



LA POSESION

Lic. Ricardo Zeledón.(*) (**)

A Leda, compañera de mi vida.

SUMARIO:

Premisa	12
1.- Definición	12
2.- Etimología	13
3.- Concepción en el Derecho clásico, Romano e intermedio	13
4.- La naturaleza jurídica de la posesión. La polémica Savigny (Teoría subjetiva)-Ihering (Teoría objetiva). Crítica. Las tesis actuales	15
5.- Los elementos de la posesión	19
6.- (sigue) los sujetos. Capacidad del poseedor. Legitimidad. Concurso en la posesión	19
7.- (sigue) el objeto. Bienes no susceptibles de posesión	19
8.- (sigue) la relación del sujeto y el bien	21
9.- Las categorías posesorias: formales (independientes: autónomas formales y otras; y, dependientes: formales mixtas y detentación), e impropias (posesión integral, posesiones parciales, impropias mixtas, y detenciones impropias)	21
10.- Adquisición de la posesión. Originaria y derivada. Formal e impropia. Con y sin la propiedad	22
11.- Pérdida de la posesión. Causas de extinción: imputables al poseedor, imputables a terceros, causas objetivas	23
12.- La buena fe. En sentido objetivo y subjetivo. Principios del Código Civil	24
13.- Los vicios de la posesión. Clandestinidad, violencia, mala fe, discontinuidad y equívoco	26
14.- Los efectos de la posesión: A) La tutela posesoria, B) Prescripción adquisitiva; C) Derechos y obligaciones del poseedor	27
15.- Consideración conclusiva	30

(*) El autor actualmente realiza estudios en el "Istituto di Diritto Privato. Sezione Diritto Agrario" de Pisa, en la "Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Firenze" y en el "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato" con sede en Florencia, como profesor de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

(**) Las traducciones son de entera responsabilidad del autor.

PREMISA

La posesión es uno de los conceptos en torno al cual los juristas de todos los tiempos han trabajado en forma más ardua. En Derecho Civil es la materia más llena de dificultades en cuanto a su origen histórico; al fundamento racional de su protección; a su terminología; a su teoría; a los diversos elementos que la integran; a los modos de obtenerla, perderla y conservarla; a los requisitos; a los efectos; al objeto mismo.

El motivo para que existan tantas dificultades en torno a este Instituto es que los ordenamientos jurídicos de los diversos estados le dan soluciones jurídicas distintas, y peor aún, a través de los tiempos las tesis que se sostienen: en pro o en contra de su mejor regulación, de darle contenido jurídico o no, en estructurarla como figura independiente —o hacerla depender de la propiedad, en fin, de restarle o darle su importancia, están íntimamente ligadas a movimientos políticos, culturales, religiosos, en virtud de los cuales no solo cobra matices distintos, sino que a veces no se le puede identificar porque varía hasta su terminología.

Para el estudio de la posesión debemos partir de dos indiscutibles supuestos: que difícilmente encontraremos un punto fijo de partida que sea común para las concepciones teóricas o positivas, y que difícilmente podremos ubicar normas generales en virtud de las cuales poder analizar desde un mismo punto de vista la posesión romana, la ger-

mana, la francesa, la española, o la nuestra. La explicación es sencilla: es un instituto muy sensible a las mutaciones de los factores de la producción, y en consecuencia en la crisis de las relaciones que de ellos derivan (por la dialéctica de los fenómenos sociales), aparece las más de las veces como contradictorio, al tiempo que, por su naturaleza no se presta mucho a los estudios metafísicos tan propios de la ciencia jurídica.

Con estas dificultades nos proponemos enunciar en la forma más esquemática posible las formas de manifestarse la posesión en sus diversos aspectos: definición, etimología, naturaleza, elementos, requisitos, determinar las cosas que son susceptibles de posesión, la adquisición y pérdida, buena fe, los vicios, el tiempo y los efectos, tratando de dar una visión teórica general. (*).

1. La posesión, en su acepción estricta y propia, es una subordinación de hecho, consciente, tutelada por el ordenamiento jurídico, que se ejerce en los bienes en forma exclusiva, total o parcial, en virtud de la cual una persona actúa sobre los mismos como si fuera su titular, con las limitaciones que señala la ley y el interés social.

En sentido amplio, es toda relación material con la cosa con un mínimo de voluntad.

Respecto a la definición del término han sido muchas y muy variadas las que han aportado los autores y las legislaciones (1), empero, la estudiaremos en su acepción estricta y propia.

La subordinación es la dependencia que vincu-

(*) Originalmente esta investigación comprendía un análisis de la figura posesoria que culminaba con un estudio de las acciones posesorias, sin embargo hemos preferido separar ambos temas para darles la atención que se merecen. N. del A.

(1) Las codificaciones han optado por definirla pura y llanamente, unas, en tanto que otras señalan sus principales rasgos. El *Código Civil Francés* (Art. 2228) la define como "la detentación o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o que ejercemos nosotros mismos, o por otra persona que la tiene o que la ejerce a nuestro nombre". El *Código Civil Italiano* (Art. 1140) establece que "la posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad que corresponde al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real". El *Código Civil Suizo* (Art. 919) se limita a enunciar que "es poseedor de una cosa aquel que la detenta efectivamente en su poder". El *Código Español* (Art. 430) distingue la "posesión natural" que consiste en el poder de hecho sobre una cosa o en el disfrute de un derecho, de la "posesión civil" que será este mismo poder de hecho o disfrute de un derecho unido a la intención de tener la cosa o el derecho como propio. El *Código Civil Alemán* (R.F.A.) no contiene ninguna definición, pues se ha sostenido que la situación práctica más importante no es definir la posesión como tal sino determinar las condiciones para su adquisición, conservación o pérdida, que serán aplicadas al poseedor. En América Latina existen también bastantes definiciones que en definitiva son similares a las europeas. En *Colombia* se establece que "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él" (Art. 762). El *Código Civil Chileno* establece que "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él" (Art. 700, que se diferencia del colombiano solo en la puntuación, aunque aquél es copia de éste). El *Código Civil Cubano* establece (Art. 430) que "la posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos" (copia casi literal del Español explicable en razones jurídico históricas). Nuestro *Código Civil* en su artículo 277 la define como "la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto de derecho". La doctrina es pródiga en definiciones. Para Colin y Capitant (*Curso Elemental de Derecho Civil*, Reus, 3, Ed. Madrid, 1952, II, II, p. 514-15) dicen que "la posesión es una relación de hecho entre una cosa y una persona, en virtud de la que esta persona, puede realizar sobre la cosa actos materiales de uso y de transformación, con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real a que éste normalmente corresponde. . . En suma lo que se posee no es tanto una cosa como un derecho real sobre esa cosa. Poseer es ejercitar un derecho, ya nos pertenezca o no". Planiol y Ripert (*Tratado Elemental del Derecho Civil*, Cajica, Méjico, 1955, p. 67-68) la conceptúa como "un

la el bien a las limitaciones y a las iniciativas unilaterales del poseedor, es la facultad del titular de ejercer en el bien los actos materiales de uso, goce y transformación, en fin, de comportarse con ánimo de señor y dueño con las limitaciones que señala la Ley y el interés social; esta subordinación es de hecho, en contraposición a la de derecho, pues importa el poder físico frente al jurídico, sin que ello implique desconocer los efectos que produce, ya que es fuente de un verdadero derecho. Debe ser consciente: solo en la medida en que esté incorporado el "animus domini" los efectos posesorios tendrán plena validez. La posesión produce efectos jurídicos —aún cuando sea un hecho— que entran en la esfera jurídica del titular. La exclusividad es nota característica, toda vez que sobre un mismo objeto no es posible que más de una persona tenga el dominio absoluto, pudiendo desde luego ser total o parcial. El ejercicio ha de verificarse en los bienes, con lo cual soslayamos el problema conceptual inicial de distinguir entre la posesión ejercida en las cosas y la ejercida en los derechos. Finalmente, hemos distinguido al que actúa "como si fuera su titular" del que lo "es" en la relación material con la cosa o el ejercicio del derecho.

2. El término posesión para unos deriva de "possessio" que por su parte proviene de "sedere" y del prefijo "post", que significa sentarse, estar sentado; para otros deriva de "positio pedium" que es posición de pie; en todo caso coinciden ambos orígenes con el sinónimo germánico del primero "sitzen" y "be sitzen" que le da a la posesión un significado físico, material, de hecho (2).

3. La tutela de la posesión en el derecho antiguo constituye uno de los puntos oscuros del mismo ya que en el estudio de las fuentes griegas no se encuentra la distinción entre el "ius possessionis" y el "ius possidendi", que parece ser conquista romana. La defensa era normalmente ejercitada con la defensa del título que la legitima por lo que se deduce que el "ius possessionis" se encuentra incluido en el "ius possidendi" de ahí que en doctrina una tutela antigua de la posesión es implícitamente excluida o implícitamente admitida con mayores o menores limitaciones, según la extensión que se le dé al reconocimiento de parte del Estado al derecho de autodefensa consentido a los privados (3).

El Derecho Romano —que es donde se da el nacimiento y primera etapa de desarrollo de la posesión— entendió por "possessio" la situación de los privados que tenían el más amplio poder jurídicamente posible sobre fundos que no eran objeto de propiedad privada, que se ejercía en relación con las concesiones del "ager publicus" en diferentes formas: "ager occupatorius" que correspondía a la posesión de un terreno del Estado para cuyo disfrute era indispensable el pago de un canon, con la reserva del concedente de revocar en cualquier momento; el "ager quaestorius" que era adjudicado por el questor con el derecho de disfrutar del bien temporalmente con opción de adquirir la propiedad a través de venta; y el "ager vectigal" que se daba en relación con bienes del Estado, de un municipio o bien de una colonia, concedido —con carácter irrevocable— por un plazo de cinco años, contra el pago de un canon. La posesión

estado de hecho que consiste en detentar una cosa de manera exclusiva y en efectuar sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario". Arturo Alessandri Rodríguez (*Derecho Civil de los Bienes*, Zamorano y Caperán, 2, Santiago, 1940, p. 138) la conceptúa así: "la posesión consiste en el apoderamiento de una cosa, en la materialidad de tenerla como si fuera propietario, ejecutando los actos de propietario". Para Eduardo Rodríguez Piñeres (*Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano*, La Luz, Bogotá, 1923) "la posesión es un estado de hecho que consiste en tener un bien exclusivamente y de manera real o simbólica, con ánimo de señor y dueño". Federico Puig Peña (*Compendio de Derecho Civil Español*, Aranzadi, 2, Pamplona, 1972, p. 446) entiende la posesión como "una situación jurídicamente tutelada por cuya virtud una persona obtiene una cosa o ejercita un derecho, de tal forma que, actúa sobre los mismos como si fuera su titular verdadero". Don Alberto Brenes Córdoba (*Tratado de los Bienes*, Editorial Costa Rica, San José, 1963, p. 34) como "la tenencia de una cosa bajo el poder y voluntad de una persona, o el goce de un derecho".

La *Jurisprudencia Patria* ha declarado que "la posesión es el estado de hecho que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y en realizar en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que si fuera propietario. . . Es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida de modo perpetuo y exclusivo a la acción y a la voluntad de una persona" (Sent. Cas. No. 97 de 15:15 hrs. del 21 de agosto de 1968, Ordinario A.M.M. contra J.M.G.C. y otros. Juzgado Civil de Santa Cruz).

- (2) Bonfante afirma que en las fuentes romanas no se relaciona la expresión posesión con ese significado material, sino más bien con un significado jurídico de poder, señorío, dominación. Cfr. Bonfante, P. *Instituciones de Derecho Romano*, (Reus, Madrid, 1929), p. 352-53. —Para un análisis más amplio— a JARAMILLO VELEZ, L. *La posesión en el Derecho Romano* (Revista de Estudios de Derecho, Medellín, 1958).
- (3) Las teorías de mayor relevancia sostenidas son: la *Teoría de Lipsius* según la cual la protección posesoria existió como una acción ejecutiva que corresponde a la "actio iudicati" romana; la *Teoría de Rabel* que sostiene que el Estado no admitió el principio de autodefensa irrestricto, sino que lo disciplinó como medio legítimo, pudiendo ejercerse solo en casos previamente determinados o cuando hubiere resistencia; y la *Teoría de Paoli* que siguiendo un criterio formal admite la existencia de la tutela posesoria en los casos de despojo y violencia. Cfr. Paoli, E. En voz "Possesso. Diritto Greco" *Novissimo Digesto Italiano* (UTET, Torino, 1966) XIII, p. 322-23.

romana no se puede estudiar desde un ángulo unitario pues comprende una serie de situaciones totalmente heterogéneas que van desde la simple detentación hasta aquellas formas que tenían la "actiones in rem", que se perfilaron como propiedad. No obstante los elementos comunes de las diversas situaciones de la "possessio" hay diferencias en estructura y efectos jurídicos. Se conocieron en la época clásica la "possessio naturalis" también llamada "possessio corpore" que es la simple detentación (el elemento material que constituye la base de toda posesión), la cual no tuvo ninguna protección jurídica no obstante que constituye el fundamento de las otras relaciones de posesión tuteladas por la ley; la "possessio" (sin ningún adjetivo) constituye una relación de hecho que se establece con la detentación acompañada de la voluntad de tener la cosa para sí, es la categoría más importante porque es la "possessio" por antonomasia, constituida por la "possessio naturalis" o "possessio corpore" (detentación) más el elemento subjetivo llamado "animus rem sibi habendi", a favor de la cual el pretor estableció la protección de los interdictos, conociéndose por esto como "possessio ad interdicta"; y la "possessio civilis" que es la misma posesión anterior pero adquirida con "iusta causa" bajo una relación considerada idónea por el derecho civil con la que se transfiere el "dominium" (4). El Derecho Romano distingue la propiedad de la posesión: la propiedad es una esfera de poderes que el derecho atribuye donde se reconocen ciertos presupuestos, mientras que la posesión no consta de poderes jurídicamente aceptados pero sí efectivamente ejercitables, por lo que no se adquiere en base a presupuestos reconocidos por el derecho, sino con la actuación material (efectiva) de su contenido (5).

El Derecho Intermedio no sigue el patrón elaborado por los romanos. El Derecho Germánico no distinguió la "possessio" del "ius possidendi" ni del "dominium" porque las condiciones socio-económicas no lo permitirían; en este derecho se

habló de la "Gewere" (en traducción de la lengua latina quiere decir vestiduras o investiduras), que indicaba un hecho material (nunca un concepto jurídico-ideal), que encontró tutela jurídica con el título legítimo: el detentador demostraba con solo el juramento en tanto que el reclamante debía probar el fundamento de su demanda. El Derecho Feudal siguió el espíritu germánico que lo informaba, teniendo amplia difusión en el sistema de las investiduras hasta llegar a la teoría del "dominium utile" y del "dominium directum", con el objeto de no exigir el "animus possidendi" y de no hacer distinción entre acciones posesorias y petitorias, pues la influencia germánica no es sólo jurídica sino que lo es también social y económicamente, exigiendo desde ahora solo la intención de goce. Los glosadores aceptaron la "possessio" como una "res facti" debiendo llevar a la base de su teoría la distinción de la "possessio naturalis" con la "civilis", (para admitir luego dos clases de posesión sobre la misma cosa), viendo en esta última la del señor o la del concede en precario, y en la "naturalis" la del vasallo y la del precarista. El Derecho Canónico no encontró obstáculos a la concepción de los glosadores —porque la vio en beneficio de los oficios eclesiásticos—, y al conceptualizar la posesión como la del que de hecho ejercita un derecho o entiende ejercitarlo, ampliaron la institución a posesión de padre, de hijo, de cónyuge; siendo sin embargo su mayor aporte en cuanto exigió la buena fe continuada. Los postglosadores ante el amplísimo material que tenían procedieron a separar la simple detentación —a la hora de hacer la distinción entre la "possessio civilis" y la "naturalis"— del campo jurídico, pues se vio a la "naturalis" como una "civilis utilis". La Codificación no logra desgraciadamente aclarar la situación del instituto por lo que el Code Napoléon define (Art. 2228 cit.) la posesión casi en los mismos términos en que se desarrolló en el Derecho intermedio por lo que podríamos acusar un vacío científico jurídico de la línea de pensamiento que inspira el código.

(4) Biondi, B. *Istituzioni di Diritto Romano* (Giuffrè, 3, Milano, 1956), p. 311-13. Cfr. en este mismo sentido un interesante análisis de las fuentes que hace Doveri, A. *Istituzioni di Diritto Romano*, (Le Monnier, Firenze, 1866), II, p. 411-15; y Bonfante (*Instituciones. . . supra nota 2*, p. 357-58) quien solamente distingue entre "possessio naturalis" y "possessio civilis" (como en el Derecho Intermedio) y para quien la segunda categoría de "possessio" es el "oscurecimiento del concepto de posesión.

(5) La distinción puede satisfacer en un sentido formal pero en la práctica no tiene valor si no es como directiva, pues debe intervenir una específica valoración para distinguir el ejercicio de la posesión del que no lo es. Para un amplio análisis de la figura posesoria en el Derecho Romano en general, y en particular sobre las soluciones fácticas que ocasiona la calificación del hecho Cfr. Cannata, C.A. voz "Possesso. Diritto Romano" en *supra nota 3, Novissimo Digesto Italiano*, p. 323-30.

Debido a esta incertidumbre conceptual, a la ausencia de cientificidad en la figura es que Savigny en 1803 (en su obra *Das Recht des Bestizes*) pretende encontrar la originaria concepción romana (6).

4. La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la posesión —hecho o derecho?— es tan antigua como el instituto mismo. En el Derecho Romano se encuentran delineadas las divergencias pues gran cantidad de normas lo refieren como si se tratase de un hecho, mientras otras tantas toman el criterio opuesto (7). Las concepciones doctrinarias no escapan a la contradictoriedad y al igual que los antiguos, los modernos toman posición en uno u otro sentido (8). Todo el trabajo realizado para encontrar la solución al problema no ha encontrado una verdad indiscutible, antes bien, como sucede en las batallas jurídicas por encontrar la naturaleza, definición o principios de un instituto —cuando no de una rama del Derecho— lo que queda es la confusión y el desorden, haciendo que el conocimiento claro y específico se haga cada día más huidizo (9), lo que desgraciadamente influye en las codificaciones (10).

Merece destacarse, eso sí, dos teorías elaboradas a finales del siglo pasado y principios del

presente en torno a las cuales se esclareció bastante el instituto, al tiempo que permitió a los juristas modernos optar por continuar en la discusión, considerarla carente de importancia, o bien incorporar nuevos elementos que hicieran luz. Las teorías son producto de la discusión Savigny-Ihering, clásica en este tema, en la que el primero sostuvo una tesis subjetiva y el último la objetiva, conociéndose con esos adjetivos las respectivas teorías.

Federico Carlos de Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: el "corpus" y el "animus". Para que exista la posesión no basta detentar la cosa, sino que se hace necesario el querer detentarla, no es la simple aprehensión material de la cosa ni menos querer esa aprehensión, se requiere que se verifique en cierta forma determinada. Solo puede ser reconocido poseedor el que se comporta como propietario de la cosa que detenta, que decide sobre la cosa en la misma forma que el propietario porque éste está facultado a ejercerla y se niega a reconocer en un tercero el mejor derecho. Esta distinción se hace porque el "animus possidendi", que consiste en la intención de ejercer la propiedad, puede emplearse tanto para el propietario que ejerce su posesión, como aquél que la ejerce a nombre de otro. El concepto de la posesión exige solo el "animus domini" —que

- (6) Un amplio análisis de la posesión en el Derecho Intermedio se puede verificar en Barassi, L. *Diritti Reali e Possesso* (Giuffrè, Milano, 1952) II, p. 34-62; Besta *I diritti nelle cose* (Cedam, Padova, 1933) p. 76; Schuper, F. *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia* (Città di Castello, 1907) Vol. II; Barni, G. voz "Possesso. Diritto Intermedio" en *supra nota 3, Novissimo Digesto Italiano*, p. 330-33.
- (7) En el estudio de las fuentes romanas se encuentra la posesión como un hecho contrapuesto al derecho en las máximas "res facti non iuris est", "est facti", "res facti", "de captivis et de postliminio". Mientras que una serie de leyes lo consideran explícitamente como un derecho "possessionis ius", "possessionis iura", "plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet"; los jurisconsultos siguen tesis similares: Papiniano dice: "possessio autem plurimi facti habet". Existieron tesis que la concibieron como un hecho y un derecho a la vez: Paolo que por una parte decía "possessio rem facti non iuris est" afirmaba también que "Qualiscunque possessor hoc ipso quod possessor est plus iuris habet quam ille qui non possidet"; y Ulpiano que después de haber reconocido en el pupilo la posibilidad de perder la posesión (porque es de hecho), habla del "ius possessionis" y define el tener así: "habere eum dicimus qui utitur et iure possessionis fruitur". El presente análisis de las fuentes se encuentra en Finzi, E. *Il possesso dei diritti* (Giuffrè, Milano, 1968) p. 24-25.
- (8) Los glosadores Teófilo, Attalata, Stefano, Brachilogo, Rogerio, Placentino y Accursio entendieron la posesión como un hecho; los postglosadores que la ven aparentemente como un hecho son Dino, Alciato, Menochio, Connano, Fabro, Pothier, Pichardo, Barbosa, y como derecho Bartolo, Baldo, Gifanio, Bacovio, Grozio, Merenda y Truamino. Entre los modernos encontramos una cantidad indescriptible de autores por una y otra teoría, baste citar que según la corriente que funda la posesión en un derecho subjetivo nace en Alemania (Ihering, Cosach, Enneccerus, Gieke, Von Thur), que continúa en Francia (Aujay), Italia (Cesareo Consolo, De Ruggiero, Fadda, Maroi, Ferrara, Messineo), y España (Manresa, Sacevola, Falcon, Sánchez Román, De Diego, Casso, Pérez González, Castán); y como un hecho que es un derecho a la vez la corriente elaborada por Savigny en Alemania y seguida por los franceses casi en general entre los que destacan Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Trisier, Planiol y Rippert, los italianos Mattiolo, Cogliolo, Ruggieri, Patriarca, Bonfante, Germano, y los alemanes Marezoll, Huscheke, Ardnts.
- (9) Finzi, *supra nota 7*, p. 32, señala "Todo este enorme trabajo intelectual aplicado a la solución del problema, ha estado en gran parte desperdiciado. Desperdiciado no solo desde el punto de vista empírico, por la poca o ninguna importancia práctica que hubiere tenido la solución, sino también y más desde el punto de vista novedoso y puro del conocimiento, del logro definitivo de una verdad inconfundible. Desperdiciado necesariamente porque regresa a la solución de un problema que no es un problema o que al menos siéndolo, no es puesto con más precisión o con mayor claridad.
- (10) Nuestra codificación se refiere a la posesión como "facultad", como "un hecho" (Arts. 279, inc. 2, 281, 284, 307, 318, 854, 857, 858, 860, del C.C. y los arts. 660, 661 y 690 del C.P.C.), en otras parece referirse a la misma como un "derecho" (arts. 277, 278, 279, 280, 284, 853, 854 y 860 del C.C.), y en otras parece asumir una doble posición (arts. 279 inc. 2, 281, 284, 853, 856 y 860 del C.C.).

es el recurso científico que usa Savigny para la defensa de su tesis—, el cual se puede entender como la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario, sin reconocer en otro ese carácter. El "animus domini" ha de existir en todos los casos en que exista posesión, y donde exista un caso dudoso se debe optar —por la vía de presunción— que solo la demostración en contrario es motivo para aceptar su inexistencia. Del análisis de la concepción savigniana la pregunta que cabe es por qué se le llama subjetiva? Lo que sucede es que se consideran dos elementos de la posesión indispensables para que ésta exista: el "corpus" y el "animus", con el mayor énfasis sobre el elemento volitivo que debe estar en el sujeto que la ejerce, existe el "corpus" pero con la limitación del "animus" pues la simple presencia de la cosa, el simple hecho de poseer no permite la configuración del instituto; e incluso el "corpus" debe tener un mínimo de voluntad, de discernimiento, con lo que parece trasladar caracteres de un elemento al otro, pero esto se debe a la inclinación de dar preponderancia al aspecto volitivo sobre el físico (11). La teoría subjetiva hace distinción entre la posesión originaria y la derivada. El Derecho Romano dio protección a una serie de detentadores que no podían tener "animus domini" porque reconocían la propiedad existente en otra persona, tales son los casos del enfiteuta (arrendatario vitalicio), del acreedor prendario (que tiene la cosa en garantía de crédito), el secuestrario (depositario de la cosa embargada), y el precarista (ocupante de una parcela del "ager publicus", por voluntad del Estado, pero con la obligación de devolverla cuando fuere requerido para ello) donde encontramos la protección posesoria al detentador en los dos primeros casos, en los dos últimos unas veces sí y otras no, mientras que el locatario, comodatario, depositario, carecían totalmente de dicha protección. Ante casos concretos Savigny considera que existen anomalías, distinguiendo entre posesión originaria la que no las

tenía, y derivada la que se encontraba en el caso anómalo, escogiendo la terminología a los efectos de destacar la violenta desviación de los principios normales, desviación que consiste en que la posesión le es sustraída por su propia voluntad a aquél que normalmente debería tenerla, para dársela a otra; por esta concepción se explica el caso del acreedor y el secuestrario, pero ninguno otro más, por lo que el autor remite al estudioso al carácter que le dé la ley.

Rudolf von Ihering es el autor de la teoría objetiva de la posesión. Tiene un fundamento práctico-jurídico, específicamente en lo que respecta a la prueba —ocasionando problemas en el Derecho Alemán de la época que había elaborado grandes y voluminosos catálogos con toda clase de actos posesorios—, pues niega el carácter que pudiera tener cualquier intento probatorio sobre el "animus domini" o el "animus possidendi" que son estados psicológicos del sujeto que no se pueden reflejar en el mundo exterior (12). Rechaza la posición savigniana y busca un criterio objetivo y finalista que estuviere acorde con su posición respecto al Derecho: el corpus no consiste en el poder físico sobre la cosa, sino en la relación de exterioridad que le da a la propiedad, la relación exterior que vincula al titular con la cosa, entendiendo por exterioridad del dominio "el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: para las unas se confunde con la detención o "possessio ficta" de las cosas; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc., todo el mundo los encierra en su casa" (13), pues "en efecto la seguridad de la posesión no descansa solo en el elemento físico, es decir en las

- (11) La labor de Savigny fue fundamentalmente la de hacer un estudio profundo de las fuentes romanas, traduciendo e interpretando con uso de estudios lingüísticos el verdadero alcance y valor de la normativa y las máximas existentes en aquel tiempo. A la primera edición de su *Das Recht des Besitzes* continuaron otras por las cuales el autor aclara objeciones e incluso modifica su pensamiento, con la intención de elaborar una teoría coherente y fiel a la concepción romana. Citar los textos daría una idea panorámica de la evolución conceptual pero ello traería confusión en vez de colaborar a esclarecer el asunto.
- (12) Irónicamente Ihering dice: "Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento; y qué juramento! Un juramento sobre un estado del alma. Y qué estado del alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el "animus domini", que los grandes juristas no han llegado a comprender". En *La voluntad en la posesión* (Posada, Trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1910), p. 159.
- (13) Ihering, R. *El fundamento de la Protección Posesoria* (Posada, Trad. Adolfo Posada, Madrid, 1912) p. 180.

medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirados por el sentido jurídico o por la Ley" (14). Así pues, el concepto del corpus se puede perfectamente reducir a un sencillo problema de sentido común, de lógica apreciación en cada caso, viendo el destino económico que siguen las cosas, sin necesidad de aplicar criterios rígidos. La conducta exterior para reflejar el corpus no difiere en el dueño, el locatario, el arrendatario, el comodatario, el usurpador o el ladrón, motivo por el cual para brindar la protección posesoria a que se refiere la ley, es conveniente conocer la situación jurídica de fondo; si se pudiere determinar el carácter con que tiene la cosa cada quien, se vería que solo hay tenencia y no es necesaria la protección posesoria (aunque se podría efectuar si así lo dispusiese el legislador), pero hay que presumir la posesión si existe el "corpus", salvo una causa excluyente o cuando se determina que el que se dice poseedor es tan solo un representante o dependiente del verdadero poseedor de la cosa (15).

La polémica Savigny-Ihering tiene todo un contexto que no se refiere precisamente a la distinción jurídico dogmática de un instituto. Peor aún, no se da en un plano de igualdad pues a la época

en que Ihering escribía ya Savigny estaba muerto y la mal llamada polémica en realidad fue unilateral. Decimos que existe un trasfondo porque Savigny fue propulsor de la Escuela Histórica, sostenedora que el derecho no es obra del legislador sino que brota de las capas profundas del pueblo (sostenida en su escrito "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia"), en tanto que Ihering vuelve a la problemática del iusnaturalismo, y vuelve a agitar todo aquello que la Escuela Histórica había eliminado de la conciencia jurídica: la política del derecho, la reforma del derecho, los fines del derecho, el derecho comparado, los principios fundamentales del Derecho, y en el periodo conceptual de su pensamiento reconoce que toda construcción jurídica debe estar al servicio de la vida y llenar sus exigencias, sostiene que el derecho es obra de la voluntad, de la lucha y tensiones que se suscitan entre los hombres y que defienden intereses contradictorios, este proceso no es inconsciente ni espontáneo del acontecer histórico como lo creía Savigny, sino creación de voluntades y acciones concretas, de individuos o grupos de individuos con intereses determinados.

El gran mérito de Savigny es el aporte científico de encontrar la autonomía institucional de la posesión a través de los interdictos (16), y haber

(14) *Ibid.*, p. 181.

(15) Ihering hace una formulación algebraica según la cual se determina la posesión y la tenencia en su concepción y en la de Savigny, con lo cual también pretende dar solución a las "anomalías" que tanto perturbaron a éste. La simbología y estructura es la siguiente:

x = posesión
y = tenencia
c = mera relación de hecho
a = el mínimo de voluntad necesaria para tener la cosa
A = animus rem sibi habendi
n = disposición que niega la protección posesoria

la teoría subjetiva se grafica así:

$$x = c + a + A$$

$$y = c + a$$

y la de Ihering así:

$$x = c + a$$

$$y = c + a - n$$

Cfr. la exposición de Allende, G. *La posesión* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959) p. 11.

De estas fórmulas se puede concluir que según la idea de Ihering lo que para él es la posesión para Savigny es la tenencia. Empero, no debemos llamarnos a engaño en las situaciones que de estas fórmulas puedan derivarse, pues para llegar a ellas Ihering dio significado a los términos que quizá Savigny nunca le hubiera dado, y por las leves diferencias entre un término y otro nunca podría alcanzar una validez absoluta.

(16) Hernández Gil, A. al respecto nos dice: "La aportación culminante de Savigny consiste en haber reducido la posesión a un mínimo básico, dotado de autonomía respecto de la propiedad. Al cabo de un proceso de siglos que había desembocado en presentar la posesión, bien como ingrediente o en función de la propiedad, bien como la imagen exterior de los derechos posibles. Lo primero era fruto principalmente de la doctrina romanista; lo segundo, resultado del influjo de la "Gewere" y de la extensión con que el ordenamiento canónico dispensaba la tutela posesoria. Por un camino la posesión venía absorbida por la propiedad; su cometido consistía en hallarse al servicio de ésta. El rígido y agotador individualismo de la propiedad como expresión de la libertad de dominación traía también hacia sí a la posesión. El fundamento de ésta se hacía descansar generalmente en ser probabilidad, germen de la propiedad o consecuencia. Por el camino de la extensión a todos los derechos ganaba una amplitud nebulosa. El iusnaturalismo racionalista, de otro lado, singularmente el formulador de la doctrina del pacto social, venía a convertir la posesión en etapa: del imperio de la fuerza y del derecho del primer ocupante se pasa a la propiedad, legitimadora plena del poder sobre las cosas. Al inquirir el significado autónomo de la posesión, Savigny no desconoce que puede presentarse como emanación del derecho de propiedad ("ius possidendi"). Lo que afirma es la existencia además de unos derechos estricta y exclusivamente derivados de la posesión ("ius possessionis"). Solo el "ius possessionis" forma parte de la teoría

hecho un análisis fiel de las fuentes romanas, transportando a su época una sistematización teórica inexistente. No obstante esto, su teoría fue sometida a duras críticas, al punto que el mismo Savigny debió conciliar sus tesis en el caso de las anomalías, creando la posesión derivada para dar explicación a los casos en que no se presentaba el "animus domini", con la desdicha de no haber cubierto con este ajuste todos los casos que pretendió explicar. La crítica a su teoría está en que Savigny estudió los casos de excepción que hoy carecen de la importancia práctica y teórica que tuvieron para él. La más dura crítica, sin embargo, fue la elaborada por Ihering (en sus obras "El fundamento de la protección posesoria" y "La voluntad de la posesión"), por la cual se pretendió regresar a la vertebral concepción propietaria.

La tesis de Ihering se aprecia en la medida que se comprenda la de Savigny, pues pende de ésta en lo fundamental. La concepción objetiva no entra al fondo del análisis posesorio como lo hizo Savigny, sino que concentra su atención en la tutela de la posesión —que fue comentada tangencialmente por aquél— encontrándose el fundamento central de su tesis en la defensa de la concepción propietaria, de la cual debía depender la posesión —al igual que los otros derechos—, sin justificar cualquier concepción autonomista. Su teoría no escapa a las contradicciones. Después de avalar la tesis de la prioridad de la posesión, llega a establecer que el postulado de que la posesión sin la propiedad no tiene sentido. Se encuentra cierta incerteza en

cuanto al uso de los términos, al punto que pierde la nítida distinción de Savigny entre el "ius possessionis" y el "ius possidendi". El hacer depender la posesión de la propiedad se debe no a razones de alto contenido doctrinario, sino, a dificultades de orden probatorio. Finalmente conviene indicar que la diferencia Savigniana entre tenencia y posesión, basado en la voluntad, la soslaya Ihering al afirmar que ve en tal distinción solo razones prácticas: una la protege el ordenamiento jurídico y la otra no.

La evaluación de la polémica con las críticas que se le pueden hacer dependen enteramente del estudioso que quiera tomar partido (17), quien no, la ha de conocer como una discusión jurídica interesante.

Las tesis sostenidas con posterioridad —cuando han sido emitidas, porque la doctrina por lo general ha optado por soslayar este problema—, han encontrado la presencia de un interés legítimo (18), no un hecho porque el hecho no se adquiere, no se modifica, no perece, y no es considerado como un derecho subjetivo porque siempre es un derecho que se da respecto al titular efectivo del mismo. Carnelutti, por el contrario, ve un derecho de acción (19) pues el poseedor tiene solamente el derecho procesal a que el juez provea sobre la demanda dirigida a aceptar que él tiene la posesión. Los hay también que hablan de la posesión como un hecho, pero los términos utilizados son bastante diferentes: estado de hecho (20), situación de hecho o hecho jurídico (21), y hay quienes

posesoria propiamente dicha. La posesión ocupa una posición equidistante de la propiedad y de la mera tenencia. De la primera se diferencia en igual medida que se contraponen el hecho y el derecho; en cuanto a la segunda, la distinción radica en producir o no efectos jurídicos. . . Savigny dota de autonomía a la posesión sobre la base de la tutela interdictal. El que los interdictos vengan atribuidos a toda posesión y no solo a la que conduce a la usucapión le sirve especialmente para alejar aquella de la propiedad. Y, correlativamente, la falta de tutela interdictal le conduce a oponerse a la equiparación entre posesión y ejercicio de los derechos. En *La función social de la posesión* (Alianza Editorial, Madrid, 1969) p. 16-19.

- (17) "Un balance final de las concepciones examinadas arroja que en tanto para Savigny la posesión es una institución estructuralmente independiente de la propiedad, que, sin embargo, requiere en el poseedor un "animus domini", para Ihering se presenta siempre como dependiente de la propiedad, si bien no requiere ninguna actitud anímica cualificada. El gran paso que podría representar para la autonomía de la posesión y para la apreciación de su existencia eliminar ese elemento intencional tiene como contrapartida establecer de lleno la posesión en la órbita de la propiedad. El "animus domini" no lo combate Ihering por lo que hay en él de su sustancia dominical, sino por la recóndita interioridad en que se alberga. Reemplaza el dato psicológico por el presupuesto sociológico. Efectúa la eliminación de aquel a expensas de profundizar la raíz de la posesión en las estructuras dominicales. En vez de alejamiento hay acercamiento. "El realismo y la practicidad que indudablemente persigue Ihering se traducen en silenciar las motivaciones voluntarias de la posesión. Carecen de un alcance más amplio. Por eso ocurre que quien hoy se plantee el problema de inquirir la función social de la posesión, como institución correctora de la propiedad, encuentra un punto de partida más útil en el formalista Savigny que en el realista Ihering. Aquél colocando la posesión al servicio de la persona y en misión de paz se aproxima más al mundo de las realidades sociales que Ihering, el cual, colocando sobre la persona la envoltura del propietario, piensa no tanto en una mejor ordenada convivencia cuando en la más cómoda y segura defensa del dominio. En Ihering, desde el punto de vista de la preocupación social, solo se encuentra su apuntada disconformidad con el sistema romano de la propiedad. Esto permite suponer que no compartía el designio individualista. Pero cuál fuera su pensamiento social respecto de la posesión, queda en el enigma". En Hernández Gil, *Ibid.*, p. 32-33.
- (18) Zanobini. "Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato" en *Studi per Ferrara*, 1943, II, p. 707.
- (19) Carnelutti, F. *Sistema del diritto processuale civile* (Cedam, Padova, 1938) I, No. 1.
- (20) Milone. *Il possesso delle cose e dei diritti* (Napoli, 1912) cit. por Protetti, en *infra nota 22*, p. 37.
- (21) Trabucchi, A. *Istituzioni di Diritto Civile* (Cedam, 21 Ed., Padova, 1975) p. 432 ss.; Barassi, L. *supra nota 6*.

utilizan los términos indiferentemente sin seguir una definición previa.

5. Tradicionalmente se han mencionado el "corpus" y el "animus" como los elementos de la estructura posesoria. El "corpus" es el elemento material que lleva implícito el bien en sí: el objeto de la posesión y el poder que sobre el mismo se ejerce, que se traduce en la posibilidad de comportarse con el bien como si fuera su dueño. El "animus" es el elemento volitivo, psicológico, anímico, es la intención o voluntad de ejercer los actos materiales y conducirse como dueño del hecho que ostenta como derecho real. Seguir esta concepción —a nuestro juicio— es incorrecto porque no agota la estructura de la posesión, mucho más rica y compleja de lo que refleja ese binomio. Los elementos de la posesión son el sujeto o poseedor, el objeto o bien, y las relaciones del sujeto respecto al bien (22). En lo referente al poseedor debemos establecer los requisitos (capacidad y legitimidad) y su relevancia en la relación. En cuanto al objeto, deben estudiarse los bienes en que la relación posesoria es idónea. La relación entre el sujeto y el bien debe analizarse en el contenido específico de la relación posesoria, que es formal cuando el titular la ejerce e impropia cuando se ejerce a través de otro.

6. Sujetos de la relación jurídica posesoria pueden ser las personas físicas y las personas jurídicas.

Todos los sujetos jurídicamente capaces pueden poseer. Para la posesión formal se requiere la capacidad de ejercicio (porque los incapaces de comprender o querer no pueden ser titulares, v.gr. el "infans" o el "furiosus" que lo hacen a través de representante). En la posesión impropia se da una relación jurídica entre representante y representado, donde solo el que tenga capacidad jurídica puede representar, entrando aquí todos aquellos casos que se ejercen a nombre de otro —bien sea por delegación o por incapacidad del titular—, y todos los de los órganos que actúan a nombre de la persona jurídica.

Siendo capaz el sujeto para poseer, pueden existir impedimentos relativos a su cualidad: legitimación. Es constitutiva cuando existe la derogatoria al principio de la capacidad, como en el caso de las servidumbres (art. 308) en que no puede adquirirse si no es al servicio de otro fundo, por lo que, debe tenerse la legitimación de ser el propietario o poseedor del fundo dominante. Legitimación modificativa, cuando la legitimación no es requisito para la posesión formal, tal es el caso del usufructuario, comodatario, representante, que pueden ejercer las acciones posesorias, pero en ellos falta el "animus". Legitimación impeditiva, que es el caso de los trabajadores asalariados a quienes se les ha negado siempre la facultad de ejercer las defensas posesorias.

En sede del sujeto posesorio, Italia desarrolla el concurso en la posesión, que se conoce en un doble sentido: convergencia de poseedores, cuando varios sujetos, cada quien por su cuenta, ejercitan la posesión sobre el mismo bien; y, coposesión, cuando varios sujetos, de acuerdo entre ellos, posean el mismo bien, sin que el goce de uno influya en el de los demás. (23).

La jurisprudencia italiana ha distinguido el tratamiento que se debe dar, según sea una persona jurídica, o una asociación o una sociedad sin personería jurídica. En cuanto a la persona jurídica es el órgano que posee a nombre de ella. En la asociación o sociedad sin personería éstas no tienen órganos jurídicamente relevantes, ni jurídicamente ejercen la voluntad de aquella, por lo que se ha establecido que existe una situación de coposesión o de detentación, así como hay comunión de derechos (24).

7. Objeto de la posesión es un bien, o sea aquella porción del mundo material que se encuentra físicamente delimitada, bajo el control del hombre, para cumplir un fin determinado. En sentido jurídico, en su más amplia expresión viene a colocarse en la esfera del objeto del derecho (como ordenamiento y norma) y en su noción restringida, de

(22) En este sentido Protetti, E. *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria* (Giuffrè, 4a. Ed., Milano, 1974); Gentile, F.S. *Possesso e azioni possessorie* (Jovene, Napoli, 1974); y Montel, A. *Il possesso* (Trat. Vassalli, Utet, 2a. Ed., Torino, 1962).

(23) Los autores que comentan este aspecto, desconocido prácticamente con ese tratamiento doctrinario en nuestro país, son muchos, baste citar a Gentile y Montel, que referimos en la nota anterior.

(24) Un amplio análisis del caso con comentarios jurisprudenciales se pueden consultar en Montel, A. "I soggetti del rapporto possessorio" en *Giurisprudenza agraria italiana* (Ramo, Roma, 1966) Año XIII, p. 71-79, 71-73.

objeto de una situación subjetiva (como derecho subjetivo) (25).

La doctrina tradicional ha establecido que todos los bienes son susceptibles de posesión, indicando las salvedades. Lo correcto es decir que no todos los bienes son susceptibles de posesión. No lo son los "bienes fuera de comercio"; los bienes inmateriales —con los que existe discusión—; las cosas inseparables: partes no separadas de cosas compuestas; la posesión del agua que fluye o la de la energía eléctrica; la posesión de "status"; e incluso, la posesión del subsuelo y el espacio de la misma propiedad que por razones de utilidad pública se han vedado.

La noción de bienes fuera de comercio proviene de la distinción del Derecho Romano entre "res in commercium" y "res extra commercium". Para Biondi la "cosa fuera de comercio es aquella que está fuera del círculo de las relaciones patrimoniales privadas" (26): comprende la "res publicae" que tiene como titular al "populus", o sea al Estado, y "res universitatis" respecto a los entes públicos menores, en cuanto a los bienes públicos; y, todas aquellas otras que habitualmente se comprenden fuera del comercio: las cosas comunes ("res communes omnium") como el aire, la luz, el calor del sol, pues por su inagotabilidad no tiene sentido plantear el problema de la subjetividad jurídica; las "divini iuris", dentro de las cuales se encuentran aquellas "res sanctae" (como las murallas y las puertas de la ciudad); las "ius divinum", como el sepulcro (que en nuestro país se refiere

con el delito de "profanación de cementerios y cadáveres" del art. 207 del C.P.); el cadáver (salvo que se utilice para fines científicos o didácticos —Biondi usa el criterio opuesto—); y el hombre como tal, que es sujeto y nunca objeto de comercio (27) (28).

Los bienes inmateriales tradicionalmente han sido considerados no idóneos como objetos de la posesión. El Derecho Romano estableció que solo se podrían poseer los bienes corporales: "possideri autem possunt quae sunt corporalia", admitiéndose en cuanto a los incorporeales una "quasi possessio" (29). Hoy la antigua distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos se encuentra superada (30). Nuestro país desde hace mucho había tomado la delantera —jurisprudencialmente hablando (31)— al eliminar la distinción.

No puede ejercerse tampoco posesión sobre las partes no separables de las cosas compuestas, pues la prescripción adquisitiva sobre una parte no haría prescribir la del todo que no se ha poseído: la posesión parcialmente ejercida no reputa la del todo.

Carácter particular tiene la posesión del agua que fluye, pues "el agua que corre, y en cuanto corre, no es nunca la de antes, y puesto que, por otra parte, no por eso se podría negar la consistencia del derecho sobre ella y la posesión de ella, es necesario considerar que la posesión de agua que fluye está constituida por la circunstancia de que el sujeto recibe una cantidad constante e invariable de agua, aunque esta agua cambie continuamente"

- (25) Sobre tema tan sugestivo como es el de la delimitación conceptual de la figura "bien", confróntese la sistematización hecha por Pugliatti, S. en voz "Beni" en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1959) V, p. 164 y ss., y de nuestro artículo 253 del Código Civil.
- (26) Y agrega "Fuera de comercio no quiere decir, como a veces se afirma, fuera del ordenamiento jurídico, ya que las cosas a las que se da tal calificación están en el ámbito del Derecho; están sin embargo sujetas a un particular régimen jurídico, que esencialmente y en su función no corresponde al privado, si bien se modela sobre él". En: Biondi, B. *Los bienes* (Bosch, Trad. de la 2a. Ed. It., Barcelona, 1961) p. 263.
- (27) *Ibid.*, p. 262-73.
- (28) Anotaciones doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales sobre los bienes de dominio público se encuentran en la nota No. 18 de don Rogelio Sotela a p. 13-14 de Brenes Córdoba, A. *Tratado de los Bienes* (Editorial Costa Rica, San José, 1963). Cfr. recientes publicaciones que analizan el tema: Cassesse, S. *I Beni Pubblici* (Giuffrè, Milano, 1969), Cammarano, G. *Saggio sulla pubblicità del beni pubblici* (Cedam, Padova, 1972), y Sandulli, A.M. voz "Beni pubblici" en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1959) V, p. 277-300.
- (29) Peña-Herrera, V.M. *La posesión* (Editorial Universitaria, Ecuador, 1965) p. 36-37.
- (30) Protetti dice que "cuando afirmo de poseer a título de propiedad, no poseo el derecho de propiedad, sino el bien objeto del derecho; cuando poseo a título de servidumbre, no poseo el derecho de servidumbre, sino el bien objeto del derecho de servidumbre. Por tanto la posesión "uti dominus" se distingue de la posesión "uti servitutis" o "uti fructuaris" por la extensión del contenido del poder de hecho sobre el bien, y por la simultaneidad en este último de más posesiones a contenido diverso", en *supra nota 22*, p. 42, donde cita la sentencia de casación de 21 de octubre de 1971, No. 2968, en *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 1, p. 694. Cfr. igualmente Finzi, E., *supra nota 7*, Montel, A. *supra nota 22*, y Voltaggio, L., *I beni immateriali* (Giuffrè, Milano, 1962).
- (31) Don Alberto Brenes Córdoba seguidor de la antigua concepción crítica la jurisprudencia: "En rigor, solo las cosas corporales debieran ser objeto de posesión, porque son las únicas en que pueden ejercerse actos materiales; mas en jurisprudencia se consideran también susceptibles de posesión los derechos o bienes incorporeales. Poseer un derecho es estar en el goce de él o en posibilidad legal de ejercitarlo", *supra nota 28*, p. 35.

(32). Igual situación ocupa la posesión de la energía eléctrica.

La llamada posesión de "status" no se refiere precisamente a la figura posesoria. No se trata de la posesión de un hecho o un derecho, es un medio de prueba.

Si la antigua concepción estableció el derecho de propiedad —y consecuentemente el de posesión—: "usque ad sidera et inferos", actualmente esta concepción ha recibido innumerables limitaciones tanto de orden público como de orden privado, limitándose aquellas resquebrajadas características de "plenitud" y "exclusividad" porque la posesión se puede realizar plenamente en el suelo, pero limitada en el subsuelo y el espacio aéreo.

8. La relación entre el sujeto y el bien tiene que ver con el contenido específico de la relación posesoria. La primera distinción se encuentra entre la posesión formal de la impropia. Es formal cuando la persona que tiene el bien y ejerce la posesión son el mismo sujeto, dándose la relación directa, inmediata, con el bien. Es impropia cuando no existe un sustrato posesorio directo, pero se resuelve en una relación elevada jurídicamente a posesión ("fictio iuris"). Esta es la concepción que sigue nuestro Código Civil (Art. 280): "el derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse en nombre propio o en nombre de otro", a cuya normativa nos atenemos.

9. Luego de hacer un análisis de los bienes no susceptibles de posesión, de indicar aisladamente una serie de formas posesorias, el ideal es hacer una elaboración teórica sobre un posible esquema científico en el cual se pueda dar cabida a todas las

categorías posesorias. Nos limitamos a dar a conocer el elaborado por Gentile (33) que nos merece todo respeto.

El cuadro conceptual sobre el que se fundamenta el esquema tiene muchas variantes. La distinción fundamental tiene que ver con la estructura misma de la relación posesoria: posesión formal e impropia. La legitimación influye y se discrimina la posesión independiente de la dependiente. El requisito causal hace distinguir la falta del "animus possidendi" que introduce las posesiones atípicas, diversas de las autónomas. El acto continuado de posesión hace separar la posesión plena ("uti dominis") de las limitadas, y en el campo de las posesiones dependientes, las mixtas (a título de usufructo, uso o habitación) de la detentación. Por la "adprehensio" distingue la posesión pura de la viciada. Por la intención que acompaña el acto de la aprehensión, será de buena o mala fe. Por la naturaleza del bien, la posesión puede ser sobre bienes muebles, complejos mobiliarios, o inmuebles. Por la circunstancia que precede o sigue la adquisición de la posesión, aparecen la posesión tolerada, la de título, la de título y buena fe, o, de título, transcripción y buena fe. Según la tutela acordada al poseedor se distingue la posesión simple de la potencial.

A) Las posesiones formales.

1. Independientes. Aquellas relaciones posesorias cuyo titular al momento de la "adprehensio" no estaba vinculado con una relación jurídica que, habilitándolo a poseer, lo subyugase en el mismo tiempo a otro poseedor (impropio).

(32) Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954), III, p. 211.

(33) Gentile, F.S. *Possesso e azioni possessorie*, supra nota 22, p. 159-72, que graficamos así:



a) **Posesiones autónomas formales.** Son protegidas por la "actio spoli" (acción de despojo), son resolubles, admiten la metamorfosis en posesión impropia, pueden degradarse a posesiones dependientes. Ejemplos son la posesión "uti dominus" sobre muebles no registrables, la "uti dominus" sobre inmuebles, y las posesiones especiales (sobre servidumbres discontinuas, o continuas no aparentes).

b) **Otras posesiones independientes.** Se dan en las posesiones atípicas (sin "animus domini"), posesiones privadas sobre bienes demaniales y posesiones toleradas.

2. Posesiones formales dependientes. Son todas las demás. Son modificables mediante sustitución de un título por otro, idóneo a incidir sobre el grado de dependencia (de detentación a posesión mixta o viceversa), pueden subir a posesión señorial, a través de la "traditio brevi manu".

a) **Posesiones formales mixtas.** Son tuteladas en todos los casos por la "actio spoli", pueden subir a la autonomía también merced de la "contradictio", o mutación del título por causa proveniente del tercero, admiten la metamorfosis en posesiones impropias, con la caducidad del título se convierten en detenciones, y son resolubles si el poseedor ha cumplido la adquisición con el conocimiento de un pretendido despojo. Ejemplos son la posesión a título de usufructo o uso sobre muebles no registrados, posesión a título de usufructo o uso sobre muebles registrables, posesión a título de usufructo, uso o habitación en inmuebles.

b) **Las detenciones.** Son autónomas, justificadas por un título no traslativo ni constitutivo de derechos reales de goce y que no entran en la categoría de las no autónomas; no autónomas, aquellas del huésped, siervo, del trabajador subordinado, del órgano de la persona jurídica, y posesiones del concesionario, que se da en bienes demaniales en concesión de la administración pública, protegidos con la "actio spoli" contra los privados.

B) Las posesiones impropias. Son las "sine corpore", a través de otra persona; su contenido

puede ser circunscrito solo a través del confronto con la posesión formal dependiente, de la cual se encuentra unida. Poseedores impropios pueden ser aquellos autónomos o mixtos y —excepcionalmente— algunos detentadores, por lo que la figura se descompone en: posesión impropia autónoma, (integral o parcial), posesiones impropias mixtas (a título de usufructo, uso o habitación) y detenciones impropias.

1. La posesión integral. Es aquella relación que atribuye a otro la detentación, o sea el uso de la cosa en virtud de un título no constitutivo de derecho real de goce (locación, comodato, depósito, prenda, etc.), es protegida por la "actio spoli" también contra el detentador que clandestinamente intervenga el título de su posesión; se convierte en posesión formal "uti domini" por la "adprehensio"; se distingue por venir a menos el título de adquisición: "ex tunc" (por nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, etc.), o "ex nunc" (caducidad del término, renuncia). Ejemplos son la posesión integral de muebles no registrados, de muebles registrados, de complejos mobiliarios y sobre inmuebles.

2. Posesiones parciales. Son la posesión del "nudo propietario", que con la extinción del derecho del usufructuario, usuario, o habituario, adquiere la posesión integral, con la sucesiva eventual "adprehensio" la posesión plena; y la posesión impropia a título de servidumbre, que es la posesión del titular de la servidumbre a través del usufructuario, usuario, habituario, que es tutelado por la "actio spoli".

3. Las posesiones impropias mixtas. Se encuentran representadas por las posesiones impropias del usufructuario, del usuario o habituario, que son transformables a posesión integral, a través del mutamiento del título (pero no con la "intervensio possessionis") y se convierten en formales por la aprehensión, aplicándoseles las reglas de las mixtas formales.

4. Detenciones impropias. En Italia no es posible pues no se puede detentar a través de otra persona, pero existiendo de hecho se transforma en posesión formal con la aprehensión.

10. La adquisición de la posesión se verifica según

la doctrina (34) (35) en forma originaria y derivada. Originaria si depende única y exclusivamente del acto realizado por el adquirente de la posesión, como es el caso de la ocupación de una cosa que carece de propietario ("res nullius"), que ha sido abandonada ("res derelictae"), por robo o hurto, o de la aprehensión de la cosa con el convencimiento de que es propia: lo característico es la aprehensión: como dice Messineo "*poniendo la mano sobre ella, si es mueble, o asentándose sobre ella, si es inmueble*". Se llama adquisición derivada aquella que depende de la transmisión del anterior poseedor, que implica el desplazamiento de la cosa de un sujeto ("tradens") a otro ("accipiens"), mediante la entrega ("traditio"), que puede ser a favor de una persona que ya tenía la detentación ("brevi manu"), o cuando existe transferimiento material ("constituto possessorio"), bien sea con la propiedad, o sin ella (en los aspectos que explícitamente señale el ordenamiento jurídico).

En Costa Rica se establece (Art. 280 C.C.) que "*el derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse en nombre propio o en nombre de otro*". Distingue la adquisición formal de la impropia. En la adquisición formal debe verse que el "adprehens" tenga capacidad, y que el acto de aprehensión en la forma se realice en el "corpus", en la voluntad que esté presente la del agente sin que medie vicio, en la causa que sea lícita, y en las circunstancias que no sea facultativo. La adquisición impropia de la posesión tiene íntima relación con la legitimidad —a diferencia de la formal (posesión real) donde domina la forma—, de ahí que se requiere la existencia de un acto idóneo para formar una relación jurídica de este tipo, siendo tanto actos jurídicos como hechos (convencción, disposición testamentaria, poder de la autoridad judicial o administrativa, norma legislativa, legado, etc.), y por tal, provendrá de la obra del interesado, por representación voluntaria, o por disposición legal.

La posesión derivada se obtiene formal, o impropriamente: con, o sin la propiedad. Esto ya lo hemos dicho.

La forma de presentarse la posesión es inte-

grada en el derecho de propiedad, como uno de los modos de manifestarse; o bien la posesión en sí, sin ligamen con la propiedad u otro derecho real. Es autónoma solo en el segundo caso. Esta distinción es real porque la posesión se adquiere en dos formas: a) con la propiedad; y b) sin la propiedad.

Nuestro Código Civil establece (Art. 278) que "*el derecho de posesión se adquiere junto con la propiedad y se hace efectivo por la ocupación o tradición del derecho o cosa de que se trata*". La posesión en esta hipótesis no es autónoma, es un atributo de la propiedad, y como tal, al adquirirse el todo se adquiere la parte. Para salvar la posible situación según la cual el propietario no poseedor transmitiera su propiedad, el legislador indica que la efectividad se adquiere con la tradición. Debe entenderse solo con la tradición, y no con la ocupación —como indistintamente las usa el código—, por ser dos situaciones diferentes: la tradición es el acto de entrega y toma de posesión de la cosa, según el artículo 482, mientras que la ocupación se refiere a las cosas que no pertenecen a nadie, según el 485.

Independientemente del derecho de propiedad, la posesión se puede adquirir por consentimiento del propietario (Art. 279 inciso 1) cuando éste desmembra el dominio (Cfr. Art. 264) manteniendo para sí la propiedad, y todas las acciones que devienen de ella, mas no las de la posesión; por el hecho de conservar la posesión por más de un año (art. 279, inc. 2), pero en este caso dicha posesión para que configure el derecho de poseer debe ser de buena fe (Art. 284), contándose dicho tiempo desde que se tome públicamente o cuando clandestina, desde que conste al despojado (Art. 279, inc. 2), pues el mero hecho de poseer hace presumir el derecho (Art. 281), salvo que exista prueba en contrario (Cfr. Art. 92 y ss. Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961); cuando la Ley faculta al acreedor a mantenerse en la posesión de la cosa (art. 279, inc. 3); y a nuestro juicio —aún cuando el Código Civil no lo elenca la transmisión "mortis causa" de la posesión que consiste en que la ejercida por el causante pasa al heredero (Cfr. los arts. 863 y 479

(34) En este sentido Torrente, A. *Manuale di Diritto Privato* (Giuffrè, 9a. Ed., Milano, 1975) p. 352-53; Trimarchi, P. *Istituzioni di Diritto Privato* (Giuffrè, 2a. Ed., Milano, 1975) p. 587; Trabucchi, A. *supra nota* 21, p. 437-39; Messineo; F. *supra nota* 32, p. 218-20.

(35) Aún cuando nuestro Código Civil (Libro II, Tít. II, Cap. II) no refiere, al tratar la posesión, que ésta se puede adquirir en forma originaria, los artículos 485 y siguientes tienen toda la normativa de la cual se pueda hacer la construcción doctrinal en este sentido, o bien, dándole una interpretación amplia al inciso 3 del art. 279.

del C.C.) con todos sus efectos, pues nuestro Código en este sentido sigue la concepción alemana (36).

No hay adquisición de la posesión (Art. 279 inc. 1) cuando el titular permite el disfrute parcial del bien, sean los "actos facultativos o de mera tolerancia". Esta hipótesis no debe confundirse con aquellos actos realizados —de buena fe— por el poseedor en fundo ajeno (37) cuando el titular no ejerce las defensas correspondientes.

11. La pérdida de la posesión podría ser estudiada en varios aspectos: cuando cesa el "corpus", cuando cesa el "animus", cuando cesan ambos a la vez; se podría analizar con la pérdida de cada uno de sus elementos; o bien, se puede hacer el estudio desde el punto de vista de las causas extintivas. Seguimos el último criterio (38) pues la pérdida tiene lugar al verse afectado el vínculo sujeto-objeto. Las causas de extinción son: causas imputables al poseedor, causas imputables a los terceros, y causas objetivas.

Las causas imputables al poseedor tienen como característica común que se ve afectado el "animus possidendi". Existe una voluntad de parte del sujeto de la relación que es contraria a este "animus", pues se renuncia a él en forma expresa o a través de un comportamiento tácito: se da el abandono o la inercia en el ejercicio, aún cuando la cosa permanezca en la esfera de acción del sujeto.

Las causas imputables a los terceros operan cuando aún subsistiendo en el poseedor la voluntad de continuar poseyendo, esa voluntad no tiene eficacia alguna puesto que carece del poder de

hecho sobre el bien. Existe un obstáculo material y permanente que se opone al ejercicio del poder de hecho del poseedor. El obstáculo puede provenir de la cosa misma (cuando se trate de un animal salvaje que readquiere su libertad o el domesticado que escape de la custodia), pero se hace más evidente cuando son terceras personas las que intervienen y producen la ruptura en la posesión: el caso típico es el despojo (Arts. 319, 325 del C.C.; 660 y ss. del C.P.C., y 225 del C.P.).

Las causas objetivas afectan la relación en el "corpus". Son de diferentes clases. La desposesión del bien con ocasión de la expropiación por motivos de interés público (Art. 45 de la Constitución Política, en relación con la Ley General de Expropiación por causa de utilidad pública No. 36 de 26 de junio de 1896), por el extravío de los bienes muebles (interpretación a "contrario sensu" de los arts. 854 y 485 del C.C.), por el perecimiento del bien, por la incapacidad absoluta del poseedor, y por la constitución de una servidumbre sobre fundo propio pues se pierde la posesión absoluta sobre la parte del predio en que la adquiere el fundo dominante (art. 302 del C.C.). -

12. Para que pueda tener efectos jurídicos, sea, ser reconocida por el ordenamiento jurídico y con base en ella ejercer los derechos y acciones que la tutelan, la posesión debe ser de buena fe. Nosotros entendemos la buena fe como la creencia del poseedor de ser el titular del derecho real que ejerce, por ignorar vicios que pudiere tener (39) (40).

(36) En cuanto a la transmisión de la posesión "mortis causa" existen dos tesis: la romana según la cual por la herencia pasan al heredero todos los derechos del causante, incluso el dominio, pero no la posesión por constituir ésta una relación de puro hecho, que exige para su adquisición de la aprehensión material de la cosa; y la germana, que permite que por la herencia no solo la propiedad, sino también la posesión se transmita sin necesidad de aceptación ni de aprehensión material. Al igual que nuestro C.C. el de Italia (de 1942) por el art. 1146 conceptúa la sucesión en la posesión, lo cual es comentada por casi todos los autores, lo que nos exime de la cita.

(37) Cuando existe un poseedor de buena fe que realiza actos de posesión conforme lo establece la ley, en terreno ajeno, por más de un año, el conflicto suscitado deberá resolverse por lo dispuesto por los artículos 92 y siguientes de la Ley de Tierras y Colonización (cit.) y el artículo 5 de la Ley de Informaciones Posesorias No. 4545 de 20 de marzo de 1970.

(38) En este mismo sentido cfr. Natoli, U. *Il possesso* (Pacini, Pisa, 1971) I, p. 112-19.

(39) Para los hermanos Mazeaud "la buena fe es la creencia por parte del poseedor, de que es propietario de la cosa; o con mayor amplitud de que es titular del derecho real que ejerce. . . La buena fe implica la existencia de un título o, cuando menos, la creencia en la existencia del título", Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil* (Ejea, Buenos Aires, 1969), II, IV, p. 159; para don Alberto es "poseedor de buena fe el que no conoce el vicio que invalida el título en que funda su posesión; y de mala fe el que sí conoce esa circunstancia y también aquel que posee sin título de ninguna especie" *supra nota 28*, p. 39.

(40) En algunas legislaciones —sobre todo las que tienen notable influencia del Code Napoléon, como la nuestra— se ha hablado de la legitimación de la posesión, que podría referirse a la posesión ejercida "en calidad de propietario, continua, pública y pacífica" (art. 856). Esta figura implica analizar todas las situaciones comprendidas, pero su estudio en sí mismo se encuentra ausente de significado, y por tal, equivocado, porque podría hacer pensar que existe una justa causa que en concreto no necesariamente existe. Quizás lo más correcto es hablar de una "possesso ad usucapionem" como refiere Montel, pues sí tiene la plenitud de caracteres objetivos, también cumple con los efectos menores. Empero, y dadas las condiciones especiales de nuestra institución de estudio, lo preferible es comprender que ésta presenta rasgos característicos que son curso normal en el Derecho Privado, a los cuales debemos atenernos conforme a la letra y espíritu del código respectivo, por ello preferimos concentrar el análisis sobre el elemento de la buena fe antes de presentar al lector un perfil institucional equivocado como hemos afirmado.

El primer problema que se debe analizar en torno a la buena fe es el distinguir entre las dos categorías que de ella ha creado la doctrina: buena fe en sentido objetivo y buena fe en sentido subjetivo. El concepto de buena fe en sentido subjetivo (41) tiende a catalogar un determinado comportamiento del sujeto de acuerdo al criterio general de buena fe, sosteniéndose unas veces que tiene un substrato de carácter psicológico y en otras un aspecto ético, lo que hace denotar cierta antinomia (42). Se conceptúa la buena fe en sentido objetivo cuando es el legislador el que prescribe los efectos que han de tener en las diversas hipótesis que elenca (43).

La distinción conceptual, junto con una abrumadora discusión doctrinal —sobre todo en los países con influencia alemana— y una buena dosis de jurisprudencia obedece a que se ha optado por no darle —legislativamente— todo el marco legal que defina y conceptúe la buena fe, con lo que, se deja a juristas y jueces para que determinen tan difícil situación. En nuestro Código no encontramos este problema porque el artículo 285 establece la normativa objetiva previendo los posibles casos con lo cual la distinción es inexistente. El artículo 285 en mención establece que *"En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe: pero si la posesión fuere de buena fe en su principio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho. Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el*

derecho de poseer" (44).

La fatipecie es compleja con los siguientes principios:

a) Es poseedor de buena fe el que al momento de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. La buena fe se nos presenta en esta premisa como una situación subjetiva del poseedor. El debe representarse en su psique al momento de la toma de posesión la situación como va a ocupar: de buena o mala fe. Tómese en cuenta que la expresión "creía tener el derecho de poseer" aparta cualquier situación objetiva para determinar que su creencia es infundada. Es una mera situación del sujeto. *"En este sentido la buena fe asume el significado de convicción, persuasión, o la creencia de que una situación o hecho jurídico es legítima"* (45).

b) No hay buena fe si hay duda en el sujeto. Es la negativa de premisa anterior. Si el poseedor —con motivo suficiente— aprecia subjetivamente su situación y duda de ella, ésta deviene en mala fe. La duda debe ser con motivo suficiente, porque el poseedor de buena fe que ha adquirido por sí o a través de otro se encuentra imposibilitado —las más de las veces— para conocer perfectamente los antecedentes y condiciones de la cosa poseída, más aún para adquirir certeza de que ésta carece de vicios.

c) Si se adquiere de buena fe y luego viene la duda, la primera se mantiene. Es otra disgregación de la primera hipótesis. Aquí la buena fe objetiva debe mantenerse sobre la subjetiva. Es una concepción diferente porque el efecto no depende de la condición psíquica del sujeto sino de la apreciación objetiva que de ella se haga.

d) Cesa la buena fe cuando se tiene certeza de la mala fe. Como la buena fe se concreta en la ignorancia de vicios en la cosa que se tiene —según dijimos— entonces al tenerse la certeza de lo

(41) Cfr. Natoli, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio* (Giuffrè, Milano, 1966) I, p. 2 y ss.

(42) La antinomia conceptual de comentario nace de la discusión de Wachter, para quien la buena fe no necesariamente debe fundarse sobre un título, y Bruns, que refiere al dato normativo, al cual atribuye una razón de carácter ético, por la cual la buena fe pierde su relevancia cuando depende de la culpa grave. Para los autores Busnelli-Vallini la discusión no es real, Cfr. *La buona fede nel possesso* (Pacini Editore, Pisa, 1971) p. 5-12.

(43) Giampiccolo, R. "La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato" en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1965, I, p. 335.

(44) En nuestro país —a partir de don Alberto Brenes Córdoba, con su máxima "poseedor de buena fe es el que no conoce el vicio que invalida el título en que se funda su posesión; y de mala fe el que sí conoce esa circunstancia y también, aquel que posee sin título de ninguna especie" (que citamos en *supra nota* 39), obliga a analizar el art. 285 desde el ángulo del justo título (que para nosotros es el acto traslativo del derecho real en virtud del cual se justifica e inicia la posesión, a pesar de que pudiera ser defectuosa la relación con quien tenía el bien). Para ser acordes con nuestra línea de pensamiento, veremos la figura en las hipótesis que señala la ley, para determinar cómo se afecta la relación jurídica posesoria, pues seguir el criterio de don Alberto es seguir un criterio propietario de la posesión, baste el ejemplo del poseedor sin título donde se presupone la mala fe.

(45) Zaldivar, F. *Notas sobre la prescripción civil* (Facultad de Derecho, Tesis, San José, 1970) p. 71.

contrario, la posesión ejercida con buena fe cesa.

e) Cesa la posesión de buena fe desde el momento en que se notifique la demanda de un tercero que alega mejor derecho. Desde el nacimiento mismo de nuestro Código Civil —en 1888— existió el principio en comentario, el cual sirvió para que litigantes inescrupulosos, abusando en el ejercicio de la acción, pusieron en aprietos a poseedores de buena fe causándoles daños que la misma ley autorizaba, razón por la cual la jurisprudencia patria —con gran tino— declaró que el cese de la buena fe se da a partir del momento que recaiga sentencia condenatoria, pues la solidez del título puede mantenerse —y aún ratificarse— cuando la demanda fuere declarada sin lugar (46).

13. La doctrina que sigue el criterio de la legitimación de la posesión ha desarrollado siempre la tesis de los vicios de la posesión (47).

La posesión es viciosa cuando aún existiendo ésta, sus efectos jurídicos son inexistentes. Existe, pero sin efectos jurídicos. El vicio puede nacer con la posesión misma o sobrevenir a ella, impidiendo hacer uso de sus principales garantías: el derecho de ejercer las acciones posesorias y sin poder aprovecharse de la prescripción para adquirir la propiedad. Los vicios señalados doctrinariamente con mayor difusión son clandestinidad, violencia, mala fe, discontinuidad y equívoco.

El Código Civil exige que para ser útil la posesión, ésta debe ser pública. El vicio de clandestinidad existe cuando un poseedor realiza actos de posesión no públicos, en un bien, con el objeto de evitar que el perjudicado tenga conocimiento de ellos, pues su intención es afectar la exclusividad —total o parcial— de aquél. Podría discutirse si la clandestinidad es un vicio que tiene efectos "inter partes" o "erga omnes", ante la disyuntiva, pensamos que si bien es cierto la conveniencia de la publicidad debe operar respecto a la sociedad —genéricamente hablando— también lo es que ello implicaría aceptar que el vicio se presenta en dos formas: relativo y absoluto, el primero cuando fuere del conocimiento de la sociedad pero no del titular, y el otro, si fuere desconocido por todos. Una fórmula así no es correcta, debe tener relación solo con el perjudicado. La posesión que inicia

clandestina para tener utilidad debe recobrar la publicidad y ejercerse de buena fe.

La violencia vicia la posesión cuando el poseedor se mantiene como titular del bien haciendo uso de las vías de hecho, sean éstas materiales o morales, impidiendo con ello que el perjudicado pueda recobrarla o continuar poseyendo el bien. La violencia puede ser material o moral. Será material cuando el poseedor hace uso de la fuerza física o mecánica para repeler la acción del perjudicado: será física aquella que empleé solo o acompañado de otras personas (parientes, empleados o amigos), contra la persona o los bienes del perjudicado, siendo en los segundos la que destruya las vías de acceso, cercas, partes del bien, etc.; la fuerza mecánica es aquella que puede generar el poseedor a través de medios como armas, trampas o máquinas que repelen la intromisión del perjudicado o las personas con quien aquél trabaja, vive o comparte el bien. La violencia es moral cuando se vicia el consentimiento por amenazas, que implican la promesa de realización de un mal futuro, o la coacción, que conlleva la posible ejecución de un mal presente. Cuando la violencia cesa y el perjudicado no hace uso de los medios que tiene a su disposición para recobrar su posesión a través de los procedimientos que señala la ley, entonces no solo desaparece el vicio del consentimiento, sino que también la posesión deviene en pacífica, y a partir de ese momento es útil al titular; desde luego que la posesión pacífica implica que sea de buena fe.

La mala fe es la creencia —o certeza— del poseedor de no ser el titular del derecho real que ejerce. Quien posee de mala fe no por el simple hecho de quererlo va a transformar su posesión en buena fe, se requiere, por el contrario, el concurso de la voluntad del perjudicado para que el vicio desaparezca, la cual puede ser tácita o expresa. El poseedor de mala fe no puede emplear la fuerza contra la persona a quien corresponda un mejor derecho de poseer la cosa; si emplea la fuerza, a sabiendas de su condición, queda sujeto a las mismas disposiciones civiles y penales de aquel que con violencia despoja a otro de lo que le pertenece (Art. 306). Contra el que poseía de mala fe y ha dejado de poseer procede la acción reivindicatoria;

(46) Cas. 9 hrs. y 15 minutos del 12 de junio de 1929; cit. por Sotela, en *supra* nota 28, p. 41.

(47) Aun cuando no estamos de acuerdo con esta doctrina —por las razones que ya hemos expuesto— enunciaremos los vicios como forma ilustrativa, a los efectos de que el lector tenga un marco general de referencias en cuanto a la posesión.

cuando el reivindicador se dirige solo contra el actual poseedor, no contra el que lo fue de mala fe, tendrá —durante el tiempo que aquel poseyó con vicio— las mismas obligaciones en razón de los frutos, deterioros y perjuicios (Art. 321). Y en este sentido, el poseedor de mala fe es el responsable de los deterioros que haya sufrido la cosa, salvado el caso de que tal deterioro provenga de un vicio de ella, o que también hubiera ocurrido en poder del dueño; queda en la obligación de devolver los frutos: los percibidos y los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad; si no la hubiere, deberá devolver el valor que tenía o hubiere tenido al tiempo de la percepción (Art. 329).

Igualmente, para que la posesión sea útil debe ser continua (Art. 856 C.C.). La continuidad es aquel estado posesorio en virtud del cual la posesión se manifiesta por una sucesión de actos ininterrumpidos, que se dan a intervalos lo suficientemente cortos como para no crear lagunas. El vicio de discontinuidad se presenta en la posesión cuando los intervalos existentes entre acto y acto, o entre unos y otros, son lo suficientemente amplios como para no poder identificar al titular del derecho real que se ostenta, o bien, que se tenga duda sobre su identificación. La determinación del vicio consiste en el análisis de los periodos o intervalos que separan un hecho del otro, tomando en consideración las dificultades naturales de la posesión de la cosa, pues la continuidad absoluta es inexistente. Como la continuidad es requisito para la prescripción, debe tenerse en cuenta que puede ser suspendida o interrumpida: en el primer caso, la corrida se suma a la posterior, y en la interrupción, se pierde la ejercida y debe iniciar nuevamente a correr para ser tomada en cuenta.

Un último vicio que se menciona es el del equívoco. Acontece cuando los actos posesorios o de goce pueden explicarse en dos maneras distintas. El vicio recae en los elementos constitutivos, no en sus cualidades secundarias. Su existencia es continuamente ostensible, y aparentemente más fácil de distinguir que los otros vicios. Este vicio se presenta casi siempre con la propiedad indivisa,

donde los copropietarios que poseen la cosa en común tienen derecho a ejercer actos de posesión sobre la totalidad, pero existe el equívoco de determinar si los actos ejercidos son parciales o exclusivos. Mientras dure el equívoco la posesión es vana.

Los vicios —a nuestra forma de analizar la institución— tienen una importancia relativa pues éstos afectan generalmente la forma y no el instituto mismo. Los vicios no trascienden a otras personas por el hecho de la transmisión del bien como sucede con los otros derechos reales, el vicio no va unido a la cosa, sino a la relación misma, por lo que, por la transmisión se libera el vicio, y se podría afirmar que aprovechan al poseedor-adquirente pues por el simple hecho de la adquisición deviene en perfecta aún cuando hubiera sido siempre viciada. La doctrina moderna por lo general opta por obviar el estudio de los vicios a la hora de estudiar la posesión, pues tienen más cabida dentro de la prescripción.

14. La posesión, como subordinación de hecho ejercida en los bienes que goza de tutela, tiene efectos jurídicos. El fundamento de los efectos jurídicos es darle contenido y eficacia al instituto, por lo que, se encontrarán muchos tratamientos de ellos según la definición propietaria de cada ordenamiento (48). Tradicionalmente se ha hablado que los efectos son dos: las defensas posesorias y el derecho de hacer uso de la prescripción para adquirir la propiedad. Nosotros consideramos que del análisis exhaustivo del Código Civil nos encontramos una serie de efectos que no son precisamente encasillados en estos dos, por lo que hemos preferido hacer otro parangón, donde incluimos los derechos y obligaciones del poseedor.

A) La tutela posesoria consiste en la facultad que tiene el poseedor de defender su posesión de cualquier perturbador a través de los medios que le otorga la ley. Unos —siguiendo en línea de máximas a Savigny— han visto en la protección posesoria una forma de hacer efectivo el principio de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, mientras que otros —comandados por Ihering— han visto en la protección una forma de proteger al propietario pues parten del supuesto

(48) Italia, para dar un solo ejemplo, tiene una amplia gama de efectos que han sido clasificados en muchas formas, pero una simple mención podría ser: la adquisición de frutos (del poseedor de buena y mala fe), las reparaciones y mejoras, el derecho de retención ("ius retentionis"), la adquisición de los muebles de buena fe, y la prescripción.

que poseedor y propietario casi siempre son el mismo (49). Nuestra legislación consagra la protección posesoria en forma bastante amplia, que va desde la facultad de defenderla repeliendo la fuerza con la fuerza, hasta la de recurrir a la autoridad judicial para que dirima la situación (Arts. 305 y 317). El hacer uso de la fuerza tiene como límite el hecho que la misma no se puede efectuar como medio de sustituirse en la posesión ya ejercida —aún cuando se trate de despojo—, sino, solamente, para impedir que quien pretenda perturbar o despojar la posesión no cumpla su cometido, es, podría decirse, una forma de legítima defensa civil, que podrá emplearse solo en el caso de agresión ilegítima y con proporcionalidad en el medio empleado, y para realizar ésta, la ley faculta al ofendido a que recurra a la autoridad (en nuestro caso la Guardia de Asistencia Rural) para que coadyuve en esa legítima defensa, pero ésta, antes de actuar, debe constatar que el recurrente es el poseedor, que la agresión se está verificando en ese mismo momento, y en el caso de que se tratare de una acción contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño, que se ha poseído por más de un año o que se tiene título legítimo para poseer (Art. 307), y solo una vez hecho esto, ofrecerá su ayuda en la protección al bien que se intenta despojar o perturbar, pero, insistimos, solo como medio de legítima defensa, que en el caso de la autoridad tiene como fin el evitar un mal mayor o que se perpetúe un acto ilícito. Si el poseedor ha sido privado indebidamente no podrá tomarse la posesión en forma violenta, aún cuando se trate del que legítimamente le corresponda, pues en el caso de que el poseedor se encuentre ejerciendo la subordinación de hecho en el bien y se oponga a ser sustituido, el reclamo deberá ser ante los Tribunales de Justicia (Art. 317), pues de hacerlo personalmente o a través de otros quedará en las mismas condiciones del poseedor de mala fe (Art. 306 en relación con el 225 del C.P.). La autoridad

judicial deberá constatar primero que nada que el reclamante tenía la posesión y que ha sido privado ilegítimamente (Art. 318), para instruir conforme a la normativa de los interdictos (Arts. 652 y ss. del C.P.C.), hasta determinar lo que en derecho corresponda, pero no aceptará el reclamo si se trata de una acción intentada contra el que tenía mejor derecho de poseer, salvado el caso de quien hubiera sido despojado con fuerza o violencia (Art. 319), pero en ambos casos deberá realizar todas las diligencias probatorias para llegar al convencimiento de estar en presencia de uno u otro caso. (50).

B) La prescripción adquisitiva es el medio a través del cual se adquiere la propiedad por el ejercicio de la posesión en ciertas condiciones y durante un tiempo determinado. Las condiciones son las de haber poseído en calidad de propietario, continua, pública y pacíficamente (Art. 856), durante diez años en los inmuebles y tres en los muebles (Arts. 860 y 862), pudiendo beneficiarse con la ejercida por el causante (Art. 863) a los efectos de completar el tiempo requerido por ley. La adquisición, sin embargo, de la propiedad —tratándose de bienes inmuebles— no se verifica automáticamente, sino que el titular deberá recurrir a la autoridad judicial o administrativa (51) para que se proceda a realizar una serie de diligencias tendientes a constatar el ejercicio del derecho de posesión, para luego ordenar que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad.

C) Tanto o más importante que los efectos provenientes de la defensa posesoria o del ejercicio de la prescripción para adquirir la propiedad, encontramos otros, que en forma inmediata definen y califican el instituto posesorio. Estos efectos provienen directamente de la relación posesoria y se manifiestan como derechos y obligaciones del poseedor, que reunidos cobran unidad de sentido, permitiendo su estudio científico.

Una serie importante de efectos proviene de la

(49) El tema del fundamento de la protección posesoria se encuentra con gran cantidad de tesis, encontradas las más de las veces, y cuyo punto de vista depende enteramente de la posición filosófica del autor. Cfr. a manera ilustrativa la interesante gama de opiniones al respecto. Para un conocimiento sistemático y amplio de la historia de la protección posesoria y el fundamento de la misma, consúltese a De Los Mozos, J.L. *Tutela interdictal de la posesión* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962).

(50) Del presente tema nos ocuparemos en otra oportunidad, donde incluso analizaremos la defensa posesoria a través del delito de Usurpación, que es la forma más utilizada en nuestro país —sobre todo en los campos, donde hay ausencia de profesionales en derecho— que trae como consecuencia que la defensa posesoria se convierta en una ofensa —sin proporcionalidad— y donde el ofendido —que muchas veces no lo es— toma posesión del bien en ausencia del poseedor por encontrarse aquél en prisión o con orden de desalojo. Por ahora comentamos —tangencialmente— la defensa civil.

(51) Actualmente se puede intentar la inscripción a través de las Leyes de Informaciones Posesorias. Con la No. 139 de 14 de julio de 1941, ante los Tribunales Civiles, y, con la No. 4545 de 20 de marzo de 1970, ante el Instituto de Tierras y Colonización.

posesión como derecho real. Acontecen siempre con ocasión de restituir la cosa poseída al titular, de lo que nacen derechos y obligaciones. a) Restitución de cosa: al haber reivindicado el titular del bien su derecho, quien la tenga en su poder la debe restituir. Se pueden presentar dos situaciones, que el poseedor después de la demanda haya dejado de poseer ("possessio ficta"), o que, el poseedor sea titular de un derecho (real o de crédito) con el cual pueda excepcionar al reivindicante. En el primer caso, una vez autorizado por el Juez, el reivindicante podrá tomar posesión de la cosa porque el ex poseedor continúa siéndolo aún cuando no ejecute su actividad posesoria y por ello solo con autorización judicial puede reposar de buena fe. Cuando existe mala fe en la posesión ejercida, el Juez condenará no solo a la reintegración de la cosa, sino también al pago de los deterioros y los daños y perjuicios causados (Art. 324 y 325, en relación con el 1045, 333, 731 y 832); y si la cosa no pudiere ser restituida por haber perecido o no ser posible, el poseedor de mala fe pagará como culpable el valor de ella (Art. 325). Cuando el poseedor lo sea de buena fe la situación es totalmente diferente: no tiene la obligación de pagar los daños y perjuicios causados, ni a pagar los frutos percibidos, ni los deterioros que la cosa hubiere sufrido, siempre que fuere con anterioridad a la notificación judicial de la demanda (Art. 327), pues cualquier acción posterior con culpa, lo hará incurrir en las responsabilidades del poseedor de mala fe (Art. 333, que a nuestro juicio debe interpretarse a partir de la notificación de la demanda, y no como erróneamente se establece) (Cfr. Arts. 844, 1038 inc. 2); y como su posesión ha sido sin la intención de dañar, sino con buena fe, el reivindicante deberá resarcir lo que se hubie-

re pagado por el bien (Art. 328), lo mismo que las mejoras, pero tratándose de muebles, el poseedor para tener derecho al pago del reivindicante deberá demostrar que la compró con las formalidades usuales en ventas o ferias públicas, según el Art. 481, pero analizándose la figura en general una hipótesis de estas no tiene aplicación; b) el poseedor de buena fe a quien no se le haga el pago del bien y mejoras, no está obligado a restituirlo, adquiriendo un derecho de retención ("ius retentionis") (52) como garantía de no sufrir daño sin ser indemnizado (Art. 328); c) los frutos de la cosa pueden ser naturales, industriales y civiles (Cfr. Art. 288) (53) de los cuales el poseedor de mala fe deberá reintegrar los naturales y civiles que hubiere percibido, pues ellos provienen de la cosa en forma independiente de su gestión, y no solo los percibidos sino también los que el dueño hubiere percibido con mediana inteligencia y actividad (Art. 329), pudiendo dejarse de pagar los industriales —a nuestro criterio— porque han sido obtenidos con su trabajo y cultivo (Arts. 50 y 56 de la Constitución Política); en el caso del poseedor de buena fe —como se indicó— no tiene la obligación de pagar los frutos percibidos, entendiendo que en este caso deberán incluirse también los pendientes no recolectados, salvo que se paguen; d) las mejoras en nuestro país han sido clasificadas en necesarias, útiles y de lujo (54), que son indemnizables de acuerdo con el tipo de poseedor que las reclame: el de mala fe tendrá derecho a que se le paguen las necesarias y útiles, con derecho de retención de la cosa cuando no se le hubieren pagado las primeras, mas no las otras, mientras que con las de lujo no puede reclamar el pago (Art. 330 en relación con el 508), pero sí —nos parece— que las puede retirar cuando ello es posible, por-

- (52) Gentile, comentando el Derecho Italiano, nos indica que el art. 1152 del C.C. It. subordina el "ius retentionis" a la circunstancia que en el curso del juicio de reivindicación haya sido solicitada la indemnización y haya sido ofrecida la prueba, al menos genéricamente, de las reparaciones y mejoras, lo que se puede hacer en cualquier estado del juicio y por la vía de excepción. En *supra nota 22*, p. 188-89.
- (53) Para un estudio interesante de los frutos véase Mosco, L. *I frutti nel diritto positivo* (Giuffrè, Milano, 1947), Scarlata Fazio, M. voz "Frutti, Diritto Romano", Trifone, R. voz "Frutti, Diritto Intermedio" y Barcelona, P. "Frutti, Diritto Civile", en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1969) XVIII, p. 189-237, en lo general; y Montel, A. "L'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede" en *Giurisprudenza Agraria Italiana* (Ramo, Roma, 1955), II, p. 9, y luego en Montel, A. *Il possesso*. . . en *supra nota 22*, p. 265 y ss.; Gentile, *supra nota 22*, p. 175-82; Barassi, *supra nota 6*, p. 297-302.
- (54) La doctrina del Derecho Agrario ha desarrollado en forma bastante amplia el tratamiento de las mejoras, bien para la interpretación de los contratos de esta rama, como para encontrar solución a los problemas que se suscitan cuando se está en presencia de un proceso de Reforma Agraria, en el que se debe determinar desde aquellas que se pagan cuando se expropián bienes mejorados, hasta las de los campesinos que se dejan afectar para reorganizaciones parcelarias. Nuestro ilustre profesor Antonio Carroza ha desarrollado el tema en *Gli Istituti del Diritto Agrario* (Giuffrè, Milano, 1962) I, p. 183-217, y luego en *I mi miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari* (Giuffrè, Milano, 1965), cuyo conocimiento se hace obligado en Costa Rica, pues una tecnificación en la materia no existe, dejándose —las más de las veces— la solución —de estricto orden jurídico— a peritos valuadores que no tienen la obligación de correr con las responsabilidades que nosotros aún no hemos enfrentado.

que de lo contrario estaríamos en un caso de enriquecimiento sin causa —que no es la filosofía de la posesión—; el poseedor de buena fe estará en iguales condiciones, pero con un derecho de retención por las mejoras útiles y necesarias (Art. 328).

Como derecho real que es, la posesión configura para el sujeto activo todas las facultades que se conceden a los titulares de los otros derechos. Encontramos —entre otros— los siguientes: a) el poseedor tiene el derecho de exclusión, sea, el de obligar a sus colindantes a comparecer para establecer los linderos auténticos que separen su predio de los otros, que se hace por la vía de deslinde y amojonamiento (Arts. 295 y 296 en relación con los arts. 798 a 806 del C.P.C.); b) derecho de cerrar su predio através de señales que identifiquen e individualicen su posesión (Art. 320), siempre que no se trate de terrenos declarados como reservas nacionales, que requieren autorización administrativa, pues caso de infringir la norma se le puede tener como usurpador de dominio público (Art. 8 de la Ley de Tierras y Colonización, cit. y el Art. 227 del C.P.); c) derecho de matar los animales que destruyen sus cultivos, ya sean éstos bravíos o domésticos (Arts. 314 y 315); como legítima defensa de su producción.

Respecto a terceros, siempre que no se demuestre en juicio lo contrario, existen a favor del poseedor una serie de presunciones ("iuris tantum"), que tienden a garantizar la pacífica posesión del bien en cabeza de quien ejerce la subordinación: a) el hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer (Art. 281) que tiene todo un contenido ideológico en el capítulo de los interdictos del Código Procesal Civil pues "la prueba de posesión basta que se contraiga al mero hecho de poseer, o sea a la posesión actual y momentánea" (Art. 661 C.P.C.), con lo que, el actor perjudicado basta que demuestre su posesión para tener como estable su derecho; b) el tenedor de la cosa se presume que lo hace nombre propio, con lo que se protege al que de hecho realiza la subordinación en el bien por sobre aquél que posee a través de otro: se protege la posesión formal sobre la impropia (Art. 283); c) la posesión se presume que continúa en nombre de quien la comenzó (Ibid), que es complementada por aquella otra: el poseedor actual que demuestre haber

poseído en una época anterior tiene a su favor la presunción de haber poseído el tiempo intermedio (Art. 859), que sirven como vehículo probatorio de la continuidad, para hacer uso de la prescripción adquisitiva y obtener la propiedad; y, d) en caso de duda, se presume la buena fe en la posesión que es un "indubrio pro possessore" por el cual se le evita la carga de la prueba a éste y se le permite gozar de todos los beneficios que la ley le concede hasta que no exista prueba en contrario, nos parece que esta presunción pone en tela de duda la normativa del art. 285 porque para terceros la buena fe existe siempre, con lo cual caen en vacío las hipótesis de una mala fe subjetiva, que además de imposible de probar pierde sentido; será, en todo caso, a la hora de existir contradicción de intereses y ante un Juez donde se determinará en presencia de cuál se está.

El ejercicio de la posesión, como todos los derechos reales, implica el cumplimiento de obligaciones que se dan con el bien, respecto a terceros, y en relación con la sociedad misma (55), estas obligaciones constriñen al poseedor a actuar en cierta forma para poder hacer uso de las facultades que su derecho real le otorga. El poseedor —prioritariamente— debe serlo de buena fe, porque solo así se adquiere el derecho de poseer (Art. 284), que es la llave para el ejercicio tutelado de la relación, y que abre paso a otras más, como son las consagradas en el capítulo de la prescripción (Arts. 850 y ss.) para ser útil a la usucapión, el de dar paso a otros fundos enclavados (Art. 395), a dar pega (Art. 401), etc. pero la principal —a nuestra forma de ver el asunto— es aquella de cumplir con la función social, en cuanto que sea medio para resolver los problemas socio-económicos, para llevar justicia a la relación posesoria, y nunca como forma de establecer privilegios, o ejercer la propiedad sin sus obligaciones.

15. El resumen que a través de estas páginas intentamos plasmar nos demuestran que la elaboración científica de la posesión se puede realizar —como con cualquier otra institución jurídica—, eso sí, teniendo en cuenta que en la sistematización autónoma ha de hacerse una disgregación conceptual en cuanto a la lógica propietaria del Código Civil, en la que estamos imbuidos. La sistematización es requerida por ser la posesión la

(55) En línea de máximas, cuando la posesión se nos presenta como dependiente del derecho de propiedad, todas las limitaciones de ésta afectan a aquella; cuando actúa autónomamente, los límites se encuentran consagrados en la ley y en el interés social. En este acápite nos referiremos solo a las obligaciones, y no a los límites, para poder centrar el tema de discusión, pero valga el comentario para hacer la distinción.

más perceptible, la más real, la más palpitante de las relaciones del derecho civil: existe en cuanto se manifiesta. Debemos hurgar —como primer paso— los entretelones ideológicos presentes en las elaboraciones dogmáticas y con pleno conocimiento de ellos tomar nuestra posición, pues solo quienes son conscientes conocedores —o no han comprendido aún— toman posición respecto a los puntos álgidos del problema (la naturaleza, por ejemplo), de ahí que la posición no puede —ni debe— ser apriorística, ha de ser producto de la meditación y de analizar una y muchas veces el instituto.

La publicización del derecho civil obliga a

adaptar los institutos al servicio del interés público, del interés social, a perseguir la satisfacción de las necesidades generales sobre las privadas, y en ninguna relación esto es más factible que en la posesión.

En estos tiempos en que la propiedad ha sido trocada por la empresa, que la sociedad de personas da paso a la de capitales (como tránsito del estado precapitalista al capitalista), en que las ramas del derecho exigen autonomía para satisfacer en forma especializada los fines del hombre en sociedad, no sería correcto pensar en darle contenido posesorio a la propiedad?

