

077473

EJ 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

T
346.043
V 422 p
1966
F. J. YCS.

LA POSESION

TESIS

Presentada por Francisco Vega Gómez hijo.



1966





D E D I C A T O R I A

A mis padres Doctor Francisco Vega Gómez y Sofía Pacas de Vega Gómez, con todo respeto y cariño.

A la señorita Magda Geraldine Fagioli, cariñosamente.

A mis amigos Rolando Calderón Ramos y Victoria Rebeca Giralte de Calderón, con mucho afecto.

- I N D I C E -

TITULO PRIMERO

GENERALIDADES.

Capítulo únicopág. 1

TITULO SEGUNDO

LA POSESION EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO.

Capítulo únicopág. 4

TITULO TERCERO.

BREVE ESTUDIO DE LA POSESION

EN EL DERECHO ROMANO.

Capítulo Primero. Generalidadespág. 9
Capítulo Segundo. Regulación en el Derecho Roma
nopág. 16
Capítulo Tercero. La Defensa de la Posesión en
el Derecho Romanopág. 30

TITULO CUARTO

LA POSESION EN NUESTRO DERECHO CIVIL.

Capítulo Primero. Generalidadespág. 40
Capítulo Segundo. Concepto, Elementos y Clases
de Posesiónpág. 42
Capítulo Tercero. Sujetos de la Posesión.....pág. 94
Capítulo Cuarto. Adquisición, Conservación y
Pérdida de la Posesiónpág. 106
Capítulo Quinto. La Defensa de la Posesiónpág. 124
Bibliografía.....pág. 145

TITULO I

CAPITULO UNICO

GENERALIDADES

De etimología muy discutida y oscura es la palabra latina posesión, (Possessio, possidere, possideo, possesum). Se ha tratado de desentrañar su origen de diferentes modos; "Hanla buscado unos descomponiendo la palabra en "positio-pedium" insistencia, o dando a "po" el carácter de un prefijo que vigoriza la palabra posterior "sedere", comunicándole un carácter de realización o permanencia, (sedium positio); pero significando siempre una relación de tacto material. Otros la han derivado del verbo "posse", poder, tener fuerza o facultad. No se si calificar como opinión intermedia la de Valla que la deriva de "potes sun sedere", tengo facultad de sentarme, pero en realidad cabe muy bien el primer grupo." Así comienza el estudio etimológico del vocablo posesión, el autor español (1) Ramón de Dalmau y Olivart en su obra "La Posesión".

Por regla general, los grandes juristas romanos dieron siempre a la palabra posesión un significado de relación o vínculo entre una persona y una cosa determinada.

Los Glosadores (2), aceptaron esta idea, y a través del tiempo llegó a España; el rey Alfonso el Sabio, en las Partidas adopta el criterio de los romanos y define la posesión así:

"POSESION TANTO QUIERE DECIR COMO PONIMIENTO DE PIES. SEGUN DIJERON LOS SAPIOS ANTICUOS ES TENENCIA DERECHA QUE ALCOME EN LAS COSAS CORPORALES CON AYUDA DEL CUERPO E DEL ENTENDIMIENTO."

Con la anterior idea como núcleo, ampliada y mejorada por las nuevas corrientes del derecho, la palabra posesión, ha llegado hasta nosotros con casi idéntico sig

(1) La Posesión, Ramón Dalmau y Olivart. Barcelona 1884.

(2) Dalmau y Olivart. ob. cit.

nificado. Esto lo demuestran la mayoría de los textos legales vigentes, que se han inspirado en el Derecho Romano y que conservan aún el estilo clásico; como un ejemplo, nuestro Código Civil.

(3) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, trae el siguiente concepto de la palabra posesión: "Posesión. (Del latín *possessio onis*). Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro; y por extensión se dice también de las cosas incorpóreas, las cuales en rigor no se poseen." Puede entenderse también como la cosa poseída.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

La importancia del estudio de la posesión, como institución jurídica que es, la podemos cifrar en lo siguiente: El derecho de Dominio o Propiedad, es uno de los más grandes, sino el mayor que el hombre pueda tener; en los primeros albores del hombre sobre la tierra, se procuró de sus instrumentos o bien fabricándolos, o bien arrebatándoselos a sus semejantes, y los conservó mediante la posesión de ellos y los perdía al perder aquella. En esas épocas, entre propiedad y posesión no existió diferencia alguna, se confundían; de haber existido entonces esas palabras, hubieran sido sinónimas.

Con la civilización y el advenimiento del derecho civil, propiedad y posesión fueron cosas diversas. La posesión en sí, un mero hecho, una relación de sujeto a objeto; la propiedad, un derecho, un vínculo jurídico entre una persona y una cosa que permitió e hizo posible que alguien pudiera ser dueño de una cosa y no tenerla materialmente, etc.

Todo estudio sobre la posesión, creo, después de hacer algunas consideraciones de orden general filosófico

(3) Diccionario de la Real Academia de la lengua, 1925.

acerca de ella, debe principiar en el Derecho Romano, el más grande monumento jurídico de la antigüedad y quizás de todos los tiempos.

TITULO II

CAPITULO UNICO

LA POSESION DENTRO DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Este es un tema que debe ser estudiado sin relación a ningún derecho positivo.

Cuál es el verdadero concepto de la posesión?;
Cuál es la voluntad que debe existir en el poseedor?

"Quizá no exista otro tema en que se hayan dividido más los jurisconsultos y en que puede aplicarse mejor el conocido adagio "tot capite quod sententioe". Cada uno ha dado su teoría, y si le favorece algún texto romano en él se apoya; si por el contrario, alguna razón filosófica, en ella se ampara y con la razón insólita de que su teoría satisface a la vez al derecho natural y al romano (como si ambos fueran continuamente inseparables) no hacen mas que inventarlo de un modo que no satisface a ninguno: delito casi común a todos. Bellísimas investigaciones de derecho romano son completamente inútiles para apoyar un postulado de razón práctica, y en cambio un grandioso edificio teórico para el concepto natural cae desplomado al dársele por fundamento un bárbaro texto del Digesto o la Instituta, y no los principios eternos e inmutables de derecho y justicia." Así plantea el problema el autor español Dalmau y Olivart. (1)

(2) Las teorías sobre esto son muchísimas, continúa diciendo Dalmau; desde ⁺Mendthal y Lenz que llaman a la posesión el único derecho posible en la cosa, hasta Mescheider y otros, que encuentran en la posesión una aberración del sistema jurídico romano, plena logomaquia, y no ha faltado quien a más de negarle todo carácter jurídi

(1) Dalmau y Olivart. La Posesión. Barcelona 1884

(2) Dalmau y Olivart. ob. cit.

co ha creído ver en las disposiciones legales que se refieren a ella una mera rama de la policía local, como puede ser un reglamento de entradas y salidas de carruajes en las vías públicas.

Ya específicamente, los jusfilósofos, dividen el tema así:

(3) 1.- Que clase de relación de la voluntad humana en las cosas requiere;

2.- Esfera en la que esta relación puede aplicarse; y,

3.- Cual es su valor y carácter jurídico.

La primera interrogante que surge, dicen, es: De que genero y en que consiste la relación de la voluntad con la cosa poseída?

A través de la historia se ha contestado de manera diferente asimilándola a determinado derecho positivo. Todos los Glosadores dan a la posesión como fundamento, afirma Dalmau (4), LA DETENTACION con el animus sibi habiendi; aún no era conocida la teoría del animus dominantis.

✓ Ramos del Manzano y Retes, dice el precitado autor (5), requirieron un animus dominantis, "reclamando para sí la gloria de haberlo inventado"; no es necesario explicaba Ramos, que el poseedor se crea dueño, es suficiente con que tenga la intención de usar la cosa como el dueño la usaría (affectio animi dominantis). Muchos autores aceptaron esto así, hasta que F. C. de Savigny lo presentó en forma de una teoría completa. Para Savigny (6), posesión es, además de poder disponer de una cosa la posibilidad de poder defender esa cosa de cualquier acción extraña; así el barquero posee su barca pero no el agua sobre

(3) Dalmau y Olivart, ob. cit.

(4) Dalmau y Olivart, ob. cit.

(5) Dalmau y Olivart, ob. cit.

(6) Según Dalmau y Olivart, ob. cit.

la cual navega aunque se sirva de ambas para llegar a sus fines. La posesión para él es el aspecto externo del derecho de dominio y por eso hablaba del animus domini.

"La detentación es el hecho físico que corresponde al jurídico de la propiedad --- decía --- el animus possidendi es la intención de ejercer el derecho de propiedad; si quiere ejercer el de otro, posesio alieno nomine; si quiere ejercer el suyo entonces es animus possidendi, domini, o rem sibi habiendi. Así es necesario que se porte con respecto a ella como lo hace un propietario lo que lleva consigo la necesidad de rehusar al poseedor un derecho superior al suyo."

En cambio von Ihering (7), escribe Dalmau, igualaba la voluntad a la de la propiedad. Arrancaba de la íntima unión entre la posesión y el dominio y fundamentaba el animus en la visibilidad de la propiedad.

Pero la gran mayoría de los civilistas son seguidores de la escuela de Savigny.

Los autores puramente de Filosofía del Derecho, hablan de la posesión de una manera más general y abstracta, sobre todo el filósofo alemán Hegel.

Para Hegel (8), la voluntad no debe tener ningún preordenamiento especial; con solo que se una a la cosa ya hay posesión.

Enseñaba el filósofo alemán, que la persona debe darse una esfera externa de libertad. La persona tiene para su fin esencial, el derecho de poner su voluntad en cada cosa, la que en consecuencia es suya.

EL HECHO QUE NO TENGAS AL UNA COSA EN MI PODER EXTERNO, CONSTITUYE LA POSESION; así como el aspecto particular por el cual hago mía alguna cosa para una necesidad natural, por un instinto o un capricho, constituye el interés especial de la posesión.

(7) Según Dalmau y Olivart, ob. cit.

(8) Federico Guillermo Hegel. Filosofía del Derecho. Buenos Aires. Ed. Claridad.

Continúa diciendo Hegel que si en la propiedad la voluntad como querer personal se hace objetiva y por lo tanto voluntad individual, la propiedad adquiere el carácter de PROPIEDAD PRIVADA.

LA TOMA DE POSESIÓN HACE DE LA NATURIA DE LA COSA, MI PROPIEDAD.

La toma de posesión constituye la apropiación inmediata corporal, la elaboración y por último, la simple designación.

La apropiación corporal es la manera más perfecta de la posesión, porque uno está presente en ella.

De las enseñanzas de Hegel,(9) podemos deducir que el gran filósofo, confundía la propiedad con la posesión y no creía necesario que existiera alguna intención específica al tomar posesión de una cosa. "El hecho de tener una cosa en su poder constituye posesión." Pero las anteriores conclusiones no son ciertas ya que precisamente el interés de la posesión radica cuando no va acompañada de la propiedad; y creer que no es necesario ningún ánimo especial para adquirir o entrar en posesión de una cosa, sino que basta la simple aprehensión es confundir, como veremos más adelante, lo que es posesión y detentación o mera tenencia. Lo que diferencia precisamente la posesión de la mera tenencia, es la voluntad, en el sujeto, de comportarse como dueño y no la afectio tenendi del mero tenedor que reconoce el dominio de otro.

Al confundir la propiedad con la posesión, se hace caso omiso de una realidad: Los poseedores de mala fe, que a sabiendas que la cosa no les pertenece la usan y se comportan con respecto a ella con ánimo de señor o dueño.

Dalmau resume su opinión así: "La relación que la voluntad tiene con el objeto o derecho poseído es en general la exclusiva y no momentánea influencia, que aplicada a la posesión de cosas o sea del derecho de propie-

(9) Ob. cit.

dad, es la de usar la cosa exclusiva y permanentemente."

"Así, pues, POSESION ES EL EJERCICIO INTENCIONADO NO MOMENTANEO Y EXCLUSIVO DE CUALQUIER DERECHO DE DETERMINACION, SEA CUANDO NO SE REUNAN LAS DICHAS CIRCUNSTANCIAS, YA POR NO SER EXCLUSIVO (sino para otro) YA POR NO HABER NINGUNA RELACION DE VOLUNTAD EN LA TENENCIA DE LA COSA, O POR SER COMPLETAMENTE NEGATIVA." (10)

Por mi parte creo, que para que exista la figura de la posesión, debe estar la voluntad ordenada a apropiar se de la cosa con la intención de ser su dueño, y además, la dicha intención debe circunscribirse a la cosa determinada que se trata de apropiar.

El negar la necesidad de la existencia de un animo especial en la persona de los poseedores, como lo hace la escuela modernista de von Ihering, en contraposición a la clásica de Savigny, es "confundir innecesariamente entre las personas del poseedor y del detentador o mero tenedor."

(10) Delmau y Olivart, ob. cit.

TITULO III

BREVE ESTUDIO DE LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

CAPITULO I

GENERALIDADES

Von Ihering (1) nos habla de la predilección del Derecho Romano por el elemento exterior, es decir, por lo tangible, por lo material.

Esta concepción de lo jurídico fue cediendo poco a poco a medida que fueron evolucionando, esto es muy importante en la teoría general de la Posesión y el mismo autor dice: "La teoría de la posesión y de la usucapión es un terreno muy favorable para estudiar la diferencia del derecho antiguo y del nuevo."

En términos muy generales, se puede conceptuar la Posesión entre los romanos, así: El hecho de detentar una cosa material con ánimo de ser su dueño.

La teoría de la Posesión, evolucionó lentamente en el Derecho Romano y más en virtud de una necesidad práctica que de una teoría preconcebida y por esta razón existió una gran confusión, se solucionaban casos similares de manera contradictoria. La generalidad y uniformidad en materia posesoria se logró ya en épocas más avanzadas del Derecho Romano principalmente por los Edictos de los pretores.

Esencial es en cualquier estudio sobre la posesión entre los romanos el tratar de determinar su naturaleza jurídica, esto es ver si entre ellos fue considerada como un hecho o bien como un derecho. En este aspecto los jurisconsultos no fueron claros, sus ideas fueron a veces irreconciliables y como ejemplo de esto se citan la frase de Paulo: "Possessio est rei facti, non juris" y la de Papiniano: "Non est corporis, juris est", concepciones en

(1) Von Ihering, "El Derecho Romano".

que por más que se esfuercen los comentaristas no podrán ser conciliadas nunca (2). El autor Dalmau y Olivart, para quien la posesión es un derecho en cualquier tiempo y lugar presenta un cuadro en que aparece la forma más o menos oscura de como fue tratada la posesión en el Derecho Romano; lo divide así:

A) Derecho antes de Justiniano. La posesión tal cual es no figuró en las Doce Tablas sino que por el contrario su reconocimiento y protección por el pretor fue mucho después que ellas, aunque como modo de adquirir la propiedad si se encontraba en la sexta.

En el Edicto, dice, no se puede dar una respuesta categórica, pues no se conoce íntegramente, pero F. C. de Savigny cree que no habló de ella de una manera especial, es decir como una teoría general, sino que solo de la manera de protegerla.

Gayo habla de ella separadamente cuando trata la Usucapión y los modos de adquirir la propiedad en su libro primero, y más extensamente en el libro cuarto que trata de los interdictos. Ulpiano, en sus Reglas, habla de la posesión al tratar de la propiedad y sus modos de adquirirla, aunque en otros de sus libros, dice Dalmau y Olivart (3), debió ocuparse también de ella y de los interdictos.

El código de Teodosiano la trata como una institución del pretor, en el libro cuarto y solo en lo referente a los interdictos.

B) Derecho después de Justiniano.

En las Institutas se habla de la posesión juntamente con los interdictos en el libro cuarto, aunque en el libro segundo al hablar de la usucapión se refiere a la posesión como algo ya conocido.

En el Digesto o Pandectas, según F. C. de Savig-

(2) La Posesión. Dalmau y Olivart.

(3) Ob. cit.

ny (4), la posesión es considerada como el camino para llegar a la usucapión y que por lo tanto ésta comprende a aquélla.

El Código la trata en el libro séptimo, entre la usucapión y la longi tempore prescriptio, pues estas dos tienen a aquélla como su fundamento.

Las Pasflicas, se refieren a la posesión en el mismo lugar que el Digesto.

En el estudio de la teoría de la posesión uno de los temas con vigencia en el Derecho Romano, en el de la edad media, en el contemporáneo, mejor dicho en el derecho de cualquier época es el de su naturaleza jurídica, que aparte de las concepciones de la teoría clásica y de la teoría moderna, sustentada aquella por F. C. de Savigny y sus seguidores y esta por von Ihering, discípulo de Savigny, acerca de la voluntad necesaria para poseer, lo considero el más importante.

Los diferentes estudios sobre este asunto hechos a través del tiempo por los jurisconsultos, si los sistematizáramos agrupándolos, los podríamos dividir así: a) Los que sostienen que la posesión es un hecho; b) Los que como Savigny le dan un sentido complejo, un hecho al principio y un derecho en sus efectos; y c) Los que creen que la posesión es un derecho. Dalmau y Olivart (5) que como lo manifesté antes siempre creyó que la posesión es un derecho, entre los romanos y en cualquier época, fundamentaba su dicho principalmente en las siguientes argumentaciones: 1) Que los grandes jurisconsultos romanos jamás se pudieron poner de acuerdo; y verdaderamente insignes, como Papiniano, así lo creyeron, dando a entender con su frase "Non est corporis sed juris" que claramente entre ellos se consideraba y tomaba como un derecho; 2) Que era protegida por acciones, los interdictos posesorios, que

(4) Dalmau y Olivart, ob. cit.

(5) Ob. cit.

por las acciones se defendían los derechos y que lógicamente donde hay acción hay derecho, y que la sola existencia de las acciones era prueba de la existencia del derecho.

A los razonamientos de este autor español hago las siguientes consideraciones y profesión de fe, desde luego, que entre los romanos la posesión era un hecho. A) Por ejemplo la posesión en nuestro derecho vigente es un hecho, lo cual es innegable y por que uno de nuestros juristas creyera y afirmara que ella es un derecho, en nada cambiaría la realidad de las cosas; de la misma manera Iapiniano pudo haber creído y dejado escrito que era un derecho, el mismo Dalmau y Olivart dice que para Paulo era un hecho lo cual prueba que posiblemente lo que Iapiniano sostenía era un criterio, su criterio. B) Su argumentación más fuerte es la que dice que la posesión es defendida por acciones. Pero veamos bien esto, Faroná así: si la acción es el medio de reclamar o defender en juicio nuestro derecho, lógicamente donde hay acción hay derecho, mejor dicho si yo ejercito una acción posesoria es porque tengo un derecho que reclamar o defender y que con solo ejercitar la acción se prueba el derecho, no que la acción en sí sea el derecho lo cual sería injusto, sino que así como las almenas y las murallas prueban la existencia de una fortaleza, una acción la existencia de un derecho. Nada más falso que esto. Acepto que mediante la acción se pueda reclamar o defender en juicio nuestro derecho, pero jamás que donde haya acción existe el derecho, basta para rechazar esto la sola idea de acciones infundadas, ya sean de buena o de mala fe, de lo que resulta que la acción no puede ser prueba del derecho ni aún en el sentido que Dalmau y Olivart lo toma. La acción será la forma de poner en movimiento la función jurisdiccional, (la del pretor en Roma), que tiene por fundamento una pretensión del actor, pero no un derecho. El derecho que se reclama o defiende es algo muy independiente del medio para proteger-

lo, no supone, pues, el que yo ejercite una acción que exista el derecho. El ejemplo del precitado autor, de las almenas y la fortaleza, tendría vigencia en lo material, pero ni aún en esto de una manera absoluta y menos en el derecho.

Posiblemente la manera primaria de hacerse dueño de las cosas fue la ocupación, tuvieran estas dueño o no y la forma de conservarlas fue la posesión de ellas (6). Por una elemental tranquilidad, necesaria para la vida en sociedad, el hombre tuvo que defender la situación del que tenía una cosa en su poder, mejor dicho de la que aparentaba ser su dueño, característica esta típica de la posesión y por eso le dió acciones para que la defendiera. Esto me parece lógico y creo que así debió haber sucedido entre los romanos. Defender la posesión era algo tan urgente, conveniente y necesario para la estabilidad social que se dieron acciones para protegerla. C) Si una persona caía en esclavitud y se fugaba y regresaba, en virtud del ius postlimini, recobraba todos sus derechos pues por una ficción se hacía de caso que jamás había sido prisionero, pero si algo no recobraba el que regresaba, era precisamente la posesión ya que era un hecho y sobre los hechos no operaba la ficción. D) De la misma división del derecho romano en anterior y posterior a Justiniano, que antes he presentado, aparece que la posesión fue tratada siempre entre los modos de adquirir el dominio de las cosas, antes de la usucapión o al hablar de ella; así es, la posesión casi siempre lleva al dominio por medio de la usucapión, es su camino, es la fase anterior y necesaria para que sea de ésta, no que ella en sí sea modo de adquirir como la ocupación la accesión, sino su antesala, pero nunca trataron la posesión entre los derechos, ni entre los reales ni entre los personales y esto si está probado.

(6) Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

Entre los romanos a la posesión va íntimamente unida la usucapión, por ello me referiré brevemente a ésta.

La usucapión era una institución de derecho civil. Era un modo de adquirir el dominio quirritario de las cosas por la posesión prolongada de ellas durante el tiempo necesario y cumpliendo ciertos requisitos, como son: justo título, buena fe y ausencia de vicios.

En forma conteste, Petit (7) y el autor francés E. Rubén de Couder (8) señalan los dos casos en que la usucapión tenía lugar: A) Que el dueño de una cosa haga a otro la tradición de ella, para hacerlo dueño desde luego, pero sin los medios sacramentales para transferir la propiedad quirritaria, por ejemplo la mancipacio o la in jure cesio. El adquirente solo tendrá la cosa in bonis, pero con el transcurso del tiempo necesario se hará propietario ex jure quirritium; y b) Cuando se recibe una cosa de alguien que no es el dueño o no la puede enajenar, pero que habiéndolo sido o habiendo tenido facultad de hacerlo, hubiera traspasado al adquirente que posee así el tiempo necesario llega a ganar el dominio ex jure quirritium. Este segundo caso basado en una injusticia y sin ningún fundamento en la equidad se daba como una medida práctica para evitar innumerables pleitos y como una sanción al verdadero dueño por su negligencia en defender su propiedad. Con lo dicho anteriormente que la usucapión era una institución de derecho civil, podemos concluir: solo favorecía a los ciudadanos romanos y solo era aplicable a las cosas sobre las cuales podía recaer la propiedad quirritaria, ineficaz por ejemplo, para un fundo provincial.

Para llenar los vacíos de la usucapión, provenientes de la odiosa distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, discriminación injustificable en cuanto al goce

(7) Guyot de Petit. Tratado elemental de Derecho Romano. Buenos Aires.

(8) E. Rubén de Couder. Derecho Romano.

de los derechos civiles, el pretor creó la prescripción de largo tiempo o *longi tempore praescriptio*. La prescripción de largo tiempo no era como la usucapción un modo de adquirir el dominio de las cosas, era una excepción que el pretor daba al poseedor para defenderse cuando la cosa iba a ser reivindicada. Dice Jettit que esta excepción se llamaba *praescriptio*, porque apareció al principio de la fórmula.

En la prescripción ya no se hacía la diferencia de un año y dos como en la usucapción para los muebles o los inmuebles sino que en todo caso diez años y solo cuando era entre ausentes veinte años, ya fuere mueble o inmueble. Pero si la usucapción no se interrumpía por la demanda de reivindicación intentada por el dueño, pudiéndose cumplir aún el tiempo necesario durante el juicio, en la prescripción de largo tiempo sí se interrumpía. Otra gran diferencia entre una y otra en cuanto a sus efectos era que si en la usucapción el dominio *ex jure quiritium* se le transfería al poseedor acompañado de cualquier carga real con que el anterior dueño hubiera gravado la cosa; en cambio en la prescripción se extinguían las cargas reales por derecho y por esta razón dice Fubén de Cauder (9), aún los ciudadanos romanos tenían más interés en elegir la prescripción de largo tiempo que en elegir la usucapción aunque se tratase de fundos situados en Italia. Esto último es aceptado como cierto por muchos romanistas pero otros no lo aceptan.

Hubo otra excepción protectora del interés y tranquilidad públicos, creada por el emperador Teodosio Segundo: la prescripción de treinta años. Servía para impedir toda investigación del porqué de la propiedad en manos del demandado y los comentaristas la han llamado "*longissimi tempore praescriptio*". El mismo autor, Fubén de Cauder (10), entiende que esta institución no era más

(9) Ob. cit.

(10) Ob. cit.

que una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. Era un medio de defensa para el poseedor.

Con el advenimiento del emperador Justiniano ocurrieron cambios; ya no existió la diferencia entre ciudadanos y no ciudadanos; entre propiedad quiritaria y propiedad bonitaria; entre cosas mancipi y nec mancipi; entre fundos itálicos y provinciales.

La diferencia entre la usucapión y la prescripción de largo tiempo ya no tuvo razón de ser, Justiniano las confundió en una sola quedando subsistentes los requisitos comunes a ambas; justo título, buena fe y posesión. Esta prescripción si transfería el dominio y extinguía las cargas reales sobre la cosa. El lapso de tiempo fue modificado también en parte, tres años para los muebles, pero quedó inalterable para los inmuebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Como hemos visto, para que exista usucapión o prescripción de largo tiempo es necesaria la posesión, ésta era el camino para llegar a aquella, era su medio necesario. Por esta razón, los romanos, al estudio de la usucapión, unieron siempre el de la posesión. La causa de la prescripción era la posesión.

Vuelvo pues, al tema de la posesión.

CAPITULO II

POSSESION EN EL DERECHO ROMANO.

I

CONCEPTO ROMANISTA.

Con base en un criterio romanista puro, traigo a cuenta dos conceptos de autores diferentes, acerca de lo que los romanos entendieron por posesión. Nos dice ru
gi (11): "Posesión es el hecho de tener poder sobre una

(11) Instituciones de Derecho Civil.

cosa corporal como si fuese de uno y con esa intención." Eugene Ietiti (12), dice: "Posesión es el hecho de tener en su poder, una cosa corporal, reteniéndola materialmente con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un dueño. Basándome en los lineamientos generales antes expuesto, ensayo el siguiente concepto: POSSESION ES LA RELACION DE HECHO EXISTENTE ENTRE UNA PERSONA NATURAL Y UNA COSA CORPORAL, QUE INSTANTANEAMENTE ACQUISITA VALOR SOBRE ESTOS ACTOS COMO SI FUERA SU DUEÑO Y CON INTENCION DE SERIRIO.

No me he querido referir en el anterior concepto a la posesión de derechos, llamada entre los romanos cuasi posesión ni a los casos en que una persona era instrumento de la posesión de otro porque los considero excepcionales y fuera de la idea pura de la misma, habiéndolos aceptado con el tiempo y como casos particulares. Lo mismo creo yo, debió haber sucedido en lo que respecta a las personas jurídicas, ellos no las conocieron como nosotros, es decir que formaran una persona nueva independiente de sus componentes, funcionaban con la personalidad de sus socios. Les concibieron de dos clases: generales y particulares. Las generales eran de dos especies: A) Las formadas por hijos de un difunto, estos permanecían en comunidad con sus bienes presentes y además prometían aportar los bienes futuros que adquirieran; y B) Las formadas por cierta clase de esclavos libertados que se comprometían a aportar sus bienes futuros, ya que de presentes, por su reciente condición carecían. Así estas sociedades eran, las primeras de bienes presentes y futuros y las segundas de bienes futuros.

Las particulares se daban para la explotación de un bien determinado o se introducían bienes determinados. Pero unas y otras, generales y particulares, no eran distintas de sus componentes: la posesión por ellas, no pudo ha-

(12) Ob. cit.

ber existido. Sólo podían poseer sus componentes, en su carácter particular, y si por poseer una cosa llegaba un socio a hacerse dueño de ella entonces si que la podía aportar a la sociedad.

Hubo entre los romanos una clase de sociedad muy peculiar: la Vectigali; estas sociedades eran formadas por personas honorables llamados "Publiciani"; a estas sociedades, el estado Romano les arrendaba el derecho de poder percibir los impuestos vectigalia, y solo podían funcionar con autorización legislativa. Eran completamente diferentes a los socios que las componían y comparándola a las actuales podría decir que eran de capitales. Estas sociedades, creo, que en el moderno derecho romano al igual que los Municipios que podían poseer por medio de sus esclavos o personas libres, fueron aptas para adquirir y conservar la posesión.

II

ELEMENTOS

De los conceptos vertidos vemos que en la posesión dos elementos son esenciales; la detentación material de la cosa o elemento externo y la intención de comportarse como señor y dueño o elemento interno, animus domini, --El tratadista de Derecho Romano, Bonfante (13) prefiere affectio o animus possidendi, en lugar de animus domini pues se persigue, dice, el señorío de hecho y no el jurídico.-- La necesidad de dos elementos para la existencia de la posesión es consecuencia de la concepción romana sobre la misma. Estamos dentro de la teoría clásica.

Si observamos los hechos, vemos que posee el que tiene materialmente una cosa en su poder, luego posesión sería el hecho de tener materialmente una cosa bajo nues-

(13) Bonfante. Derecho Romano.

Bonfante
2 elementos

tro poder, si nos conformáramos con esta idea primaria, no tendríamos una noción exacta de lo que es posesión, habríamos llegado a lo que es detentación, que los romanos llamaron posesión natural. Pero esto es completamente diferente a la concepción científica y técnica de lo que en ciencia jurídica debemos de entender por posesión. Que falta? el elemento interno, el *animus domini*, el comportamiento de señor y dueño que convierte la detentación en posesión.

La falta del segundo elemento, como ya dije, hacé surgir lo que se llama detentador o mero tenedor que es cuando una persona solo es instrumento de la posesión de otro, reconoce el dominio de un tercero y esto cuando se puede dar? por regla general, cuando entre los romanos se entregaba una cosa sin intención de transmitirle al otro el dominio, se decía *prestare*, si la entrega era para transferir el dominio, se llamaba *dare*; pues bien, cuando se entregaba la cosa sin intención de hacer dueño al que la recibía este se convertía en detentador de ella como por ejemplo en el arrendamiento, usufructo, depósito y comodato en que los arrendatarios, usufructuarios, depositarios y comodatarios tenían la cosa en su poder pero reconociendo el dominio ajeno. Así nació la idea que la posesión no se perdía *corpore alieno*, pues esta se conservaba a través del mero tenedor el cual la tenía a nombre del otro. Una cosa es de hacer notar, que el mero tenedor también tenía un cierto *animus*, pero muy diferente al del poseedor, la intención de este era ser señor y dueño de la cosa, mientras que en aquel su intención era retener la cosa. *Petit* (14) dice que el *animus* del detentador era una *affectio tenendi* y el del poseedor un *animus domini*.

Fubo sin embargo, casos excepcionales, en los cuales verdaderos tenedores eran considerados como poseedores. El mismo *Petit* (15) trae a cuenta dos: A) Entre los

(14) Eugene Petit. Ob. cit.

(15) Eugene Petit. Ob. cit.

romanos el deudor entregaba al acreedor, en el contrato de prenda, la posesión de una cosa para que esta se la devolviera cuando hubiere sido satisfecho su crédito. El acreedor poseía la cosa y tan es así que gozaba de la protección de los interdictos --- Interdicto quasi salviano--- aún en contra del deudor. Pero esta posesión no se debe entender en el sentido estricto de la palabra, el acreedor reconocía el dominio del deudor, debiendo por ejemplo, entregarle los frutos que la cosa producía o imputarlos a los intereses o terminar a nombre del deudor el tiempo de posesión necesario para que éste la usucapiera. F) En el contrato de precario una persona daba a otra por sus ruegos la posesión de una cosa con encargo de que se la devolviera al primer requerimiento pero como en el caso anterior si el deudor era desposeído de la cosa por terceros podía obtener la protección de los interdictos. Lo mismo y más aún sucedía con el ius in agro vectigali y la enfiteusis en que a los colonos les fue dada una verdadera acción in rem para recobrar sus tierras y su posesión era defendida por interdictos. Ante estos casos tan raros W. C. de Savigny (16) ideó como explicación, principalmente en lo tocante a los acreedores prendarios y al precarista, que se les daba la protección de los interdictos aunque no tuvieran animus domini, porque se trataba de una "posesión derivativa" que ellos la hacían valer por el dueño de la cosa. Pero por regla general, en el derecho romano no es posible confundir entre poseedor y detentador a estos el mismo título por el que han recibido los impide ser poseedores.

Concluyendo, cualquiera que reuniera los dos requisitos de corpore y ánimo, poseía, aunque su posesión fuere injusta como en los casos del usurpador, del ladrón con lo que hurtaba o robaba etc.; pero por lo general el que tenía legítimamente el corpore y el ánimo era el ver

(16) Lo menciona Arias Raros. Derecho Romano.

dadero dueño de la cosa y de ahí la presunción que el poseedor es dueño; pero es completamente diferente e independiente la propiedad de la posesión y así habrá dueños que no posean y poseedores que no sean dueños.

III

COSAS QUE PUEDEN SER POSEIDAS.

Del concepto de posesión se puede deducir que ésta solo tenía por objeto cosas materiales y que estas cosas materiales pudieran estar dentro del patrimonio de los particulares. No podían caber en él: 1) Todas las cosas divini juris a las cuales se les llamaba también res nullius, no podía apropiárselas nadie y estaban consagradas a los dioses quienes eran sus protectores y entre estas se distinguían las res sacrae y las res religiosas que eran los terrenos y monumentos unidos a las sepulturas; 2) Habían otras cosas que sin ser consagradas a los dioses no era posible su apropiación, como las res communes o cosas de uso público como el aire y el mar; las res publicae cuyo uso era también común pero se consideraba al pueblo romano como propietario de ellas; y las res universitatis o personas morales como las corporaciones, las ciudades que podían tener cosas que les pertenecían pero que por el uso a que estaban destinadas no eran susceptibles de propiedad particular, como los teatros, los paseos públicos. Todos los demás bienes, incluyendo los esclavos, eran susceptibles de propiedad individual y por lo tanto podían ser poseídos, siempre que fueran cosas materiales como ya dije; la concepción romanista de la posesión en lo referente a la materialidad o inmaterialidad de los bienes que pueden ser objeto de ésta, se resume en el axioma latino: "Nec possunt res incorporalia". Dicho en otras palabras sólo concibieron la posesión del derecho de propiedad, pues al hablarse de poder disponer de una cosa como lo haría un due-

ño lo que se significa o se contiene es el derecho de dominio.

Colin y Capitant (17) dicen que los romanos, "en un principio de lógica demasiado estrecha" no concibieron la idea como nosotros de aplicar la posesión a otra cosa que no fuere a ejercer actos de dominio, pero notaron que se podía ejercer sobre las cosas, principalmente en las servidumbres prediales, actos que no eran propios de ese derecho sino que de otros derechos reales y con la evolución del derecho abarcaron en este concepto primeramente a las servidumbres y así por ejemplo el que la tenía de acueducto, de paso, podía ejercitar los actos correspondientes al ejercicio de estos derechos, en la de acueducto, transportando a través de uno su agua por el fundo ajeno y en la de paso transitando en él. A estas figuras fue a lo que llamaron cuasi posesión, pero una cosa que quede clara no fue propiamente que ampliaran la idea de posesión sino que crearon, fingieron la cuasi posesión, así como en lo referente al usufructo, crearon el cuasi usufructo. Las modificaciones con respecto a las servidumbres nacieron así; Fétit (18) afirma que en el siglo primero de nuestra era " los jurisconsultos admitieron que el ejercicio del derecho equivale, para las servidumbres, a la posesión de las cosas corporales." y como consecuencia de esto, el derecho pretoriano admitió principalmente dos modos nuevos para la constitución de las servidumbres: 1) La cuasi tradición, cuando seguida de una venta engendraba la obligación de constituir la servidumbre y el dueño del fundo sirviente permitía que la ejerciera el del fundo dominante; y 2) La cuasi posesión longi temporis que es cuando el dueño de un fundo ha ejercido sobre el fundo vecino una servidumbre durante cierto tiempo a ciencia y paciencia del dueño de este, entonces el pretor tenía esta servidumbre por legalmente establecida y para su defensa, como no había sido adquirida según el de

(17) Colin y Capitant. Derecho Civil.

(18) Ob. cit.

recho civil se le daban interdictos cuasi posesorios.

IV

TRANSFERENCIA DE LA POSSESION. PERIILA

Si para que exista la posesión se necesitan dos requisitos esenciales como son el corpore y el animus, para adquirirla por una persona no se necesita ningún otro requisito especial. Esta fue la regla general y creo que no tuvo excepciones.

Pero se presenta el caso que si una persona puede adquirir la posesión a través de otra, esto hay que estudiarlo desde dos puntos de vista: A) El de la persona que adquiere la posesión por otro, y; B) El de la persona que la adquiere para otro. Totit plantea este problema así: Es preciso que el hecho y la intención existan en la misma persona que quiere adquirir la posesión? En esto un acontecimiento jugó un papel determinante; con la evolución del derecho romano la existencia del hecho material ya no se interpretó como el estar en contacto directo con la cosa, es decir el hecho físico de tenerla uno en su poder, sino más bien como una aptitud de poder disponer de una cosa al desearse.

El que adquiría la posesión por otro generalmente estaba en una de dos situaciones: 1) Como pater familias, o; 2) Como una simple persona sui juris (19).

1) El pater familias adquiría por intermedio de las personas sometidas a su poder, esto era por la organización de la familia romana; estas personas eran los hijos e hijas de familia, la mujer in manu, el que tuviera in mancipio y el esclavo. Pero con las instituciones caídas en desuso bajo Justiniano como eran la manus y el manci-

(19) Totit y Ruben de Couder. Obs. citis.

piun y el aumento de los peculios para los hijos de familia, nos dice Jettit (20), se limitaron para el padre los casos en que como tal adquiriría a través de otros.

El pater familia adquiriría la posesión de las cosas tomadas por su esclavo cuando tenía *animus domini*, esto era en dos casos: cuando le ordenaba a su esclavo hacerlo o cuando el esclavo lo hacía de *motu proprio* y se lo comunicaba a su dueño y este lo aceptaba. En este caso adquiría la posesión retroactivamente. La adquisición hecha por el padre a través de sus hijos estaba sometida más o menos a las mismas reglas que la adquisición por medio de los esclavos. Lo mismo sucedió en el caso de la *manus* y del *mancipium*.

2) Como una simple persona *sui juris*, esto es independiente por completo de cualquier relación de familia, (la *manus* era una institución típicamente familiar y el *mancipium* una *mercadería*), en un principio no fue posible adquirir nada a través de una persona no sometida a potestad alguna, es decir por medio de un *sui juris*, pero después se aceptó en los modos de adquirir que como la tradición y la usucapión tenían por causa la posesión. Originalmente si yo facultaba a un *sui juris* para que este recibiera en mi nombre la posesión de una cosa y aunque así lo hiciera, el que recibía la posesión era él y a su vez tenía que traspasármela a mí: no se permitía la representación. Pero posteriormente si fue posible lo único que se necesitaba era el *animus domini* que se manifestaba de manera distinta según los casos:

A) Si mi mandato era especial adquiriría yo la posesión desde el momento que mi mandatario recibía la tradición y aunque yo no lo supiera pues mi ánimo lo había hecho patente antes;

B) Si mi mandato era general para la administración de todos mis bienes, mi administrador (*procurator*

(20) Ob. cit.

omnium bonorum) que era casi siempre un liberto, podía recibir la posesión en mi nombre: y aunque mi mandato no hubiere sido expreso, adquiriría yo, la posesión de las cosas al tener conocimiento del hecho y desde que lo aceptaba, operando esto retroactivamente o sea al momento en que mi procurador recibía por mí.

C) El caso de un agente oficioso es análogo al anterior. No adquiría la posesión hasta que había sido informado del hecho y yo lo aceptaba. La aceptación operaba también retroactivamente.

Esto es con respecto a la persona que adquiere la posesión por otro.

Pero visto de otro modo, es decir del lado de las personas que adquirirían para otros, su situación era por lo general igual. Todo se operaba a base del animus de la persona para quien se adquiría y este animus como dije antes se exteriorizaba antes del hecho o después con efecto retroactivo. Esta regla tuvo una excepción en lo referente a los bienes que el esclavo hacía entrar a su peculio, su dueño los adquiría de pleno derecho y aún sin su conocimiento. Dice Petit (21) que en este caso excepcional el animus del esclavo reemplazaba al de su amo siendo una derogación del derecho común establecida para comodidad del dueño ya que así no se encontraba en la necesidad de investigar que bienes adquiría para su peculio, su siervo.

Hay un caso muy peculiar, el de los meros detentadores esto es de aquellos que reconocían dominio ajeno y que el mismo título por el cual habían recibido les impedió poseer. Como podían estos transformarse en poseedores? la única manera era usurpando la cosa, pero su usurpación debía quedar manifestada claramente para no dar lugar a equívocos y la mejor manera de esto era enajenando la cosa y aunque solo fuera un tiempo brevísimo poseedor, al enaje

(21) Ob. cit.

nar la cosa dejaba clara su intención de comportarse como dueño.

La regla general era que toda persona capaz pudiera poseer, no pudiendo por lo tanto los incapaces como los infans y los locos pues en ellos no podía existir el ánimo de dueño, posteriormente se permitió que sus tutores o curadores, pudieran poseer por ellos.

PÉRDIDA.

La pérdida de la posesión podía ser de varios modos y por diversas causas. Podía perderse por faltar el corpore, por faltar el animus o por faltar estos dos elementos esenciales al mismo tiempo. Las causas que ocasionaban su pérdida se pueden agrupar en tres: 1) Pérdida voluntaria de la posesión; 2) Pérdida involuntaria de la posesión; y 3) Pérdida de la posesión contra la voluntad del poseedor.

1) Pérdida voluntaria de la posesión. Esto sucedía cuando el poseedor por su gusto se deshacía de la cosa como cuando la regalaba, la vendía, la cambiaba o la abandonaba. En estos casos se perdía el corpore y el animus y otra persona adquiría la posesión menos en el último ejemplo, cuando la abandonaba, ya que para perder la posesión no era necesario que otro la adquiriera. En estos casos la pérdida se debe al hecho del hombre;

2) Pérdida involuntaria de la posesión. Tenía lugar cuando el poseedor ya no podía ejercitar su posesión por haberse hecho esto imposible por causas naturales como por ejemplo cuando se anegaba el fundo o se hacía inaccesible al poseedor, o cuando éste perdía la cosa y le era imposible encontrarla. En los casos señalados aunque subsistía el ánimo, se perdía la posesión por falta de corpore; y,

3) Pérdida de la posesión contra la voluntad del poseedor. Sucedia cuando otra persona le quitaba la posesión.

sión de la cosa, así cuando venía un tercero de mejor derecho y la reivindicaba o cuando un ladrón la hurtaba o robaba. En estos casos otro adquiría la posesión de la cosa que se perdía para el primitivo poseedor corpore solo.

Caso especial es cuando un poseedor caía en esclavitud por ser tomado prisionero, no era que la cosa le fuera quitada sino que él impedido de ejercer la posesión, era mas bien un estado permanente de incapacidad. En virtud del *ius postlimini*, si escapaba y regresaba, con base en una ficción se hacía de caso que nunca había sido esclavo y recobrabas sus derechos pero no la posesión, ésta ya no pues era un hecho y sobre los hechos no podía operar la ficción.

Así como los incapaces, los infans, los locos no podían adquirir por sí la posesión, tampoco podían perderla por su voluntad para el caso enajenándola, solo podían perderla corpore como si robaran la cosa o el fundo se anegara.

V

VENTAJAS DE LA POSESION .

Para que la posesión produzca mayores o mínimos beneficios son necesarios justo título y buena fe. Presumiblemente en los primeros tiempos del derecho romano estos requisitos no fueron exigidos; hasta que los *jurisconsultos* comenzaron a hablar de ellos, y con la evolución del derecho, se consideraron necesarios y de la presencia de ellos o no resultaban para el poseedor ventajas muy diferentes.

Traigo a cuento dos conceptos sobre el justo título. Según Petit (22) justo título es: "Todo acto jurídico válido que implique en el enajenante la intención de

(22) Ob. cit.

transferir el dominio y en el adquirente la de hacerse propietario, pero existiendo un obstáculo en la traslación." U. Puhon de Couder (23) menciona un concepto que dice ser propio de Savigny: "El justo título (justa causa) en un hecho jurídico conforma al derecho, por el cual se hubiere transferido la propiedad si lo hubiere realizado el dueño de la cosa". Habrá, pues, justo título de posesión dice el mismo autor cuando se posee pro emptore, pro donato, pro dote, pro soluto, pro legato etcétera.

La buena fe o bono fidei, dice Couder (24), es la creencia de que aquel de quien se ha recibido la tradición era el verdadero dueño de la cosa o tenía facultad y capacidad para enajenar. La buena fe descansa en un concepto equivocado sobre algo, en un error; si este error es sobre un punto de derecho, como si yo a sabiendas que una persona es menor, contrato con ella creyendo que no obstante ser menor, es perfectamente capaz según la ley, se opone a la buena fe. En cambio el error de hecho no se opone a la buena fe y sería cuando yo contrato con una persona que en realidad es menor de edad pero por su desarrollo físico me da la impresión que es mayor.

Careciendo la posesión de justo título y de buena fe, generalmente el poseedor solo se le daba una ventaja, poder recurrir a la protección de los interdictos; si había hecho gastos para la percepción de los frutos o de otra especie para conservar la cosa o útiles a ella, en el rigor del derecho clásico, se presumía que había querido donarlos y los perdía, pero después tuvo derecho a que le fueran reembolsados los gastos hechos para la producción de los frutos y los necesarios para la conservación de la cosa y la facultad de poder levantar los materiales que hubiera empleado en las mejoras útiles, pero en todos estos casos sólo mientras retuviera la cosa.

(23) Ob. cit.

(24) Ob. cit.

La situación del que su posesión provenía de justo título y había sido adquirida de buena fe era muy diferente, desde luego podía recurrir a los interdictos y tenía derecho a que le fueran reembolsados los gastos que hubiera hecho para la producción de los frutos así como los necesarios y útiles para la cosa, cuando ésta había sido reivindicada por su dueño. Esta clase de poseedores gozaban de una gran ventaja: se hacían dueños de los frutos y podían llegar a hacerse dueños de la cosa por medio de la usucapión.

La adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe se basaba precisamente en que se creía verdadero dueño de la cosa y lo natural es que un dueño perciba lo que su propiedad produce, ya sean frutos naturales o industriales. Esto, estuvo sometido a reglas diferentes en la época anterior a Justiniano quien las modificó en parte. El poseedor en este aspecto se igualaba al dueño, pero con respecto al hijo de una esclava que tuviera en posesión, dice Petit, sólo se hacía dueño por medio de la usucapión y no desde que se separaba de la madre; los frutos los adquiría desde el momento de la separación aunque no los percibiera él, por eso si se los robaban podía reivindicarlos; y siendo cada separación un acto aislado, dice el mismo autor, la buena fe debía estar en todos los actos. En el derecho anterior a Justiniano estos poseedores se hacían dueños de todos los frutos separados hasta la *litis contestatio*, pues hasta entonces se presumía que había buena fe. Después de Justiniano el poseedor se hacía dueño de los frutos que separados hubiere consumido, siempre hasta la *litis contestatio*, pero los que hubiera conservado naturalmente, tenía que devolverlos. El poseedor cuya posesión careciere de justo título y buena fe respondía en todos los casos de los frutos. (25)

Para concluir traigo a cuento lo siguiente: un

(25) E. Petit, ob. cit.

axioma del derecho romano era que en mejor situación estaba el que poseía, la posesión era siempre una ventaja, veamoslo en un caso particular: la acción Pauliana. Esta acción llamada así porque sólo está nombrada por Paulo (26), era *in personam* pretoriana, servía para que los acreedores pudieran rescindir las enajenaciones que el deudor hubiera hecho en perjuicio de ellos. Para ejercitar esta acción eran necesarios dos elementos: que el acto hubiera sido ejecutado en fraude de acreedores, *fraudationis causa*, y que cause perjuicio a los acreedores, *consilium fraudis*. Si el adquirente lo era a título gratuito, tuviera buena o mala fe era obligado a devolver la cosa, pues nada le había costado. Si el adquirente lo era a título oneroso, por ejemplo un comprador, había que distinguir si era de buena o de mala fe; si era de mala fe, tenía que devolver la cosa, pero si era de buena fe no, pues se asimilaba a los acreedores ya que había pagado por la cosa y su situación era preferida porque tenía la posesión de la cosa lo que confirma el axioma que antes he mencionado; en mejor situación está el que posee.

CAPITULO III

LA DEFENSA DE LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano defendió el hecho de la posesión por medio de acciones. Sea que el poseedor se creyera dueño de la cosa o que poseyera a sabiendas de que la cosa pertenecía a otro, es decir de buena o de mala fe, podía ocurrir al pretor en el caso que por un extraño fuese perturbado o despojado de su posesión, aunque este extraño fuese el verdadero dueño. El pretor sólo mantenía el estado de hecho o sea el hecho mismo de la posesión por motivos de interés social y entre estos, principalmen

(26) D. Petit, *ob. cit.*

te para evitar las usurpaciones. J. Arias Ramos (27), dice que se ha tratado de basar la defensa de la posesión en: a) Como el medio como se comenzó a defender a los tenedores del *ager publicus* pues estos no eran dueños y no podían contar con las acciones dadas a estos y se creó para ellos una protección peculiar arranque de sucesivas aplicaciones a situaciones análogas; y, b) Otros creen que la protección arrancó de aquella atribución interina de la cosa que el pretor hacía a uno de los litigantes mientras se averiguaba quien era el propietario de la misma y únicamente señalaba el fin de la violencia material.

El fallo del pretor se llamaba *interdicto* y no resolvía cuestiones de derecho y el dueño que quisiera hacer respetar su dominio debía valerse de la *reivindicatio*. Por medio del *interdicto* sólo se conserva o se restituye la cosa, Petit (28) da un concepto de ellos: "Los *interdictos* eran unas decisiones dadas por el pretor o por el presidente de una provincia para cortar ciertas disputas, y por las cuales ordenaba o defendía alguna cosa. Estas decisiones eran formuladas en términos imperativos: *restitueas, exhibeas, vin fieri veto*."

I

EDICTOS E INTERDICTOS

Uno se pregunta cual es la naturaleza de los *interdictos* y para resolver esto hay que traer a cuento otra palabra: los *Edictos*. Tenemos que los *interdictos* son una declaración del pretor para solucionar una disputa entre personas particulares, *dictum* o *edictum inter duos*, como dice Couder (29). En cambio, en oposición a estos estaba el *Edictum* mediante el cual el pretor establecía re-

(27) J. Arias Ramos. Derecho Romano.

(28) E. Petit, ob. cit.

(29) E. Pubén de Couder, ob. cit.

glas y para todos obligatorias, lo cual aparece según este mismo autor en el título quince, libro cuarto de las Institutas.

El interdicto era imperativo, mandaba o prohibía y según Cayo si este era afirmativo en su forma se llamaba decreto y si prohibitivo, propiamente interdicto; así pues, interdicto en este sentido sería sinónimo de prohibición.

Establecida la diferencia entre interdicto y edicto, cabe preguntarse: que relación existe entre uno y otro? Los pretores resolvían las disputas entre particulares por medio de los interdictos y la costumbre de ir resolviendo de la misma manera en casos semejantes por medio de ellos, los llevó a dar normas generales para la solución de los casos, las cuales eran publicadas en los edictos. Los edictos con el tiempo llegaron a contener la legislación sobre la posesión, y entendido así, que fueron formados por los interdictos, éstos llegaron a ser fuente del derecho a semejanza de nuestra actual jurisprudencia.

II

DIVISION DE LOS INTERDICTOS.

(30) En la Instituta aparecían tres divisiones de los interdictos: a) Interdictos restitutorios, prohibitorios y exhibitorios; b) Interdictos posesorios y no posesorios; y c) Interdictos simples y dobles. En los de la primera clase, los prohibitorios, el pretor prohibía que se hiciera algo como por ejemplo violencia al que transporta un cadáver a un sitio donde tenía derecho a enterrarlo; los restitutorios el pretor mandaba entregar una cosa, como los quorum bonorum, unde vi; los exhibitorios, el pre-

(30) E. Rubén de Couder, ob. cit.

tor ordenaba exhibir alguna cosa, como por ejemplo las tablas de un testamento.

Los interdictos simples eran aquellos en los cuales una persona aparece como demandante y otra como demandado y sólo podía traer como consecuencia la absolución del demandado o su condena. En los interdictos dobles cada una de las partes aparece como demandante y como demandado, la condición de cada uno de ellos es idéntica, estos eran una excepción a la regla general y podía haber lugar a condena y a absolución para cada una de las partes. Ejemplos de estos eran el *uti possidentis* y el *utrubi*.

A los interdictos posesorios y no posesorios, por ser los de mayor importancia, me refiero a continuación en un apartado especial.

III

BREVE ESTUDIO DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS.

Siguiendo como en lo anterior a E. Ruben de Couder (31), se pueden dividir los interdictos posesorios en cuatro clases: 1) *Adipiscendoe possessionis causa*; 2) *Retinendoe possessionis causa*; 3) *Recuperandoe possessionis causa*; y 4) *Ten adipiscendoe quam recuperandoe possessionis causa*.

Los *Adipiscendoe possessionis causa* se dividían en cuatro clases: a) el *quorum bonorum*; el *possessorium* y *sectorium*; c) el *Salviano*; y d) el *quod legatorum*. Propiamente estos interdictos ni amparaban ni restituían la posesión sino que la daban a alguien que nunca la había teni-

(31) Ob. cit.

do y que por lo tanto jamás había sido despóseído. El primero, es decir el quorum bonorum, servía para que el pretor diera la posesión de los bienes de un difunto; por el segundo, el possessorium, se daba al emtor bonorum, esto es al adjudicatario de los bienes de un deudor insolvente, para que los poseyera y llegara a ser dueño por la usuca-pión y así su dominio bonitario se transformara en quiri-tario. El sectorium es para el comprador de bienes públi-cos lo que el possessorium para el comprador de bienes particulares y su nombre viene de sector, esto es compra-dor de bienes públicos; por el tercero, dado por el pre-tor Salvio Juliano, se confería al arrendador la posesión de las cosas que el colono hubiere obligado al pago de los cánones de arrendamiento. Este interdicto dábase también al acreedor pignoraticio o hipotecario para obtener la po-sesión de las cosas dadas en prenda o hipoteca y entonces se llamaba cuasi-salviano; por el cuarto, quod legatorum, se daba acción en contra de los legatarios que abusivamen-te entraban en posesión de sus legados sin su intervención.

Los Retinendae possessionis causa servían para am-parar al poseedor de cualquiera que pusiese impedimento violento y eran de dos especies: a) el uti possidentis; y b) el utrubi. El primero, uti possidentis servía para la posesión de los predios rústicos y de los urbanos la fórmu-la se dirigía a ambas partes, en este sentido eran dobles. Este interdicto prescribía al año de la violencia si no se ejercitaba; el segundo, es decir el utrubi, era para las cosas muebles y como el anterior se dirigía a los dos liti-gantes. Este interdicto se concedía al que había poseído la cosa más tiempo durante el año último se contaba a la in-versa desde la fecha del interdicto; en estos dos interdic-tos cualquiera de las partes podía salir condenada.

Los *Recuperandoe possissionis causa protegianal* poseedor para que recobrar su posesión que había perdido por una usurpación violenta o por otra causa que no fuera su voluntad y eran de tres clases: a) *unde vi*; b) de precario; y c) *clandestina possissione*. El *unde vi* servía para reponer al expulsado violentamente en su posesión y lograba el resarcimiento de perjuicios causados por la violencia; se daba contra el autor material de la violencia y el intelectual y prescribía también en un año; por el segundo, de precario; se daba a favor de aquel que había entregado una cosa mueble o un inmueble mediante un título que obligaba al que la había recibido a devolvérsela y este no quería, como en el caso de un arrendatario o depositario, se daba contra los meros tenedores; y, por el tercero, *clandestina possessione*, se favorecía al poseedor que había sido despojado de la posesión de un inmueble clandestinamente; este interdicto posesorio duró relativamente poco, mejor dicho perdió eficacia desde que se aceptó que la posesión de los inmuebles podía conservarse nudo *animo* y por lo tanto no podía perderse clandestinamente. A este respecto dice Petit que los actos de posesión en los inmuebles son menos frecuentes y que el poseedor podía ausentarse y otro invadir el fundo sin que el lo supiera y así perder su posesión; por esto se admitió que la posesión no se perdía si se ocupaba la cosa sin el conocimiento del poseedor. Esta situación cesaba al tener conocimiento del hecho.

Los *Tan adipiscendoe quam recuperandoe possissionis causa* tenían un doble fin, se daban a veces para adquirir una posesión jamás tenida y otras para recobrar la pérdida; podían ser de tres especies: a) *quem fundum*; b) *quem hereditatem*; y c) *quem usufructum*. Por el *quem fun-*

dum se daba la posesión del inmueble al reivindicante aun que el juicio no se encontrara sentenciado, pero sólo en el caso que el demandado, es decir el poseedor del inmueble se negara a rendir la caución *judicatum solvi*; por el *quam hereditatem* se confería la posesión al que en petición de herencia reclamaba la cosa cuando el demandado no rendía la caución a que antes me he referido; y por el tercero, el *quem usufructum*, se daba la posesión al igual que en los casos anteriores al que demandaba un derecho de usufructo.

Los interdictos no posesorios se daban muy raras veces, eran poco frecuentes y por ende de poca importancia, cita Cauder algunos: de mortuo inferendo, de sepulchro oedificando, ne quid in loco sacro fiat, de loco publico fruendo, de fluminib, de ripa municnda, etc. Generalmente eran acciones públicas.

Antes de terminar la parte de este trabajo referente a la posesión en el Derecho Romano, quiero referirme a una acción muy importante y peculiar basada en una ficción entre los romanos y en una realidad entre nosotros (32). Los romanos dividían las acciones en reales o *in rem* y personales o *in personam* y al igual que entre nosotros las reales se referían a un bien determinado, "era una disposición general" sin referirse a una persona; las personales eran en contra de una persona determinada que por su voluntad o por la ley estaba obligada. Estas acciones ya fueran *in rem* o *in personam* podían ser o bien civiles u honorarias o pretorianas; las civiles provenían del *ius civile*, es decir, por las leyes, las constituciones imperiales, los plebiscitos, los *senadoconsultos*, las inter-

(32) E. Rubón de Coudar, ob. cit.

pretaciones de los jurisconsultos y el uso; las pretorianas eran provenientes de los edictos de los magistrados. La mayoría de estas acciones, dice Couder, fueron introducidas por los pretores "acciones poetricae" y por los ediles "acciones adilitiae", estas acciones eran de naturaleza igual y su única diferencia era la autoridad de la cual emanaban.

Las acciones pretorianas in rem eran: 1) La publiciana; 2) La contraria a la publiciana; 3) La acción pauliana; y, 4) La serviana y cuasi serviana o hipotecaria. Me referiré a la acción publiciana.

Una cosa hay que dejarla clara, por la acción reivindicatoria se trata de reclamar la cosa misma, su posesión, pero jamás el dominio de ella pues éste es del reivindicador. La acción reivindicatoria se llama de dominio porque solo la puede ejercer el dueño y no porque se vaya a reclamar éste. En el derecho romano sólo el propietario quiritario podía recobrar la cosa de la cual había sido desposeído, por medio de la reivindicatio. Pero por excepción se daba al poseedor esta acción cuando estaba en aptitud de poder ganar la cosa por la usucapión. Imaginemos un caso: una persona ha estado poseyendo una cosa, su posesión es buena, reúne los requisitos necesarios y para el caso está en víspera de cumplir el tiempo requerido para ganar la cosa por la usucapión, pero este poseedor es despojado de la cosa por un tercero, que puede hacer? él no es dueño de la cosa pese a que su situación sea contemplada y tutelada por el derecho. Publicio, un pretor, y por eso su nombre, creó una acción imaginaria, mediante la cual se entendía que el poseedor ya había cumplido el tiempo necesario para usucapir la cosa y que podía ejercitar una acción in rem, una verdadera reivindicación aunque no

fucra el dueño y así poder recobrar la cosa.

Dije antes que para los romanos la acción publiciana descansaba en una ficción, en hacer de caso que el poseedor ya había cumplido el tiempo necesario para usucapir la cosa. Comparemos esto; el artículo ochocientos noventa y seis de nuestro Código Civil a la letra dice: Se concede la misma acción (la reivindicatoria), aunque no se prueba dominio al que ha perdido la posesión regular de una cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción....., pero yo me pregunto, quien es el que está en el caso de poder ganar la cosa por prescripción?, veamos un caso: el poseedor de una cosa mueble tiene exáctamente dos años once meses de estar en posesión; otro caso: el poseedor de un inmueble, tiene nueve años once meses de estarlo poseyendo. Serán capaces de poder adquirir la cosa por prescripción?, se hallarán en posibilidad como dice el Código? creo que no; estará en posibilidad el que ha poseído la cosa por el tiempo necesario o más, ya que solo así puede alegar la prescripción ante un Tribunal; pero si no ha poseído el tiempo necesario falta un elemento indispensable para que ella se dé, poco importa que casi se haya cumplido.

Entre nosotros, debe considerarse únicamente como poseedor apto para ganar la cosa por prescripción a aquel que la ha poseído por más de tres o de diez años según el caso y éste será apto para ejercitar la acción publiciana, esta es la diferencia entre la concepción romana y la nuestra con respecto a una misma acción, para ellos descansaba en una ficción, en hacer de caso que el tiempo ya se había cumplido, para nosotros nó, obedece a una realidad el poseeder ya cumplió el tiempo, lo que no ha hecho es, por falta de oportunidad, alegar la prescripción.

Otra de las acciones *in rem* honorarias o pretoria-
nas era la acción rescisoria de la usucapión o contraria
a la publiciana y por esta razón la menciono. En la ac-
ción publiciana se presumía cumplida la usucapión aunque
no lo estuviera, en la rescisoria de la usucapión existía
otra ficción solo inversa a la anterior en cuya virtud se
hacía de caso que la usucapión ya cumplida realmente, no
lo estaba; era una acción destinada a que la justicia br
llara sobre el rigorismo del derecho civil; se citan como
ejemplos el que se ausenta por cumplir un servicio públi-
co o porque cae prisionero de los enemigos, *in hostium po*
testate, al regresar podía reivindicar la cosa como si la
usucapión no se hubiese cumplido en su contra. Esta ac-
ción se daba contra el que primero fue poseedor, y des-
pués, por la usucapión llegaba a ser dueño de la cosa.

TITULO IV

LA POSESION EN NUESTRO DERECHO CIVIL.

CAPITULO I

GENERALIDADES

Siguiendo el desarrollo de este trabajo me toca a hora hacer referencia a la posesión en nuestro derecho, referencia que haré en relación con las disposiciones del Código Civil, el cual la trata en veinticuatro artículos agrupados en dos capítulos que forman el título séptimo de su libro segundo.

Como la mayoría de los Códigos, el nuestro se inspira principalmente en las concepciones jurídicas del derecho romano en lo que a la posesión de los bienes toca, que a través del derecho francés, han llegado a nosotros.

A semejanza de una introducción transcribo en lo pertinente el preámbulo del Código Civil chileno con el que el presidente de ese país puso en conocimiento del Congreso el proyecto respectivo (1). Es, pues, el famoso "Mensaje" a que tanto aluden los comentaristas chilenos, documento que ayudado a redactar por don Andrés Bello lo consideran como una valiosa obra de derecho: "Acerca de la posesión, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y embigua, que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad e apariencia del dominio; no es poseedor de una finca, sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que la

(1) Andrés Bello. Opúsculos Jurídicos.

reconoce como dueño de ella. Pero, los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre.

El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostenciblemente, el dominio de ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real y por lo consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee; no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es mas que un representante del verdadero poseedor, ni inviste mas que la simple tenencia. Así los términos posesión, civil, posesión natural son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser regular o irregular; aquélla, adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero solo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva. Tal es el sistema del proyecto; sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las especies de posesión, conservando siempre una y otra el carácter genérico que consiste en la investidura de un derecho real..... Innovaciones no menos favorables a la seguridad de las posesiones y al crédito encontrareis en el título de la prescripción....."

Esto fue escrito en mil ochocientos cincuenta y cinco para el Congreso chileno, cinco años después hubie-

ra podido serlo perfectamente para el nuestro. Copiado "magistralmente" nuestro Código del chileno, las fuentes de éste vinieron a ser las de aquél y por lo tanto la romana.

Con pequeñas reformas dadas en mil novecientos dos y aparecidas ya en la edición de mil novecientos cuatro, el título de la posesión aparece inspirado en la teoría clásica romana en todo lo referente a los elementos esenciales, a los requisitos de validez y a las ventajas de poseer; se mantiene idéntico en lo que a la prescripción adquisitiva respecta y varía en cuanto a la idea del contenido material del objeto de la posesión admitiéndola aún en los derechos personales.

El fundamento de la protección posesoria por medio de acciones puede considerarse el mismo que concibieron los juristas romanos.

CAPITULO II

CONCEPTO. DOMINIO, POSESION Y TENENCIA.
NATURALEZA JURIDICA. ELEMENTOS DE EXISTENCIA. REQUISITOS DE VALIDEZ. CLASES DE POSESION. VENTAJAS DE LA POSESION.

I

C O N C E P T O

El art. 745 del Código Civil, estatuye lo siguiente: LA POSESION ES LA TENENCIA DE UNA COSA DETERMINADA CON ANIMO DE SER SEÑOR O DUEÑO, SEA QUE EL DUEÑO O EL QUE SE DA POR TAL TENGA LA COSA POR SI MISMO, O POR CTRA PERSONA QUE LA TENGA EN LUGAR Y A NOMBRE DE EL.

EL POSEEDOR ES REPUTADO DUEÑO, MIENTRAS OTRA PERSONA NO JUSTIFICA SERLO.

Del anterior concepto nacen los siguientes requisitos:

- 1) La posesión es el hecho de detentar una cosa;
- 2) Esta cosa debe ser determinada;
- 3) A la par de este hecho debe haber una intención: la de ser señor o dueño.

Resalta también, que el poseedor puede estar o no detentando la cosa y que por esto no dejará de poseer, y que una persona puede "poseer" a nombre de otra, surgiendo de aquí, la idea del mero tenedor.

El inciso último del precitado artículo expresa de una manera clara la principal característica de la posesión: la apariencia de dominio que ella dá; el poseedor se reputa dueño.

Visto aisladamente, el anterior concepto no comprende la posesión de derechos; la tenencia sólo puede ser de una cosa material y no de abstracciones de la mente como son los derechos. El artículo es incompleto; pero cuando nos dice la ley, art. 754, que la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal, reconoce y comprende los derechos.

Un concepto amplísimo que abarque las cosas materiales tanto como las inmateriales, sería: "El conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho." Al decir de Alessandri es el preferido por muchos autores (2).

(2) Derecho Civil. Arturo Alessandri Rodríguez. Ed. Zamorano y Caperan 1937.

II

DOMINIO, POSESION Y TENENCIA.

En nuestro derecho civil existen tres instituciones a simple vista muy parecidas pero que en el fondo son absolutamente diferentes; el código las puntualiza: Dominio o Propiedad, art. 568; Posesión, art. 745; y, Mera tenencia, art. 753.

Las tres, dice Alessandri (3), forman la trilogía jurídica, en la cual lo más perfecto es el dominio y, lo más imperfecto, la mera tenencia; quedando en medio la posesión como una propiedad aparente.

El dominio. Lo define el código en el art. 568: "Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario." Aunque quizás no sea del todo feliz emplear como sinónimas las palabras dominio o propiedad, pues dominio es específico y propiedad genérico, el código las emplea para significarnos el derecho más completo que podemos tener sobre una cosa.

En los orígenes de la civilización, la propiedad fue colectiva y, posteriormente, familiar (4). En Roma, el primitivo dominio quiritarario se transformó en privado y cada quien pudo adquirir, poseer y enajenar sus bienes en forma individual. Pese a la edad media, con su régimen feudal, posteriormente el de los mayorazgos y al esfuerzo de la Iglesia Católica que levantó la propiedad corporati

(3) Ob. cit.

(4) Robustiano Vera. Código Civil Chileno Comentado.

va, la propiedad privada se ha mantenido, entre nosotros, más o menos y con solo limitaciones aparentes, tal como la concibieron los romanos.

Generalmente el dominio se adquiere por hechos, como la ocupación y la accesión que no necesitan de ningún antecedente previo o por actos jurídicos bilaterales como la tradición que necesita de un título traslativo de dominio para que sea válida; y en otros casos se puede también adquirir la propiedad en virtud de la ley como cuando el dueño de un terreno adquiere parte del tesoro que etre ha encontrado en su finca. Pero en todos estos casos, ya sean hechos, actos jurídicos o la ley, de donde nazca el dominio, éste supone una relación directa entre una persona y una cosa determinada, siendo también, esta relación estrictamente jurídica y con base en la cual la persona puede gozar y disponer de la cosa.

La propiedad y la posesión se parecen en que ambas recaen sobre cosas determinadas ya sean materiales o inmateriales pues no se puede concebir la propiedad o posesión sobre algo que no se sabe concretamente que es; y en que en el dominio el propietario es señor y dueño de la cosa, lo cual se cree ser en la posesión. Pero se diferencian notablemente en que el dominio supone una relación jurídica, la posesión no; es solo una relación de hecho; el dominio solo se puede llegar a tener por un modo pues es absurdo que se pueda adquirir otra vez lo que ya es de uno, en cambio la posesión se puede tener por varios títulos como lo prescribe el art. 746 C., así un ejemplo que menciona Vera (5): "Lo compro a Juan una cosa que no le pertenecía pero entré en posesión de ella y si alguien me

(5) Robustiano Vera. Ob. cit.

la reclama, puede alegar como título el de compra y el de prescripción a la vez, es decir que puede oponer a la demanda todas las excepciones que vengan en apoyo del dominio con que me creo dueño, para rechazar la acción que se ha intentado en mi contra". Por último se diferencian la propiedad de la posesión en que aquella se protege con la acción reivindicatoria, acción real la más poderosa de todas que solo se da al dueño o al que está en posibilidad de ganar la cosa por prescripción ordinaria, llamándose en este caso acción publiciana, mientras que la posesión se defiende por medio de las acciones posesorias, que si bien es cierto, se parecen en que las dos tienen por objeto recobrar la posesión, se diferencian: a) La reivindicación solo la puede ejercer el dueño de la cosa, las acciones posesorias, el poseedor;

b) La acción reivindicatoria se ventila casi siempre en juicio ordinario y las acciones posesorias solo en juicio sumario;

c) La sentencia que se pronuncie en virtud de una acción reivindicatoria puede pasar en autoridad de cosa juzgada, la pronunciada como consecuencia de una acción posesoria, nunca; y,

d) La prescripción opera diferente, la acción reivindicatoria no se puede decir que prescribe, se torna ineficaz cuando un tercero ha ganado la cosa por la prescripción adquisitiva, en cambio las acciones posesorias prescriben al año y la querrela de restablecimiento a los seis meses.

Mera tenencia. La define el Código Civil diciendo: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestro, el usufructuario, el usuario,

el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada o secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece."

"Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno."

En la mera tenencia podemos hacer una subdivisión: la mera tenencia propiamente dicha y el precario. Se dice que la mera tenencia es la cosa en poder de un individuo. De las tres instituciones en estudio ésta es la más imperfecta; en la posesión se necesitan dos elementos el cuerpo y el ánimo de señor o dueño, en la tenencia falta el ánimo de señor o dueño, existiendo únicamente el cuerpo ya que se reconoce el dominio ajeno. En esta situación están los administradores de bienes y los curadores de bienes.

La mera tenencia tiene tres fuentes: 1) La ley; 2) La voluntad de las partes; y, 3) Una resolución judicial.

La ley originaría la detentación en el caso del usufructo del padre sobre ciertos bienes de su hijo; la voluntad de las partes, en los contratos, para el caso en un comodato o en un arrendamiento o en la constitución de un derecho real de uso o de habitación; y por resolución judicial se da la mera detentación en el caso del artículo 2009 C., en su inciso segundo, es el secuestro de bienes.

En los casos en que la voluntad de las partes originan la mera detentación pueden presentarse situaciones muy diferentes y el detentador puede encontrarse: o como tenedor de la cosa en virtud de un derecho real sobre ella, o en virtud de un derecho personal que lo une con el dueño de ella.

En el primer caso estarían los usufructuarios, los

acreedores prendarios y los que tienen derechos de uso o habitación sobre la cosa, en el segundo caso estarían los comodatarios, los arrendatarios y los depositarios.

Cuando el vínculo es un derecho real, el sujeto en realidad es un mero tenedor de la cosa, pero su derecho real sobre ella si lo posee verdaderamente; tienen sobre él un cuasi dominio en cuya virtud lo pueden reclamar o en su caso adquirirlo por prescripción; este derecho real puede ser para dar un goce completo o limitado sobre la cosa, completo en el uso o la habitación; o bien como una garantía como en la prenda la cual le está prohibido al acreedor usar, tal como lo ordena el artículo 2145 C.

Si proviene de un derecho personal, el sujeto no tiene ninguna relación con la cosa, sino con el dueño de ella, como en el caso del arrendatario o del comodatario. Para aclarar más esto, traigo a cuento un ejemplo: Si alguien me arrienda una casa, en virtud de ese contrato tiene tres obligaciones para conmigo: entregarme la cosa arrendada, mantenerla en estado de servir para el fin propuesto y librarme de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada; a cumplir esto puedo yo obligar al que me arrendó la cosa con base al contrato que hemos celebrado; pero veamos otro caso: si yo tengo derecho de usufructo sobre una finca, el nudo propietario únicamente está obligado a no hacer cosa alguna que me perjudique el ejercicio de mi derecho, a no ser con mi anuencia, pero no tiene que ponerme en el goce de la cosa. El art. 1712 del precitado Código habla de las obligaciones del arrendante a que antes me he referido y el artículo 782 la del nudo propietario; ante estas dos disposiciones Alessandri (6) dice:

(6) Ob. cit.

"Como sujeto pasivo de un derecho real, el propietario, solo tiene que abstenerse de embarazar su ejercicio pero no de poner al sujeto activo en el goce de la cosa y he aquí la diferencia entre el derecho real de goce y el de recho personal de goce como en el arrendamiento".

La mera detentación nace por regla general, como hemos visto, de un acto arreglado a derecho o de la misma ley, de un título cierto y en esto estriba otra diferencia con la posesión, pues ésta perfectamente puede ser irregular.

Si la ley o el acto que ha hecho surgir la detentación, continúa en vigencia, ella subsiste indefinidamente por todo el tiempo que aquél; el artículo 755 C., lo establece: "El simple lapso de tiempo no muda la mera te nencia en posesión.....", lejos de eso la sola existencia de un título de mera tenencia hace presumir legalmente la mala fe del que se pretende poseedor y para el caso si desea adquirir la cosa por prescripción extraordinaria deberá probar la inacción del dueño y su posesión exenta de vicios por el lapso de treinta años, artículo 2249. Este artículo que acaba de mencionar y el 766, con tiemplan los casos, anormales por cierto, en que la mera tenencia se convierte en posesión en el primer caso cuando el mere tenedor prueba la inacción del propietario y su posesión exenta de vicios durante treinta años; y en el segundo, cuando el tenedor enajena la cosa a su nombre, vendiéndola por ejemplo, el que así la adquiera co mienza ya a poseerla, poniendo fin a la posesión anterior.

No siendo el mero tenedor, poseedor de la cosa, desde luego que no puede hacer uso de las acciones pose sorias, su obligación será decir el nombre de la persona a

cuyo favor tiene la cosa, art. 898, y si de mala fe, estatuye el artículo siguiente, el tenedor de la cosa se da por poseedor de ella, será condenado al pago de la indemnización que por perjuicios causare al reivindicador. En lo que a defender la cosa respecta, el mero tenedor no tiene otra facultad que entablar la querrela de restablecimiento que aunque en realidad no es posesoria, tiene por objeto hacer cesar la violencia y volver las cosas al estado en que antes se encontraban.

Cuando la cosa ha sufrido un daño proveniente de un cuasi delito o delito civil, el mero tenedor, puede perseguir su reparación, aunque el dueño esté presente, si su situación como tenedor proviene de un derecho real, como sería el caso de un usufructuario o un habitador; en otros casos, que tenga que responder por ella, tendrá la misma acción pero solo en ausencia del dueño, art. 2066.

Cuando la mera detentación proviene de un derecho personal, como en el caso del contrato de arrendamiento, el artículo 1718 C., faculta al arrendatario a perseguir la reparación de los daños causados por terceros que no pretendan derechos sobre la cosa.

Hay dos acciones especialísimas, que a semejanza de las reales confieren al mero tenedor, facultad para reclamar la cosa en manos de quien esté, aún de sus presuntos dueños, la contemplada en el artículo 2011 para el secuestro y la del 2143, para el acreedor prendario. Barros Errázuriz (7) llama a estas acciones, reales; una cosa es cierta, se parecen a las reales, pero estas nacen de tener un derecho real sobre la cosa lo cual sucede en el

(7) Alfredo Barros Errázuriz. Derecho Civil. Santiago 1930.

contrato de prenda, pero nunca en el caso del secuestro, el secuestro es un mero guardián de la cosa, su acción será "especialísima" pero nunca real.

Cuando hablé de la posesión en el Derecho Romano, hice mención de la situación del precarista, el mismo autor, Barros Errázuriz (8), dice que esta palabra expresa un concepto todavía inferior al de mera tenencia, y así es; en el orden material el precarista es un mero tenedor, pero en el aspecto jurídico se diferencia de éste.

En el precario una persona entrega a otra una cosa para que la use, en virtud que ésta se lo ha rogado, pero con encargo de devolvérsela al primer requerimiento.

El artículo 1953 C. define lo que es el precario: "Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución".

"Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por la ignorancia o mera tolerancia del dueño". En el precario, como no emana de título alguno, el dueño de la cosa puede reclamarla en cualquier momento, ya que no existe plazo para su devolución y esta es la diferencia fundamental con la mera tenencia propiamente dicha.

En resumen puedo decir: El dominio, la posesión y la mera tenencia, son parecidos en el aspecto externo, así, los terceros solo se dan cuenta que una persona tiene materialmente una cosa, pero no llegan a saber si esta persona es dueño, poseedor o simple tenedor de ella.

III

NATURALEZA JURIDICA.

La vieja disputa acerca de la naturaleza jurídica

de la posesión, esto es, si constituye un derecho o un simple hecho, parece estar definitivamente zanjada en nuestra legislación civil: La posesión es un hecho. Un hecho tal vez preferido, la razón es muy obvia, el poseedor tiene la cosa en su poder y su situación es muy ventajosa, privilegiada, el poseedor parece dueño ya que lo natural es que el dueño de una cosa la posea.

Pero que se significa cuando se dice que la posesión es un derecho?, que quieren decir los autores que esto sostienen?

Según enseña Alessandri (9), estos autores han creído ver en la posesión un derecho análogo a las servidumbres o al usufructo, que consistiría en gozar de una cosa, mientras otro no justifique ser su dueño; pero estos argumentos, dice, no han tenido acogida alguna.

La teoría más difundida por estos autores, que creen la posesión un derecho, radica en que ésta es defendida por acciones; razonan así: "Si la acción es un derecho puesto en marcha, la acción reivindicatoria corresponde al derecho de dominio y las querellas posesorias a la posesión."

Esto es falso, la posesión es un hecho privilegiado, su privilegio consiste en que el poseedor tiene la cosa y como antes dije lo lógico es que el que tiene una cosa sea su dueño, esto es innegable y existe una presunción legalmente establecida a este respecto, la del inciso final del art. 745. Con la apariencia de dominio que este hecho da, es natural que el legislador lo defienda especialmente, por medio de acciones.

La paz y tranquilidad públicas se promueve en lo

(9) Ob. cit.

que a esto respecta, por medio de las acciones posesorias, evitando innumerables delitos; ni el verdadero dueño de una cosa o de un derecho real lo puede recuperar violentamente del que lo posee pacíficamente bajo la pena de convertirse en usurpador, tal como lo dice el artículo 476 en su segundo inciso, del Código Penal, delito que su nombre correcto es: "Abuso de un derecho".

En las querrelas posesorias no se discute ningún asunto de fondo, es decir el dominio sobre la cosa, se ventila un punto de hecho, como es ver quien de las dos partes es poseedor de la cosa, las acciones posesorias amparan un hecho, la posesión y no un derecho. El Código de Procedimientos Civiles lo confirma en el artículo 787, cuando habla de la excepción de "condenación del posesorio":

"El que haya sido condenado en el juicio de POSESION, no será oído en el de propiedad, sino después que haya dado pleno cumplimiento al fallo condenatorio.", y en el art. siguiente: "Si el cumplimiento del fallo condenatorio en el juicio de POSESION se retardare por culpa de la parte a quien dicho fallo favorece, podrá sin embargo el juez que haya de conocer en el juicio de propiedad fijar el término que prudentemente sea necesario, para que la condenación sea cumplida, pasado el cual podrá oírse y determinarse la demanda sobre el dominio o propiedad."

El que obtenga sentencia favorable en el juicio POSESORIO, no podrá ser actor en el de propiedad." Este último es muy lógico ya que el juicio de reivindicación se entabla contra el actual poseedor de la cosa.

Hay que sentar una premisa: Las acciones posesorias no sirven para defender ningún "derecho de posesión"; generalmente el que es poseedor tiene el derecho de dominio sobre la cosa, de esto podrá surgir la creencia que

es un derecho o dicho en otras palabras: porque mediante el hecho de la posesión es que se ejercitan los derechos; pero esto es independiente de que exista o no el derecho, para el caso, en el dominio, se puede decir que no todo propietario es poseedor ni todo poseedor propietario. Las acciones posesorias defienden la posesión en cuanto es posesión y no como un derecho. Resumiendo, la posesión es un hecho privilegiado y por regla general de conformidad al derecho, con base a esta realidad y a la paz social, nuestro legislador la ampara mediante acciones.

Pero si con todo, catalogáramos a la posesión como un derecho, en cual de las dos clases de derechos la incluiríamos?

Generalmente los derechos patrimoniales se dividen en dos grandes ramas: Los reales y los personales; estos últimos se tienen contra determinadas personas que por un hecho suyo o por disposición de la ley están obligadas y es obvio que dada la naturaleza de la posesión no la podemos tipificar entre estos. Los derechos reales se tienen sobre una cosa sin relación a determinada persona. La idea de la posesión es más compatible con esta categoría de derechos, pero una cosa es sabida la enumeración que de ellos hace el art. 567 C. es taxativa; aparte de los allí enunciados el único otro que existe es el derecho legal de retención que se da al tenedor de una cosa que tiene obligación de devolver, para que la mantenga en su poder hasta que se le pague lo que en razón de ella, en ciertos casos, haya gastado; ejemplos de esto son los arts. 802, 916, 1725, 1951, etc. En la legislación chilena, dice Alessandri, (10), se da otro derecho real, ciertas concesiones de bienes nacio-

(10) Ob. cit.

nales de uso público. También el Código Civil de ese país trae otro derecho real, art. 579: el censo, que puede ser real o personal según el caso; es personal cuando puede dirigirse contra el consuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada y, es derecho real cuando se persiga la finca acensuada. Y así podemos ver que ni entre los derechos reales contemplados por nuestra ley, ni en los contemplados por la ley chilena, que informa a la nuestra, asoma la posesión como derecho real.

El precitado autor chileno (11) dice a este respecto: "Ahora bien, el derecho real es el que se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona, en el caso de la posesión, habría una persona que derrotaría siempre al poseedor y ésta sería el propietario. En consecuencia ya no sería un derecho real, porque no podría ejercerse sin respecto a determinada persona, ya que siempre el poseedor sería vencido por el derecho del propietario."

Además, cuando la ley trata los derechos reales, los define expresamente como tales, así en el usufructo, el uso o la habitación; o da a entender que lo son como en el caso de la prenda o hipoteca; no lo hace con las servidumbres, diciendo su objeto, porque este puede ser de todas las maneras concebibles. En cambio cuando conceptúa la posesión, dice que es la tenencia de una cosa y precisamente la tenencia de una cosa solo puede ser material, un hecho y no meras abstracciones de la mente como son los derechos.

Transferencia y Transmisión de la posesión.

Como una consecuencia de la naturaleza jurídica de la posesión, ésta no puede transferirse entre vivos ni transmitirse por causa de muerte; y así es, la posesión es

(11) Ob. cit.

un hecho que principia con cada poseedor.

Algunos artículos del Código Civil nos confirman esto, el 664 y el 766, para la transferencia; y el 756 y 761, para la transmisión.

Si la posesión no puede transferirse ni transmitirse, puede agregarse la del inmediato anterior y así sucesivamente, en forma ininterrumpida la de todos los antecesores pero no la del antecesor que uno prefiera. Lo mismo en el caso de comunidad cuando ya hubo partición, el excomunero puede agregar a la parcela que le cupo en la división, el tiempo de posesión anterior, ya que según el art. 757 se debe entender que la parte que le tocó la poseyó siempre.

Nos dice Alessandri (12) que el permiso legal de agregar la posesión se fundamenta en que facilita el cumplimiento del tiempo para adquirir la cosa por prescripción:

Pero así como el agregar la posesión anterior a la propia es ventajoso, puede traer sus inconvenientes ya que según el artículo 756, el que agrega la posesión anterior a la suya, la apropia con sus calidades y vicios. (13)

IV

ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Del concepto dado por el art. 745 que la posesión es la TENENCIA DE UNA COSA determinada con ANIMO DE SEÑOR O DUEÑO, resultan los dos requisitos indispensables para su existencia. Otro artículo lo confirma, el 762: Los que

(12) Ob. cit.

(13) Alessandri y Somarriva. Curso de D.Civil. Ed. Nascimento, Santiago 1940.

no pueden administrar libremente sus bienes no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello LA VOLUNTAD y la APREHENSION MATERIAL O LEGAL.

Existe la posesión cuando se dan estos dos elementos: 1) La tenencia de una cosa determinada; y,

2) El ánimo de comportarse con respecto a ella como señor o dueño.

Como dije anteriormente nuestro legislador siguió con fidelidad la concepción romana de la posesión.

La reunión de los dos requisitos mencionados, corpore y animus, es lo que hace nacer la idea de la posesión en ciencia jurídica, en contraposición a la detentación o mera tenencia o detentación precaria, en que solo existe uno de los requisitos, el elemento externo o material, esto es, el corpore, figura a la que los romanos llamaban posesión natural.

Con sabiduría el legislador salvadoreño se acoge a las enseñanzas de F. C. de Savigny (14), quien siguiendo a los juristas romanos, además del corpore, da preponderancia al elemento subjetivo o animus, evitando así el confundir innecesariamente entre poseedores y meros detentadores como lo hace la teoría moderna u objetiva de von Ihering (15), que con un rebuscado y artificial "salvo cuando la ley no lo permita", trata de evitar esto; aunque si bien es cierto como dice Alessandri (16), al considerar la teoría objetiva que la posesión se da con solo la detentación material, se facilita grandemente la prueba, ya que ésta se dificulta en lo que al ánimo se refiere, pues es algo in-

(14) y (15) Según Dalmau y Olivart. Ob. cit.

(16) Ob. cit.

terno, ganando así la administración de justicia.

La tenencia o elemento material, es la aprehensión de la cosa, es el elemento externo de la posesión que consiste en disponer actualmente de la cosa. Como seguidores que somos de la teoría clásica y, dándosele preponderancia al elemento espiritual o ánimo, no es necesario que la aprehensión material la ejecute la misma persona en quien reside el ánimo de poseer. En forma inmediata esto proviene de la tendencia y sentimiento espiritualista francés, que mitigó en parte, la herencia del rigorismo de la época clásica del Derecho Romano, aunque si bien es cierto, en etapas posteriores de su desarrollo, la posesión se pudo conservar con solo el elemento animus aún cuando otra persona tuviera físicamente la cosa, convirtiéndose en un instrumento del verdadero poseedor, quien no la perdía; al respecto dice Petit (17): "Pero la posesión no se pierde corpore cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa, continúa poseyéndola animo suo, corpore alieno, porque el tercero retiene la cosa por cuenta del poseedor en quien reside el animus; es el instrumento de suposición."

En lo que a esto respecta nuestra legislación es sumamente clara, ya que en ella se diferencian perfectamente la calidad de poseedor de la de mero tenedor, como ya lo he expresado. Pero sin embargo, antiguamente existió entre nosotros, un artículo expreso, que siempre se conserva en la legislación chilena el cual fue suprimido entre nosotros por la ley del cuatro de agosto de mil novecientos cuatro, razón por la cual ya no apareció en la edición del Código Civil de ese mismo año, era el art. 732, que normaba así:

(17) E. Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano.

"El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no traslativo de dominio."

Para justificar el porque de esta expresión la Comisión encargada del proyecto adujo lo siguiente: (18)

"Siendo tan marcada la diferencia que hay entre la posesión y la mera tenencia se hace innecesario determinar, que aquella no se pierde por transferir ésta a cualquier título no traslativo de dominio."

El ánimo de señor o dueño. El animus es el elemento intelectual de la posesión, que consiste en la intención de comportarse como señor de la cosa. El ánimo de dueño es el eje alrededor del cual gira la institución de la posesión en nuestro derecho civil. Esta voluntad debe ser específica, concreta, encaminada a ejecutar, sobre la cosa que es objeto de la posesión, toda clase de actos que constituyan realmente o solo en apariencia el ejercicio del derecho de dominio o de cualquiera otro derecho real o personal.

La presencia de esta voluntad especial diferencia lo que es la posesión de la mera tenencia, ya que en esta última el ánimo del sujeto solo está encaminado a tener la cosa en su poder, ---- effectio tenendi en los romanos que contraponía al animus domini voluntades diferentes con las cuales delimitaban los campos entre la posesión y la tenencia, ---- reconociendo el dominio ajeno, (lo que succede siempre en todos los casos cuando a una persona se le entrega una cosa por un título que no sea traslativo de dominio).

(18) Belarmino Suárez. CC. de 1860 y sus reformas hasta 1911

Este elemento, a diferencia del corpore, si es indispensable que exista en el poseedor a excepción hecha desde luego, de las reglas especiales para los incapaces.

Concluyendo: la posesión necesita para su existencia de: El corpore y el Animo. El corpore es la detentación de una cosa determinada, y esta detentación puede ser física o legal de conformidad al art. 762; el corpore es lo que constituye el elemento externo de la posesión. El ánimo de dueño es el elemento principal y sello distintivo de la posesión que la diferencia con la mera tenencia; es indispensable que concurra en el sujeto que posee y constituye su elemento interno.

V

REQUISITOS DE VALIDEZ.

En este apartado me referiré a los requisitos necesarios para que la posesión sea válida. La validez debe verse en cuanto a la mayor o menor utilidad que la posesión representa según los casos que se den; y así, siendo ésta un elemento de la prescripción adquisitiva su mayor utilidad será cuando nos lleve a ella en el tiempo más breve.

La posesión cuando está exenta de vicios, es el camino más corto para poder ganar la cosa por prescripción; esta posesión es a la que nuestro Código Civil llama: REGULAR, y a la prescripción que conduce, ORDINARIA; pero la posesión puede ser viciosa, el precitado código la llama IRREGULAR, que también nos lleva a ganar la cosa por prescripción, pero por el camino más largo, treinta años, esta prescripción es la EXTRAORDINARIA. La única posesión que no nos lleva a la prescripción y que por lo tanto es inútil,

es la irregular cuando está afectada de los vicios de VIOLENCIA o de CLANDESTINIDAD.

Como ya he dicho, la posesión más útil es la exenta de vicios, que nuestro código llama regular, ella conduce a ganar la cosa por la prescripción ordinaria, tres años para las cosas muebles y diez para los inmuebles; para que exista la regularidad en la posesión deben concurrir tres requisitos,

- 1) Justo título, artículo 747;
- 2) Buena fe, aparece en el mismo artículo anterior;
- 3) Tradición de la cosa cuando el título que se invoca es traslativo de dominio; aparece, también, este requisito en el inciso último del artículo antes citado;

Que la posesión no sea violenta; o que:

Que la posesión no sea clandestina.

La posesión cuando está afectada de los vicios de violencia o de clandestinidad es absolutamente inútil y carece de toda validez ya que no es camino para ganar la cosa por prescripción. Antes del cuatro de agosto de mil novecientos dos aparecían expresamente contemplados en el Título De la Posesión. Esto merece una referencia especial.

Con anterioridad a la fecha que he mencionado, en el título de la posesión aparecían los siguientes artículos: 716: "Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina." 717: "Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente." 718: "El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento."; 719: "Existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro.

Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que, después de ejecutada, se ratifique expresa o tácitamente."; y, el art. 720: "Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella."

Estos artículos, perfectamente claros y explicativos, fueron suprimidos por la ley del cuatro de agosto de mil novecientos dos, en cuya virtud ya no aparecieron en la edición del Código Civil de mil novecientos cuatro. La Comisión respectiva razonó así: "Las disposiciones y definiciones que se hacen en estos artículos, no tienen ninguna aplicación práctica que no se halle comprendida en las reglas generales, por lo cual la Comisión (19) ha juzgado su pérfluo conservarlas."

Veamos ahora los requisitos necesarios para que la posesión proporcione su mayor utilidad.

JUSTO TITULO.

Nuestro Código Civil no define lo que es el justo título, lejos de eso entra directamente a decir los que no lo son. Doctrinariamente, siguiendo a Alessandri (20) se puede conceptuar el justo título de la siguiente manera: "El título, en materia posesoria, es la causa, el antecedente, el por qué de la posesión. Y justo título es aquél que está exento de vicios.", sigue diciendo el mismo autor "En materia de posesión, se llama título todo hecho o acto jurídico en virtud del cual una persona entra a poseer una

(19) Belarmino Suárez. Ob. cit.

(20) Ob. cit.

cosa. En otras palabras, es la razón o motivo por el cual se posee, y justo título es el que por su naturaleza habilita para adquirir el dominio, que no adolece de vicio alguno, y que ha sido otorgado por quien tenía facultad para hacerlo. En suma, JUSTO TITULO ES EL QUE DA AL POSEEDOR UN JUSTO MOTIVO PARA CREERSE DUEÑO DE LA COSA".

En la obra escrita en varios volúmenes, intitulada "Instituciones del Derecho Civil Salvadoreño" (21), meritísima labor que apareció en la penúltima década del siglo pasado, gracias al encomiable esfuerzo del jurista Dr. Salvador Valenzuela, se menciona otro concepto de justo título; dice así: "Por JUSTO TITULO se entiende la causa jurídica y legal en cuya virtud poseemos alguna cosa".

En lo que al justo título se refiere, nuestro Código Civil era más explicativo, hasta antes del cuatro de agosto de mil novecientos dos, que en la actualidad; aparecía como podía ser el justo título y sus clases. Era el art. 710 de aquel entonces: " El justo título es constitutivo o traslativo de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones en cuanto se limitan a recono-

(21) Salvador Valenzuela. Institución de Derecho Civil Salvadoreño.

cor o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo."

Este artículo fue suprimido por la ley del cuatro de agosto de mil novecientos dos y no apareció ya en la edición del Código Civil de mil novecientos cuatro.

La Comisión (22) a la cual le "debemos" esta reforma dijo: "La disposición de este artículo es puramente didáctica, por lo cual la Comisión la ha juzgado más propia de figurar en las obras de los expositores del derecho, que en el Código Civil".

La razón alegada por la Comisión en referencia me parece absolutamente inconsistente; es cierto que el Código Civil no es un texto de derecho, pero todo él es un cuerpo armónico, perfectamente ordenado y este artículo su primido, ayudaba grandemente a la comprensión de todo el Título de la Posesión. Sobradamente se conoce, en nuestra Facultad de Derecho y en los Tribunales de justicia, las consecuencias de todas estas supresiones y reformas aisladas.

Al artículo que me refiere, antes de decir que era didáctico y más propio de estar en un tratado de derecho, pudo la Comisión haberle hecho dos críticas de fondo y, talvés proponer su reforma a la manera como don Andrés Bello lo redactó primitivamente.

Estas críticas son: 1) Llama títulos constitutivos de dominio a la ocupación, accesión y prescripción, cuando en puridad de derecho son MODOS ORIGINARIOS de adquirir el dominio de las cosas. Los modos son la causa próxima, inmediata de la adquisición del dominio; los tí-

(22) Belarmino Suárez. Ob. cit.

tulos la causa remota o mediata de la adquisición del dominio, es lo que habilita a una persona para adquirirlo. Como se puede ver, entre modo y título existe una gran diferencia, aunque si bien es cierto, precisamente en estos modos originarios de adquirir el dominio de las cosas el MODO y TITULO se confunden, si yo digo refiriéndome a la ocupación: por qué adquiriré? porqué ocupé; cómo adquiriré? ocupando la cosa. En los modos derivativos no ocurre lo mismo, para esto un ejemplo: Se trata de una permuta, yo digo: por qué adquiriré? porque permuté; cómo adquiriré? por la TRADICION. Esta puede ser la razón de denominar a figuras que en realidad son modos, títulos constitutivos. El profesor Barros Errázuriz (23) lo explica así: "Pero al tratar de la posesión regular, y para el efecto de reputarla tal el Código incluye en el nombre de títulos a algunos modos de adquirir, en los cuales, no habiendo necesidad de acto jurídico previo, se confunde el título con ellos"; y,

2) Asimila a los títulos traslaticios de dominio, las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios, y los actos legales de partición. Estos títulos son los que doctrinariamente toman el nombre de DECLARATIVOS, que sólo reconocen un derecho preexistente y adquirido de otra manera, estos títulos no son la causa de la adquisición del derecho; así para el caso, en una partición de herencia, los herederos no adquieren por "el acto legal de partición", como decía el Código, sino que será por la tradicción hecha por ministerio de ley a los herederos en el momento que aceptan; además, otros artículos confirman que los títulos provenientes de un acto de partición no son traslativos de dominio, es el 1225: "Cada asignatario se reputará haber

(23) Ob. cit.

sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión"; el 2064: "La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se sujetarán a las mismas reglas que en la partición de la herencia."; el 2166: "El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca.

Podrá, con todo, subsistir la hipoteca, sobre los bienes hipotecables adjudicados a los otros partícipes, si estos consintieren en ello, y si constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria."; por último lo confirma también, un artículo referente a la posesión: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión."

Para aceptar que los títulos declarativos de dominio se asimilan a los traslaticios, tendríamos que aceptar el criterio romano a este respecto, del cual nos hemos apartado: que durante la época de la comunidad, ésta era independiente de los comuneros y que por lo tanto, los títulos que provenían de la partición eran traslativos de dominio de la comunidad a cada uno de los partícipes.

Los Maestros Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga defienden la redacción del art. 703 del Código Civil chileno, que es idéntico al que con el número 710 existió entre nosotros, de una manera brillante, por lo cual presento sus argumentaciones. Dicen al respecto los Profesores

res de la Universidad de Chile:

"Hay en el art. 703 un punto de mucha importancia, pero obscuro. Dice el art., después de definir los títulos traslaticios: "Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición". Se nos presenta la duda de saber que clase de títulos son estas sentencias: traslaticios, constitutivos, o declarativos de dominio. Demos algunas nociones previas.

Jurídicamente, la adjudicación se presenta cuando existe con anterioridad una comunidad. Entonces, la adjudicación viene a ser, lisa y llanamente, el acto por el cual, al liquidarse la comunidad, se le da a cada comunero un bien determinado en pago del derecho que sobre él tenía como comunero. Por ejemplo, si fallece una persona y deja tres herederos, se crea un estado de comunidad; si se liquida esta comunidad y se le adjudica a Pedro la casa que constituía el patrimonio de la comunidad, esto es lo que jurídicamente constituye la adjudicación. En este caso, ella no es un título traslaticio ni constitutivo de dominio, sino que es el caso más típico de título declarativo, ya que el derecho existía con anterioridad, y la adjudicación sólo ha venido a confirmar ese derecho. El título es el modo de adquirir denominado sucesión por causa de muerte (Esto es en Chile, ya que entre nosotros es la tradición). Apoyan esta opinión los artículos 1344 y 718 del Código Civil. El primero, declare, en síntesis, que si se adjudica a una persona un bien, se entiende haber sido dueño de él exclusivamente desde el momento del fallecimiento del causante. El 718 manifiesta que "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión."

Pero es necesario buscar alguna explicación al inciso cuarto del art. 703 C.; porque el legislador, al decir que las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición pertenecen a los títulos traslaticios, no ha cometido un error.

Acotemos para ello algunas nociones previas.

Nuestro legislador no ha tomado la palabra adjudicación en el sentido estricto de suponer la existencia de un derecho anterior sobre la cosa adjudicada. Según el legislador hay adjudicación, en el caso de que, al liquidarse la comunidad, se admitan postores extraños en el remate. Por ejemplo, Pedro y Juan son herederos y deciden liquidar la comunidad. Acuerdan para ello sacar a remate la propiedad, admitiéndole al remate postores extraños, dándole de este modo a un tercero extraño la propiedad. Jurídicamente en este caso no ha habido adjudicación: pero para el legislador la hay. De la misma manera hay también para el legislador adjudicación cuando se liquida entre los socios una sociedad. Por ejemplo, tengo con Pedro una sociedad para la explotación agrícola de un fundo. Liquidamos la sociedad, y en pago de mi cuota se me da la mitad del fundo. Sabemos que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios que la han formado individualmente considerados. Por lo tanto, jurídicamente, no hay adjudicación, porque el fundo pertenecía a una persona distinta del socio. Pero para el Código la hay. Aún más, el legislador llama adjudicación al caso en que, sacándose a remate una propiedad, se remata a favor de un tercero. También en forma errónea, porque la persona que adquiere no tenía nigún derecho anterior sobre la cosa.

Tratemos, ahora, de explicar el art. 703 C. Podría darse en primer lugar, la explicación de que el legis

lador al decir que las sentencias de adjudicación pertenecen a los títulos derivativos que suponen un dominio anterior y existente y contraponerlos, así, a los títulos constitutivos de dominio. Vemos que el legislador no dice que sean traslaticios, sino que pertenecen a su clase.

Otra explicación sería que el legislador, al significar que son traslaticios, se ha referido a dos de los casos puestos hace un momento: Cuando al liquidarse una sociedad se le adjudica un bien a uno de los socios en pago de la liquidación; y cuando al liquidarse una comunidad, el adjudicatario fuera un tercero extraño a los herederos.

En todo caso, cuando la adjudicación es jurídicamente tal, cuando se hace entre los comuneros que tienen un derecho en la comunidad, entonces no se trata de un título traslaticio de dominio, sino de un título declarativo del mismo. Pero la jurisprudencia no lo ha entendido así.

"El art. 703 C.", continúan diciendo los profesores chilenos, "corresponde al art. 836 del Proyecto de mil ochocientos cincuenta y tres, de don Andrés Bello, y cabe advertir que esa disposición era muy superior a la actual. Decía ese artículo que los títulos podían ser constitutivos o traslaticios de dominio. La idea estaba mucho mejor expresada que en el artículo 703, donde se dice que los justos títulos pueden ser constitutivos o traslaticios de dominio, ya que puede darse el caso de que un título, siendo injusto sea traslaticio o constitutivo de dominio. Así por ejemplo la compraventa es un título traslaticio de dominio; si adolece de algún vicio de nulidad, es siempre un título traslaticio de dominio, pero injusto.

También dice el citado artículo 836, que son traslaticios de dominio, los que por su naturaleza sirven en-

tre vivos, O EN UNA ADJUDICACION JUDICIAL. De las propias palabras de don Andrés Bello (24) se desprende que la ley no incurrió en el error de incluir las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición en los títulos traslaticios de dominio. Y al decir "en una adjudicación judicial", se estaba refiriendo el señor Bello a una adjudicación en juicio ejecutivo, pues no hablaba de juicio divisorio o juicio de partición, lo cual era correcto, porque si mañana yo ejecuto a Pedro y le saco a remate sus bienes, adjudicándose Juan la propiedad, hay aquí en realidad un título traslaticio de dominio. A este caso se refirió entonces, don Andrés Bello en su art. 836; y la Comisión Revisora lo generalizó hablando de adjudicación judicial en los juicios divisorios y en los actos legales de partición".

Puntualizadas, así, las dos posibles críticas a nuestro antiguo art. 710 y presentada la defensa que a su redacción hacen los maestros Alessandri y Somarriva, cabe preguntarse: En qué casos, cuando se adquiere una cosa por un MODO ORIGINARIO, títulos constitutivos, como los llama el Código, se adquiere sólo la posesión sin ir acompañada del dominio como es lo natural? La regla general es que si yo ocupo un animal bravo me haga dueño de él; la ocupación, modo originario de adquirir el dominio, al mismo tiempo que será el modo, me servirá de título; pero puede darse el caso que en realidad el animal tenga dueño y como es característica del dominio su exclusividad es decir que sobre una cosa solo puede existir un derecho de dominio, independiente desde luego de los casos de co-propiedad, yo no adquiriera la propiedad de éste, sino que sólo la

(24) Alessandri y Somarriva. Ob. cit.

posesión. Alessandri (25) lo explica así: "Puede acontecer en ciertos casos determinados, que estos modos de adquirir, no nos lleven hasta adquirir el dominio de la cosa sino que únicamente nos sirven para adquirir la posesión, como, por ejemplo, en el caso del que se apodera por error de un animal doméstico en la creencia de que es bravo. Esta ocupación no hace adquirir el dominio; pero sí, sirve de justo título para, que junto con la buena fe, comenzar a prescribir. Lo mismo puede decirse respecto de la accesión. Si no cumplo con las reglas o incurro en un error de hecho, la accesión no me da la propiedad, pero me sirve para adquirir por prescripción el terreno".

Al hablar del justo título, surge en la legislación salvadoreña, un problema sin solución que lo heredamos de las famosas reformas al Código Civil. En toda la legislación civil, referente a la posesión, no aparece que sea necesario que el título, para ser justo, emane del dueño de la cosa; en el Código Civil chileno, fuente del nuestro, tampoco aparece en ese cuerpo de leyes, la venta de cosa ajena vale; en el nuestro, la venta de cosa ajena no vale, el artículo fue reformado.

Ninguna de todas las otras reformas, creo yo, han sido tan poco felices como ésta, ni han traído tantos trastornos; talvés sólo se le compara la que le quitó a la Sucesión por Causa de Muerte, su calidad de modo de adquirir el dominio.

El primitivo artículo decía así: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo". El artículo en mención, quedó redactado tal como

(25) Ob. cit.

se encuentra en la actualidad: " La venta de cosa ajena y la compra de cosa propia no valen: el comprador que ignoraba el vicio del contrato, en el primer caso tiene derecho a los daños y perjuicios, aun contra el vendedor de buena fe; en el segundo, podrá pedir que se le restituya el precio."

La Comisión (26), trató de justificar su manera de pensar, así: "En la reforma de este artículo se dispone en teramente lo contrario de lo que estaba establecido anteriormente, aunque en el fondo queda siempre la misma disposición. La venta de cosa ajena vale, decía la ley con gran inconsecuencia, sin perjuicio de los derechos del due ño mientras no se extingan por la prescripción. Esta venta, dice la reforma, no vale; pero como la nulidad es relativa, puede subsanarse por la ratificación y confirmarse por prescripción, dejando entre tanto subsistentes, como es ló gico, los derechos del dueño. En todo caso, se sienta una regla más moral, más armónica y más justa, consultando la esencia del contrato que supone siempre en el vendedor el derecho de dominio. Además se ha comprendido en el artículo de la reforma, lo relativo a la compra de cosa propia, porque siempre es una venta de cosa ajena, y solo se han separado los efectos de uno y otro contrato por lo que tie nen de distinto."

Esta reforma, como siempre, vino a dar al traste con la armónica legislación civil. Hasta antes de la reforma, eran perfectamente aplicables y concordantes con toda la legislación, los artículos 663 y 664 C.; la tradición hecha por el que no era dueño de la cosa, era váli da, no transfería el dominio desde luego, ya que de él ca

(26) Belarmino Suárez. Ob. cit.

recía el tradente, pero el título traslativo de dominio del cual era efecto esa tradición, era justo título y si había buena fe, surgía la más valiosa y útil de las posesiones: la posesión regular.

Alessandri (27), quizás a sabiendas de lo que aquí ocurre, esboza el problema, así: "No es necesario que el título emane del propietario de la cosa; por el contrario, muchas disposiciones del Código conducen a la solución o puesta, entre ellas el art. 682 (663 entre nosotros). Al tratar de la tradición, dijimos que ésta podía ser efectuada por quien no era dueño de la cosa, y que en estas condiciones la tradición era válida, pero no transfería el dominio. Concuerdá con esta disposición, la del art. 1815 (1619 entre nosotros), que declara válida la venta de cosa ajena." Concluye así este autor: "SI FUERA NECESARIO QUE EL TITULO EMANARA DEL DUEÑO DE LA COSA NO HABRÍA POSESION REGULAR POSIBLE." Y así es, pues si el verdadero dueño fuera el que hace la tradición, siempre transferiría el dominio y no se podría dar el caso de posesión regular sin dominio.

Como consecuencia de lo anterior surge otro problema. Tenemos que entre nosotros, a causa de las reformas, el título debe emanar del verdadero dueño de la cosa, para ser justo, si no es injusto. El artículo 748 C., enumera los títulos injustos, es taxativo, ya que la regla general es que los títulos sean justos, debiéndose por lo tanto interpretar restrictivamente; en lo que a esto respecta, todos los tratadistas son contestes. Dice así: "No es justo título:

lo. El falsificado, esto es, no otorgado real-

(27) Ob. cit.

mente por la persona que se pretende:

2o. El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo:

3o. El que adolece de algún vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal, o por decreto judicial, no lo ha sido:

4o. El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya declarado como tal, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido".

Este último inciso, también sufrió reformas por ley del veintidós de octubre de mil novecientos tres y en lugar de decir: "... a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título...", aparece como está en la actualidad".

Todas estas cuatro categorías de títulos injustos adolecen del mismo defecto: Son falsos, sólo los comprendidos en el número tercero, adolecen específicamente de algún vicio de nulidad, ya sea esta absoluta o relativa.

Como se puede ver, en el primer caso el título no emana de la persona pretendida; en el segundo, el título proviene de una persona que no es representante legal de la que se pretende, o no es su mandatario o el mandato es nulo; y, en el cuarto caso, por cualquiera razón, ni el heredero ni el legatario son tales. En estos

tres numerales, no hay un sustantivo que nos diga que la injusticia del título proviene de que no emana del verdadero dueño de la cosa, su falta de valor radica en que no son verdaderos pero no en la carencia de dominio del que los otorga. Jurídicamente este es el fundamento de los títulos que no son justos y que taxativamente enumera el artículo 748 de nuestro Código Civil. Siendo ésta la situación, surge la pregunta siguiente: Si entre nosotros la venta de cosa ajena no vale y la enumeración que de los títulos injustos hace el artículo 748 C. es taxativa, EN QUE CATEGORIA DE LOS TITULOS INJUSTOS CONTEMPLADOS POR EL CODIGO INCLUIRIAMOS EL PROVENIENTE DE UNA VENTA DE COSA AJENA?

Forzadamente sólo en el numeral tercero, tendría cabida. Este numeral trata de los títulos que adolecen de alguna nulidad, ya sea absoluta o relativa; siguiendo el criterio de la Comisión que reformó el artículo de la venta de cosa ajena, ésta sería una nulidad relativa, pues puede ser ratificada por el verdadero dueño de la cosa, pero de conformidad al artículo 1535, sabemos que la nulidad relativa ha sido establecida por el legislador en interés únicamente de las partes y el dueño de una cosa, en una venta de cosa ajena, no es parte. Si se adopta el criterio que la venta de cosa ajena está viciada de nulidad absoluta, (lo cual tampoco es del todo cierto pues de conformidad a la ley esta venta puede ser ratificada por el dueño), puede también tratar de incluirse en el mismo numeral, ya que en él no se distingue ninguna clase de nulidad. Pero con todo, la verdadera naturaleza jurídica de la venta de cosa ajena, ---complicada y desnaturalizada por la famosa reforma de la Comisión--- no ha sido nunca desentrañada y fijada entre nosotros; la ju-

risprudencia a este respecto, siendo siempre disconforme y así como en algunos fallos se le ha tomado como nulidad absoluta, en otros como relativa y no ha faltado que en sentencias se diga que es caso de inexistencia por falta de consentimiento o un caso de invalidez no regulado por el Código Civil. Con una interpretación forzada y artificial, podríamos darle cabida al título proveniente de una venta de cosa ajena en el numeral tercero del artículo 748, que se refiere a los títulos que adolecen de un vicio de nulidad, siempre y cuando, por otra parte, aceptáramos que las ventas de cosa ajena son nulas; o, hacer de caso, que a causa de la reforma al artículo 1619, el 748 ---pierde su característica de taxativo--- lo cual es contrario a las reglas de interpretación --- y se crea una nueva y especial categoría de títulos injustos: LOS QUE EMANEN DE UNA PERSONA QUE NO SEA PROPIETARIO DE LA COSA. Resumiendo, con la festinada reforma a la venta de cosa ajena, al estatuir que no vale, se creó en materia posesoria una gran confusión, así: 1) No se sabe exactamente en cual de las cuatro categorías de títulos injustos, que taxativamente enumera nuestro Código Civil, incluir al proveniente de una venta de cosa ajena;

2) Han perdido su correcta aplicación los artículos 663 y 664; y,

3) Lo que es peor, se han tornado casi imposibles, salvo raras excepciones, los casos de posesión regular; esto es porque, si se exige que la persona de quien emane el título sea dueño de la cosa, siempre transferirá el dominio y no se dará la situación de posesión sin propiedad.

Para terminar, según el artículo 749 los títulos que en un principio fueron nulos se pueden revalidar

por la ratificación o por otro medio legal, retrotrayéndose, como es de justicia, los efectos del acto a la fecha de la constitución del título. Esto no será aplicable desde luego a los casos en que la nulidad sea absoluta, ya que no puede ser saneada por la ratificación ni el lapso de tiempo a menos que transcurran treinta años de prescripción extintiva.

LA BUENA FE.

En su artículo 750, el Código Civil, define lo que es buena fe: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio."

Y la explica así: "Así en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato."

Doctrinariamente podemos conceptuar la buena fe, "como el convencimiento sincero que tiene la persona de que ha adquirido la posesión en conformidad a los preceptos legales y de quien era dueño de la cosa."

Alessandri (23), de quien es el anterior concepto, contrapone a la buena fe, la mala fe: "Es mala fe la conciencia o convencimiento de haberse adquirido la cosa a sabiendas, de quien no era dueño, o a sabiendas de que no se cumplían las prescripciones legales."

La buena fe, es el segundo de los requisitos de la posesión más valiosa: la regular. Debe existir únicamente al momento en que ella se inicie, el art. 747 lo dice:

(23) Alessandri, ob. cit.

"La posesión puede ser regular o irregular. Se llama po sesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; AUNQUE LA BUENA FE NO SUBSISTA DESPUES DE ADQUIRIDA LA POSESION. Se puede ser por consi guiente poseedor regular y poseedor de mala fe como vice versa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregu lar."...; en presencia de esto es que Colin y Capitant (29) dicen: "La ley exige al poseedor honestidad pero no delicadeza".

Al hablar de este requisito tan personal como es el de la buena fe, otro concepto hay que tener presente: El error. El error se define como el falso concepto que se tiene de la realidad.

Los conceptos de buena fe y error van siempre u nidos ya que la buena fe descansa o se funda en un error. Dice el Código al respecto: "Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye u na presunción de mala fe, que no admite prueba en contra rio." El artículo en mención establece las consecuencia del error según su naturaleza.

El error de hecho en materia posesoria es concii liable con la buena fe, no excluye el uno a la otra, le jos de eso la buena fe solo puede descansar en un error de hecho. En esta materia, los casos más frecuentes de e rror de hecho son: A) Cuando se cree que de quien se re cibe la cosa es su dueño, no siéndolo; B) Cuando hay a serción de mayoría de edad por parte de un menor para o bligar al otro a contratar.

Pero por regla general esta clase de error, dada

(29) Ob. cit.

su naturaleza, se puede presentar en innumerables situaciones siempre que el falso concepto de la realidad no recaiga en la ley.

El error de derecho no es más que la ignorancia de la ley; y alegar un error en materia de derecho, no será más que alegar ignorancia de la ley. Esta clase de error, por disposición de la ley basada en el orden público, si es irreconciliable con la buena fe y su sola presencia hace presumir de derecho la mala fe, con todas las consecuencias que de ello resulten. Un ejemplo típico de error de derecho sería aquel en que una persona contrata con otra de quien sabe que es demente, pero ignorando que estos no pueden contratar porque son absolutamente incapaces. Esta ignorancia, en materia posesoria, haría presumir la existencia de mala fe de parte del contratante sano. Esta presunción de derecho, creo, rigurosísima, no debería de existir, bastaría con el hecho de ser considerada como una presunción legal pues perfectamente es concebible la existencia de un error de derecho y la buena fe; está bien que el error de derecho haga presumir la mala fe, pues en esta materia casi siempre van juntos, pero es excesivo, que por medio de una presunción de derecho no se permita en ciertos casos, que los hay, probar que se ha obrado de buena fe. Se evitarían así, casos de evidente injusticia al tipificar una conducta, sin admitir prueba en contrario, como dolosa ya que en el fondo el dolo y la mala fe están emparentados.

Los maestros chilenos Alessandri y Somarriva Undurraga dicen al respecto (30): "Cabe agregar que esta presunción de mala fe, que nace del error de derecho, es

(30) Ob. cit.

únicamente aplicable a la posesión, mas no al resto del campo del derecho."

Siempre tratando este asunto de la buena fe, el Código Civil establece en el artículo 751, una regla especial pero de aplicación en todo en campo del derecho: La buena fe se presume siempre; dice así: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria:

En todos los otros casos la mala fe deberá probarse."

En tres casos excepcionales la ley presume la mala fe: A) Cuando en materia posesoria existe un error de derecho; (31) "Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario."; B) Al hablar de la prescripción extraordinaria cuando hay un título de mera tenencia;" 3o. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción a menos de concurrir estas dos circunstancias:; y, C) Cuando establece las reglas que se observarán en caso que se rescinda el decreto de posesión definitiva de los bienes de un ausente declarado muerto cuando los poseedores de ellos ocultaron la verdad acerca del presunto muerto; "6a. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe."

El presumirse siempre la buena fe, salvo los casos anteriormente apuntados, merecen de los dos profesores chilenos citados, el siguiente comentario: "El legislador fue lógico a este respecto, porque, de haber exigido probar la buena fe, habría pedido un imposible dado

(31) Alessandri y Scmariva. Ob. cit.

el carácter interno del requisito. Por tanto corresponde a la parte que impugna la buena fe el demostrar la verdad de su alegación." Dicen también: "En otros términos, si quiero alegar que soy poseedor regular, me basta mi justo título, porque la buena fe se presume. De ahí que la otra parte es la que debe acreditar que yo estoy de mala fe."

LA TRADICION.

El último requisito de la mejor de las posesiones es en ciertos casos la tradición; dice el inciso segundo del art. 747: "Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición ..."

Como sabemos, los justos títulos pueden ser de dos especies: Constitutivos y traslativos de dominio. A los que la ley llama constitutivos, no son más que los modos originarios de adquirir el dominio de las cosas en los cuales el título se confunde con ellos. Con los modos derivados no ocurre lo mismo y la TRADICION es uno de ellos. Como seguidores que somos en lo que a esto respecta, de la corriente jurídica romana, la tradición necesita de un antecedente previo para que sea válida, lo dice el artículo 656: "Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de la venta, permuta, donación, etc.

Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere."

La tradición, es un modo de adquirir el dominio de las cosas que consiste en la entrega que el dueño haga de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad en intención de adquirirlo. Esta es la finalidad de

la tradición.

Pero en su naturaleza jurídica la tradición es casi siempre un acto bilateral ---puede ser a veces por sólo ministerio de la ley como en el caso de la herencia --- que es la consecuencia de un contrato o mejor dicho de las obligaciones generadas por un contrato.

El contrato, que por regla general antecede a la tradición, no me da a mi, en contra del otro, más que un derecho personal, pero no el dominio ni la posesión; para que los adquiera necesito que me haga la tradición.

Visto ya el problema desde el otro extremo, es natural, que si alguien invoca un título traslativo de dominio, se necesite la tradición; y así, si un poseedor fundamenta su posesión en un título de esta especie, le será necesario, también, la tradición.

La tradición por regla general, se hace de una manera expresa; pero hay casos en que la ley permite presumir que aquella se ha efectuado. Al respecto dice el art. 747 en la parte segunda de su inciso último: "La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición." Pero este mismo artículo limita los alcances de la presunción a cierta clase de bienes y derechos: "a menos que ésta haya debido efectuarse por instrumento público." Siempre refiriéndose a la misma limitación de la presunción, dice el art. 763: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por instrumento público, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio."

En la forma de efectuar la tradición, la ley hace diferencias: La manera de hacer la tradición en las cosas corporales muebles; y la manera de hacerla con los bienes raíces y derechos.

Al referirse a la tradición de las cosas corporales muebles, en el art. 765, el Código Civil, confunde el objeto de la tradición, con el derecho sobre la cosa que es el de dominio. Para Alessandri (32), lo que sucede es, que van tan unidos el derecho y la cosa mueble que para designar a aquél, designa la ley a ésta.

La tradición del derecho de dominio sobre esta clase de bienes, se efectúa significando la transferencia del derecho del tradente al adquirente y figurándola por una de las maneras que dice el Código. No se necesita de otra formalidad.

Cuando habla la ley de la manera de hacer la tradición en los inmuebles y derechos, no se refiere ya a la entrega material como en los muebles, sino que al derecho de dominio u otro derecho que pueda recaer sobre ellos.

La tradición de éstos si necesita de escritura pública, exceptuando los derechos cuyo valor no excede de doscientos colones; así para el caso, la tradición necesitará ser hecha por instrumento público cuando se trate de derechos de hipoteca, o del derecho de dominio sobre un inmueble que vale más de la cantidad arriba expresada, o cuando se haga la tradición de un legado de cosa inmueble, etc.

Ya con lo dicho anteriormente, la tradición presunta a que me vengo refiriendo, que trata el art. 747 inciso segundo, queda circunscrita a la tradición del derecho de dominio en los bienes corporales muebles y a la tradición de los derechos reales que puedan recaer sobre los inmuebles, generalmente, cuando aquéllos valgan menos de doscientos colones.

(32) Ob. cit.

nos de doscientos colones.

Pero volviendo al tema específico de este apartado, los requisitos de validez en la posesión, tenemos: La validez o invalidez de cualquier clase de posesión, la conceptuó y relaciono, con la mayor, menor o ninguna utilidad que ella nos proporcione. Cuando el hecho de la posesión va acompañado de JUSTO TITULO, BUENA FE, y en ciertos casos de la TRADICION, se dá la posesión más valiosa, más útil, la que el Código llama regular, es camino a la prescripción ordinaria, la que necesita menor lapso de tiempo.

Puede darse el caso, que la posesión no vaya acompañada de alguno o de ninguno de los tres requisitos relatados; es cierto que siempre sería camino para la prescripción, pero para la extraordinaria, la que necesita mayor lapso de tiempo para poder ser alegada, treinta años; la finalidad de la posesión, es ser la causa de la prescripción, pero es lógico que cuanto más difícil sea llegar a ésta, aunque se llegue, de MEJOR UTILIDAD Y VALIDEZ, será aquella, máxime si se tiene en cuenta la gran inestabilidad de estas situaciones. Esta es la llamada posesión irregular.

Existen ciertas circunstancias que a la posesión le quitan toda su validez, que la tornan inútil para el fin que le es asignado por la ley. Son: LA VIOLENCIA y la CLANDESTINIDAD.

Todo lo que de claro y explicativo que a este respecto tenía nuestra ley, le fue suprimido por las reformas de mil novecientos dos, apareciendo en la actualidad únicamente que el que alega la prescripción extraordinaria debe probar que su posesión ---irregular--- no es violenta ni clandestina.

Las posesiones ya sean violentas o clandestinas constituyen categorías doblemente excepcionales. La regla general es que la posesión sea regular, lo anormal es que sea irregular, ésto es la primera excepción. La segunda será cuando la posesión irregular sea además o violenta o clandestina.

Siguiendo el antiguo articulado del Código se puede conceptuar la posesión violenta así: "Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza." La fuerza puede ser actual o inminente."

Según esto, la fuerza puede ser física o moral; y ser ejercida contra el dueño, poseedor o el mero tenedor.

Por otra parte, conforme las reglas generales del derecho, es indiferente que la fuerza la emplee el interesado o sus representantes. Doctrinariamente, según Barros Errázuriz (33), la violencia es temporal, porque: "una vez que cesa la violencia, comienza la posesión útil." Y es también relativa: "El vicio de la violencia es relativo en el sentido que el poseedor violento sólo tiene una posesión viciosa respecto del poseedor anterior a quien despojó de la posesión. Un tercero extraño a los actos de violencia no podría invocar en su favor el vicio de la violencia, porque respecto de él la posesión no ha tenido tal carácter."

"Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella". Así decía el artículo respectivo del Código Civil antes de su reforma. Este vicio es más factible que exista en la posesión de muebles. En los inmuebles es muy difícil o casi

(33) Ob. cit.

imposible ocultar los actos de posesión a excepción de los que por su naturaleza sean imperceptibles como en el caso de las servidumbres inaparentes.

Este vicio, al igual que la violencia, es también y por las mismas razones, relativo y temporal, pero mientras en aquél basta su presencia en el momento inicial de la posesión para viciarla, en éste no.

VI

CLASES DE POSESION.

Nuestro Código Civil, a través de todo su articulado (34), califica a la posesión de diferentes maneras, según el punto sobre el cual esté legislando. La calificación más importante que hace es la del art. 747: La posesión puede ser regular o irregular, según provenga de justo título y haya sido adquirida de buena fe, además de que se efectúe la tradición cuando sea necesario. La posesión irregular se da cuando falta alguno de estos requisitos o todos. La importancia de esta diferenciación radica en las ventajas que la posesión va a producir.

Posesión provisoria y definitiva. Al hablar la ley de la presunción de muerte por desaparecimiento, en el art. 80 numeral quinto, dice: "... y concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido". Esta clase de posesión otorgada por el juez, convierte a los herederos del desaparecido en meros usufructuarios de los bienes; dura generalmente quince años, transcurridos los cuales, los poseedores pueden pedir que se les conceda

(34) Alfredo Barros Errázuriz, ob. cit.

la posesión definitiva; la definitiva si faculta a los herederos a que se comporten como señores y dueños de los bienes y ejecuten los actos de tales. Por excepción se concede esta clase de posesión, sin pasar antes por la provisoria, cuando; 1) Al presunto desaparecido le sobrevino alguna calamidad, como si la nave en que via jaba naufragó y han transcurrido cuatro años desde el su ceso, habiéndose justificado las demás circunstancias;

2) Cuando habiendo transcurrido los cuatro años que la ley indica, desde las últimas noticias del desaparecido, se justifica que han pasado ochenta desde su naci miento; y,

3) Cuando han transcurrido veinte años desde las últimas noticias.

En todos los casos anteriores, dice la ley, cuan do se rescinda el decreto de posesión definitiva, los de mandados se presumirán poseedores de buena fe.

Posesión notoria del estado civil. Ciertos artículos del Código Civil, nos hablan de algunos actos y conductas que hacen presumir la verosimilitud de situaciones jurídicas alegadas por ciertas personas, cuando no se tienen las pruebas particulares referentes a esos estados. Así el 327 y 328, norman que la posesión notoria del estado de matrimonio consiste en que los supuestos cónyuges se traten como marido y mujer; o que la posesión notoria del estado de hijo legítimo o ilegítimo consiste en que los padres del primero y la madre del segundo los hayan tratado como tales, para el caso proveyendo a su sustento. Es cierto que la posesión en sí, y tal como fue concebida originalmente no dice relación con estas situaciones, pero con la evolución del derecho y sobre todo por su nueva tendencia espiritualista hemos visto que se

amplió su concepto, y que primero se admitió la posesión de otros derechos reales diferentes al dominio, como el de servidumbre, para llegarse después a extender hasta los derechos personales. Siguiendo este devenir histórico, se ha aceptado que puede existir posesión, tal cual es, sobre los derechos de "personalidad". Esto se comprende más fácilmente si se tiene en cuenta que en la actualidad la posesión se define como el conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho.

Poseción de las cosas incorporales. La menciona el art. 754, es consecuencia de la evolución del derecho y susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas materiales.

Poseción proindiviso. Esta clase de posesión se da casi siempre en los casos de Sucesión por causa de Muerte y generalmente cuando dos o más personas poseen una cosa o cosas en común. Cuando se refiere a ella el art. 757 C., fija su alcance: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión."

Esto es confirmado en materia de herencias por el artículo 1225, y en materia hipotecaria por el art. 2166.

Poseción judicial, Poseción legal y Poseción efectiva. Estas clases de posesión no aparecen en la actualidad en el Código Civil, fueron suprimidas por la ley del cuatro de agosto de mil novecientos dos. Unicamente el art. 685 dice, al hablar de la inscripción de la propiedad raíz, que la persona a quien se le adjudiquen inmuebles o parte de inmuebles por un acto de partición, se le inscribirá su respectivo lote o hijuela y podrá disponer de los bienes sin necesidad de posesión judicial.

Antes de la vigencia de la ley mencionada, los artículos reformados decían así: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero a disponer en manera alguna de un inmueble mientras no preceda decreto judicial que dé la posesión efectiva." Era el art. 702 de la edición de mil ochocientos sesenta.

"Sin embargo al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva... " De la misma edición era el art. 711 inciso último.

La misma ley reformadora, suprimió el artículo 704 que decía: "La tradición del objeto adjudicado en acto de partición o división, se verifica por el acto judicial en que se confiere la posesión efectiva."

La posesión legal era la que se confería al heredero por ministerio de ley. La Comisión (35) dijo al respecto: "Finalmente la posesión legal de que habla el artículo citado, es una posesión sui generis, que no está definida en la ley ni tiene señalados efectos propios que haya de producir; por todo lo cual la Comisión ha procurado en las modificaciones introducidas, fijar con claridad los derechos del heredero, tomando como punto de partida para la tradición el hecho de la aceptación de la herencia y dejando que la posesión sea consecuencia de aquella, con sujeción a las reglas generales." En otra parte dijo la Comisión (36), al explicar el motivo de la supresión del artículo 704: "Sentado ya que la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley al herede

(35) Belarmino Suárez, ob. cit.

(36) Belarmino Suárez, ob. cit.

dero, desde el momento de la aceptación de éste, la Comisión ve como una consecuencia natural la supresión de este artículo la cual trae por otra parte la ventaja de que no se concede a la posesión, mayor alcance del que por su significación jurídica le corresponde como lo haría la disposición citada, dando a la posesión efectiva el valor de tradición."

La posesión efectiva, era pues, la que se precedía de un decreto judicial, para poder disponer de los bienes y a ésta se refiere el Código Civil en el actual artículo 685, cuando dice que el adjudicatario podrá disponer de los bienes sin necesidad de posesión judicial.

Posesión inmemorial. En materia de servidumbres y particularmente las discontínuas y las contínuas inaparentes, el Código dice que no pueden ser ganadas por prescripción: "ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las."

Escriche (37) conceptúa esta clase de posesión, así: "Posesión inmemorial es la que excede la memoria de los hombres más ancianos, de suerte que no hay ninguno que tenga conocimiento de su origen."

Posesión actual. "La que va acompañada del goce real y efectivo de un fundo con percepción de frutos." Contra el que está en posesión actual de la cosa se encamina la acción reivindicatoria.

Posesión del crédito. En las reglas dadas por el Código Civil, en referencia a quien debe hacerse el pago, se acepta como válido, el hecho a la persona que estaba en posesión del crédito. Se presentaría este caso cuando alguien se comportara como acreedor, para el caso que

(37) Joaquin Escriche, ob. cit.

cobrara los intereses y aún el importe de la deuda o que demandare la ejecución forzada de la obligación. Asunción que podría provenir de título justo o injusto y de buena o mala fe.

Poseción no interrumpida. Tratada en la prescripción adquisitiva, es la que en su continuidad no ha sufrido suspensión por causas ya sean civiles o naturales.

En el Código de Procedimientos Civiles, cuando trata de la manera de proceder en las acciones posesorias, hace referencia a la Poseción pacífica, Escriche (38) dice: "La que se adquiere sin violencia y también la que se tiene sin obstáculo ni interrupción."

Doctrinariamente la posesión recibe otros calificativos, el precitado autor español las menciona (39).

Poseción equívoca, "la que deja dudar si el que tiene en su poder alguna cosa la posee en su nombre o en el de otro." Poseción pretoria: "La que se da a alguno en la finca redituable de su deudor para que se haga pago de sus frutos."

También habla de una antigua posesión de mayorazgo, que existió antes de ser abolida esa institución.

VII

VENTAJAS DE LA POSESION.

La simple posesión, este es, independiente de su calidad de regular o irregular, con la sola condición que no sea violenta o clandestina, produce ventajas; por regla

(38) Ob. cit.

(39) Escriche, Ob. cit.

general son cuatro: 1) El poseedor es reputado dueño, tal como lo prescribe el artículo 745 C., Esta presunción de dominio es una de las ventajas más grandes que la posesión da; conlleva otras; la de ser siempre el demandado en cualquier juicio de reivindicación sobre la cosa lo cual lo libera de la carga de las pruebas;

2) Lleva a la adquisición del dominio por la prescripción cuando transcurre el tiempo necesario y se cumplen los requisitos legales;

3) Puede hacer uso de las acciones posesorias cuando es turbado o despojado de su posesión; y ,

4) En ciertos casos, dice el profesor Barros Errázuriz, la sola posesión lleva a la adquisición inmediata del dominio, como ocurre en el modo de adquirir llamado ocupación, cuando concurren las exigencias legales.

El doctor Salvador Valenzuela (40), en su meritoria obra Instituciones del Derecho Civil Salvadoreño, llama a estas ventajas: "Consecuencias jurídicas de la posesión" y las divide en consecuencias que la posesión contiene en sí misma o consecuencias que le están unidas bajo ciertas condiciones particulares. Refiriéndose a las primeras, cita una muy importante: "Que en la duda o cuando los derechos son iguales de una y otra parte, todo litigio sobre el fondo del derecho se decide en favor del poseedor." Recuerda con esto el axioma romano que en mejor situación está el que posee.

Si calificamos la posesión en regular o irregular, las ventajas serán diferentes en una y otra.

Posesión regular. En general son tres: 1) Lleva

(40) Salvador Valenzuela, ob. cit.

a ganar la cosa por la prescripción ordinaria, que es la más corta;

2) Si el poseedor regular se halla en situación de poder ganar la cosa por prescripción, entendiéndose por tal al que ya cumplió el tiempo necesario de estar poseyendo para que se declare la prescripción al ser alegada, pero ésta no lo ha sido, o si lo ha sido, no se ha declarado todavía, puede hacer uso de la acción reivindicatoria como si fuese el dueño, aunque nunca contra éste. A esta acción la denominaban Publiciana los romanos; y,

3) Desde luego puede servirse de las acciones posesorias.

Autores de la talla de don Arturo Alessandri (41), sitúan aquí, es decir como ventaja de la posesión regular, la facultad de poder adueñarse de los frutos, parecer con el que no estoy de acuerdo ya que ello depende de la condición interna del poseedor, esto es de buena o mala fe. A este punto me referiré más adelante.

Posesión irregular. Son dos las principales ventajas:

1) El poseedor irregular puede llegar a ser dueño de la cosa por la prescripción extraordinaria de treinta años, con solo que su posesión no sea violenta, clandestina o interrumpida; y,

2) En su caso, también le es permitido usar de las acciones posesorias para defender su posesión.

(41) Alessandri, ob. cit.

CAPITULO III

SUJETOS DE LA POSESION

Al entrar al estudio de los sujetos de la posesión, un principio hay que tener muy presente: Por regla general, lo que se dice de la posesión, se dice de los poseedores; para el caso si se trata de una posesión regular, el poseedor será regular; si decimos posesión violenta o clandestina, el sujeto será poseedor violento o clandestino, etc. Con lo anterior, lo que se pueda decir de los poseedores en si, como tales, será muy poco.

Por otra parte lo que hace relación con la capacidad y el consentimiento, pertenece más bien al estudio del Derecho en general que a este punto específico, a excepción de ciertas reglas especiales sobre capacidad, en materia posesoria, como veremos más adelante, y que adquieren primordial importancia en la apropiación, conservación y pérdida de la posesión.

Un tema si es particular de los poseedores: El que sean de buena o mala fe. Este hecho es tan absolutamente inherente a la personalidad humana, tan interior, que en ello, crec, radica la excepción a la regla que lo que se dice de la posesión se dice de los poseedores. La adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe, no es consecuencia de la regularidad de la posesión, como dicen Alessandri y Somarriva (42), sino que de la situación particular de cada uno, del justo error en que hayan incurrido creyéndose dueños de la cosa. Tomando en cuenta lo anterior, resultan incorrectas las expresiones de

(42) Ob. cit.

posesión de buena fe y posesión de mala fe, únicamente los poseedores son los de buena o mala fe; y así es, el mismo Código Civil sólo hace referencia, para el caso en las prestaciones mutuas, a los propios poseedores.

En su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Don Joaquin Escriche (43), define lo que es ser poseedor, así: "El que tiene en su poder alguna cosa. Poseedor se opone a propietario; porque el poseedor de una cosa, hablando con rigor no es el propietario, ni el que tiene la propiedad de un fundo se dice su poseedor. LLAMASE PUES POSEEDOR EL QUE TIENE UNA COSA COMO PROPIETARIO, SIN SERLO REALMENTE, SEPA O IGNORE QUE LA COSA PERTENECE A OTRO. TODO POSEEDOR ES POSEEDOR DE BUENA FE O POSEEDOR DE MALA FE".

I

C A P A C I D A D.

Una de las acepciones que a la palabra capacidad, le da La Real Academia de la Lengua (44), es como la aptitud legal para ejercitar un derecho o una función civil, política o administrativa.

Para Escriche, capacidad en su aspecto jurídico, es la habilidad para contratar, disponer por acto entre vivos, o por testamento, suceder, casarse, etc.

En el art. 303, el Código Civil Salvadoreño, por definir lo que es estado civil, conceptúa lo que se debe entender por capacidad: "La calidad de un individuo, en

(43) Ob. cit.

(44) Diccionario Ed. 1925

cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles".

En materia de capacidad, el Código hace una diferenciación: La capacidad general para contratar y obligarse que está reglamentada en los Arts. 1317 y siguientes; y la capacidad especial en materia posesoria, principalmente en lo que a la adquisición de la posesión de las cosas muebles respecta.

El Derecho toma como regla general, la capacidad en las personas; lo excepcional será su incapacidad. Con base a lo anterior, todas las disposiciones que la regulan, deberán interpretarse restringidamente.

Los incapaces pueden serlo absoluta o relativamente. En los contratos, la incapacidad absoluta abarca: Los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. La incapacidad relativa, a los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y las personas jurídicas.

Pero la adquisición de la posesión obedece a otras reglas. Dice el art. 762: "LOS QUE NO PUEDEN ADMINISTRAR LIBREMENTE LO SUYO, NO NECESITAN DE AUTORIZACION ALGUNA PARA ADQUIRIR LA POSESION DE UNA COSA MUEBLE, CON TAL QUE CONCURREN EN ELLO LA VOLUNTAD Y LA APREHENSION MATERIAL O LEGAL; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que compete. LOS DEMENTES Y LOS INFANTES SON INCAPACES DE ADQUIRIR POR SU VOLUNTAD LA POSESION, SEA PARA SI MISMOS O PARA OTROS.

En general no pueden administrar libremente sus bienes, los menores de veintiun años, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

La minoría de edad comprende: a los infantes:

Los que no han cumplido siete años; los impuberos: El varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adultos: los que han dejado de ser impúberes.

De esta clasificación, los únicos que no pueden adquirir la posesión de una cosa mueble son los infantes, Los impúberes, y los menores adultos, son perfectamente capaces.

El sordomudo que no puede darse a entender por escrito, que generalmente es incapaz, puede adquirir la posesión de muebles.

El demente es absolutamente incapaz para todo.

En resumen, los menores adultos, los impúberes mayores de siete años y los sordomudos, pueden adquirir la posesión, pues tienen voluntad para ello y la ley así lo presume.

Unicamente los infantes y los dementes, por carecer en absoluto de voluntad, no pueden adquirir la posesión.

Pero este permiso legal, que favorece a personas que por regla general son incapaces, no los habilita para el ejercicio de los derechos de poseedores, para lo cual necesitan de autorización, ya que ello significa e importa, casi siempre, el contraer obligaciones.

En lo tocante a la capacidad para adquirir los bienes que no sean muebles, se rige por las reglas generales.

II

C O N S E N T I M I E N T O

La validéz del consentimiento, presupone siempre la existencia de capacidad en el sujeto.

El consentimiento, también debe ser voluntario. Para la adquisición de la posesión, este consentimiento surge casi siempre cuando aquella principia.

En los caso en que una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra, como los mandatarios o representantes legales, el consentimiento se presume dado, o suplido.

Si se trata de mandatarios, habrá que distinguir si son generales o especiales. Cuando el mandato sea general, el consentimiento será tácito; cuando sea especial, será expreso.

En general, el consentimiento siempre es anterior o coetáneo al hecho, menos cuando una persona que no es mandatario ni representante legal de otra, toma la posesión de una cosa a su nombre, pues en este caso, el consentimiento nace desde el momento que tiene conocimiento y lo acepta, pero opera retroactivamente al tiempo de haberse tomado, dicha posesión.

Como se puede ver, en el estado actual de nuestra legislación, la presencia del consentimiento para adquirir la posesión, es requisito indispensable, ya sea presunto, expreso, tácito, coetáneo a la adquisición o posterior pero con efecto retroactivo. Pero hasta antes de la vigencia de la ley del 4 de agosto de 1902, existió una forma de adquirir la posesión sin que se viera la presencia del consentimiento, ni aún la del presunto; a-

parecía en el art. 729, de aquel entonces: "La posesión de la herencia se adquiere DESDE EL MOMENTO EN QUE ES DE FERIDA, AUNQUE EL HEREDERO LO IGNORE.

El que válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás."

Para justificar la supresión de este artículo, actitud que creo acertada, la Comisión dijo: (45) "La posesión de la herencia no puede adquirirse, a juicio de la Comisión, por el solo hecho que la ley llame al heredero a aceptarla, juzgando más propio y en concordancia con lo anotado anteriormente al tratar de la tradición, que la aceptación por parte del heredero sea el punto de partida para la adquisición de todo derecho sobre la herencia. Resuelto así este punto, el inciso segundo del referido artículo, que dispone que el que válidamente repudia una herencia se entienda no haberla poseído jamás, carece ya de objeto, por lo cual la Comisión ha dispuesto suprimirlo."

Para terminar, es del caso hacer constar, que muchos autores no están de acuerdo con el empleo de la palabra "Consentimiento" en materia posesoria, pues este vocablo, dicen, significa más bien, adherirse una voluntad a la otra, o un concurso de voluntades, (así lo dice Escriche) (46), y proponen como lo más correcto el uso de la simple palabra, "Voluntad".

III

C L A S E S D E P O S E E D O R E S .

V E N T A J A S .

Los poseedores pueden serlo de buena e de mala fe,

(45) Belarmino Suárez, ob. cit.

(46) Ob. cit.

según tengan o no un justo motivo de error, que los haga creerse dueños de la cosa, y media vez, este error sea de hecho.

Siendo exigida la buena fe únicamente al momento de adquirir la posesión, ésta puede ser regular, aunque después deje de existir aquella, pudiéndose ser poseedor regular y de mala fe, o ser de buena fe, poseedor irregular.

"Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular....", norma el Código Civil en su art. 747.

De esta particular situación de cada uno es que nacen ciertos derechos y obligaciones, principalmente cuando sean condenados a devolver la cosa que se ha reivindicado, y no de que la posesión sea regular o irregular.

Será poseedor de buena fe, el que "tenga el convencimiento sincero que ha adquirido la posesión conforme a la ley de quien era dueño de la cosa". Y será de mala fe, o cuando incurra en un error de derecho o cuando crea que aquél de quien recibió la cosa no era su dueño.

VENTAJAS. A ellas llamó el doctor Salvador Valenzuela (47), en su obra citada, "Consecuencias jurídicas de la posesión que le están unidas bajo ciertas condiciones particulares".

Veremos, en materia de frutos, expensas, etc.,

(47) ob. cit.

los derechos de los poseedores ya sean de buena o de mala fe, lo mismo que sus obligaciones.

Los derechos y obligaciones mencionados, los regula la ley en el capítulo de las prestaciones mutuas, que son resultado, por lo general, de la sentencia que decide una acción reivindicatoria.

Prestaciones mutuas, dicen Alessandri y Somarriva (48), son las que se deben mutuamente reivindicador y poseedor y consisten en una serie de indemnizaciones que por diversos capítulos le adeuda el reivindicante al poseedor vencido, y, por su lado, el poseedor vencido al reivindicador.

El estudio de las prestaciones mutuas, tiene una gran importancia no solo en el caso concreto de la acción reivindicatoria, sino que también, cuando se rescinda un decreto de posesión definitiva de los bienes de un ausente declarado muerto, o en el caso de la acción de petición de herencia, que menciona el art. 1133, o en las restituciones mutuas provenientes de la declaratoria de la nulidad o la rescisión.

F R U T O S .

El poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos naturales y civiles que haya percibido antes de la contestación de la demanda.

En cambio, el poseedor de mala fe, deberá devolver los frutos naturales y civiles que haya producido la cosa, y no sólo los percibidos sino que los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si la cosa la tuviere en su poder. Si no existen

(48) Ob. cit.

los frutos, dice el Código, se deberá el valor que tenían o hubieron tenido al tiempo de la percepción; se considerarán inexistentes los que se hayan deteriorado en poder del poseedor.

Estas mismas reglas se aplicarán al poseedor que perciba frutos después de la contestación de la demanda aunque antes haya sido de buena fe; pues después de la contestación, dice Alessandri (49), la ley presume que la buena fe desaparece ya que el poseedor ha debido reconocer su verdadera situación ante el reivindicador.

D E T E R I O R O S .

En materia de deterioros, el poseedor de buena fe, no es responsable de los que que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; como, dice la ley, si destruye un bosque y vende la leña, etc.; pero esto mientras esté en la buena fe. El poseedor de mala fe será responsable de los deterioros, que por su hecho o culpa haya padecido la cosa.

GASTOS ORDINARIOS PARA LA PRODUCCION Y CONSERVACION DE LOS FRUTOS.

El poseedor ya sea de buena o de mala fe, tiene derecho a que el reivindicador le abone los gastos, que siempre que sean ordinarios, haya hecho para la producción y conservación de los frutos, ya que él, también hubiera tenido que hacerlos.

(49) ob. cit.

EXPENSAS NECESARIAS.

Estas expensas necesarias para la conservación de la cosa, pueden ser de dos clases: A) Materiales; y, B) Inmateriales; y, tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe, tienen derecho a que les sean abonadas por el reivindicador.

Las materiales en cuanto hubieren sido realmente necesarias y reducidas a lo que valgan al tiempo de la restitución. Las inmateriales, en cuanto hayan aprovechado al reivindicador y se hubieren ejecutado con mediana diligencia y economía.

MEJORAS UTILES.

Al reembolso de las mejoras útiles, que son las que aumentan el valor venal de la cosa, para el caso sembrar café o plantar bosque, tiene derecho el poseedor de buena fe, cuando fueren hechas antes de la contestación de la demanda y mientras haya permanecido en ella al tiempo de hacerlas.

El actor podrá optar ---no el poseedor a que le paguen--- por pagar lo que valen al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras o pagar lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa, siempre en dicho tiempo.

Si el poseedor es de mala fe, no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles. Unicamente puede llevarse los materiales con que fueron hechas, siempre que sea posible y media vez no se deteriore la cosa y sólo en el caso que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

Si las mejoras fueren hechas por un poseedor de buena fe, pero después de la contestación de la demanda, su situación se equipara a la del poseedor de mala fe.

MEJORAS VOLUPTUARIAS.

Se entiende por mejoras voluptuarias, dice el Código Civil, las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante.

Ni el poseedor de buena fe, ni el de mala, tienen derecho a que les sean reembolsadas. Pueden simplemente, llevarse los materiales con que fueron hechas si no ocurre ningún daño a la cosa, siempre y cuando el reivindicador rehuse pagarles el valor de dichos materiales después de separados.

Obligación propia del poseedor de mala fe, es, según el art. 906 del Código, reembolsarle al reivindicador victorioso los gastos que hubiere hecho para la custodia y conservación de la cosa, cuando ésta fue secuestrada.

Lo normal es que el poseedor vencido restituya la cosa en el tiempo que el juez señale, al reivindicador. Pero puede darse el caso, que el victorioso le adeude al poseedor las prestaciones que legalmente está obligado a satisfacerle y que se niegue a pagarlas; entonces tiene lugar el Derecho Legal de Retención que establece el art. 916 y con base al cual, el poseedor puede retener la cosa hasta que se verifique el pago o se le garantice a su satisfacción.

En relación a esto, Alessandri y Somarriva (50), piensan: "Esta disposición, es otro caso de vindicta privada dentro del Código Civil; aquí el poseedor vencido se hace justicia así mismo."

(50) ob. cit.

CAPITULO IV

ADQUISICION, CONSERVACION Y

PERDIDA DE LA POSESION.

La adquisición, conservación y pérdida de la posesión, en general y sin entrar a considerar si se trata de muebles o inmuebles, y si estos últimos están inscritos o no, obedece a reglas más bien sencillas y lógicas, que a una oscura y complicada reglamentación, como a la que hemos llegado; resultado, como siempre, de reformas esporádicas que le quitaron su armonía y regular inteligencia a la famosa Teoría de la Posesión Inscrita, de la legislación chilena.

Para tratar de comprender mejor todas estas situaciones, veremos como se adquiere, conserva y pierde la posesión de muebles e inmuebles en la legislación salvadoreña y en la chilena, fuente de la nuestra.

ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA
POSESION DE BIENES MUEBLES EN LA TEORIA
GENERAL DE LA POSESION.

Tiene perfecta vigencia en todo lo referente a los bienes muebles, tanto en Chile como en El Salvador, y obedece a reglas generales.

ADQUISICION.-

Al igual que en el Derecho Romano, si para que exista la posesión es necesario el corpore y el animus, para adquirirla, no se necesita de ningún otro requisito especial. El animus será la voluntad específica de

comportarse como señor o dueño con respecto a una cosa determinada; y el corpore, el hecho de detentar materialmente esta cosa, o bien si no se tiene realmente, al menos que se pueda disponer de ella; como dice Alessandri (51), más que por la aprehensión material, el corpus está constituido por la circunstancia de colocar la cosa a disposición del poseedor. Repitiendo lo dicho anteriormente, al hablar de las diferencias entre Posesión y Merita Tenencia, el elemento subjetivo o animus, debe forzosamente existir en el poseedor, residir en él; no así el corpus, que lo puede tener un tercero.

Por otra parte, si el título que se invoca es constitutivo de dominio, será suficiente llevar a cabo los actos indispensables para que el modo de adquirir se dé. Si se trata de un título traslativo de dominio, como por sí solo no me confiere la posesión de la cosa, sino únicamente la facultad de poder exigirle al otro contratante que me transfiera el dominio, será necesaria la tradición, de cualquier manera que sea hecha, o por escritura pública cuando es ésta exigida. "Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición." "Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por instrumento público, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio." Esto lo ordena el Código Civil, en sus artículos 744 y 763.

Al hablar de la capacidad, vimos que es especial en materia posesoria, y que, obedece a reglas propias, más amplias y tolerantes que en los contratos; así, los impúberes mayores de siete años, los menores adultos no habilitados de edad y los sordomudos que no pueden darse

(51) Ob. cit.

a entender por escrito, pueden adquirir la posesión de cosas muebles. Estos últimos, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y que por regla general son absolutamente incapaces para todo, en materia de posesión de muebles, no; los únicos incapaces absolutos son los infantes y los dementes, enumeración que por tratarse de casos excepcionales, debe interpretarse restringidamente. Estatuye el Código al respecto: "Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros."

Adquisición de la Posesión a través de otro.

Cualquiera persona, por lo general, puede adquirir la posesión de una cosa para otro. Esta aseveración la confirma el artículo setecientos cincuentinueve: "La posesión puede tomarse no sólo el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales."

La voluntad en estos casos, que debe existir en el que toma la posesión, es hacerlo para su mandante o representado. Sólo los infantes y los dementes, que como carecen de voluntad, no pueden adquirir la posesión para sí, mucho menos lo pueden hacer para otros, y esta es la excepción a la regla general.

Ahora bien, hay que distinguir dos situaciones que se pueden presentar: 1) Que el que toma la posesión para otro, sea en verdad su mandatario o su representante legal; o,

2) Que el que toma la posesión para otro, no sea

su mandatario o su representante legal, sino un mero agente oficioso.

En el primer caso, el Código Civil lo soluciona claramente: "Si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es su mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento."

El segundo caso, el del agente oficioso, lo resuelve así: "Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni representante, no poseerá ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre."

En los casos de universalidad de bienes, como en la Sucesión por Causa de Muerte, la posesión se adquiere desde el momento en que la herencia es aceptada. En esto se aparta nuestra ley de la chilena, pues en ella con el sólo hecho de ser deferida una asignación, los llamados adquieren la posesión, aunque lo ignoren; lo cual es, hasta cierto punto, antijurídico. En este aspecto, la legislación salvadoreña, es más lógica que la chilena.

Como una consecuencia de la naturaleza jurídica de la posesión, que es un "hecho", principia siempre y en cualquier caso, con cada poseedor. El Código Civil lo dice suficientemente, y como el chileno, se aparta de las corrientes doctrinarias y, especialmente de la francesa, que permiten que la posesión sea transferida o transmitida. El hecho de la posesión, principia con cada uno, independientemente del permiso legal de poder añadir a la propia, si uno quiere, la posesión de los antecesores.

CONSERVACION.-

De los dos elementos indispensables para la existencia de la posesión, sólo el animus es necesario para conservarla. Dos artículos del Código, de una manera clarísima lo expresaban: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en a-rriendo, comodato, prenda, usufructo o a cualquiera otro título no traslativo de dominio." "La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque ésta ignore accidentalmente su paradero." Estos artículos fueron suprimidos por la ley del cuatro de agosto de mil novecientos dos; la Comisión Reformadora los consideró redundantes y supérfluos con todo el espíritu que informa a nuestra legislación.

Alessandri y Somarriva afirman (52): "Este ánimo, decía Pothier, es negativo y no un ánimo persistente que deba manifestarse momento a momento. Más bien, existe mientras no se demuestre la intención contraria. Así, por ejemplo, si empiezo a poseer con ánimo de señor y dueño, el legislador considera que yo tengo este ánimo de señor y dueño, mientras no se manifieste el ánimo contrario.-- de desprenderme de la cosa, de dejar de ser poseedor y dueño. Lo mismo sucede con el individuo que después de haber adquirido la posesión, cae en estado de demencia: conserva la posesión hasta que manifieste el ánimo contrario." Si no fuera así dice Alessandri (53), no podríamos poseer una cosa mientras dormimos. La posesión, pues, como en el Derecho Romano, se conserva "Animo suo, Corpore alieno" (54).

(52) Ob. cit.

(53) Ob. cit.

(54) E. Petit, ob. cit.

PERDIDA DE LA POSESION.-

Como entre los romanos, actualmente la posesión se puede perder de varios modos y por diversas causas. Todo poseedor, puede perder voluntariamente su posesión; los infantes y los dementes, por carecer de voluntad no la pueden perder así.

La pérdida de la posesión puede darse de tres maneras distintas:

- 1) Pérdida del corpus y del ánimo;
- 2) Pérdida del corpus, únicamente; y,
- 3) Por pérdida de animus, únicamente.

La pérdida de la posesión por faltar el corpus y el ánimo, es por regla general voluntaria. Acontece cuando por su gusto, el poseedor se deshace de la cosa, como si la dona, vende, o permuta, y realiza en todos estos casos la tradición de ella. Puede también, abandonarla con la intención que otro la adquiriera. En todos estos casos, se pierde la posesión por falta de los dos elementos esenciales para su existencia y una tercera persona la adquiere.

2) La pérdida de la posesión por faltar el corpus, ocurre por regla general independientemente de la voluntad del poseedor; para el caso: a) Cuando la cosa mueble objeto de la posesión se destruye completamente por fuerza mayor, o un tercero se la destruye; b) Cuando el animal bravío logra escaparse volviendo a su libertad; c) En el caso de "las especies al parecer perdidas" (55), pues ya definitivamente salieron del poder del poseedor, y no es momentánea la ignorancia acerca de su paradero; y, d) Como dice el art. 764, se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla

(55) Alessandri y Somarriva, ob. cit.

suya.

En las situaciones anteriores, se ha perdido la posesión por falta de corpore, aunque subsista el animus, y éste no es suficiente para que la posesión exista.

3) Que se pierda la posesión únicamente por falta de ánimo, conservando el corpus, es una situación algo difícil de concebir; dice Alessandri (56), acaece en lo que antiguamente se llamaba "Constitutum Possessorium", lo menciona el Código Civil en el numeral quinto parte segunda del artículo 665: "... y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc."

Según esto, el propietario deja de ser tal y principia a reconocer el dominio ajeno, convirtiéndose en mero tenedor de la cosa y el otro se transforma en poseedor; el antiguo propietario, pierde la posesión por falta del elemento subjetivo, la intención de señor o dueño, sin embargo de que seguirá detentando la cosa.

ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION DE LOS BIENES INMUEBLES.

La "Teoría de la Posesión Inscrita", se ha desarrollado en Chile al amparo de algunos artículos del Código Civil de ese país. Esas disposiciones, son perfectamente congruentes, claras; la "Teoría de la posesión inscrita", se basa en que la tradición del dominio de los bienes raíces se puede efectuar únicamente por la inscripción del título respectivo en el Registro Conservador de Bienes.

(56) Ob. cit.

Esa institución, dice Alessandri (57), la creó el legislador chileno y la reglamentó, "no sólo por ser la propiedad raíz la base de la riqueza privada, sino para darle publicidad a la riqueza territorial y ponerla como dice el Mensaje, con que se acompañó el Código Civil, en un cuadro a la vista de todos."

Pero la realidad era otra, la mayoría de los inmuebles no estaban inscritos; el legislador, dice el mismo autor chileno, pudo obligar a los propietarios a que inscribieran sus títulos, o bien dejarlo al arbitrio de cada quien; optó por el segundo camino, "de tal manera que cuando el inmueble fuera objeto de algún acto jurídico, vendría a efectuarse la inscripción en el competente registro." (58)

La razón jurídica de la inscripción, era la siguiente: "SE CREYO QUE CON EL TIEMPO TODOS HABRIAN INSCRITO SUS TITULOS DE TAL MANERA QUE LA INSCRIPCION, POSESION Y PROPIEDAD LLEGARIAN A SER TERMINOS SINONIMOS." (59)

Siendo voluntaria la inscripción, se produjo en Chile una doble categoría de bienes inmuebles: los inscritos y los no inscritos. La existencia o no existencia de inscripción, trajo resultados muy diferentes en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión.

Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión de los inmuebles no inscritos.

Cuando los bienes raíces carecen de inscripción, siguen exactamente la misma condición que las cosas muebles. El Código chileno es claro: "Si alguien, preten-

(57) Ob. cit.

(58) Alessandri. ob. cit.

(59) Alessandri, ob. cit.

diéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde." Dice también: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan."

Este tiene lugar cuando se invoca un título constitutivo de dominio, si es traslativo, necesitará siempre de la tradición y hay que recordar que la tradición del dominio de los bienes raíces, solamente se puede efectuar por la inscripción en el Conservador de Bienes; la ley chilena, dice Alessandri (60), no hace diferencia, a este respecto, entre inmuebles inscritos o no, siendo necesaria siempre, la inscripción para hacer la tradición, aunque el inmueble no haya estado antes inscrito. Pone un ejemplo: "Así, Juan, poseedor de un inmueble no inscrito, lo vende a Pedro; para que Pedro adquiriera en este caso la posesión, es necesaria la inscripción, porque el título que invoca es traslativo de dominio, y esa inscripción debe hacerse previa publicación de los avisos exigidos, por las disposiciones anotadas."

Lo anterior es en cuanto a la posesión regular; la irregular se adquiere por el simple apoderamiento.

Como hemos podido ver, la posesión de los inmuebles no inscritos, sigue la misma condición, por regla general, que la de las cosas muebles, en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida: se adquieren por el apoderamiento, se conserva la posesión únicamente con el ánimo y se pierde para uno cuando otro se apodera de la cosa con intención de ser su dueño.

(60) Ob. cit.

Adquisición, Conservación y Pérdida de la POsesión de los Inmuebles inscritos.

Adquisición.-- En Chile, se adquiere la posesión de los inmuebles inscritos, cuando para ello se invoca un título traslativo de dominio, por medio de la tradición, la cual sólo puede ser hecha mediante la inscripción del título en el Registro Conservador de Bienes. De lo anterior, según Alessandri (61), se pueden deducir dos cosas: 1) Que basta la inscripción para que se adquiera la posesión, aunque el poseedor no entre realmente en el goce de la cosa a que la inscripción se refiere; 2) Que el simple apoderamiento material de un inmueble inscrito no sirve para adquirir su posesión ni pone fin a la posesión anterior: el que tiene título inscrito, no la pierde sino por otra inscripción."

La primera deducción, tiene su fundamento en el art. 724 del Código Chileno: "Si la cosa es de aquellas cuya inscripción deba hacerse en el Registro Conservador de Bienes nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio."

La que lleva el número dos, se basa en el art. 728: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito, transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente."

(61) Ob. cit.

El art. 726, no tiene aplicación, desde luego, en los casos en que hay título inscrito, que son precisamente las excepciones que las leyes estatuyen y que constituyen la ventaja más grande de inscribir en el Conservador, el título. "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; MENOS EN LOS CASOS QUE LAS LEYES EXPRESAMENTE EXCEPTUAN."

Alessandri (62) lo explica así: El que se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble inscrito no adquiere posesión de él. La razón es muy sencilla: para adquirir la posesión se necesita el ánimo de señor y dueño y tratándose de inmuebles inscritos el ánimo lo tiene el que tiene el título inscrito.

Cuando el título que se invoca es constitutivo de dominio no es necesaria la inscripción, basta el modo de adquirir.

Conservación.- Nos hemos podido dar cuenta que la posesión de un inmueble inscrito no se pierde sino es por la cancelación de la inscripción. Dicho en otras palabras, mientras la inscripción se mantiene vigente, por este solo hecho, se está conservando la posesión.

Aquí nace un gran problema, vigente en la legislación chilena y en la de El Salvador. La posesión no se pierde mientras existe la inscripción; pero la realidad es otra, de hecho una y mil veces podemos ser despojados de la posesión de un inmueble, aunque la inscripción subsista. Ha surgido con esto, los términos de "posesión jurídica y posesión material", para tratar de conciliar los preceptos legales con la realidad. Tenemos, pues, que la posesión jurídica no se pierde si no es por la cancela-

(62) Ob. cit.

ción de la inscripción; la posesión material es la que se pierde por vías de hecho y es la que se recobra mediante los interdictos posesorios.

Cuando una persona ha sido privada de la posesión de un inmueble, de la cual gozaba mediante título inscrito, hace uso de las acciones posesorias para recobrar la posesión material pero no para recobrar la posesión jurídica que no ha perdido nunca.

A la llamada posesión jurídica se refiere el conocido apotegma de los juristas chilenos de: "Posesión de Papel" (63); y así es, si no se hiciera la diferencia entre posesión jurídica y material, toda la protección posesoria sería irrisoria, el que tratara de recobrar la posesión que ha perdido por vías de hecho, aunque manteniendo subsistente la inscripción a su favor, fracasaría siempre al no poder comprobar que no está en posesión de la cosa.

Pérdida de la Posesión de los Inmuebles Inscritos.

Adquirida y conservada la posesión por medio de la inscripción en el Conservador de Bienes, se pierde cuando esta inscripción desaparece por medio de la cancelación.

En Chile dice Alessandri (64) la cancelación de la inscripción se puede hacer de tres modos diferentes:

1) Por voluntad de las partes;

2) Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro; y,

3) Por sentencia judicial.

Por eso dice el artículo 730 que si el que tiene una cosa en lugar y a nombre del poseedor inscrito se da

(63) Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz.

(64) Ob. cit.

por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

Las tres maneras de cancelar la inscripción, deben considerarse las únicas para poner fin a la posesión inscrita.

La primera de ellas, que es por voluntad de las partes, explica el mismo autor, se da cuando ellas convienen en dejar sin efecto una inscripción y cancelarla;

La tercera, que es por decreto judicial, ocurre cuando como consecuencia de un juicio, obtiene la posesión una persona distinta del poseedor inscrito; y,

El caso restante, en realidad es el más importante, se da con mayor frecuencia que el primero y el tercero, observa el profesor de la Universidad de Chile (65), cuando el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, se cancela la inscripción anterior por el solo hecho de verificarse la nueva no es necesario que la inscripción se cancele materialmente en el Registro Conservador de Bienes, pues esta cancelación se produce ipso jure por la nueva inscripción.

El caso en mención, que es el más común, presenta un nuevo problema: Será necesario que el nuevo título por el cual el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro sea justo?

En Chile la jurisprudencia lo ha resuelto uniformemente (66) diciendo que no es indispensable; que aún con sus defectos y vicios un título injusto, (de los enumerados en el art. 704 del Código de ese país, que equivale al 748 de nuestro Código Civil) es suficiente para cancelar

(65) Derecho Civil.

(66) Alessandri, ob. cit.

lar una inscripción en el Conservador de bienes, aunque la nueva posesión será irregular y el adquirente estará en posibilidad de ser privado de la cosa por el verdadero propietario.

ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA
POSESION DE INMUEBLES EN EL SALVADOR.

En nuestro país estos problemas se plantean de manera diferente que en Chile. El supuesto es otro: Nosotros podemos hacer la tradición sin necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz, basta una escritura pública en ciertos casos.

Con lo anterior nos separamos de la corriente chilena, pero las reformas no las hicimos completas y algunos artículos de nuestro Código Civil, los que hacen referencia precisamente a la Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión, han quedado, en parte, como si la inscripción fuera indispensable para hacer la tradición; de esto surgen grandes problemas.

Comenzaremos por hacer la diferenciación entre bienes raíces inscritos y bienes raíces que no lo están. La Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión en los inmuebles no inscritos, entre nosotros igual que en Chile, sigue la misma condición que si se tratara de bienes muebles.

La adquisición se logra por medio de un título constitutivo de dominio, como la accesión, etc. (menos la Ocupación, pues el artículo 572, dice que las tierras que no tienen dueño conocido pertenecen al Estado); o un título traslativo de dominio en que se necesitará desde luego de la tradición.

Se conserva la posesión de los inmuebles no inscritos con solo el ánimo de comportarse como señor o dueño; y se pierde la posesión de esta misma clase de bienes de la manera que prescribe el art. 764 de nuestro Código Civil: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan." Las excepciones serán en nuestra legislación, cuando la posesión se tenga por instrumento público.

ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION DE LOS INMUEBLES INSCRITOS.

Este tema en particular es uno de los más difíciles y complicados. Las reformas incompletas y las diferentes legislaciones, que como la chilena y la española han servido de base a nuestra ley, han dado motivo a un sin número de problemas.

Tratar de buscarles una salida satisfactoria es una tarea más propia del experto jurista y no de un simple principiante en las Ciencias del Derecho; sería una pretensión muy grande el creer poder llegar a la verdad en esto; voluminosos trabajos y tesis doctorales que comprenden únicamente este tema, han sido escritas y desarrolladas en forma brillante. Me limitaré a comentar brevemente los artículos pertinentes de nuestro Código Civil.

Por el hecho de no ser necesaria entre nosotros la inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz, para poder ser efectuada válidamente la tradición, se ha creado en El Salvador una tercera categoría de bienes raíces, intermedia entre las dos reconocidas por la legislación chilena: LOS INMUEBLES QUE TIENEN SUS ANTECEDENTES INS-

CRITOS, PERO QUE NO LO ESTAN A FAVOR DEL NUEVO ADQUIRENTE, A QUIEN LEGALMENTE SE LE HA HECHO LA TRADICION, PERO QUE POR CUALQUIER MOTIVO NO HA INSCRITO SU RESPECTIVO TITULO.

Tenemos pues, tres categorías de bienes raíces:

- 1) LOS QUE ABSOLUTAMENTE CARECEN DE INSCRIPCION;
- 2) LOS QUE TIENEN ANTECEDENTE INSCRITO, PERO QUE NO LO ESTAN A NOMBRE DEL NUEVO ADQUIRENTE A QUIEN VALIDAMENTE LE HA SIDO HECHA LA TRADICION DE EL; y,
- 3) LOS QUE ESTAN INSCRITOS A NOMBRE DEL NUEVO ADQUIRENTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD RAIZ.

La Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión en la primera categoría de inmuebles de las tres enunciadas, hemos visto que sigue la misma suerte que la de las cosas muebles, casi de la misma manera que en Chile.

La situación del segundo poseedor, el de un inmueble inscrito pero no a su favor, es más feliz que la del primero. Como ya hay antecedente inscrito, puede más fácilmente tratar de inscribir el título a su favor, o si éste no es inscribible, tratar de conseguir un Título Supletorio, o una Anotación Preventiva, etc. Es más, puede darse el caso que el tradente, vendiera por segunda vez el inmueble a un tercero, y este tercero, más diligente que el primer adquirente, inscriba su título antes que el otro; aún ante esta situación, el que fue negligente para inscribir su título, puede intentar todavía, contra el vendedor de mala fe, las acciones que la ley le concede.

Esta segunda clase de poseedores, conservan su posesión con el ánimo de señor o dueño, y cuando han sido despejados de ella, por medio de los interdictos posesorios, recobran la posesión material, que en verdad es la

única que han tenido.

Los poseedores de la tercera clase, son los que están en la mejor situación, tienen el derecho a su favor inscrito. Conservan su posesión mientras está vigente la inscripción, y gozan de la posesión jurídica, que no se pierde sin una nueva inscripción. Confirman lo anterior los artículos 767 y 925 del Código Civil, que estatuyen: "Cuando el que tiene una cosa inmueble en lugar y a nombre de un poseedor con título inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, SIN LA COMPETENTE INSCRIPCIÓN."

Art. 925: " La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnaria."

Para terminar, el art. 765, dice que para que cese la posesión que se tiene por instrumento público, es necesario otro instrumento en que el poseedor transfiera a otro su derecho, de otra manera el que se apodera de la cosa no adquiere la posesión de ella ni pone fin a la anterior. Entre nosotros, como una regla general, o mejor dicho como un principio fundamental, está correcto el artículo, pero hemos podido darnos cuenta que si un vendedor de mala fe vende por segunda vez un inmueble, el segundo comprador, si tiene más diligencia que el primero, puede inscribir antes su título, gozar de posesión jurídica y quedar en mejor situación que el primer comprador.

El precitado artículo tendría perfecta aplicación si para poder transferir el derecho, fuera necesaria la inscripción.

La transferencia por decreto judicial, a que se

refiere en su parte última, podría ser a consecuencia de un juicio reivindicatorio, un remate judicial, una adjudicación en pago, etc.

Cree un deber dejar constancia que lo que pueda tener de acertado la parte de esta tesis que se refiere a la Adquisición. Conservación y Pérdida de la Posesión de los inmuebles inscritos, se debe a una brillante exposición, que en forma particular, obsequió al autor del presente trabajo, el doctor Napoleón Rodríguez Ruiz.

GENERALIDADES.

Al igual que los romanos, nosotros defendemos el hecho de la posesión. Nuestra ley da a los poseedores acciones para que la defiendan, cuando les es turbada, o cuando son desposeídos. Lo que la legislación salvadoreña no concede, son interdictos para adquirir la posesión, como sucedió en el Derecho Romano, como ejemplo, los interdictos "Adipiscendoe possessionis causa, que servían para contener la posesión a sujetos que nunca la habían tenido y que por ende nunca habían sido despojados de ella.

El verdadero fundamento de la protección posesoria, se ha debatido siempre por los más brillantes autores, pero jamás han llegado a un acuerdo. La mayoría de las justificaciones tienen algo o mucho de valedero.

El autor español Dalmau y Olivart (67), incluye en su obra: "La Posesión", un interesantísimo cuadro en que agrupa las más selectas teorías dadas por insignes autores, con que tratan de explicar, o niegan, la base de la protección posesoria.

Por creerlo de suma importancia para el presente trabajo, lo resume así:

Las diferentes teorías se pueden dividir en dos grandes grupos: 1) Teorías filosófico-positivas; que reconocen siempre en la posesión una razón que legitima su defensa y

2) Teorías histórico-negativas; niegan existe un postulado jurídico que la haga necesaria.

A las primeras, o sean las filosófico-positivas, las podemos separar en Relativas y Absolutas.

Relativas: Hallan el motivo en:

A) Que su estague es un DELITO contra el poseedor. (Savigny).

(67) La Posesión, OB citada.

B) La CONVENIENCIA PÚBLICA: 1) Porque se debe evitar la -
justicia privada como contraria al estado social; 2) Por-
que el orden público exige la conservación del statu quo;
y, 3) Porque deben protegerse los "commoda possessio".

C) El principio jurídico de: 1) Que el que se encuentra -
en un estado de hecho debe ser protegido jurídicamente, -
hasta que se pruebe un derecho mejor. (Thibaut); 2) La po-
sibilidad de la existencia del derecho en la persona del
poseedor. (Puchta); y, 3) La irreprochabilidad por el que
debe creerse que toda relación externa de la persona con
la cosa existe en virtud de un derecho. (Eöder).

D) El derecho de propiedad, del cual es: 1) Su possibili-
dad o presunción. (Los Glosadores); 2) Principio, la pose-
sión es la primera manifestación del poder del hombre en
la cosa; 3) Parte de su teoría, la ley defiende sólo al -
propietario; 4) Exterioridad y manifestación, la defensa
de la posesión es la obra avanzada de la protección de a-
quella. (Ihering).

E) (Mixtas) que se protege a la vez: 1) Por el derecho pú-
blico que priva la violencia y por el privado como comple-
mento y exterioridad de la propiedad; 2) Por ser presun-
ción de la propiedad y exigirlo la conservación del statu
quo; 3) Porque es la presunción de la propiedad y porque
la ley debe reprimir las violaciones del orden público.

Absolutas: El motivo se halla en ella misma porque:

A) Existe un interés: 1) Jurídico, que debiendo conservar-
se en el poseedor las ventajas jurídicas de la posesión,
la ley ha establecido los interdictos. (Buchel); 2) Econó-
mico, la posesión sirve como la propiedad para la satisfac-
ción de las necesidades humanas. (Zachariä).

B) En el acto volitivo de la apropiación debe ser protegi-
da la: 1) Voluntad individual realizada en la cosa contra

los actos de autoridad privada; 2) La personalidad del -- hombre que siendo base de todo derecho, en la posesión se refiere inmediatamente a sí misma. (Fuchta); y, 3) La libertad humana de apropiación del mundo exterior que da en las cosas non nullius un derecho relativo contra los no propietarios. (Xant).

C) El poseedor tiene un plus juris: 1) Sobre el no poseedor que no tiene ningún elemento del derecho de propiedad; 2) que este plus juris es el derecho más limitado sobre la cosa; 3) ya que goza de la adquisición presente de la cosa, con relación a la propiedad que es su jurídica necesidad.

D) Es un verdadero derecho: 1) Este derecho es único in re. La propiedad es sólo la actio in rem. (Lenz); 2) O que este verdadero derecho nace de la ley química de la conservación de la materia y la mecánica de la fuerza. De la cristalización del derecho. (Mendtshal); 3) O este derecho es inthesi, en oposición a la propiedad derecho in hypothesis.

El derecho in thesi no requiere prueba. (Liebe); 4) O base fundamental, condición, principio y fin de todo derecho patrimonial. Debe ser protegido contra toda voluntad no legitimada judicialmente. (Kindel); y, 5) Es la exterioridad del mismo. El derecho debe ser protegido en su ejercicio, porque la voluntad humana es naturalmente jurídica. (Esta tesis, es sostenida por el autor del presente cuadro, Dalmau y Clivart). (68)

A la división que se les hace a las Teorías filosófico-positivas, en Absolutas y Relativas, se le puede agregar una más: Las mixtas.

(68) OB citada.

Mixtas: De a la vez protegida: 1)... en los derechos de la voluntad humana y por la prohibición de la justicia -- privada. (Mainz); 2)... porque el ataque a la posesión es un delito y lesiona la personalidad del poseedor. (es propia de Riedmeten. Idéntica a la idea de F. C. de Savigny.), y, 3)... por el interés económico unido a la posesión y el principio que de hecho la voluntad individual del poseedor vale por lo menos tanto como la del incompetente. --- (Windscheid).

Lo contrario a las anteriores teorías, son las Históricas-Negativas. Las divide Dalmau y Clivart, en Meramente Históricas y en Estrictamente Negativas. (69)

Meramente Históricas: Explican sólo su aparición en el derecho romano. Su conservación es hoy un anacronismo sólo dispensable por una dudosa utilidad.

A) La necesidad de fijar en el proceso in iure quien debía ser el demandado. (Bekker).

B) El ser complemento de los vacíos de la protección jurídica: 1)... en el procedimiento de las legis actionis. --- (Machelard); 2)... en el usus, en oposición al mancipio. (Roshint); y, 3)... como sistema general de perfeccionamiento.

Estrictamente Negativas: La posesión romana es una superfectación de un sistema jurídico. El estado de la ciencia no permite aún investigar un principio común jurídico que la legitime en todas las legislaciones.

Todas y cada una de las numeradas anteriores, representa una teoría distinta, ideada por diferentes autores que se han dedicado al estudio del presente tema y las cuales -- ha agrupado Dalmau y Clivart, (70) en forma sistemática y

{69} OB citada.
{70} OB citada.

clara. El fundamento de la protección posesoria, dice el citado autor, es el punto más escabroso de la teoría posesoria y en el que pueden encontrarse tantas opiniones como autores. Su base más aceptada es la de la propiedad presunta, axioma al cual elevaron, a la posesión, los jurisconsultos de los siglos dieciséis y diecisiete, hasta que apareció la inmortal obra de F. C. de Savigny, (71) en que le dio un fundamento delictual a las acciones posesorias.

Pero volviendo a la legislación salvadoreña, y tratando de hallarla atida al criterio que informó las disposiciones relativas a las acciones posesorias, vemos que se puede situar y que encaja perfectamente, en las Teorías Filosófico Positivas, que reconocen que hay siempre en la posesión, una razón que legitima su defensa, pero lo anterior, en un aspecto muy general, ya particularmente, el fundamento lo encontramos en las Teorías Filosófico-Positivas, Relativas. Estas teorías, justifican la defensa posesoria en la conveniencia pública, ya que se debe evitar la justicia privada, como decía Rudcrff (72); y en el principio jurídico de la posibilidad de la existencia del derecho en la persona del poseedor, según Buchta (73). El fundamento de la Querrela de Restablecimiento, lo podemos encontrar concretamente en la tesis de F. C. de Savigny: El ataque a la posesión es un delito contra la persona del poseedor, Esto, como nos podemos dar cuenta, lo reafirma nuestro Código Civil: "Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código Criminal correspondan".

Juristas chilenos como Alessandri, Barros Errázuriz, Sosa

(71) Según Dalmau OE citada.

(72) Dalmau CB citada

(73) Dalmau CB citada.

rriva (74), fundamental la defensa de la posesión, precisamente en el interés del legislador por lograr la paz y tranquilidad social, evitando que cada quien se haga justicia por sí mismo, y presumiendo en el poseedor un dominio aparente. El doctor Salvador Valenzuela, dice en su obra: (75) "El fundamento de las acciones posesorias es —"la necesidad de fijar desde luego la persona del poseedor, para evitar los disturbios que producirían la inclinación que tienen los hombres de hacerse justicia por sí mismos en materia de posesión, a causa de las ventajas que ésta lleva consigo en los litigios sobre propiedad;"— y es por esto que dichas acciones se ventilan en juicio sumario llamado Amparo de Posesión o de Despojo, respectivamente".

Las acciones posesorias, en cuanto a su naturaleza, jurídica, son muy particulares. Las acciones se dividen en -- reales y personales; reales son las que nacen de un derecho real, como el de hipoteca, usufructo, etc.; las personales, de un derecho personal; como sabemos, la posesión no es ningún derecho, sino un simple hecho, privilegiado, y no siendo derecho, no puede, por lo tanto, dar origen a acciones ni personales ni reales. Pero se pueden asimilar a éstas últimas si tenemos en cuenta que las acciones reales se tienen sobre una cosa sin relación a determinada -- persona, lo cual se presenta en el caso de las acciones posesorias.

Las acciones posesorias, son tratadas por nuestro Código Civil, en los Títulos XII y XIII, del Art. 918 al 951: 1) AMPARO DE POSESION; 2) RESTITUCION DE POSESION O DE DESPOJO; 3) REESTABLECIMIENTO DE POSESION O DE DESPOJO VIOLENTO;

(74) Alessandri. Dcho. Civil 1937; Barros Errázuriz D. Civil 1930; Somarriva en Alessandri y Somarriva de D. Civil 1940.

(75) CB. citada.

estas tres, aparecen en Título XII. En el Título XIII: -
1) DENUNCIA DE OBRA NUEVA; 2) DENUNCIA DE OBRA RUINOSA; -
3) INTERDICTO ESPECIAL, cuando tiene por objeto alguna de
las acciones innominadas que regula el mismo Título.

De todas estas seis clases de interdictos, estrictamente
hablando, sólo hay dos que con propiedad podemos decir que
son posesorios: el de amparo de posesión y el de restitución
o despojo. El de restablecimiento, desde el momento
que lo puede ejercer un mero tenedor, excluye la idea de
que en realidad sea posesorio. Los tres restantes que el
Código los engloba bajo el nombre de "Algunas Acciones Po-
sesorias Especiales y que comprenden la denuncia de obra
nueva, la de obra ruinosa y el interdicto especial, lo ú-
nico que de posesorio tienen es el nombre que la ley les
otorga; por esta razón, el presente trabajo hace referen-
cia únicamente a los tres primeros.

Las acciones posesorias, dice el Código Civil en el Art.
918 tienen por objeto conservar o recuperar la posesión -
de bienes raíces o de derechos reales constituidos en e-
llos.

Por su parte, el doctor Salvador Valenzuela, da el concep-
to siguiente: (76) "Acción posesoria es la que uno tiene
para conservar pacíficamente la posesión que ya disfruta,
y que otro intenta quitarle, o para recobrar la posesión
que ya gozaba y ha perdido".

La Querrela de Amparo de Posesión, tiene por objeto con-
servar la posesión de inmuebles o de los derechos reales
constituidos en ellos; la Querrela de Restitución de Pose-
sión o de Despojo, sirve para recuperar la posesión que -
se ha perdido; la Querrela de Restablecimiento o de Despo-
jo Violento, tiene por finalidad restituir la posesión o

(76) OB citada.

para tenencia de la cual ha sido privado un poseedor o me-
no detentador, por un acto o actos de violencia.

Las acciones posesorias, se ventilan, ordinariamente, en
juicio sumario; pero si la demanda es sobre restitución o
conservación de bienes cuyo valor no exceda de doscientos
colones, se deciden verbalmente por el Juez de Paz compe-
tente. El Código de Procedimientos Civiles, norma la ma-
nera de proceder en estos juicios, en dos Capítulos del -
Título VI del Libro Segundo; un tercer Capítulo del mismo
Título, da disposiciones comunes a los dos anteriores.

II

REQUISITOS.

Para que las acciones posesorias puedan prosperar, necesi-
tan de tres requisitos indispensables, y estos son:

- A) Que sobre la cosa pueda recaer acción posesoria;
- B) Que la posesión sea tranquila; y,
- C) Que la acción no esté prescrita.

1) QUE SOBRE LA COSA PUEDA RECAER ACCIÓN POSESORIA.

A tenor de lo ordenado por el Art. 919, no puede haber ac-
ción posesoria, tratándose de cosas que no pueden ganarse
por la prescripción, como las servidumbres inaparentes o
discontinuas, y las cosas que por su naturaleza son mue-
bles. La razón de lo anterior es que las servidumbres --
inaparentes o discontinuas, o mejor dicho su ejercicio, lo
constituyen actos de verdadera tolerancia que por parte
del dueño del predio sirviente son permitidos y que los
puede hacer terminar a su antojo.

Para recuperar las cosas muebles, la ley otorga únicamente
la acción reivindicatoria, ya que sobre los bienes muebles
se puede probar más fácilmente el dominio; además, Alessan-
dri y Somarriva (77) traen otras argumentaciones: a) For-
(77) CE citado.

que el ataque a la posesión de inmuebles, reviste mayor gravedad que el ataque a la posesión de un mueble; y sabemos que uno de los fundamentos de las acciones posesorias es restablecer el orden público; b) Porque respecto de los bienes muebles, casi siempre la posesión va unida al dominio; y, c) Porque el legislador, siempre a través del Código ha favorecido más a los inmuebles que a los muebles; y la razón es de carácter histórico; porque el Código de Napoleón consideraba la fortuna inmueble más importante que la mueble. (78)

Hecha la salvedad de los casos anteriores, es posible señalar como regla general: Pueden ser objeto de acciones posesorias, los bienes inmuebles que estando en el comercio humano son susceptibles de ser adquiridos por la prescripción, como los derechos de usufructo, uso, habitación, las servidumbres continuas y aparentes, etc.

2) QUE LA POSESION SEA TRANQUILA.

Este requisito lo exige el Código de Procedimientos Civiles cuando dice que el actor debe "probar su posesión pacífica". Antiguamente, el Código Civil, traía también esta exigencia y, una más: la posesión tranquila debía durar ininterrumpidamente un año completo, a lo menos. Era el inciso último del Art. que actualmente lleva el número 918, el cual fue suprimido por la ley publicada el treinta de marzo de mil ochocientos ochenta; y rezaba así: "No podrá instaurar acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo".

La finalidad que la ley perseguía al exigir un año de posesión ininterrumpida para poder instaurar las acciones posesorias era precisamente para que durante ese tiempo, proscribiere cualquier acción posesoria con que un tercero pu
(78) Alessandri y Semarribe.

diera reclamar su antigua posesión, al nuevo poseedor. -- Cuando esto sucedía, la ley presuía, aún más, la legitimidad de la posesión del actual poseedor, ya que el tercero nada reclamaba, en todo ese año. "Tenemos entonces que el nuevo poseedor esté en aptitud de ejercer los interdictos posesorios, desde el mismo momento en que se extingue el derecho de los antiguos poseedores para ejercerlos en su contra", dice Alessandri.(79)

Cuando existía el inciso en comentario y se exigía el año de posesión previa para poder incoar una acción posesoria, si tenía perfecta aplicación la parte última del inciso primero del Art. 923, ya que cuando dice el citado artículo "El propietario es obligado a auxiliarlos (al usufructuario, usuario y habitador), contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto", no se refiere a otra cosa más que a los poseedores que no tienen el año completo de posesión de sus respectivos derechos y que por ese motivo se ven precisados a llamar al propietario en su ayuda. Fuera de ello, y en la actualidad, no creo que -- tenga ninguna otra utilidad.

Lo único que en la presente época la ley vigente requiere, a este respecto, es la posesión tranquila; pacífica como la denomina el Código de Procedimientos Civiles.

Ni los poseedores violentos, ni los poseedores clandestinos pueden hacer uso de los interdictos posesorios; pero sí son hábiles, los poseedores simplemente irregulares, ya que el Código Civil, ni el de Procedimientos Civiles, hacen ningún distinción al respecto.

Los usufructuarios, los usuarios y los que tienen derecho de habitación, son hábiles también, para ejercer las acciones y excepciones posesorias, pues hay que recordar, que son verdaderos poseedores de su derecho real, y que tie-

non sobre él, un cuasi dominio como decían los romanos, que los faculta aún, para poderlos reivindicar de cualquiera, o del propietario mismo de la cosa sobre la cual recaen. Las sentencias dadas contra los sujetos activos de estos derechos reales, obligan al propietario de la cosa, menos cuando dichos fallos se refieran a la posesión del dominio de ella; lo dice el Art. 923 inciso segundo.

3) QUE LA ACCION NO ESTE PRESCRITA.

Para poder ejercitar una acción posesoria, es necesario hacerlo dentro de los plazos que la ley señala.

Las querrelas que tienen por objeto amparar o conservar la posesión, prescriben al año completo contado desde la molestia o embarazo infringido a ella.

Aquellas cuya finalidad es recuperar la posesión, prescriben también, al año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido. Pero si la posesión nueva es violenta o clandestina, se principia a contar el año desde el último acto de violencia, o desde que la posesión se hace pública. Las acciones de restablecimiento de posesión o de despojo violento, prescriben a los seis meses.

Antes del vencimiento de los plazos anteriores, pueden ser ejercitadas, útilmente, las acciones posesorias.

III

PRUEBAS.

Sabemos que el antecedente previo, para poder instaurar una acción posesoria, es la posesión pacífica del actor, y éste deberá probarlo. Deberá probar también, la perturbación o el despojo, según la naturaleza de la acción que intente.

Las reglas generales procesales, así lo ordenan: El que afirmar una cosa deberá probarla; y el actor, en una querrela posesoria, afirma ser poseedor, y que, su posesión ha sido turbada o él despojado de ella, según el caso. El Código de Procedimientos Civiles, confirma lo anterior:

"Cualquiera que, poseyendo una cosa inmueble por sí o por otro, sea turbado en su posesión, puede pedir ante el Juez de Primera Instancia competente, se le ampare en ella, OBTENIENDO PROBAR SU POSICION PACIFICA Y LA PERTURBACION";

esto es en relación al juicio de amparo de posesión. Cuando se refiere al de despojo dice: "Cualquiera que poseyendo una cosa inmueble por sí o por otro sea despojado de ella, puede pedir ante el Juez competente de Primera Instancia se la restituya, OBTENIENDO PROBAR SU POSESION PACIFICA Y EL DESPOJO". La prueba de la perturbación o del despojo, orec, no presenta el cúmulo de problemas a que da lugar la prueba de la posesión, problemas que han surgido por las diferentes interpretaciones y la mezcla de distintas legislaciones.

La prueba del despojo, se acredita, estableciendo claramente los hechos del demandado que han llevado al actor a perder su posesión.

En cuanto a la prueba requerida para que tenga lugar el amparo de posesión, es necesario que consista, dice el doctor Salvador Valenzuela (80), "En un hecho exterior que directo o indirectamente sea contrario a la posesión del demandante, de tal naturaleza que haga presumir en su autor la intención de poseer con ánimo de señor y dueño". Así un hecho de esa en terreno de otro, dice el mismo autor, no es una perturbación que da lugar a la acción posesoria, aunque sea un atentado contra la propiedad.

(80) OB citada.

PRUEBA DE LA POSESION.

En las querellas posesorias, precisamente se prueba el hecho mismo de la posesión, y no el dominio; pero se podrán exhibir títulos inscritos de dominio, para probar la posesión dice el Código, ya que al dominio va casi siempre unida la posesión.

Legislación en Chile. Comparación con la de El Salvador. El problema de la prueba de la posesión en la legislación chilena, (81) se hace presente de una manera distinta e como ocurre aquí. En ese país, se discuten los alcances de tres disposiciones del Código Civil: a) El Art. 2505, no aclarara, como entre nosotros, si la prescripción adquisitiva extraordinaria tiene lugar contra un instrumento inscrito en el Registro Conservador de Bienes: b) El 924 reza: "La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla". La disposición correspondiente, salvadoreña, después de reformas, y tal como aparece en la actualidad es: "La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y --- mientras ésta subsista, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla"; y, c) "Se deberá probar la posesión del suelo -dice el Art. 925 del Código Chileno- por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión". El artículo equivalente de nuestra legislación, después de sufrir también reformas, dice actualmente: " En los -

(81) Según Alessandri en su obra citada.

juicios posesorios en que no se presenten por ninguna de las partes título inscrito, la posesión material deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios la de cerramientos, plantaciones o sembraderas, y otros de igual significación ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".

Diferentes soluciones han dado los juristas chilenos al problema de la prueba en las querellas posesorias, según dicen Alessandri y Somarriva (82) dos son las más importantes. La primera, sostiene que ambos artículos son armónicos, así: "El Art. 924, se aplica a la prueba de la posesión de todo derecho real sobre inmuebles, excepto el dominio. En cambio el Art. 925 se refiere precisa y únicamente a la prueba del derecho real de dominio. Esta doctrina es sostenida por los que aceptan la prescripción -- contra un título inscrito". Se basan en que la ley confunde el dominio con la cosa misma, y que por eso se puede probar por hechos materiales. En cambio los otros derechos reales, como son abstracciones del espíritu, no pueden probarse por esta clase de hechos, y la única forma es por medio de la inscripción. Esta teoría dicen -- los citados autores, si bien es cierto que cuenta con algunas sentencias a su favor, es del todo inaceptable.

La segunda. Alega que la ley reconoce la existencia de dos clases de posesión de inmuebles: la inscrita y la no inscrita. El mismo criterio del legislador para ver como se adquiere, conserva y pierde la posesión, es lógico que también lo haya conservado para referirse a la prueba de la posesión: hay en ello perfecta correlación. Concluye esta teoría dicen Alessandri y Somarriva (83), con --

(82) CB citada.

(83) CB citada.

que el Art. 924 se refiere a la prueba de la posesión de todo derecho real, por supuesto que éun del dominio. El §25 se refiere a la prueba de los derechos reales no inscritos. La presente tesis, si es aceptable, pues es lógico, que si para adquirir la posesión se requiere inscripción, es también lógico que para conservarla baste con la inscripción y de nada valgan los actos materiales. Es perfectamente natural que esta inscripción acredite la posesión.

Entre nosotros no es así. La tradición no se hace por medio de la inscripción en el Registro, cuando son inmuebles, como en Chile, sino que únicamente por medio de escritura pública cuando el derecho que se transfiere vale más de doscientos colones; con esto, no debemos esperar más, o darle mayor valor del que en realidad tiene, a la inscripción en el Registro. Sirve para que el instrumento surta efectos contra terceros. Pero si se reformó la manera de hacer la tradición de inmuebles, no se reformó convenientemente los artículos que se refieren a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, y muchos de ellos continúan como si siempre fuera necesaria la inscripción en el Registro. Como un ejemplo de esta lamentable confusión, se trae a cuenta siempre el caso de la acción reivindicatoria. Sabemos que uno de los requisitos esenciales de ésta, es que el dueño pruebe que no está en posesión de la cosa; el propietario éste, tiene su derecho inscrito; por otra parte, sabemos también que la posesión inscrita no se pierde si no es por otra inscripción; entonces viene el problema, el usurpador le ha arrebatado la posesión al dueño, por vías de hecho, y la inscripción se mantiene intacta a favor del reivindicador; así, el dueño desposeído, fracasará siempre al no

podemos probar su falta de posesión; y es más, el mismo Art. 925 estatuye que la posesión de los derechos inscritos, - mientras subsiste la inscripción, no se puede impugnar -- por ninguna otra prueba de posesión. Este gran desorden, ha nacido también, como consecuencia de la diferencia de legislaciones que nos han servido de fuentes: en materia posesoria la ley chilena, y en materia de Registro la ley española.

En presencia de esto, los juristas salvadoreños, como lo hemos visto antes, se hallaron en la necesidad de darle - solución a los problemas, tratando de armonizar la gran - disparidad existente en las distintas disposiciones, y para ello crearon la teoría de la POSESION JURIDICA Y LA POSESION MATERIAL.

La posesión jurídica, no se pierde sino por otro título - inscrito, o por la prescripción adquisitiva extraordinaria; y a ella no se refieren los interdictos posesorios.

Los interdictos posesorios, se refieren a la posesión material que es la que se pierde.

La posesión jurídica, se prueba siempre con el respectivo título inscrito; y la posesión material, de la manera como dice el Art. 966, acreditando hechos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, etc. Así es que un poseedor que ha sido despojado por vías de hecho, y que tiene título inscrito a su favor, recobrará la posesión material de la cosa, que es la que - ha perdido, por medio de las acciones posesorias, pero no recobrará la posesión jurídica pues ésta siempre la ha tenido.

Pero en la realidad se pueden presentar dos casos: que exista inscripción, o bien que no exista.

Cuando hay inscripción, crec que la posesión se prueba con

ella, ya que el Art. 924 así lo dice: "en los juicios posesorios, podrán exhibirse títulos inscritos de dominio para comprobar la posesión". Pero que la presentación del título sea prueba suficiente, no es óbice para que no se pueda reforzar con acreditar hechos positivos de posesión material, "de aquellos a que sólo da derecho el dominio", La importancia de reforzar la prueba de la posesión, uniendo a la jurídica la material, alcanza mayor relevancia en los casos en que dos se pretenden poseedores de una misma cosa. "Si dos o más pretenden poseer una misma cosa -dice el Art. 781 del Código de Procedimientos Civiles- y solicitan amparo de posesión, se procederá conforme queda determinado en los artículos anteriores, y se declarará poseedor AL QUE MEJOR PRUEBE SU POSESION ACTUAL". (De conformidad a las disposiciones sustantivas que hemos venido tratando).

Si no hay inscripción, lo cual es común y corriente en nuestro medio, la posesión se probará de la manera señalada por el tantas veces citado Art. 926 del Código Civil, "...la posesión material deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio,...." La falta de inscripción entre nosotros, es aún más frecuente que en Chile, precisamente por la manera como podemos hacer la tradición de inmuebles sin otra formalidad que la escritura pública cuando vale más de doscientos colones.

IV

A M P A R O Y R E S T I T U C I O N .

QUERRELLA DE AMPARO.

Sirve para que un individuo defienda la posesión que todavía tiene. Está facultado para pedirle al Juez: A) Que no se le embarace su posesión o se le despoje de ella; B)

que se le indemnice del daño recibido; y, C) que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme; de conformidad al Art. 922 del Código Civil. Alessandri presenta un ejemplo: (84) "...La persona que teniendo un inmueble inscrito a su favor, ve en el diario que se hacen publicaciones para inscribirlo a nombre de otra persona; tiene derecho para pedir que se ordene al Registrador de bienes que se abstenga de hacer esta inscripción, porque ello importa el desconocimiento de su posesión.

Tramitado el juicio en la forma que prescribe el Código de Procedimientos Civiles, si el querellante comprueba su posesión pacífica y la perturbación, será amparado por el Juez quien condenará al perturbador en las costas del procedimiento y en los daños y perjuicios, si hubiere lugar.

QUERRELLA DE RESTITUCION.

La querrela de restitución o de despojo como se llamaba antiguamente está regulada por el Art. 927 del Código Civil. El privado injustamente de su posesión tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios. Se probará su posesión pacífica y el despojo; después, el Juez ordenará la restitución y condenará al despojante a las costas, daños y perjuicios, si hubiere lugar, y luego, lo enjuiciará criminalmente, en pieza separada.

Esta querrela puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino que también, contra el que por cualquier título derive su posesión de la de aquél. Pero la indemnización de perjuicios, podrá reclamarse únicamente del usurpador o del tercero cuando es de mala fe.

R E S T A B L E C I M I E N T O .

Esta acción, que pueden ejercitarla aún los meros tenedores, no podemos decir que sea propiamente posesoria. Barros Errázuriz la llama "acción posesoria extraordinaria".

(85) Tiene por objeto lograr que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la violencia; restablecen una situación destruída por la violencia, afirma Alessandri. (86)

La querrela de restablecimiento o de despojo violento, es muy diferente a las dos anteriores y se da para los que - por cualquier motivo no pueden instaurarlas. Reza el Código Civil: "Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, o sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por otra causa cualquiera no - pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban sin que para esto necesite probar más - que el despojo violento, ni se le podrá objetar clandestinidad ni despojo anterior".

La manera de proceder en estas acciones, es igual que el de los juicios por despojo.

Las diferencias entre esta querrela de restablecimiento y las de arcano y restitución, son:

- 1) En la querrela de restablecimiento no es necesario probar la posesión, en las acciones posesorias sí;
- 2) Las acciones posesorias sólo las puede instaurar el poseedor, la de restablecimiento, aún el mero tenedor;
- 3) La acción de restablecimiento la puede usar el poseedor vicioso; las acciones posesorias no;
- 4) La prescripción es diferente: Las acciones posesorias

(85) CB citada.

(86) CB citada.

prescriben en un año; la acción de restablecimiento en -- seis meses.

"Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

Así pues, puede darse el caso que se intentan tres acciones sucesivamente: a) La querrelia de restablecimiento; - b) La querrelia de amparo o bien la de restitución; y c) - La acción reivindicatoria.

Como una consecuencia del uso correcto de los interdictos posesorios, la ley premia al poseedor victorioso, haciendo de caso que no la perdió. "El que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio".

El beneficio de este premio legal apréciase en la prescripción adquisitiva. La prescripción se interrumpe naturalmente; es decir, si se ha perdido la posesión por haber entrado otra persona en ella. La ley supone que el que la recobró legalmente, no tuvo interrupción; con esta presunción tan favorable, el poseedor, puede cumplir más luego el tiempo requerido para que pueda ganar la cosa -- por la prescripción.

El Código Civil lo dice así: "...pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; A MENOS QUE SE HAYA RECOBRADO LEGALMENTE LA POSESION, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL TITULO - "DE LAS ACCIONES POSESORIAS", PUES EN TAL CASO NO SE ENTENDERA HABER HABIDO INTERRUPCION PARA EL DESPOSEIDO".

En el Art. 758, hay una serie de presunciones, que no tienen otro objetivo -dicen Alessandri y Semarriva- (87) que (87) CB citada.

facilitar la prueba de la posesión. "Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión -- ha continuado hasta el momento en que se alega. Si se ha empezado a tener una cosa a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas. Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee ac tualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio".

B I B L I O G R A F I A

+++++

- 1 - Diccionario de la Real Academia.
- 2 - Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Joaquín Escribano.
- 3 - Tratado Elemental de Derecho Romano. E. Petit.
- 4 - Derecho Romano. E. Rubén de Couder.
- 5 - Instituciones de Derecho Civil. Brugi.
- 6 - Ramón Dalmau y Olivart. La Posesión.
- 7 - Filosofía del Derecho. Federico Guillermo Hegel.
- 8 - Derecho Civil. Colin y Capitant.
- 9 - Código Civil Chileno Comentado. Robustiano Vera.
- 10 - Derecho Civil. Arturo Alessandri Rodríguez 1937.
- 11 - Derecho Civil. Alfredo Barros Errázuriz. 1930.
- 12 - Curso de Derecho Civil. Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. 1940.
- 13 - Código Civil Chileno.
- 14 - Instituciones de Derecho Civil Salvadoreño.
Dr. Salvador Valenzuela. 1887.
- 15 - Código Civil de 1860 y sus Reformas hasta 1911.
Dr. Belarmino Suárez.