, dos pisos de la misma casa. En el caso de la tierra, sin embargo, es divisible sin destruir ninguna unidad orgánica -los límites son arbitrarios-, Savigny está dispuesto a aceptar la copropiedad. El tener interés en un tercio de parcela de tierra es lo mismo que ser dueño de una parcela más pequeña separada de una más grande para ser tratada de la misma manera, y como la tierra estaba dividida cada dueño tendría control exclusivo sobre su tercio. Del mismo modo, un tesoro escondido es independiente de la tierra que está encima porque uno podría remover el tesoro sin desordenar la tierra (el caso más claro es el de el contratista que encuentra un tesoro en la tierra del que lo contrato para que cave un hueco). Ellos no son, o por lo menos no del todo, una unidad orgánica, como las partes de una estatua. Estas ideas son anteriores a la época en la cual la gente comenzó a vivir en casas rodantes, obviamente Savigny no concebía la idea de mover una casa.

La noción de poder físico como condición de la posesión se vuelve problemática en el caso de la tierra, como ya hemos vislumbrado, y a su vez cuando la atención cambia de adquisición a mantenimiento de la posesión. Uno no toma posesión de la tierra de la misma manera que toma posesión de un fajo de billetes, un coche, o incluso una casa, a menos que uno cerque la tierra (conjuntamente con el *animus domini*). Pero como la presencia es un signo ambiguo de toma de

control, el que quiere ser poseedor debe hacer pública su intención de poseer (su "oponibilidad", como diríamos) si alguien posee la tierra en ese momento.

Una vez que se obtiene la posesión, el ejercicio de poder físico para obtenerla suele terminar, además usted no se mantendrá en su tierra todo el tiempo, de hecho usted podrá arrendársela a alguien y, por lo tanto, nunca se encontrará ahí. Usted deja su carreta en la calle, donde esta fuera de su control. Savigny no siempre trata estos casos como caso de abandono, el cual privaría al propietario de sus derechos de posesión y derechos a remediar la situación. Pero él requiere, para que la posesión sea continua, "que exista siempre la posibilidad de reproducir la condición inmediata, la cual ha sido descrita como los cimientos de la adquisición"²⁴. El hace una excepción como ya ha sido mencionado, para el caso de la tierra, donde la posesión no puede perderse a menos que el poseedor existente sea notificado que alguien está buscando quitarle la posesión. Pero si alguien pierde un bien, el cual Savigny, llama un bien "movible", para distinguirlo de la tierra (nosotros llamaremos a esto un "bien mueble"), él deja de poseerlo; el que encuentre el bien obtiene la posesión, siempre y cuando presente la intención de poseerlo para su propio uso y no la de devolvérselo a su dueño o anterior poseedor.

Esto me lleva al segundo elemento de la definición de posesión de Savigny, la presencia del *animus domini*. Este también presenta consecuencias sorprendentes. Dos en particular. La primera es que un depositario, un tenedor o un guardia o ocupante que no tiene, como suele ocurrir con muchos tenedores, la intención de convertirse en propietario, no puede poseer el bien que ocupa. La segunda consecuencia es que uno no puede poseer algo que no se encuentra bajo su control, porque en ese caso el *animus domini* no se encuentra presente.

La idea de que un tenedor (entendido como una persona con título para poseer) no posea el local que ocupa suena extraño. Savigny explica que el tenedor siempre podrá llamar al propietario para hacer valer sus derechos como tenedor. Pero suena redundante²⁵, así como inconsistente con el reconocimiento de Savigny a un arrendatario (alguien que tiene derecho a usar la cosa en virtud de un contrato con el dueño), un acreedor prendario (aquel que mantiene en su poder el bien del otro como garantía de un pago), y un usufructuario (alguien que tiene derecho a los frutos u otros ingresos de la tierra o del bien) todos ellos tienen derecho de poseer si el derecho se encuentra cedido por el propietario. Este

²⁴ SAVIGNY, Frederich. "Treatise on Possession; or the Jus Possessionis of Civil Law". p. 265. 1848.

²⁵ A menos que el poseedor no haya tomado posesión. Bajo la llamada Regla Inglesa, si cuando comienza el arrendamiento el poseedor anterior permanece en posesión, el dueño tiene el deber de sacarlo.

tipo de cesión es lo que Savigny llama posesión derivada. El considera estos casos como anómalos porque el poseedor derivado carece de *animus domini*, pero se encuentra dispuesto a aceptar “una anomalía fundada en un aspecto práctico”²⁶, y el caso más claro es del acreedor prendario: Si el prestatario pudiese desposeer al acreedor, el sentido de la prenda fenecería. En el caso del arrendatario y del usufructuario, Savigny argumenta que el propietario podría haber transferido su propiedad a alguien que no se encontrara interesado en rescatar a la persona que se encontraba en posesión. Es en este supuesto, que requerir a la persona –arrendador o usufructuario- que apele al dueño por ayuda resultaría imposible. Es por ello que ha estos poseedores se les otorgan remedios posesorios. Y este punto puede ser igualmente aplicado al tenedor.

Savigny esta dispuesto a aceptar que la necesidad práctica sobrepase la *trump elegantia juris* o la fidelidad a los principios romanos. El reconoce que “consideraciones meramente teóricas deben dar paso a las necesidades de la vida actual”²⁷. Su énfasis en la adquisición de derechos por prescripción tenía aparentemente la intención de promover la extinción gradual de los derechos feudales; quería lograr una reforma agraria en su propio sentido²⁸. El énfasis en la posesión como base del derecho de propiedad tiene matices antif feudales, sobre todo porque los derechos feudales (servicio y apoyo) son no posesorios. Y porque la posesión, especialmente en la concepción de Savigny, es activa, ejercitable, su énfasis en la posesión puede ser tomado como una crítica implícita a la economía de rentas basada en la aristocracia y en las riquezas heredadas. Pero el tema de una reforma social no es mencionado por Savigny en ninguno de sus tratados. Él es reacio a conceder fidelidad a dejar de lado los principios legales por consideraciones pragmáticas, para “este interés práctico (esto es, las necesidades de la vida diaria) sin lugar a dudas no gana nada sin procedimiento... (que) deja todos los principios inciertos”²⁹.

Hay más sobre la teoría de la posesión de Savigny. Pero lo expuesto parece ser suficiente para indicar los elementos principales y para poder fijar una comparación con Holmes.

C

Al cambiar los capítulos de posesión en el *common law*, podríamos pensar en un primer momento que las diferencias entre Savigny y Holmes son en su mayoría técnicas,

y preguntamos, por lo tanto, el porqué de la hostilidad de Holmes hacia la escuela alemana. Holmes concuerda con Savigny en que la posesión requiere poder físico sobre el objeto poseído (y más poder para obtenerla que para mantener la posesión), conjuntamente con cierta intención. Sólo que para Holmes, el requisito de la intención es meramente el intento de excluir a los demás (excepto al propietario, a menos que este haya transferido la posesión) del uso que uno le está dando. Esto explica el derecho del *common law* del depositario para obtener un remedio posesorio contra alguno que equivocadamente lo prive del bien depositado. Holmes menciona como ejemplo un caso en el cual el demandante le encarga la venta de una caja fuerte al demandado³⁰. Este demandado encontró dentro de una grieta de la caja unos billetes. El demandante exigió que se le devuelvan los billetes. Holmes argumenta que este sí tiene título para exigir la devolución de los billetes; a diferencia de los seguidores de la visión de Savigny, para quienes el demandante no ha abandonado los billetes, aunque ignorase la presencia de estos en la caja, no se puede decir que presentaba *animus domini* sobre los billetes. En resumidas cuentas, Holmes separa el derecho de posesión del de propiedad, los derechos que van con la posesión no tienen relación con quien es propietario.

Existen otras diferencias entre la teoría de la posesión de Holmes y la posición de los seguidores de Savigny –diferencias más grandes, que las que presentan en la actualidad el derecho germánico y el angloamericano sobre posesión³¹. Holmes rechaza especialmente la idea de Savigny, en la cual para retener la posesión es necesario mantener el poder físico que se empleó para obtener el bien. El juez Holmes expone el ejemplo de una persona que deja un bolso con oro en su casa de campo y se encuentra a cientos de kilómetros de distancia, en prisión, y “la única persona que se encuentra dentro de un radio de veinte kilómetros, es un ladrón en la puerta de la casa de campo, que se encuentra tratando de ingresar y llevarse el bolso”³². Holmes describe como extraña la pérdida de la posesión por parte del propietario, mientras el ladrón no tome efectiva posesión del bolso. Sin embargo, dice que esta es la posición adoptada por Savigny, ya que el propietario ha perdido la posibilidad de ejercer el poder físico que tuvo que ejercer para obtener el bolso con oro (Holmes asume que lo encontró), y el ladrón a adquirido el ejercicio del control exclusivo sobre el bien.

²⁶ SAVIGNY, Frederich. “Treatise on Possession; or the Jus Possessionis of Civil Law”. pp. 91, 95. 1848.

²⁷ Ibid. p. 404.

²⁸ WHITMAN, James. “The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change”. pp. 183-186; STEIN, Peter. “Roman Law in European History”. pp. 119-120. La adquisición de derechos por el paso del tiempo implica su posible extinción por el paso de éste; cuando Savigny escribió *Das Rechts des Besitzes*, muchas obligaciones feudales habían caído en el desuso, especialmente cuando comenzó la incursión de franceses en Alemania, que le siguió a la revolución francesa. pp. 104-130.

²⁹ SAVIGNY, Frederich. “Treatise on Possession; or the Jus Possessionis of Civil Law”. p. 404. 1848.

³⁰ HOLMES, Oliver. “The Common Law”. p. 225. 1881.

³¹ GORDLEY, James y Ugo MATTEI. “Protecting Possession”. *American Journal* No.44. p. 293. 1996.

³² HOLMES, Oliver. “The Common Law”. p. 237. 1881.

La definición de posesión de Holmes presenta anomalías al igual que la de Savigny. Por ejemplo, en el *common law*, el cual es para Holmes, lo que viene a ser el derecho romano para Savigny –una estructura de principios que son reclamados, clarificados, purificados y expuestos- el trabajador que le roba bienes a su empleador es un ladrón. Se le trata como si hubiese sacado los bienes de la posesión del empleador, aunque bajo la definición de Holmes de posesión, el empleado tiene la posesión porque ejerce poder físico sobre los bienes, además de la intención de excluir al resto del uso de estos bienes (un ejemplo similar que él expone es el del cliente de un restaurante que se roba el plato en el cual le sirvieron la comida)³³. Holmes considera que ésta es un vestigio histórico, reflejado en el hecho que los esclavos, los ancestros históricos de los empleados, no tenían ningún sustento legal por lo cual no podían ser tomados como poseedores.

Por lo expuesto hasta el momento no hay nada que sugiera una brecha metodológica entre Holmes y Savigny. La brecha no va a ser encontrada en reglas particulares o en consecuencias, pero sí aparecerá en actitudes frente a teoría e historia. Holmes no entra al tema de la interpretación del derecho romano efectuada por Savigny o por otros juristas germanos. Pero no cree que el derecho romano sea actualmente la fuente de la teoría legal germana, y en particular la teoría de la posesión de Savigny. Él piensa, por el contrario, que la fuente se encuentra en la filosofía, particularmente en la filosofía de Kant y Hegel (aunque en los hechos Savigny era hostil a la teoría legal de Hegel)³⁴. De acuerdo a esta filosofía, Holmes comenta, “la posesión debe protegerse debido a que un hombre cuando toma posesión de un objeto lo introduce en la esfera de su voluntad... la posesión es la objetiva realización de la voluntad”³⁵. La idea que el *animus domini* es un elemento de la posesión –idea que distingue principalmente la teoría de Holmes de la de Savigny, en el nivel operacional- se origina según la visión de Holmes, en la filosofía ética germana y no en el derecho romano (aunque Holmes pensaba que era coherente con dicho derecho) tampoco de la conveniencia, ni de los usos actuales³⁶.

Para Holmes, este era un origen contaminado. El era un escéptico moral que despreciaba la filosofía ética y que creía que para tener un claro entendimiento del derecho se requería una clara separación entre las obli-

gaciones legales y las morales y también separar la terminología legal de la moral. Quizá malinterpretó a Savigny. El concepto de *Volkgeist* (el cual no aparece en el tratado de posesión) expresa un concepto histórico más que racional del derecho, lo cual era más acorde con Holmes –quien por el contrario, en repetidas oportunidades denuncia a Savigny y a sus seguidores por sus pretensiones “universalistas”³⁷. Pero las actitudes de ambos frente a la historia son diametralmente opuestas. Savigny es reverencial, la historia del derecho tiene “un deber sagrado que realizar” y no simplemente “cuidar nuestras mentes de la influencia del presente”, y ello sirve para mantener “una conexión viva con el estado primitivo de las personas... la pérdida de ésta conexión aleja de la persona la mejor parte de su vida espiritual”³⁸. La actitud de Holmes hacia la historia, al igual que la de Nietzsche³⁹, es de crítica. Para Savigny los mejores pensadores legales eran los juristas romanos, y la labor del derecho moderno es recuperar los principios que estimularon el pensamiento legal romano. En cambio, para Holmes el mejor pensamiento legal es el moderno, debido a que sólo un pensador moderno podría controlar problemas modernos. La historia presenta un repertorio de conceptos y procedimientos que pueden no ser útiles para enfrentar problemas modernos, y en ese extremo es un recurso y una ayuda. Pero a su vez, puede convertirse en una traba debido a que la metodología conservadora de la profesión legal, la cual debido a un deber de continuidad con el pasado retarda la adaptación a las necesidades del presente. El rechazo de Holmes a la regla que un empleado no posee los bienes que su empleador le ha confiado, como un vestigio histórico, es un avance característico para Holmes.

Además, así como enfatiza Holmes “el siguiente nivel del derecho debe ser empírico”, esto es, si “el derecho, entendido como una cosa práctica, se debe encontrar a sí mismo en la actualidad”⁴⁰, podemos esperar variaciones legales que no se refieren a ningún principio general. Holmes ilustra mediante la utilización de las diferentes reglas conocidas por él para establecer la posesión de las ballenas⁴¹. Bajo una regla, si el primer cazador que ataca a una ballena con su arpón no puede mantener el control y la pierde, no tendrá ningún derecho sobre la ballena si eventualmente ésta es liquidada por otro; bajo otra regla, el primer cazador tendría de-

³³ Ibid. pp. 226-227.

³⁴ EWALD, William. “Comparative Jurisprudence: What was is the Like to Try a Rat?”. U. Pa. Law Review. No.143. pp. 1933-1935.

³⁵ HOLMES, Oliver. “The Common Law”. p. 207.1881.

³⁶ Ibid. p. 209.

³⁷ Ibid. pp. 167-168, 206.

³⁸ SAVIGNY, Frederich. “Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence”. p. 136.

³⁹ NIETZSCHE, Frederich. “On the Uses and Disadvantages of History for Life, in Untimely Meditations”. pp. 57-123, discutido en POSNER, Richard A. “Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship”. Chicago Law Review. No.67. 2000.

⁴⁰ HOLMES, Oliver. “The Common Law”. p. 213. 1881.

⁴¹ Ibid. p. 212.

recho a la mitad de la ballena; y en otra regla a la ballena en su totalidad debido a que la punta del arpón permanece dentro de ésta, aunque se rompiese la cuerda. Las últimas dos reglas son la excepción del principio del *common law*, el cual es similar al del derecho romano expuesto por Savigny, el cual establece que para obtener la posesión de un animal salvaje uno debe haberlo capturado efectivamente.

Aunque, Holmes deja en claro que él piensa que el derecho debe ser moldeado para servir a las necesidades prácticas del presente, sin embargo, no toma el siguiente paso, el cual es evaluar reglas particulares y decisiones bajo este criterio. Al igual que Savigny, Holmes se centra en la lógica interna del derecho de posesión y no en su adecuación con las necesidades sociales. La única explicación para su avance crucial de rechazo al *animus domini* como un requisito y sólo requerir el intento de excluir, se basa en que las obligaciones legales preceden a los derechos legales. El derecho de posesión crea una obligación de no interferir con el uso exclusivo que le da al objeto el poseedor, esta obligación da realce a un derecho de prevenir u obtener una reparación por dicha interferencia; por ello la única intención que debe tener el poseedor es la de rechazar esta interferencia⁴². Pero "por ello" no continúa. No hay nada ilógico en otorgar remedios posesorios a quienes intentan mantener la posesión contra todo el mundo, sea o no consistente con el derecho anglo-americano.

Lo que le hacía falta a Holmes era una teoría social que tomara el lugar de la teoría legal interna que él denigró de los teóricos germanos. Ahora tenemos esa teoría, se llama economía. Puede que no sea una teoría completamente social, inclusive con respecto a la posesión; pero ella nos llevará más lejos de lo que pudo Holmes, y ello nos proveerá de una nueva perspectiva con la cual podemos examinar el legado de Savigny.

III

A

Es altamente deseable desde un punto de vista económico que los recursos valiosos se conviertan en objeto de derechos de uso exclusivo, control y de beneficio para alguien. Sin un derecho como este, los incentivos para invertir en producción de bienes valorables no sería óptima –por ejemplo, el dueño de una granja no tendría asegurada la cosecha de lo que ha sembrado⁴³. Algunos recursos, por otra parte, serían utilizados indiscriminadamente –por ejemplo, un pastizal que

se encuentre bajo régimen de copropiedad: ninguno de los dueños del ganado que pasta considera el costo que su uso impone en el de los otros, mediante la reducción de comida. En pocas palabras, la eficiencia requiere de derechos de propiedad⁴⁴.

Uno puede imaginar dos sistemas diferentes de derechos de propiedad: uno basado solamente de acuerdo a un sistema de títulos físicos, y otro basado en la posesión. Cada uno, sin embargo, involucrará serias ineficiencias. Un sistema universal de títulos físicos, asume que todo es propiedad de alguien en este momento⁴⁵, y permite la transferencia sólo mediante las formalidades establecidas (por ejemplo, la entrega de una escritura pública). Es inútil para enfrentar casos de adquisición de propiedad que no tiene dueño, porque fue abandonada o porque nunca lo tuvo. Asimismo, no define el estado de los no-propietarios que, sin embargo, detentan un uso exclusivo de la propiedad, como los tenedores, y también es inútil para enfrentar los errores inevitables que presenta un sistema de derechos en títulos físicos. En el otro sistema, en el cual el uso exclusivo del derecho de propiedad depende del control físico de la propiedad, involucra gran inversión para mantener un control efectivo. Tampoco hace una previsión de los derechos en un futuro, distintos del presente. Un ejemplo, es el sistema de asignación de derechos de agua, que se ha venido implementando en los estados del oeste de los Estados Unidos, bajo el cual uno adquiere un derecho al agua por poseerla –esto es- usar el agua (en irrigación, por ejemplo). Este sistema alienta el derroche mediante el uso en el presente, como un método de presentar un reclamo por el futuro uso del agua. El uso en el futuro puede ser lo suficientemente valorable como para hacer del presente un expendio derrochador que vale la pena desde el punto de vista del poseedor, aunque un sistema de derechos en títulos para el uso en el futuro sería más eficiente desde un punto de vista global de la sociedad.

Esta discusión sugiere que un sistema legal eficiente de derechos de propiedad es probablemente un sistema mixto, uno que combine derechos representados en títulos físicos con derechos posesorios. La labor del análisis económico se convierte en identificar la combinación eficiente y compararla con la combinación que podemos encontrar en el actual sistema legal.

B

Podemos comenzar con la pregunta: ¿es que la propiedad sin dueño alguno, debe ser obtenida sólo por posesión, o también por cesión u otro método no posesorio?

⁴² Ibid. pp. 219-220.

⁴³ No es una visión moderna, era conocido por Hobbes, Blackstone y muchos otros.

⁴⁴ POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". pp. 36-37. 5ta Edición. 1998. EPSTEIN, Richard A. "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law". p. 62. 1998. LUECK, Dean. "First Possession". p. 132.

⁴⁵ Una excepción –la adquisición por garantía- es discutida líneas abajo.

La respuesta general es, sólo por posesión. Esto se puede ver de forma más clara con la ayuda de un ejemplo. Para simplificar el análisis, supongamos que un nuevo y deshabitado continente ha sido descubierto. ¿Sería eficiente otorgarle al descubridor la posesión del íntegro del continente sin haber tomado efectiva posesión de él, en el sentido de ocupar todo o por lo menos la mayoría de éste? Probablemente no. Una recompensa tan grande como ésta daría inicio a una excesiva inversión en la exploración. Y el explorador que encuentre el continente un día antes que el resto de exploradores obtendría la totalidad del valor de este. La perspectiva de obtener este valor es tan excesiva y superior al valor de su actual contribución para su creación que induciría a éste y a sus rivales, a invertir más que el valor social de la inversión en cuestión⁴⁶. Un caso más extremo, uno que era más común en los inicios del período de exploración europeo en otros continentes, era el esfuerzo de los monarcas (incluyendo el Papa) en crear derechos de propiedad por cesión en tierras no descubiertas.

La alternativa eficiente de basar la propiedad en donde previamente no existía, por descubrimiento o por cesión, se basa en la posesión en el sentido de ocupación física de alguna manera definida⁴⁷. Esta aproximación presenta dos avances. Primero, reduce la ganancia neta por ser el primero, por lo que alivia el problema de inversión excesiva al forzar al supuesto propietario a incurrir en costos de ocupación. Segundo, tiende a asignar recursos a aquellas personas que pueden aprovecharlos de la manera más provechosa, estas son las personas que se encuentran más dispuestas a incurrir en los costos que implica la posesión. Por tanto, la imposición de los costos de posesión al supuesto propietario no sólo reduce la cantidad de recursos destinados a convertirse en un propietario, por la reducción de la recompensa de la propiedad (el primer punto); también actúa como una pantalla para excluir a los aspirantes que no van a obtener valor de la propiedad. Al hacer esto se reducen los costos de transacción de un sistema de títulos puros. Si el descubridor obtuviese el título de la totalidad del continente sólo por declaración o por presentación de documentos, vendería la mayoría o la totalidad de la tierra, debido a que él no sería, sin lugar a dudas, el más eficiente promotor del desarrollo de toda ésta. Es más

eficiente darle la propiedad a la gente que efectivamente va a poseer la tierra.

En pocas palabras, condicionar la propiedad a la posesión puede, en el caso de la propiedad recién encontrada, reducir los costos de transacción y la derrochadora competencia. Es un crudo y costoso método de optimización, pero en una variedad de circunstancias históricas puede ser la mejor de las opciones disponibles. Considerando el caso de las ballenas, mencionado por Holmes, si el derecho a la ballena fuese del primer cazador que la hiere con su arpón, aunque el arpón se saliera rápidamente de la ballena (o se rompa la cuerda) sin llegar a detener a la ballena, podemos encontrar el océano cubierto de novatos buenos en lanzar o cazar con arpones, pero bastante malos a la hora de matar ballenas. Este es el ejemplo de un derroche social como consecuencia de una carrera por ser el descubridor de una propiedad valorable. Pero si el derecho otorgase la propiedad a quien mata la ballena, se podría desanimar la cooperación, la cual es esencial para la caza eficiente de ballenas, y no lo es para la mayoría de casos de caza, donde la propiedad se obtiene si la posesión prevalece.

La segunda regla discutida por Holmes, la de "la mitad de la ballena", puede entenderse como una respuesta al problema del desaliento de la cooperación. Aunque se encuentra a un paso de un sistema puro de derechos posesorios en la dirección de un sistema de reclamaciones⁴⁸, es lejano de un sistema en el cual los derechos exclusivos a las ballenas (o a un continente recién descubierto, el caso de una ballena recién dividida es análogo económicamente) son creados mediante la cesión de derechos a la primera persona que descubre el valor comercial de la caza de ballenas. Esto ilustra el punto en el cual un régimen óptimo de derechos de propiedad está dispuesto a combinar derechos posesorios y no posesorios.

C

El tema de los derechos posesorios es adicionalmente ilustrado por Holmes, en el caso de la caja fuerte con los billetes escondidos en ella. Bajo el *common law* angloamericano, el agente que tiene la caja para su dueño no adquiere la posesión de los billetes; en el derecho romano, de acuerdo a Savigny, sí la adquiere.

⁴⁶ LUECK, Dean. "First Possession". p. 134. Supongamos que el precio (el derecho exclusivo a explotar un continente recién descubierto) vale \$ X, y sólo existiese un potencial descubridor, el gastaría \$.1 X para descubrirlo y esto le tomaría T años. Pero existen 10 potenciales descubridores, y si tienen las mismas posibilidades de encontrarlo, cada uno (asumiendo que no tienen aversión al riesgo) gastaría \$.1 X en la carrera para ser primero. El valor agregado sería diez veces mayor de lo que un simple descubridor hubiese gastado. Supongamos que como resultado de la carrera, el continente es descubierto un año antes; dándole valor al tiempo, esto incrementará el valor del descubrimiento, digamos a \$ 1.1 X, pero el incremento (\$.1X) se quedará corto comparado con el costo incrementado (\$.9X). La carrera sería una pérdida desde el punto de vista social. Lueck menciona que no habría carrera si es que uno de los competidores tiene costos mucho menores que el resto, y eso generaría una apariencia desde un inicio si hay un concurso (y los participantes tienen igual acceso al capital de mercado para financiar los costos del concurso) dicho competidor ganaría.

⁴⁷ LANDES, William y Richard A. POSNER. "Trademark Law: An Economic Perspective". J.L. & ECON. No.30. pp. 265, 281-282. 1987. Los principios económicos de la posesión tiene muchas aplicaciones en la propiedad intelectual, pero no debo discutir ese tema en este ensayo.

⁴⁸ ELLICKSON, Robert C. "Order without Law: How neighbors Settle Disputes". pp. 196-206. 1991. Una discusión muy rica desde el punto de vista económico de las normas para cazar ballenas del siglo diecinueve.

Desde el punto de vista económico, el hacer volver a la luz la propiedad perdida es un servicio valorable y debe ser alentado. Pero como en el caso del descubrimiento de nuevos continentes, otorgarle al descubridor el valor entero de la propiedad perdida puede llevar tranquilamente a una sobre-inversión en la exploración. Otro problema, que no tiene homólogo en el caso de descubrimientos de continentes, es que otorgarle el valor total del descubrimiento puede llevar a que los propietarios sobre-inviertan en salvaguardar su propiedad. Parece que lo que se necesita no es un cambio de propiedad hacia el que lo encuentra, sino una recompensa; una indemnización⁴⁹. Una solución inferior hubiese sido dividir la propiedad entre el antiguo dueño y el que la encuentra. Asumiendo que la división reducirá el valor total de la propiedad (no hay problema con los billetes, por cierto) las partes incurrirán en costos en negociar una transferencia de la parte de una a la otra o de las partes de ambas hacia un tercero.

En el caso de la caja fuerte, hemos asumido que el dueño era a su vez propietario de los billetes. Pero supongamos que no lo sea. Consideremos un ejemplo: alguien deja su billetera, con dinero dentro de ésta en la caja del supermercado. Un cliente toma esta billetera. El propietario nunca reclama por ella, ¿debería el cliente tener el derecho o título para retener la posesión de la billetera y del dinero, o el supermercado (el "locus in quo", como dicen los casos)? El argumento para el cliente sería que como fue él quien la encontró merece una recompensa; en cambio el supermercado no hizo nada. Pero sabiendo que si el dueño no reclama el supermercado se podrá quedar con la billetera, si el cliente se retira con ella, será más difícil que se la devuelva a su propietario, que si hubiese sido encontrada por algún empleado del supermercado. Para cuando el dueño descubra la pérdida, revisará los lugares en los cuales ha estado en ese día, y esta búsqueda lo dirigirá claramente hacia el supermercado.

Es sobre esta base, que no le debe nada al análisis del concepto legal de posesión, que el derecho americano tradicionalmente ha distinguido entre pérdida y extravío; "pérdida" significa que el propietario no se ha dado cuenta que la propiedad ha desaparecido. Sin reconocer que ésta falta, es poco probable que la busque, y por ello el derecho adjudica la posesión legal de la propiedad perdida a quien la encuentra, no como en el caso del extravío, que se le otorga al propietario del

lugar donde se encontró. La distinción es frágil y muchas veces ha sido criticada⁵⁰. Porqué al que encuentra un bien extraviado no se le otorga la posesión bajo la condición que este deje su nombre y dirección al supermercado permitiendo que el dueño del carro pueda seguirle el rastro. Pero el punto que deseamos señalar es simplemente que el concepto de posesión no dirige el análisis cuando una visión económica del tema ha sido tomada. En cambio, la elección para determinar a quién le corresponde la posesión se determina al preguntar en qué distribución de derechos posesorios tendrá mayor eficiencia.

No hemos culminado con el ejemplo del supermercado. Existe otra objeción en permitir que el cliente-descubridor se quede con la propiedad perdida o extraviada que no ha sido reclamada. Su recompensa puede ser excesiva en el sentido que es mucho mayor con relación a lo que le ha costado, y hemos visto que las recompensas excesivas por encontrar cosas tienden a atraer recursos excesivos hacia las actividades que generaron estas recompensas. La verdad es que sólo de manera *ex post* el cliente obtiene la recompensa, esto es, solamente si el propietario no reclama su propiedad; esto significa que la expectativa de recompensa del cliente que encuentra la billetera puede ser bastante pequeña, debido a que la mayoría de personas que pierden propiedades valiosas realizan un esfuerzo en recobrarlas. Pero como un empleado del supermercado seguramente encontraría la billetera poco después que un cliente, el valor de encontrarla para el cliente debe ser insignificante y de hecho negativo, en vista que el dueño tendrá mayor dificultad en reclamar la billetera al cliente que al supermercado aunque el cliente haya dejado su nombre y su dirección en el supermercado.

Supongamos que la regla es, que el supermercado tiene la posesión legalmente, pero el cliente no lo sabe o no le interesa hacerle caso a la ley, y se va con la billetera –y luego él se la olvida en el siguiente supermercado al cual ingresa. Esta vez, un empleado de este segundo supermercado la encuentra, y el cliente regresa y la reclama. ¿Puede este, ilegítimo poseedor, prevalecer por sobre quien ha encontrado esta billetera, que es el supermercado?⁵¹ Presumiblemente no. Privarlo de la posesión es la única sanción que se le puede aplicar por su actitud, y la posibilidad de implementar esta privación puede ser la única vía para disuadirlos.

⁴⁹ HOLMES, Oliver "The Common Law". pp. 223. 1881. *Nadalin v. Automobile Recovery Bureau* 169 F. 3d 1084 (7th Circuit) (1999). Y los casos citados; LANDES, William y Richard A. POSNER. "Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers: An Economic study of Law and Altruism". *J. Legal Studies* No. 7. p. 83. 1978. LEVMORE, Saul. "Explaining Restitution". *Va. Law Review*. No. 71. p. 65. 1985. Homes también menciona un caso similar al de la caja fuerte, donde "un palo de madera llega a la tierra de un hombre (sin que este lo sepa). Él adquiere un poder de posesión contra el que lo descubre y lo planea remover". La solución óptima sería otorgarle al descubridor una recompensa, y otorgarle al dueño de la tierra la propiedad –asumiendo que el palo de madera no tenía dueño cuando llegó a la tierra de éste.

⁵⁰ HELMHOLZ. "Equitative Divisions and the Law of the Finder". *Fordham Law Review* No. 52. pp. 313, 316-321. 1983.

⁵¹ DUKENMINIER, Jesse y James KRIER. "Property". pp. 100-103. 1998.

D

El caso de la caja fuerte sale a la luz en el tema del control físico sobre los bienes, sea que este control es completo o atenuado como ha sido especificado por Savigny (solamente el poder de producir este control), para determinar qué forma debe ser requerida para mantener y adquirir la posesión. La respuesta dada por los economistas, en general, es que no es necesario. Un requisito como este llevaría a gastos innecesarios y desalentaría la especialización. Imaginemos que un tenedor sea considerado dueño del local arrendado debido a que el dueño, en virtud del arrendamiento, pierde el control físico sobre éste (esto significa que el propietario no puede irrumpir en el local durante el plazo de ejecución del contrato). Savigny acerca de este problema niega que el tenedor tenga posesión en algún momento. Y esto nos lleva al difícil y costoso resultado en el cual el tenedor tendrá que proteger sus intereses posesorios mediante la ayuda del dueño, aunque aquél sea indiferente a los problemas posesorios del tenedor. Al dueño puede no interesarle, por ejemplo, que el tenedor sea despojado, de manera incorrecta, por un acreedor que promete continuar con el pago de la renta. El tenedor tendría que demandar al dueño por el costo de ser desalojado, y presumiblemente el dueño demandaría al acreedor por ser éste el responsable —todo un círculo vicioso que se genera por un despojo incorrecto.

Sería más sensible si tomamos el pensamiento del sistema de Savigny, el cual reconoce la posesión conjunta del dueño y del tenedor y el dividirse el derecho a tomar acciones legales para proteger sus intereses posesorios entre ellos, de acuerdo a ventajas comparativas en situaciones particulares. Hemos mencionado el caso en el que el tenedor no ha tomado posesión todavía. A esto se le pueden sumar casos en los que la pérdida de la posesión a manos de un intruso se da al final de la ejecución del contrato, con lo que podría darse el caso que el tenedor no tenga mayor incentivo para demandarlo; casos en los cuales el daño es mayor para el dueño que para el tenedor (por ejemplo, si el tenedor es despojado por un drogadicto que asusta a los otros tenedores); y casos en los cuales el tenedor prefiere no gastar recursos en litigar contra el infractor.

Savigny reconoce el problema que significa requerir el uso, para poder mantener los derechos posesorios, y debiendo requerir mediante aviso al propietario, como un requisito para desposeerlo. Supongamos que existe un pedazo de tierra que carece de dueño, no ha sido reclamada, está desocupada y no existe título alguno sobre ella. El primer poseedor es por ende el propietario. Pero supongamos que él no se encuentra en la propiedad de forma continua. Si alguien nuevo ocu-

pa esta tierra, ¿es el poseedor? La respuesta de Savigny es que no —esta es la respuesta correcta—, una respuesta contraria implicaría gastos innecesarios de los dueños en cercar y cuidar la tierra. Esta bien que se obtenga la propiedad mediante la posesión cuando la propiedad no es de nadie, nadie la reclama y no hay título alguno sobre ella, pero una vez que es adquirida mediante esta forma, debe ser suficiente para mantenerla y poder registrar el título para alejar a cualquier entrometido. Este es un método más barato de dar publicidad, que elaborar señales y cercar la propiedad, dejando de lado los mecanismos que se utilizan en el presente, como método requerido para obtener el título de la *terra incognita*. Este es otro ejemplo del porqué un sistema de derechos posesorios puro es antieconómico.

Pero los registros no son infalibles; y tampoco registran los abandonos. Si un nuevo ocupante de la tierra que formalmente era de otro dueño deja en claro al antiguo dueño que está reclamando por la tierra y este antiguo dueño no dice nada al respecto por años, la ley transfiere la propiedad de la tierra al nuevo ocupante, quien ha adquirido la propiedad por “prescripción adquisitiva”. El requisito de la prescripción es esencial. De otro modo, el tenedor que arrienda por un período similar al de la prescripción, habría adquirido la propiedad por medio de ésta (esto es, por el paso del tiempo).

La posesión del tenedor no es como la del propietario, a diferencia de la del poseedor ilegítimo. La gran diferencia está en la intención del poseedor, la cual puede ser deducida de los indicios objetivos de un arrendamiento, el comportamiento del dueño (como si fuese el dueño), y el comportamiento del poseedor (por ejemplo, si realiza mejoras permanentes en la propiedad, que implican que se piensa a sí mismo como dueño). Savigny tenía razón, al final resulta relacionar derechos posesorios con las intenciones de propietario, pero no se encuentra en lo correcto cuando supone que estas intenciones deben ser requeridas siempre para que se reconozca un derecho posesorio.

La racionalidad económica de la prescripción adquisitiva, concebida como un método de transferir la propiedad sin beneficio y sin negociación o transacción con papel, se puede considerar claro al preguntar cuándo es que se debe considerar como abandonada la propiedad, es decir, que retorna al grupo de bienes que no son propiedad de nadie y que se encuentran disponibles para la toma de cualquiera. La respuesta de los economistas es que esto debe ocurrir cuando va a promover un mejor uso de los recursos. No es recomendable que los bienes se mantengan dentro de este grupo de bienes sin propietario, por lo ya expuesto al principio de la discusión de la economía de la posesión.

El caso más claro de abandono es cuando el poseedor deliberadamente "deja" la propiedad, es decir, voluntariamente, regresándola al grupo de bienes sin propietario. Este acto implica que la propiedad no tiene valor alguno en sus manos, considerándola como abandonada y, por lo tanto, disponible para una reapropiación por algún otro. El derecho alienta la reubicación de la propiedad a un uso mejor valorado. Del mismo modo, el propietario que no reacciona frente a la prescripción adquisitiva de su propiedad por años, está indicando que él no valora la propiedad, lo cual implica un significado económico práctico para abandonarla. Un caso un poco menos claro de abandono, que ya hemos discutido, es cuando el propietario pierde la propiedad y no la reclama, o deja de reclamar; pero ello es poco probable en el caso de tierras.

¿Por qué no requerir al poseedor ilegítimo que negocie la transferencia de propiedad con el propietario? La respuesta es obvia, cuando el propietario abandona la propiedad, su actitud indica que valora la propiedad en cero dólares o quizá menos, por lo que cualquiera que se toma el trabajo de tomarla, la valora más. En un caso como éste, la negociación no es requerida para demostrar la apropiación de la propiedad por quien la encontró. Esto en realidad es una maximización del valor, por lo que la negociación sería un costo social perdido. Pero la prescripción adquisitiva es casi siempre de tierras, y la tierra como hemos mencionado, es rara vez abandonada, perdida o extraviada. Cuando los costos de transacción son bajos, las transacciones en el mercado son un método más eficiente de mover la propiedad hacia los usos sociales más valorados que las transacciones coercionadas. Pero los costos de transacción pueden ser altos incluso cuando hablamos de transferencias de tierras. Puede suceder que el propietario puede ser desconocido o que los límites a su derecho de propiedad sean desconocidos y el que va a adquirir la propiedad por prescripción no sabe cuándo sobrepasa los límites de ésta y el propietario no sabe que esta siendo usurpado. Para cuando el propietario se da cuenta y trata de imponer sus derechos, la evidencia puede haber desaparecido y el poseedor puede confiar en que es el nuevo propietario, creando una situación monopólica bilateral. El poseedor pensando en su propiedad, puede creer que ha realizado una inversión que puede no tener valor alguno si es que llega a perder la propiedad a manos del propietario anterior, asimismo, para el dueño esta propiedad puede no tener valor alguno, como ya he-

mos visto, cuando se "durmió" en sus derechos. Cuando existe una gran diferencia en el valor que le dan a una propiedad los que compiten por ella, los costos de transacción aumentan de acuerdo al nivel de competencia⁵². La prescripción adquisitiva es un método para corregir títulos en papel y ajustarlos a los costos de transacción del mercado⁵³; esto mejora y no desafía el sistema de derechos de propiedad.

Savigny hace una interesante atinencia, la intención de abandonar la propiedad puede muchas veces confundirse con un uso negligente de ésta⁵⁴. Sería más simple decir que el ser un poseedor negligente implica, por su conducta, que la propiedad no tiene mucho valor para él y crea la impresión entre los potenciales descubridores que la propiedad ha sido abandonada y sería, por lo tanto, un juego justo. Considerar que la propiedad ha sido abandonada en estas circunstancias, se convierte en un método de reducción de costos de transacción e incrementa las circunstancias por las cuales la propiedad puede ser transferida a un uso más valioso.

Para la economía la prescripción adquisitiva debe presentarse sólo en caso que el poseedor esté actuando de buena fe- esto es, que crea que efectivamente la propiedad es suya. De otra manera la doctrina alentaría transferencias de propiedad coercitivas de bajos costos de transacción. En casos en los cuales no sea fácil identificar al verdadero dueño, o que parezca que ha abandonado la propiedad, la doctrina realiza una función tradicional del derecho concebido de manera económica imitando al mercado en casos en los cuales los altos costos de transacción previenen al mercado de realizar inversiones eficientes o, como en el caso del abandono, se convierten en una pérdida total.

Debemos encontrarnos en la posibilidad de ver la cercana relación (así como una interdependencia) existente entre la posesión y los títulos en papel, como métodos de establecer derechos de propiedad, y también la prioridad histórica de aquél. La posesión, inscrita en un título en un registro público, es abierta y notoria, como dicen los casos de prescripción adquisitiva, es la forma de notificar al mundo la existencia de éste reclamo⁵⁵. Es probable que esta haya sido la única forma viable en los inicios de la sociedad. La cerca es previa al título, como un método de anunciar un derecho de propiedad. Una vez entendido cómo indicar con la notificación, la pregunta sobre si se requiere un ejercicio físico sobre el bien para obtener o mante-

⁵² Supongamos que la tierra tiene un valor de un millón de dólares para el poseedor de mala fe (puede que se encuentre al tanto de los depósitos minerales que contiene) y sólo diez mil dólares para el propietario original. Por lo tanto cualquier precio entre los diez mil y el millón de dólares será considerado como una buena oferta por ambas partes. Pero cada uno de ellos estará ansioso de aumentar la diferencia para ganar lo máximo posible, y esto podrá hacer más difícil que se pongan de acuerdo sin un costoso y largo regateo.

⁵³ MERILL, Thomas W. "Property Rules, Liability Rules and Adverse Possession". N.W. Law Review. No.79. p. 1122. 1984.

⁵⁴ SAVIGNY, Frederich. "Treatise on Possession; or the Jus Possessionis of Civil Law". pp. 270-271.

⁵⁵ ROSE, Carol M. "Posesión as the Origin of Property". Chicago Law Review. No.52. p. 73. 1985.

ner un derecho posesorio, puede que se vea como una combinación entre los costos de actos físicos particulares que comunican un reclamo y los beneficios de una comunicación clara. Mientras más elaborados sean los actos requeridos, menos errores tendrá la comunicación, y esto es bueno debido a que una definición clara y pública de propiedad reduce los costos de transacción y tiende a optimizar la inversión; pero a su vez es más cara la forma de anunciar. Los costos de los más elaborados actos de notificar o hacer pública la posesión –actos de completa, continua y visible ocupación– a menudo superan los beneficios. Es por ello que un grado menos de posesión activa será suficiente para mantener la posesión en relación con la necesaria para adquirirla.

Consideremos el viejo caso de *Halsem v. Lockwood*⁵⁶. El demandante amontonó abono que se encontraba en la calle, y planeaba recoger lo amontonado al día siguiente, y estuvo lo más temprano posible para poder transportarlo; pero antes de que pudiese llevarse-lo, el demandado vino y lo arrastró en su carreta. El demandante exigió el regreso del abono y ganó. Este es el resultado correcto desde el punto de vista económico. Los dueños originales del abono, que eran los dueños de los caballos que dejaron caer este abono, lo abandonaron y fue el demandante quien lo encontró. Tomó posesión de éste cuando lo recogió y lo amontonó, estos montículos le indicaban a terceros – como al demandado– de manera adecuada, que este abono no había sido abandonado. El haberle requerido al demandante que para proteger su derecho de propiedad debía ir más allá que amontonar el abono – cercarlo, vigilarlo continuamente o conseguir una carreta que permitiese llevarse-lo una vez que ha sido amontonado– hubiese incrementado los costos de transacción de manera tal que el abono sin valor alguno para el propietario original se hubiese convertido en materia valorada, sin generar beneficios que compensen lo hecho por el demandante.

E

Cuando la propiedad ha sido robada, no se considera robada, por lo que aquel que le compra al ladrón, aunque no tenga ni la más mínima idea de la forma en que éste obtuvo la posesión, no tendrá ningún derecho frente al propietario original. Esta regla puede ser defendida como una que reduce el beneficio, y por tanto, es probable que incida en el robo; pero hay más en este análisis económico, cuando se mencionan temas recurrentes como el derecho de propiedad del arte robada⁵⁷. Muchas obras de arte han sido robadas hace más de medio siglo, durante la Segunda Guerra Mun-

dial. Se puede argumentar que si el propietario original no ha hecho nada por recobrar estas obras en todo este tiempo, su título debe perderse, para evitar que el actual propietario, por miedo a alertar al adormilado predecesor, pueda mostrarse reacio a exhibir el arte. Si esta fuese la regla, los dueños originales tendrían un incentivo en tomar precauciones adicionales para prevenir el robo de su arte. Pero crear este incentivo no es tan beneficioso como suena. El costo de estas precauciones, las cuales pueden incluir la negativa a exponer el arte de manera general, debe balancearse con el costo adicional que implican los esfuerzos del comprador por el descubrimiento del arte, al igual que los costos que implica una búsqueda encargada por el propietario original para recuperar su obra de arte robada, si es que tiene la posibilidad de recuperarla inclusive ante el que le compró al ladrón actuando de buena fe. Si los costos de ocultar del comprador y los de búsqueda del propietario, en un sistema en el cual el propietario original prevalece, no exceden en gran magnitud de los costos que le implican proteger el arte al propietario en un sistema en el cual, el comprador de buena fe prevalece, la indeseabilidad de convertir bienes robados en bienes que se transfieren en el mercado, pueden inclinar la balanza en contra de la posibilidad que el comprador adquiera un título.

El problema es general, y regresa al problema de la ballena y al de la billetera. Si hacemos que los descubridores obtengan título de manera muy fácil por posesión sobre bienes perdidos o bienes olvidados, nosotros motivamos a los dueños a tomar precauciones adicionales, para prevenir que sus bienes se pierdan o se olviden. Estas precauciones incitan o involucran costos reales. Necesitamos reglas que economicen estos costos. Puede que en los casos de pérdida de bienes valiosos o de obras de arte, la óptima solución (la regla de la media ballena) es regresarle el bien al propietario, otorgándole al descubridor una recompensa que incentive el buscar y devolver estas obras de arte, pero sin que sea tan grande que convierta a los propietarios en seres demasiado cautos sobre la pérdida de su propiedad.

Holmes pensó que esto era anormal. Recordemos, que un empleado no debe ser considerado propietario de un bien que le ha entregado su empleador. Pero la regla tiene un sentido económico. La entrega (como la que ocurre con el plato donde se sirve la cena en el restaurante) se encuentra bastante limitada, salvo por un pequeño margen de discreción que se ha dejado a criterio del “guardián”. Por lo tanto, si los términos bajo los cuales se realizó la entrega son violados, ello

⁵⁶ Connecticut No.37. p. 500. 1871.

⁵⁷ LANDES, William y Richard POSNER. “The Economics of Legal Disputes Over the Ownership of Works of Art and Other Collectibles, in *Economics of the Arts: Selected Essays*”. p. 177. 1996.

debe motivar un castigo. No existe en términos económicos diferencia alguna entre el cliente que se roba el plato en el cual le sirvieron la comida con el que sin ser cliente entra y se lo roba, o entre quien se lleva el carro del empleador lleno de dinero, gracias a su posición de empleado con un extraño que lo forzó a realizar esto.

Savigny se encuentra en lo correcto cuando se preocupa de la co-posesión, pero no porque ésta sea incoherente con la definición de posesión. Los costos de transacción se elevan cuando el derecho en lugar de otorgarle la posibilidad a una persona de usar la propiedad, decide dársela a dos o tres que deben ponerse de acuerdo entre ellos para decidir como usar la propiedad. El *common law* enfrenta este problema, permitiendo que cualquiera de los co-poseedores pida la partición de la propiedad, con lo cual cada uno se vuelve en un único controlador de una parte. Obviamente la partición no esta permitida en el caso que destruya el bien, como en el caso de Savigny sobre la posesión separada del brazo y la cabeza de una estatua. En casos como estos, la eficiencia requiere de una presunción en la cual la posesión es por la totalidad.

No deseamos redactar un tratado sobre la posesión, por ello vamos a dejar aquí la discusión económica sobre el derecho de posesión. Hemos tratado de mostrar como Holmes se encontraba en lo correcto, o por lo menos en el contexto moderno, cuando cuestiona al derecho de posesión para que se justifique en términos de necesidad social, pero no pudo hacer mucho con esta importante idea, debido a la falta del necesario requisito social, el cual ha sido suplido por la economía.

IV

Hemos descrito los tres pensamientos o teorías legales acerca de la posesión, de los últimos dos siglos, la primera se encuentra representada en la teoría de Savigny, la segunda por la teoría de Holmes y la tercera por la teoría económica. De lo expuesto, puede parecer que a Savigny se le fue el barco, que se encontraba claramente en error, por no haber utilizado un uso funcional que sí fue implementado por Holmes, o el enfoque económico que ha tomado. Esta no es la intención del presente artículo. Es un error pensar que cualquier uso o enfoque moderno, siempre estuvo disponible, simplemente que no fue descubierto o aplicado en ese momento, pensar esto es calificar de estúpidos a los ancestros si los comparamos con nosotros. Épocas diferentes tienen necesidades diferentes. Rondamos con el anacronismo cuando criticamos a nuestros antepasados por no mirar el mundo de la manera en la cual lo vemos nosotros. Savigny sí estaba atento a las nece-

sidades del día a día, para construir el sistema legal, y las necesidades de su tiempo requerían de reglas claras y uniformes. Alemania en 1803, se encontraba dividida en cientos de estados y sus instituciones legales eran muy débiles como para brindar claridad y uniformidad para el derecho⁵⁸. Especialmente en el oeste de Alemania (donde se encuentra Marburg, que era la localidad donde Savigny compuso su tratado sobre posesión), la revolución francesa desorientó aun más, el pensamiento legal alemán. Ahora sabemos gracias a las críticas de la codificación que hizo Savigny, que él pensaba que la cultura legal alemana no se encontraba preparada para llevar a cabo este proyecto, que implicaba arrancar desde el inicio con una clara y concisa codificación de funciones legales derivadas de principios y reglas. La alternativa era utilizar recursos intelectuales, extraer del derecho romano –un cuerpo legal bastante sofisticado– un juego de principios legales claros que se conviertan en el *common law* alemán.

Se ha mencionado que en ciertos temas particulares del derecho, es más importante que la norma exista a que ésta sea la correcta. Esta es una afirmación del argumento que establece que las reglas son distintas de los estándares. Las reglas abstraen algunos hechos relevantes de la mixtura de las circunstancias de los casos actuales y seleccionan estos hechos para determinaciones legales. Como consecuencia, se presenta una imperfección a la hora de encajar reglas y circunstancias, que traen como resultado consecuencias que son erróneas desde el punto de vista del principio fundamental que soporta la regla. Este es un costo, que, sin embargo, debe contraponerse con el beneficio que implica la reducción de la incertidumbre y los costos de litigar. La incertidumbre es costosa en sí misma y además da pie a la corrupción, ya sea política o financiera, haciendo dificultoso para los extraños, determinar si es que una decisión judicial está de acuerdo a la normativa. Es especialmente urgente en algunas etapas del desarrollo legal de una sociedad el tener reglas claras, la aproximación dada por Savigny al derecho de posesión debe ser la mejor aproximación y es la que se debe tomar –desde un punto de vista económico, de acuerdo a lo expuesto sobre costos y beneficios de las reglas contra los estándares.

Savigny brinda una definición bastante clara de la posesión, y la usa para deducir un grupo de reglas específicas. La extensión de la estructura es para muchos arbitraria, pero su claridad es un enorme *plus*. La creación de una estructura de este tipo debe haber sido más importante que tratar de derivar reglas o estándares de consideraciones de política social, no sólo porque el derecho germano, como lo encontró Savigny,

⁵⁸ WHITMAN, James Q. "The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change". p. 102. 1990.

requería una urgente sistematización⁵⁹, y también debido a la desunión alemana se desarrolló una necesidad política que sólo podía llenarse a través del derecho romano. Este derecho contenía una *lingua franca*, que debido a su lejanía étnica y temporal, lo convertía en políticamente neutral comparado con un sistema de derecho que se basa en las actuales necesidades sociales, necesidades que difieren entre los diversos estados alemanes y que inevitablemente se conjuga con lo político. En coherencia con la creencia de Max Weber que el derecho debe atenerse a la "racionalidad formal" para poder proveer el claro y definitivo sistema, políticamente neutral requerido para el progreso económico, el derecho romano puede haber jugado un rol en el ascenso de la sociedad económica europea⁶⁰ -un rol en el que Savigny lo colocó. La influencia individual y (como sugerimos) "antifeudal" del derecho romano dio un giro hacia eso, paradójicamente, es una medición importante de la modernización.

El reto que evadió Savigny, al igual que los demás pensadores legales, es poder diseñar un sistema legal, que logre desarrollar la racionalidad formal en dos sentidos diferentes; y cada uno de los cuales, sería tomado como inherente al siguiente concepto: un sistema coherente y con reglas claras. Claras en el sentido que Savigny sugiere, que es raro que se logre coherencia en sistemas amplios, esta coherencia se suele lograr solamente a niveles de abstracción muy altos como para generar reglas específicas⁶¹.

Savigny también fue perspicaz en reconocer la importancia de las universidades, como una fuerza para la unidad intelectual en plena desunión política alemana. Atrayendo a sus alumnos de toda Alemania y focalizándose en la investigación y en enseñar en las facultades de derecho un mismo cuerpo de principios legales, a saber el romano, las universidades se convirtieron en el sustituto para un sistema judicial uniforme.

Holmes enfrentó una situación diferente a la de Savigny. El sistema legal de la post-guerra civil americana era maduro, de pie firme, y meticulosamente profesionalizado. La nación estaba unida después del trauma de la guerra civil, sin embargo, permaneció como un sistema federal y los estados mantuvieron un buen nivel de autonomía en materia normativa, especialmente en lo referido a propiedad; existía una homogeneidad de acercamiento. El sistema legal americano (uno puede correctamente hablar de sistema americano a pesar del derecho de los diferentes estados) tiene la confianza pública y la flexibilidad, que son capaces de adaptarse a principios y necesidades sociales actuales, sin producir peligro de sacrificar la legitimidad o creando incertidumbre legal. En este marco el formalismo de Savigny como de sus seguidores se sintió más restrictivo que liberal.

Pero mientras Holmes estaba pensando en eliminar las trabas del pasado y haciendo que el derecho responda a necesidades sociales recurrentes, no se encontraba en capacidad de determinar estas necesidades. El *common law* tiende a considerar las necesidades como impenetrables, preferencias arbitrarias o inclusive instintos. Holmes, señala en un punto característicamente que "es suficiente... para el derecho, el hombre por un instinto, el cual comparte con el perro,...no permite que éste sea despojado, ya sea por la fuerza o mediante fraude, de lo que detenta, sin intentar recobrarlo"⁶². Esto nos indica porqué existen derechos posesorios, pero no su origen. (Recuerden como él simplemente, establece las tres reglas para obtener derechos posesorios en ballenas, sin haber indicado cual era mejor o como la economía puede establecer diferencias entre las reglas). Este entorno, tuvo que esperar un siglo más, cuando las herramientas de la economía obtuvieron el nivel de refinamiento requerido para enfrentar los derechos de posesión.

⁵⁹ WALKER, Mack. "Johann Jakob Moser and the Holy Roman Empire of the German Nation. pp. 130-135. 1981. La encrucijada en la encontró el derecho está tipificada en su trabajo de la influencia de Moser, jurista del siglo dieciocho.

⁶⁰ WHITMAN, James Q. "The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence". Yale Law Journal. No.105. p. 1841. 1996.

⁶¹ GREY, Thomas C. "The New Formalism". Manuscrito no publicado. Standford Law School, 6 de Setiembre de 1999.

⁶² HOLMES, Oliver. "The Common Law". p. 213. 1881.