

LA POSESIÓN NO ES UN HECHO SINO UN DERECHO PARA NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Dr. Francisco Chacón Bravo *

RESUMEN

En Costa Rica, hemos enseñado que la posesión es un hecho y que la propiedad es un derecho. Lo que en este artículo sostenemos es que independientemente de lo que digan las distintas tesis para nuestro Código Civil, la posesión es un derecho y no un hecho.

Palabras claves: posesión, hecho, derecho, *ad usucapione*, *ad interdicta*.

ABSTRACT

In Costa Rica, we are taught that possession is a fact and ownership is a right. We argue in this article that regardless of the different theses contained in our Civil Code, possession is a right and not a fact.

Keywords : possession, fact, right, *ad usucapione*, *ad interdicta*.

Recibido: 29 de junio de 2022

Aprobado: 17 de agosto de 2022.

* *Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Lead University.

INTRODUCCIÓN

La posesión y la adquisición del derecho a poseer son dos temas que merecen ser estudiados desde el punto de vista de nuestro Código Civil.

En este artículo, sostenemos que la posesión es un derecho, al igual que el derecho de poseer y no un hecho según nuestro Código Civil.

La posesión es un sustantivo abstracto al igual que el derecho. El derecho de poseer es la facultad que se tiene sobre una cosa. Poseer es el verbo, palabra que denota la acción. Esta es la doctrina por la que optó el Código Civil de Costa Rica.

1. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

La posesión consta de dos elementos el *corpus* y el *animus*, el *corpus* es un actuar sobre la cosa, existe un contacto con la cosa, y el *animus* es la intención, algo anímico y espiritual. Es necesario distinguir entre la posesión *ad interdicta* protegida por los interdictos y la posesión *ad usucapione*¹.

La simple tenencia se diferencia de la posesión en que en esta solo es necesario el *corpus*, mientras que en la posesión son necesarios el *corpus* y el *animus* mencionados. En la posesión, existe una posibilidad de ejercer una influencia inmediata sobre el bien y también la posibilidad de excluir la influencia de otra persona. Está protegida por los interdictos.

La posesión *ad usucapione* es la que sirve para validar el título de propiedad defectuoso. No produce la propiedad. Es un medio necesario para esa validación y necesita de los requisitos establecidos por la ley: posesión, tiempo, buena

fe y el título traslativo de dominio defectuoso que se valida.

Esta distinción es muy importante para comprender lo que es la posesión *ad interdicta*, el derecho de poseer y la posesión *ad usucapione*.

2. LA POSESIÓN HECHO O DERECHO

Si la posesión es un hecho o un derecho, son teorías muy discutidas. Sin embargo, nuestro Código Civil se inclinó por considerarla un derecho. La mayoría parte del derecho romano.

Se indica que los juristas romanos, por su carácter práctico, se ocuparon poco del tema. En el Digesto, encontramos que Paulo señala: “*etiam sine tutoris auctoritatem possidere incipere posse pupillum aiunt eam enim rem facti non iuris esse*”. “*El pupilo puede comenzar a poseer aún sin autoridad del tutor, porque esta es cosa de hecho no de derecho*”².

En cambio Papiniano expresa: “*possessio non tantum corporis, sed et iuris est*”, pues la posesión no es algo material, sino **también** de derecho³.

Algunos romanistas han sostenido que Papiniano consideró la posesión como un derecho y no como un hecho, y traducen la frase, la posesión no es un hecho es derecho.

Sin embargo, si se lee el texto completo, llegamos a la conclusión de que Papiniano se refiere a la posesión que le otorga la propiedad.

49. Por medio del esclavo, cuyo usufructo es mío, se adquiere para mí la posesión

1 D. 41, 2, 3, 1. G. 2, 44. D 41, 2, 10, 1.

2 D. 41, 2, 3.

3 D. 41, 2. 49. 1.

alcanzada con cosa mía o con el trabajo del esclavo, porque también es poseído naturalmente por el usufructuario, y esta posesión se asemeja mucho a la de derecho. (Et plurimum ex iure possessio mutuentur).

Obsérvese que el dueño adquiere la posesión con el esclavo que le pertenece, al igual que el nuevo adquirente de la propiedad adquiere la posesión (art. 264, inc. 1. del Código Civil). Luego la frase se refiere la posesión del *pater* de familia que tiene el derecho de posesión sobre todos los que están bajo su poder, por ejemplo: sobre sus hijos, sobre su esposa en el matrimonio *cum manu*, sobre los esclavos, etc.

Obsérvese que, tanto en la traducción de García del Corral, Barcelona 1897, como en la de D'Ors⁴, se usa el adverbio “**también**” “*tantum*” “*no es una cosa solamente del cuerpo sino también del derecho*”.

Con esto podemos concluir que no se indica que la posesión sea solamente un hecho (*corporis*), sino también un derecho (*iuris*), y este derecho a que se refiere Papiniano es el derecho de posesión; es decir, el derivado del derecho de propiedad que es la posesión.

En resumen, siempre la persona propietaria y quienes tienen un derecho real sobre la cosa adquieren el derecho de posesión, salvo excepciones como la hipoteca sin desplazamiento.

3. LOS TEXTOS DE DOCENCIA

Voy a citar para efectos de este artículo, únicamente los textos que los y las docentes hemos usado para la enseñanza del derecho

romano en Costa Rica, donde se sostiene que la posesión es un hecho y la propiedad un derecho⁵.

En 1950, se usaba el texto de George Bry, un profesor de la Universidad de Aix-Marcella, traducido por Bercelino Hernández de la Facultad de Bogotá.

Este texto no tenía ninguna cita del Digesto en cuanto a la posesión y simplemente enseñaba que:

Los romanos no habían dado ninguna definición científica de la posesión; decían que la posesión era el hecho de tener una cosa a disposición y considerarse como dueño de ella. (rem sibi habere)... Y que el poseedor debía ser protegido por el hecho de su posesión, porque mientras no hubiera pruebas en contrario, se presumía que era el propietario de la cosa⁶.

En mi época de estudiante, el texto usado por el profesor don Rogelio Sotela era Eugene Petit, quien también se inclinó por quienes sostenían que la posesión era un hecho y no un derecho y sostenía: la posesión tal y como la entendían los romanos puede ser definida como “*El hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla, y disponer de ella como lo haría un propietario*”⁷.

Los textos usados actualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica son los de Arias Ramos, Juan Iglesias y Eva Cantarella.

El primero señala: “*Son pues dos conceptos distintos propiedad y posesión -separata ese debet proprietatis a possessione. (337)- la propiedad es un*

4 Versión castellana, Pamplona 1975. D. 41.2.49.1.

5 Bry, Georges. (1912). *Nociones de derecho romano*. Bogotá, p. 139.

6 Bry George. (1912). *Nociones de derecho romano*. Bogotá, pp. 139, 140.

7 Petit Eugene. (2013). *Tratado elemental de derecho romano*. México, p. 238.

derecho, la posesión es un mero hecho. El número corresponde a cita del Digesto 43.17. 1, 22.2”⁸.

Juan Iglesias afirma: “*Possesio es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa. Entre posesión y propiedad media la diferencia que corre entre el hecho y el derecho*”⁹.

Otro texto usado es el de Eva Cantarella, profesora de *Derecho Romano y Griego* de la Universidad Estatal de Milán, quien se inclina también por sostener que la posesión es un hecho y expone: “*Hoy entendemos por posesión el disfrute de hecho de una cosa (corpore possidere) acompañado por la intención de tenerla como dueño (animus possidendi)*”¹⁰.

4. LAS PERSONAS AUTORAS COSTARRICENSES

Las personas autoras costarricenses también se han ocupado del problema de si la posesión es un hecho o un derecho.

Alberto Brenes Córdoba parece que no ha tomado partido, pero habla claramente del derecho de poseer, al cual me referiré cuando se trate de ese tema.

En cambio, en sus *Notas y comentarios al tratado de los bienes*, Rogelio Sotela plantea las dos tesis, hecho o derecho, pero sin tomar partido por ninguna de ellas¹¹.

Álvaro Meza Lázarus, otro de los mejores juristas de nuestro tiempo, se inclinó claramente en el sentido de que la posesión es un hecho:

Nuestro Tribunal Civil, de forma acertada ha definido en múltiples ocasiones la posesión de hecho, y transcribe el considerando tercero, de la sentencia del Tribunal Primero Civil N° 82 de las ocho horas cinco minutos del quince de febrero del 2005:

III.- En este sentido debemos aclarar que esta posesión de hecho, en su definición más usual, significa el señorío de hecho sobre una cosa. Consiste esta posesión en el hecho mismo, de ese poder, omisión hecha de que se tenga o no un derecho a él. En tal sentido posee una cosa el que la tiene bajo su dominación.

Esta definición es compartida dado que existirá la posesión de hecho en tanto la cosa se tenga bajo la dominación efectiva del poseedor [...] ¹².

Otro autor que ha escrito sobre el derecho romano es don Antonio Zambrana, del cual tenemos noticia por los historiadores del derecho, Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Chinchilla Madrigal, quienes exponen:

Los romanos no confundieron la posesión con la propiedad. La primera, aún no siendo la tenencia material de una cosa, sino en virtud de algún derecho, como pasa con el inquilino, podía no ser a título de dueño, -animus domini- la posesión legal da la facultad de poseer la cosa, mientras dure el derecho con que se posee.¹³

8 Arias Ramos, José. (1969). *Derecho romano*. Madrid.

9 Iglesias, Juan. (1968). *Derecho romano*. Barcelona, pp. 287, 288.

10 Cantarella, Eva. (2017). *Instituciones e historia de derecho romano*. Valencia.

11 Brenes Córdoba, Alberto. (1981). *Notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagne*. Editorial Juricentro S. A., p. 43.

12 Meza Lazarus, Álvaro. (2012). *Tratado de la posesión*. Costa Rica, San José. p. 47.

13 Zambrana Antonio (2012) *Derecho romano*. Anotado y concordado con la legislación, jurisprudencia y doctrina costarricense por Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal. San José C. R. (p. 93)

Federico Torrealba, distinguido jurista, califica la posesión como un derecho y como un hecho:

*Conviene distinguir entre: el derecho de posesión y el hecho de la posesión. Como **derecho**, la posesión es una situación jurídica por la que se reconoce, si es del caso, con el apoyo coercitivo del Estado, la facultad del titular, de situarse o mantenerse en posición de sujetar una cosa, bajo su poder y voluntad. Como todo derecho subjetivo, el de posesión entraña un imperativo general de deber-ser: la delimitación de un ámbito donde se concede preponderancia al interés privado sobre otros intereses públicos o privados rivales de inferior categoría” [...] “Como **hecho** la posesión es un estado de cosas, apreciable objetivamente y axiológicamente neutro, en cuya virtud una persona está en contacto material con una cosa. Una persona puede estar, de hecho, en posesión de un bien -por ejemplo un ladrón- sin tener derecho para ello. Del sujeto que ocupa, de facto, un bien demanial (propiedad del Estado), sin contar con un derecho habilitante, se dice que tiene una **posesión precaria**, es decir, una situación de hecho a la que el dominus, en éste caso el Estado, , puede poner fin en cualquier momento, sin indemnización. Lo normal, por el contrario, es que quien se haya en posesión de hecho, de una cosa, lo esté en virtud de un título habilitante. La ley estatuye una presunción *iuris tantum* -susceptible de ser vencida mediante prueba en contrario- de que quien posea de hecho una cosa lo hace con derecho de poseer. Así enuncia el artículo 281 del Código Civil¹⁴.*

Deben leerse sus explicaciones porque son muy interesantes.

Enrique Ulate, distinguido agrarista, toma una posición diferente al distinguir si la posesión es un hecho o un derecho, según la materia de que se trate. Para él, en materia agraria, la posesión es un hecho al participar del criterio de Álvaro Meza de que la posesión agraria es un poder de hecho, y que “*La posesión agraria debe manifestarse en el despliegue por parte del poseedor de una actividad agraria organizada profesionalmente sobre el bien*”. Esto es cierto. Pero también es cierta su afirmación de que “*En Costa Rica la propiedad forestal y también posesión forestal como derecho real derivado de aquella o bien concebido en forma independiente se comienza a perfilar en Costa Rica desde el Código Fiscal de 1985*”¹⁵.

De la lectura parece que sigue una tesis ecléctica al calificar la posesión como un hecho o como un derecho según la materia. Se aparta de las personas autoras que califican la posesión, ya sea como un hecho o como un derecho.

Tampoco puede decirse que Ulate sigue a Savigny, quien sostiene que la posesión es un hecho que luego se convierte en derecho¹⁶; ni a García Valdecasas, autor que considera que la posesión tiene una doble naturaleza, integrada por dos elementos, el hecho y el derecho¹⁷; ni a Albaladejo con su tesis de que en la posesión hay dos figuras distintas, el hecho y el derecho, el hecho para referirse al poder sobre la cosa y el derecho para referirse al poder provisional que le da el ordenamiento jurídico a la posesión¹⁸.

14 Torrealba Navas, Federico. *Principios de derecho privado*. T. II, p. 583. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro. Editores Fondo Editorial: Lavalle 1115, Buenos Aires, Argentina.

15 Ulate Chacón, Enrique. (2009). *Manual de derecho agrario y justicia agraria*. San José. CR. Cabals, pp. 200 y 203.

16 De Savigny, D. F. C. (2005). *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*. Granada, p. 15.

17 García-Valdecasas, Guillermo. *La doble naturaleza de la posesión. Anuario de derecho civil*.

18

En resumen, nos parece que el razonamiento de Ulate no solo es novedoso, sino también los ejemplos son muy apropiados para su tesis.

LA NUEVA JURISPRUDENCIA

En la *Revista Judicial* 130, en un artículo publicado en *Comentarios de jurisprudencia*, me referí al *corpus*, al *animus* y a la posesión incorporal en la nueva jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Esta excelente sentencia, aplicada con sabiduría y prudencia, facilita una solución con justicia y equidad en muchos casos. Me referí en concreto en cuanto al usurpador y al propietario.

Sin embargo, me quede corto, porque en la sentencia n.º 291-F-99 de las 9:55 horas del 28 de mayo de 1999, redactada por el magistrado Román Solís, este explicó, con toda claridad, el concepto de lo que debía entenderse por la acción publiciana, como una posesión de derecho. Para su fundamentación, recurrió a los conceptos de posesión como hecho, posesión incorporal y posesión mediata e inmediata. En resumen, dicha jurisprudencia indicó lo siguiente:

La posesión de derecho determina para la existencia de la misma posesión incorporal. La posesión como hecho es la manifestación de un poder directo y material del sujeto manteniéndola bajo su esfera de poder y voluntad. La posesión ejercida como derecho determina bajo el amparo de una ficción se tiene como posesión una situación carente de sustrato fáctico. Esta forma de ejercer la posesión se puede dar por la vía del desdoblamiento posesorio en virtud de una relación negocial subyacente que genera la concurrencia posesoria (posesión mediata e inmediata) o bien en virtud de la desposesión que ha sido objeto el poseedor por un tercero. En este último caso, se

alude a la posesión incorporal llamada por algunos doctrinarios “posesión del año y día.” Como forma que tiene el sujeto para recuperar o intentar recuperar judicialmente el bien, antes que pueda perder la posesión de nuevo a causa de la desposesión de otro.

Ahora bien, como lo señaló la misma sentencia, este derecho no podía ser asimilado al derecho de propiedad que requería el ejercicio de una posesión de diez años.

Con título traslativo de dominio y buena fe, agregamos nosotros.

5. LA CALIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA POSESIÓN COMO UN DERECHO

Como breve introducción a este tema, debemos empezar a distinguir la diferencia entre derecho subjetivo y derecho sustantivo. Se debe advertir que, en cuanto a denominaciones, los y las juristas no están de acuerdo. Nosotros preferimos esta distinción para mejor comprensión de estos temas.

El derecho subjetivo es el derecho, como su nombre lo indica, que tienen todos los sujetos de derecho, de actuar conforme se lo permite el ordenamiento jurídico, más bien según lo garantiza la Constitución Política, como son los derechos humanos.

Hablamos de derecho sustantivo, en cuanto el ordenamiento jurídico le confiere una titularidad al sujeto, ya sea como actor o como demandado. Comprende tanto los derechos reales como los derechos personales. Los reales son los que se tienen sobre una cosa, y los personales, la relación o vínculo jurídico que se establece entre las personas como deudoras o acreedoras.

En el Código Civil, encontramos que se califica la posesión como un derecho y no como un hecho de acuerdo con las siguiente fundamentación:

- a) El libro II, del Código Civil se titula “DE LOS BIENES Y DE LA EXTENSIÓN Y MODIFICACIONES DE LA PROPIEDAD” Divide las cosas en corporales e incorporeales (art. 253). Son incorporeales los derechos reales, los que se tienen en una cosa o contra una cosa, que son cosas incorporeales (art. 258). La posesión sería un derecho real que se tiene sobre una cosa.

En el título segundo, se reitera el concepto de que la posesión es un derecho cuando denomina a la posesión como “**Del derecho de posesión**”. No señala simplemente “La posesión”, ni mucho menos el hecho de la posesión, sino expresamente la califica como un derecho.

Examinemos la definición que contiene el Código Civil cuando indica:

El derecho de posesión consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho.

En primer lugar, desde el principio, califica la posesión como un derecho: “**El derecho de posesión**”.

En segundo lugar, expone que la posesión es una facultad. La facultad es un hecho que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico, el cual tiene consecuencias jurídicas.

En tercer lugar agrega: “tener la cosa bajo su poder y voluntad **objeto del derecho**”; es decir, lo que es objeto del derecho es el hecho de tener la cosa bajo su poder y voluntad. En este artículo,

el legislador no se está refiriendo a ningún otro derecho, sino únicamente al de posesión.

Tener bajo su poder y voluntad una cosa es un hecho. Los hechos son acontecimientos fenoménicos, bien del ser humano o de la naturaleza que puede tener consecuencias jurídicas o no. En los hechos de la naturaleza, normalmente no interviene la voluntad del ser humano como un terremoto o una inundación. Sin embargo, puede intervenir su voluntad, cuando, por ejemplo, se provoca una inundación porque alguien rompe un dique de un lago o un río.

Los hechos se dividen en hechos puros y simples y en hechos jurídicos. Son puros y simples cuando no tienen consecuencias jurídicas; por ejemplo, fumar en mi casa un cigarrillo. Por estar garantizado por el derecho por el ordenamiento jurídico es un derecho de carácter subjetivo que no tiene consecuencias jurídicas. Son hechos jurídicos los que sí tienen consecuencias jurídicas; por ejemplo, fumar en una gasolinera y, como consecuencia, se produce un incendio.

Tener bajo mi poder y voluntad una cosa es un hecho puro simple, por ejemplo: tengo bajo mi poder y voluntad un lapicero, sin que tenga consecuencias jurídicas, pero si lo he comprado a sabiendas de que es robado, ese mismo hecho tiene consecuencias jurídicas y es un hecho jurídico, porque es autor de un delito de receptación de cosa robada.

Para que un hecho tenga consecuencias jurídicas, tiene necesidad de que el ordenamiento jurídico le otorgue esas consecuencias.

Bien es cierto que, aunque el hecho jurídico tenga consecuencias jurídicas, no lo convierte en un derecho, como los hechos ilícitos. Pero no es menos cierto que cuando el hecho es una facultad, cuyo ejercicio es garantizado por el

ordenamientos jurídico, con consecuencias jurídicas, sí constituye un derecho.

De la misma manera, la posesión es un hecho que, con determinados requisitos, como son el *corpus* y el *animus*, la ley lo califica como derecho y le otorga consecuencias jurídicas.

ARTÍCULO 279

En el artículo 279 del capítulo II, cuando el Código Civil se refiere a la posesión independiente de la propiedad, vuelve a calificar la posesión como un derecho cuando señala: *Independientemente del derecho de propiedad, se adquiere el de posesión*. Este “*el*” es el pronombre de “*derecho*”, o si se quiere existe una frase pronominal. Pone al derecho de propiedad en un plano de igualdad con el de posesión.

ARTÍCULO 264

Cuando el artículo 264 se refiere a la propiedad, explica que esta comprende el derecho de posesión, no dice el derecho de poseer, sino de posesión, es decir, califica la posesión como un derecho y no como un hecho.

El Código Civil vuelve a equiparar el derecho de propiedad con el de posesión.

ARTÍCULO 280

En el artículo 280 se indica: “*El derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse a nombre propio o de otro*”. Claramente se expresa que la posesión es un derecho que puede ser adquirido, al igual que el derecho de propiedad, y su ejercicio se puede efectuar a nombre propio o ajeno.

6. ARTÍCULOS QUE CALIFICAN LA POSESIÓN COMO UN DERECHO SUSTANTIVO

Los siguientes artículos califican la posesión como un derecho sustantivo; es decir, como aquel que el ordenamiento jurídico le confiere una titularidad al sujeto, ya sea como actor o como demandado. En este caso, como titular de un derecho real.

ARTÍCULO 296

El artículo 296 expresamente dispone:

[...] El propietario, el usufructuario, el usuario y cualquiera que posea como dueño tiene el derecho de obligar a los predios de los dueños confinantes a que concurren a la demarcación de linderos entre su predio y los de ellos haciéndose la demarcación y amojonamiento a expensas comunes.

ARTÍCULO 302

El artículo 302 *ibidem* equipara el derecho de propiedad a la posesión y agrega: “*todo propietario o poseedor tiene el derecho de cerrar su propiedad o posesión con paredes [...]*”.

ARTÍCULO 305

El artículo 305 expresa: “*El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente*”. Además el propietario y el poseedor tienen el derecho de defensa a través de los interdictos y de la acción publiciana como ha señalado la jurisprudencia citada.

7. EL CONTENIDO FÁCTICO DEL DERECHO DE POSESIÓN

En consecuencia, no me cabe ninguna duda de que, para nuestro legislador, la posesión es un derecho de contenido fáctico. Es un derecho que, para poder subsistir, necesita el hecho.

Esta tesis no es mía, sino de Hernández Gil, quien señala: “Nuestra tesis (opinable como todas) es que la posesión, aún nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada, en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder, y una tutela jurisdiccional”¹⁹.

En el caso de la acción publiciana a la que nos hemos referido anteriormente, se protege el derecho de quien ha ejercido por más de un año la posesión con contenido fáctico, y que no lo pierde frente a quien también lo está ejerciendo con este contenido; pero por un tiempo menor al año.

8. LA POSESIÓN Y EL DERECHO DE POSEER

ARTÍCULO 277

Sin calificar si la posesión es un hecho o un derecho, Brenes Córdoba define el derecho de poseer y nos da un claro concepto del derecho de posesión. Examinemos su definición: “*La facultad de tener bajo su poder o voluntad una cosa, es lo que constituye el derecho de poseer; el cual alcanza efectividad mediante la ocupación o tradición del objeto a que se refiere*”.²⁰

Comparemos esta definición con la que da el Código Civil de lo que es la posesión, artículo 277: “*El derecho de posesión consiste en la*

facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho”.

Esta definición del derecho de posesión coincide con la que Brenes Córdoba describe el derecho de poseer como una facultad de tener bajo su poder y voluntad una cosa. Valga la repetición en aras de la claridad.

- 1) ARTÍCULO 279: “*Independientemente del **derecho** de propiedad se adquiere el de posesión [...] 2° Por **el hecho** de conservar la posesión por más de un año [...]*”.

Obsérvese que equipara el **derecho** de propiedad al **derecho** de posesión.

- 2) ARTÍCULOS QUE RELACIONAN EL DERECHO DE POSEER Y EL HECHO DE LA POSESIÓN

A continuación, enumeramos los artículos que se refieren al derecho de poseer en relación con el hecho de la posesión.

- 3) ARTÍCULOS 279 Y 281

El artículo 281 se relaciona directamente con el artículo 279 cuando señala: “*El **hecho** de la posesión hace presumir el **derecho** de poseer; mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho*”.

La relación resulta evidente. Los dos artículos se refieren al **hecho**, es decir, a la misma situación fáctica de posesión. El primero califica esa posesión como un **derecho** que se independiza del derecho de propiedad por el transcurso de un año.

19 Hernández Gil, Antonio. (1980). *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas, S. A, p. 54.

20 Brenes Córdoba, Alberto. (19819) *Tratado de los Bienes*, Editorial Juricentro, S. A. p. 51.

El segundo solo establece una presunción *juris tantum*, a favor **del hecho**, mientras otro no pruebe lo contrario que es tener **el derecho** de poseer. La posesión está constituida por dos elementos el *corpus* y *el animus*: tener la cosa bajo su poder y voluntad, el hecho y la intención. Al menos en Costa Rica, es doctrina que nadie discute.

Pero si ese hecho y esa intención son suficientes para sostener que la posesión es un hecho, es lo que ha dado pie a la discusión. Lo que sostenemos es que estos artículos no dan base para calificar la posesión como un hecho, sino todo lo contrario como un derecho.

Una interpretación lógica de este último artículo nos lleva a la conclusión de que el derecho de poseer califica al hecho como un derecho. El hecho no es posesión, el hecho es el contenido del derecho que puede ser destruido cuando se demuestre la posesión como derecho.

La pregunta que debemos plantearnos es en qué casos se califica ese hecho como derecho. La respuesta es muy sencilla, cuando ese hecho tenga los dos elementos necesarios para la existencia de la posesión: el *corpus* y el *animus*.

La nueva jurisprudencia incluso prescinde del *corpus* y nos habla de una *posesión incorporal*; es decir, una posesión como derecho.

4) ARTÍCULO 280

El artículo 280 indica: “*El derecho de posesión puede **adquirirse** y **ejercitarse** en nombre propio y en nombre ajeno*”.

En primer lugar, es claro que el artículo señala expresamente que la posesión es un derecho. Además, agrega que puede adquirirse ese derecho. Los hechos no se adquieren aisladamente, salvo que exista un derecho que se tenga sobre esos hechos.

En este artículo, encontramos el verbo transitivo ejercer: ejecutar actos propios de un oficio o profesión. Una evidente referencia al hecho, al contenido fáctico de la posesión, es decir, a su ejercicio, a la actividad que puede ser una actividad agrícola, industrial o de comercio, y este artículo califica esa actividad de “derecho de posesión”. Nadie ha inventado el hecho de poder ejercitarse por otra persona. Si eso se pudiera hacer, no existirían los gimnasios.

Lo que sí se puede hacer es ejercer un derecho por otra persona como es el caso de la representación.

5) ARTÍCULO 283

El artículo 283 dispone: “*Subsiste **el hecho** de la posesión, mientras dure la tenencia de la cosa o el goce del **derecho** o la posibilidad de continuar una u otra*”.

Este artículo se refiere al **hecho** de la posesión, es decir, al contenido fáctico de la posesión y lo señala como la tenencia. Es sabido que tenencia no es posesión, es la simple relación física con la cosa, posesión es algo más que el contacto.

Como indica Hernández Gil, no es algo menos porque es necesaria para que el *animus domini* transforme este hecho en posesión. Luego claramente se refiere a la posesión como derecho, al agregar “o al goce del derecho”, la frase siguiente: “*o la posibilidad de que se continúe una u otra*”, es decir, la aptitud o facultad para hacer o no hacer algo.

Una aptitud o facultad tiene que estar amparada por el ordenamientos jurídico: el derecho que se tiene de hacer o no hacer algo, porque de otra manera no sería un derecho, sino un hecho ilícito. Pasear por la calle es un hecho puro y simple que no tiene consecuencias jurídicas; pero constituye un derecho de carácter subjetivo, amparado por el ordenamiento jurídico.

6) ARTÍCULO 284

*El artículo 284 del Código Civil dispone :
“Para que la posesión por más de un año
confiera el **derecho** de poseer es necesario
que la posesión sea de buena fe”.*

Antes del año, la posesión puede ser de buena o de mala fe, solo se exige una posesión actual o momentánea que es la posesión *ad interdicta*, protegida por los interdictos.

La posesión *ad usucapione* sí requiere como requisito esencial que sea de buena fe, además que sea pública, pacífica y a título de dueño.

El sujeto que tiene la posesión está realizando una actividad sobre la cosa (*animus* y *corpus*), tiene posesión interdictal, pero, si tiene más de un año, es necesario algo más, la buena fe, pero no para convertirla en derecho que ya lo es, sino para darle un derecho de mayor rango, el de la posesión *definitiva* o *ad usucapione*, porque no adquirirá esa calificación, aunque tenga más de un año, si no tiene de buena fe.

7) ARTÍCULO 285

El artículo 285 señala: *“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 derecho de poseer.[...]”.*

Obsérvese que el artículo indica: *“En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe”.* En sentido contrario, no en todos los casos de posesión, se exige la buena fe, como es la posesión interdictal donde solo se exige que sea actual y momentánea

8. LA POSESIÓN UN DERECHO DE CONTENIDO FÁCTICO

En la posesión, se está ejerciendo una facultad, un derecho de tener bajo su poder y voluntad la cosa que, como explica Savigny, no es solo un hecho aislado, sino *“un estado continuado durante un determinado tiempo; estado que puede ser una actividad sostenida”.* Esta actividad es la que ejerce el poseedor, y la inacción puede corresponder al propietario, o a quien no siendo propietario tiene un derecho de poseer²¹.

La posesión es, como explica Hernández Gil, un derecho de contenido fáctico que se encuentra protegido por los interdictos por el plazo de un año.

En nuestro país, por un error, el legislador fijó el plazo en tres meses en vez de un año.

Este plazo debe coincidir con el plazo de un año que fija el inciso 2° del artículo 279 del Código Civil citado, el cual señala: *“que independientemente del derecho propiedad se adquiere el de posesión: “[...] por el hecho de conservar la posesión por más de un año”.*

Hernández explicaba en sus clases, cuyos apuntes transcribimos aquí para una mejor comprensión, que el factor de hecho era fundamental en la posesión, pero no agotaba su significado. Constituía la infraestructura del derecho.

Los caracteres propios de los derechos concurren en la posesión del elemento interno o poder sobre las cosas y el elemento externo o derecho. Todos los derechos reales, como su nombre lo indica (del latín *res*, cosa), son un poder sobre las cosas como las servidumbres, el usufructo, la prenda, la hipoteca, etc.

21 Savigny. M. F. C. de t.6. p. 363. Ed. Góngora. Segunda edición. Sin año.

La diferencia de la posesión con los otros derechos reales es que en la posesión el poder es inmediato. Esta característica no existe en los otros derechos reales. La vinculación del derecho real de posesión con la cosa es evidente. La titularidad y los hechos, tales como ocupación, actividad, trabajos, es decir, el ejercicio del derecho está íntimamente unido.

Se tiene el derecho real y se ejerce el derecho real. El derecho se funda en el ejercicio, y el ejercicio se funda en el derecho. Titularidad y ejercicio son la misma cosa, ejercicio y titularidad también. La espiritualización de la posesión también favorece la tesis de que la posesión es un derecho. Muchas veces se conserva la posesión sin mantener el poder de hecho sobre las cosas. La posesión se conserva sin la repetición del hecho. Este hecho fue necesario para su nacimiento, pero la persona poseedora la mantiene aun cuando su posesión salga de su poder, salvo que quien lo ha despojado dure más de un año. Sin embargo, la persona despojada no pierde esta nueva posesión, si la posesión es mala.

Hernández Gil escribió luego su famoso libro donde justificó con más amplitud su tesis²².

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, sostenemos:

1° Según el Código Civil de Costa Rica, la posesión no es un hecho, sino un derecho real.

2° La posesión es un derecho real de contenido fáctico.

3° Ese contenido fáctico del derecho de posesión no es un hecho aislado, sino un estado continuado durante un determinado tiempo, una actividad sostenida.

BIBLIOGRAFÍA

1. Digesto (1972) A. D'Ors, Pamplona, Editorial Aranzadi
2. Digesto (1889) D. Idelfonso, L. García del Corral (1892) Editor Jaime Molinas, Valencia, Número 8781
3. Bry, George, (1912) Nociones de Derecho Romano, Bogotá. Imprenta Electrica
4. Petit, Eugene. (2013). Tratado Elemental de Derecho Romano, México. Editorial Porrúa
5. Arias Ramos, José. (1969). Derecho Romano, Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado
6. Iglesias, Juan. (1958). Derecho Romano, Barcelona, Editorial Ariel
7. Sotela, Rogelio. Notas en Tratado de los Bienes de Córdoba Brenes, Alberto (1981) San José Costa Rica, Editorial Juricentro S.A.
8. Meza, Lázaro Álvaro. (2012). Tratado de la Posesión, Costa Rica, Editorial Isolma
9. Sambrana, Antonio. (2012) Derecho Romano. Anotado y Concordado con la Legislación, Jurisprudencia y Doctrina Costarricense por Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal. Costa Rica, Editorial Isolma
10. Torrealba Navarro, Federico (2019) Principios de Derecho Privado. Costa Rica. Editorial Juricentro
11. Ulate Chacón, Enrique (2009) Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria. Costa Rica, Editorial Cabals.
12. D. Savigni D. F. C. (1875) Tratado de la Posesión Según los Principios de Derecho Romano. Granada, Madrid. Góngora
13. Garcia Valdecasas, Guillermo. La Doble Naturaleza de la Posesión. Anuario de Derecho Civil. (1954 Abril)
14. Hernández Gil, Antonio (1980) La Posesión. Madrid. Editorial Civitas S.A.
15. Brenes Córdoba, Alberto (1981) Tratado de los Bienes. Editorial Juricentro.

22 Hernández Gil, Antonio. (1980). *La posesión*, Madrid.