

346.4
G216

1



LA POSESION
COMO INSTITUCION JURIDICA DESDE EL DERECHO
ROMANO HASTA NUESTROS DIAS

MARIA EUGENIA GARCIA
ANA DELMA ELJATEK

S C I B
000/8089

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernandez de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO

48410

Cartagena, Septiembre 22 - 86

LA POSESION
COMO INSTITUCION JURIDICA DESDE EL DERECHO
ROMANO HASTA NUESTRO DIAS

MARIA EUGENIA GARCIA

ANA DELMA ELJAIK

Tesis de Grado presentada como
requisito para optar el Título de
ABOGADO.

Director de Tesis:

Doctor: SOFANOR CAMPO

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Cartagena, Septiembre 22 - 22

Cartagena, 2 de octubre de 1986.

Doctor
GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas, Facultad de Derecho
E. S. D.

Señor Director:

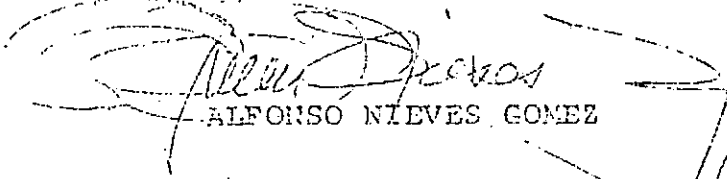
Con toda atención doy respuesta a su oficio del mes retropróximo mediante el cual se me hizo saber que había sido designado segundo examinador de la tesis de grado presentada por las alumnas MARIA EUGENIA GARCIA y ANA DELMA ELJAJEK con el fin de obtener su título de doctora en Derecho y Ciencias Políticas.

Hecho el estudio respectivo llego a la conclusión - que el trabajo presentado por las alumnas antes mencionadas, reúne en exceso las exigencias que contempla el reglamento de la Facultad de Derecho, por cuanto en dicha tesis se hace un estudio amplio y a mi modo de ver completo sobre el proceso evolutivo que ha experimentado la figura jurídica de LA POSESION, desde el antiguo Derecho Romano hasta nuestros días.

Realmente, no deja de causar admiración el esfuerzo realizado por las distinguidas alumnas de nuestra Facultad, quienes como culminación de sus estudios profesionales han presentado unamografía que servirá - indudablemente como medio de consulta para todos los amantes del Derecho.

Considero que las alumnas MARIA EUGENIA GARCIA y ANA DELMA ELJAJEK, han satisfecho ampliamente los requisitos que señala la Facultad para obtener el título arriba mencionado.

Del señor Director, atentamente,


ALFONSO NIEVES GOMEZ

REGLAMENTO

La facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos y opiniones en esta tesis, tales conceptos y opiniones deben ser considerados propios de su autor.

(Artículo 83 del reglamento de la facultad de derecho)

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis hijos
Alberto y Rina, a la memoria de
mi padre, a mi madre y herma-
nos.

MARIA EUGENIA GARCIA

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi hijo Carlos
Mairo, a la memoria de mi padre,
a mi madre y a mi esposo Carlos.

ANA DELMA ELJAIK

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCION | 1 |
| 1 SUPUESTOS GENERALES DE LA TEORIA DE LA POSESION | 5 |
| 1.1 RELACIONES MATERIALES DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA | 5 |
| 1.2 LA VOLUNTAD DE LA POSESION | 10 |
| 1.2.1 La Intervención de la Voluntad del poseedor en las relaciones posesorias | 10 |
| 1.2.2 Ausencia de la voluntad en las relaciones posesorias en la antigua y moderna doctrina Germana | 12 |
| 1.2.3 La Voluntad de poseer en el derecho comparado | 12 |
| 1.2.4 Exteriorización de la Voluntad en la posesión | 18 |
| 1.2.5 Capacidad Posesoria de las personas físicas y jurídicas | 20 |
| 1.3 OBJETO DE LAS RELACIONES POSESORIAS | 22 |
| 1.3.1 Objeto de la posesión en las cosas de la naturaleza ... | 22 |
| 1.2.1.1 Las cosas como parte de la naturaleza libre | 22 |

- 1.3.2.1 Posesión sobre cosas singulares y cosas universales y sobre cosas principales, partes integrantes y pertenencias 25
- 1.4 POSESION DE OBJETOS QUE NO SON COSAS 28
 - 1.4.1 Posesión de derechos 28
- 2 AUTONOMIA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POSESION 31
 - 2.1 AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA POSESION 31
 - 2.2 MOTIVOS DE LA PROTECCION POSESORIA 32
 - 2.2.1 Protección del interés individual del poseedor 34
 - 2.2.2 Protección de la utilidad social 36
 - 2.3 NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION 38
 - 2.3.1 La teoría de Savigny 38
 - 2.3.2 La posesión como un derecho real provisional 40
- 3 DERECHO CIVIL COMPARADO ACTUAL SOBRE POSESION 42
 - 3.1. LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO 42
 - 3.1.1 El sistema posesorio Romano según Savigny y R. Von Ihering 42
 - 3.1.2 Comparación de las dos teorías 44
 - 3.1.3 La posesión Romana en el derecho español y en el código de Napoleón 46
 - 3.1.4 Vigencia de la posesión romana en las legislaciones

- Latinamericanas 49
- 3.2 LA POSESION EN EL CODIGO CIVIL ALEMAN 54
 - 3.2.1 Códigos Civiles derivados del Código Alemán de -
1900 58
- 3.3 LA POSESION EN EL CODIGO CIVIL ITALIANO DE
1942 60
- 4 ADQUISICION, PRUEBA Y PERDIDA DE LA POSESION.. 62
 - 4.1 ADQUISICION DE LA POSESION 62
 - 4.1.1 Adquisición derivativa por acto entre vivos 63
 - 4.1.2 Adquisición derivativa por causa de muerte 66
 - 4.1.3 Directamente por el poseedor 70
 - 4.1.4 Por medio de otro o representante legal 71
 - 4.2 PRUEBA DE LA POSESION 72
 - 4.2.1 La causa de la relación posesoria determinada en-
calidad o clase 72
 - 4.2.2 Una relación posesoria actual y una remota hacen
presumir la intermedia 73
 - 4.2.3 La relación posesoria tiene a conservar su calidad
inicial 73
 - 4.3 CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION 76
 - 4.3.1 Pérdida voluntaria de la posesión 77
 - 4.3.2 Pérdida involuntaria de la posesión 78
- 5 EFECTOS GENERALES DE LA POSESION 80

5.1 PROTECCION DE LA POSESION MEDIANTE LA AC -
 CION DIRECTA 80

5.1.1 Requisitos de la legítima defensa 81

5.1.2 La legítima defensa de la posesión y recuperación en
 derecho civil Alemán, en el derecho civil suizo y en
 el derecho civil Argentino 82

5.1.3 Legítima defensa en el derecho Peruano y Brasile-
 ño 85

5.2 ACCIONES POSESORIAS EN EL ANTIGUO DERE -
 CHO 86

5.2.1 Evolución del derecho Romano y del derecho Canó -
 nico 90

5.3 ACCIONES POSESORIAS EN EL DERECHO CIVIL AC
 TUAL 91

5.3.1 Sistema Alemán y sistemas derivados del mismo ... 91

5.3.3 Acciones posesorias en el sistema español 96

5.3.4 Acciones posesorias en el sistema Francés 96

5.3.5 Acciones posesorias en el sistema del Código Civil
 de Andrés Bello 97

5.3.5.1 Acciones posesorias comunes de recuperación.... 98

5.3.5.2 Acción común posesoria de conservación 100

6 EFECTOS ESPECIALES DE LA POSESION 105

6.1 POSESION DE BUENA Y MALA FE 105

- 6.2 CARACTERISTICAS DE LA BUENA FE 106
 - 6.2.1 La buena fe tiene carácter personal 106
 - 6.2.2 Momento en que se aprecia la buena fe 107
- 6.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESION DE BUENA FE 108
 - 6.3.1 El poseedor de buena fe hace suyos los frutos no - así el de mala fe 108
 - 6.3.2 Los daños o pérdida de la cosa 113
 - 6.3.3 Indemnización que tiene derecho a reclamar el poseedor 114
- 7 EFECTOS DE LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES 116
 - 7.1 LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO ROMANO 116
 - 7.2 LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO GERMANICO 118
 - 7.3 EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE ANDRES BELLO 120
 - 7.4 ORIENTACION DE LA POSESION DE MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL 122
 - 7.5 EFECTOS DE LA POSESION DE COSAS INMUEBLES 124
 - 7.5.1 Relación entre titularidad de inmuebles y pose - 125

| | |
|---|-----|
| si3n de los mismos | 125 |
| 7.5.2 Posesi3n inscrita en el c3digo civil de Bello | 127 |
| 7.5.3 La posesi3n inscrita en el c3digo civil Colombiano | 129 |
| CONCLUSION | 131 |
| BIBLIOGRAFIA | 134 |

INTRODUCCION

La posesión es una institución jurídica, consagrada en el derecho civil antiguo. Así es como grandes autores entre los que podemos mencionar a ASVIGNY, se empeñaron investigar las reglas que vertebraron la posesión de los romanos. Estos autores determinaron un método concreto: cual fué el régimen posesorio del derecho romano.

Es por esto que nosotros a través de esta investigación queremos analizar cómo fué concebida la posesión como Institución Jurídica en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, para así lograr establecer tanto su origen evolución: como también la influencia de estos sistemas en el derecho actual.

Tenemos, que hoy por hoy, el sistema posesorio romano es, desde luego la fuente principal más importante que no se puede olvidar, ya que de ella se inspiró el humanista venezolano Don ANDRES BELLO, para dejarnos la "herencia" que hoy tenemos acerca de la posesión.

Pues no debemos averiguar como se piensa actualmente sobre una institución, sino también como era su enlace con el sistema en donde en parte se ha derivado. Como los estudios de derecho posesorio romano se creen agotados en las famosas investigaciones que sobre derecho romano puro realizaron IHERING y SAVIGNY, o en los que sobre derecho romano impuro realizaron WINSCHERND y BRINZ;

Una civilización común con un fondo natural de concepción y principios jurídicos, es un hecho ante el cual no pueden permanecer indiferentes los tratadistas del derecho, en primer lugar, resulta sugestivo el que las instituciones jurídicas del pueblo romano supervivieron en casi todas las naciones que forman la comunmente denominada civilización occidental; sin duda al aplicarse a otros pueblos sufrieron naturales metamorfosis y adaptaciones, ya que las condiciones históricas, geográficas, sociales, económicas, son exactamente las mismas en todas partes.

De esto podemos concluir que cada sistema positivo de derecho no puede ser esencialmente distinto de los demás, entonces, cómo se explicaría históricamente que unas mismas instituciones hayan servido para formar la vida social de numerosos pueblos de la tierra. Se presenta un fenómeno interesante: en pueblos que formaron sus

instituciones jurídicas sin ningún contacto material con la del pueblo de Rómulo y Remo, como sucede con el más antiguo derecho germano a pesar de esto, es posible encontrar, como sucede con la teoría general de la posesión, principios comunes de ideas y formas de pensar que no son naturalmente diferentes. Por ejemplo entre la vieja GEWERE (institución posesoria de los germanos) y la civilis possessio (institución posesoria de los romanos) las diferencias son técnicas, pero no esenciales. La GEWERE es fenómeno jurídico que regula las relaciones jurídicas entre el hombre y las cosas aparte del derecho de propiedad: no es exactamente la misma orientación de la possessio romana.

Entre los países representativos del mundo moderno, cuyos sistemas jurídicos rigen actualmente, derivados del sistema romano. Entre estos sistemas se encuentran: el español (Código de 1869), el del código de Bello vigente en Colombia y Chile, el francés (código de 1804), el del código civil de Argentina, Venezuela y los otros países latinoamericanos, excepción hecha de Perú, Brasil y México.

Entre los sistemas germanos tenemos: el del Código Alemán de 1900 (BGB) y los derivados de este sistema; Código Suizo de 1907, Código de Turquía de 1926, Código del Japón de 1898, Código de

17

Siam de 1928, Código de México de 1932.

Otros sistemas son:

Sistema Italiano: Código Civil de 1939 - 1942.

A fin de no hacer excesivamente largo este trabajo, hemos procurado una exposición sintética con la necesaria claridad, en cuanto a las doctrinas en sí. Por lo mismo nuestra obra no se trata de una simple recopilación de conocimientos y textos legales.

Queremos con esta investigación obtener un crecimiento común de ideas y categorías, que nos permita aclarar y perfeccionar muchos problemas jurídicos.

1 SUPUESTOS GENERALES DE LA TEORIA DE LA POSESION

1.1 RELACIONES MATERIALES DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA

La posesión como institución jurídica nació para regular las relaciones de orden material del hombre con la naturaleza.

La conservación del hombre exige fatalmente un contacto material con la naturaleza que lo rodea, ya que es esta la que le permite satisfacer sus necesidades primarias al utilizar sus cosas, sin cosas, la especie humana habría perecido.

Relaciones materiales del hombre con la naturaleza, se han realizado siempre y se realizan hoy mediante la apropiación de bienes que requiere para su sustentación, esta apropiación puede ser individualmente o colectivamente, pero en todo caso apropiación.

Estas relaciones materiales con las cosas, totalmente objetivas o sin iniciativa personal, permanecen al margen del derecho, pues

el orden jurídico sólo se ocupa en las relaciones materiales cuando son voluntarias.

Tenemos que el hombre primitivo satisfacía sus necesidades mediante la ocupación de los animales (caza y pesca), el hombre moderno ha extendido extraordinariamente su dominación sobre la naturaleza; más el mismo principio de inteligencia que guió al hombre del período inferior del salvajismo, lo ha guiado en todos los períodos subsiguientes hasta el actual, o sea la civilización.

La posesión comenzó por indicar algo muy simple y fácil de entender, o sea que al tener algo a nuestra disposición sobre ese algo o cosa un poder de hecho.

Es por esto que el poder de hecho es común en toda relación material que tiene el hombre con las cosas de la naturaleza. Es así, el propietario, el arrendatario, el depositario etc. se encuentra en contacto material con una cosa, ejercen sobre ella una potestad o poder de hecho.

Una cosa es sometida al poder de una persona cuando sobre ella se ejecutan actos materiales, ya de simple conservación (depositarios), ya de uso (arrendatarios), ya de goce y disposición (pro-

pietarios).

Sin duda cuando se habla de relaciones materiales con las cosas, se hace referencia a cierta conexión local entre la persona y la cosa. Pero un poder de hecho no puede caracterizarse por esta simple conexión, ya que se necesita cierta iniciativa personal en quien tiene el poder. Ya que se estima que el visitante no adquiere un poder de hecho sobre donde reposa, ni sobre los objetos que ve o toca.

SALEILLES dice: "hay potestad de hecho bastante para fundar la posesión, cuando respecto de la cosa disfruta el detentador de iniciativa personal que le confiere un señorío actual, por limitado y provisional que sea, con tal que subsista y tenga un carácter de independencia propia, sean cuales fueren el grado y los límites de esta independencia".

a- Toda relación ha de ser voluntaria

Ahora bien, esta primera idea encerrada en la palabra posesión no ha cambiado esencialmente a través de la historia jurídica. Si siempre ha servido para indicar un grupo especial de relaciones, los que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, a fin

de satisface sus necesidades materiales. El hombre establece cono tacto material con una cosa, de diferentes modos. Puede ser a través de una relación involuntaria, cuando se tiene una cosa sin querer tenerla.

Tal es el caso del prisionero sujeto con grilletes, que antes de poseerlos, más cabe decir que los grilletes lo poseen a él.

Dos elementos son necesarios para que una relación material del hombre con una cosa adquiriera sentido jurídico.

a- La relación material en sí: tomar la cosa, tenerla, ocuparla poseerla.

b- La conciencia de una persona, o sea la voluntad de tener la cosa.

El elemento material fué denominado por los romanos con el nombre de corpus, y el psicológico con el de animus.

Estos dos elementos forman un todo indivisible. No es correcta la investigación que pretenda dilucidar cuál tenga una mayor importancia. Si el psicológico o el físico.

IHERING en su doctrina sobre la posesión dice: "Nosotros descomponemos la relación posesoria en dos elementos: corpus y animus, entendiendo por el primero, la mera relación del lugar con una cosa, y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, en realidad el corpus no puede existir sin el animus, como el animus tampoco puede existir sin el corpus. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad. No existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de ser pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento".

Por el momento no es suficiente indicar que sólo las relaciones materiales del hombre con la naturaleza que reúnen el requisito de la voluntad, merecen el calificativo de jurídicas; más adelante demostraremos que son erróneas las doctrinas según las cuales son posibles relaciones puramente materiales con significado jurídico.



1.2 LA VOLUNTAD DE LA POSESION

1.2.1 La intervención de la voluntad del poseedor en las relaciones posesorias.

Tenemos que toda relación posesoria supone la intervención de la voluntad del poseedor, es así que el hombre mediante el dominio de la naturaleza, somete a su voluntad los objetos que la forman. Esta subordinación es lo que se llama poder de hecho o relación posesoria.

Iguualmente existe la voluntad cuando la relación posesoria permite al poseedor una amplia autonomía en el uso de la cosa, como también en los casos en que esa autonomía se encuentra limitada. El que posee como propietario es el que tiene una mayor autonomía para disponer de la cosa; dicha autonomía se halla limitada en los arrendatarios, depositarios, comodatarios, etc.

La intervención de la voluntad en las relaciones posesorias, ha sido un problema intensamente discutido en la más moderna doctrina. En las antiguas doctrinas no tuvieron en verdad conciencia exacta del problema. Efectivamente, los romanos no alcanzaron a estructurar una noción completa de las relaciones materiales del hombre

con las cosas, ya que tomaron como punto de partida una voluntad concreta y no la voluntad abstracta o genérica.

SAVIGNY dice al respecto, al analizar los elementos de la posesión "para que pueda ser considerada como posesión, la detención (corpus) debe ser intencional, es decir; para ser poseedor, no es suficiente tener una cosa, es necesario querer tenerla". Más éste querer tener una cosa se asimila al animus possidendi, el cual "no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad".

Esta orientación del derecho romano es constante a través de todos sus intérpretes, las relaciones materiales que implicaban el ejercicio de la propiedad, eran las más notorias y frecuentes. Unas personas aparecían ejerciendo la propiedad (civilis possessio); otras una propiedad ajena (naturalis possessio). De ahí las dos voluntades concretas que conocieron. Voluntad de poseer para sí y voluntad de poseer para otro.

POTHIER, afirma sobre la posesión, interpretando la doctrina romana "es evidente que uno no puede adquirir la posesión de una cosa sin tener ánimo de poseerla"; más al hablar de las distintas clases de posesión, sólo contempla la "voluntad de poseer para sí o la de poseer para otro".

25

IHERING se refiere a la posesión como la voluntad de tener la cosa para sí o tenerla para otro, sino tener la cosa voluntariamente.

Tenemos que IHERING denominó su doctrina como "teoría objetiva", porque prescinde del animus domini de Savigny.

1.2.2 - Ausencia de la voluntad en las relaciones posesorias, en la antigua y moderna doctrina germana.

Analizando la doctrina germana sobre posesión, el Código Civil Germano de 1900 se construyó con bases diferentes a la doctrina romana de la posesión, tenemos que los primeros intérpretes del nuevo Código enseñaron que era posible una doctrina totalmente objetiva de la posesión, que la voluntad no siempre era necesaria para establecer una relación material entre el hombre y las cosas.

El artículo 854 del C.C.G., señala que "la posesión de una cosa se adquiere por la obtención del poder de hecho sobre la cosa o cuando lo pierde de cualquier otro modo".

La supresión de esta voluntad especial, hizo pensar a muchos autores que la doctrina del Código era totalmente objetiva, es decir que podrían existir relaciones del hombre con las cosas, sin neces-

sidad de un elemento subjetivo; que la voluntad como factor integrante de las relaciones posesorias había sido abolida del nuevo Código.

Entre los autores cuyas afirmaciones ejercieron gran influencia en los países latinos: entre estas tesis tenemos la de:

SALEILLES, dice interpretando la institución germana:

"el código alemán y el proyecto del código civil Hungaro, que en este punto lo copia textualmente, exigen como condición única para adquirir la posesión, la de que se ejerza una verdadera potestad de hecho sobre la cosa, en provecho del interesado, sin agregar nada de que para reconocerse al titular el carácter de poseedor necesite tener conciencia de este señorío material de la cosa, ni menos aún haya de tener aquel la voluntad de ejercerla".

Continua Saleilles,

"hay potestad de hecho bastante para fundar la posesión, cuando respecto de la cosa dis-

fruta el detenedor de iniciativa personal que le confiere un señoría actual, por limitado y provicional que sea con tal que subsista y tenga un carácter de independencia propia, sean cuales fueren el grado y los límites de esta independencia".

SALEILLER no hizo sino interpretar el estado de la doctrina alemana en la época en que escribió. Esta supresión llevó a muchos a pensar que en la mente del legislador alemán había estado el construir un concepto totalmente objetivo de las relaciones posesorias.

Entre otros, tenemos a KOBER, al decir que el código alemán no exige para adquirir la posesión una voluntad interna, con lo cual se coloca en abierta contradicción con el derecho común y el derecho romano. Este autor demuestra su afirmación, con los siguientes ejemplos "yo poseo en el sentido del código alemán, la carta que sin mi conocimiento ha sido depositada en mi buzón, o el animal, que sin yo saberlo, ha caído en una de mis trampas; yo poseo la cosa que durante mi ausencia, se me deja en mi residencia, y así sucesivamente.

En todos los anteriores ejemplos existe voluntad, pues pagó de-

recho de apartado para que en él depositen cartas; armó trampas para que en ellas caigan animales y según la costumbre social se presume la voluntad de recibir en mi residencia.

Estos ejemplos con que KOBER pretende demostrar su tesis, no hacen honor a la doctrina; y él mismo los desvirtúa cuando dice: "La detención inconsciente de una cosa, normalmente no es posesión en el sentido del artículo 854 del Código Alemán".

Según la moderna doctrina alemana, esta primera etapa de interpretación del derecho posesorio del Código Alemán fue superada. Es así que los nuevos intérpretes se han dado cuenta de que ni lógicamente ni prácticamente es concebible una teoría totalmente objetiva de la posesión.

BRODMANN, dice refiriéndose a las doctrinas que carecen de toda voluntad en las relaciones posesorias: "el hombre no puede obtener o conservar algo sin que medie su propia intervención. El obtener, como el alcanzar o conseguir una cosa, no es concebible sin que medie al respecto un interés (aspiración) algún fin debe estar siempre presente, en grado más o menos consciente, pero en todo caso actuante...".

Otro autor alemán LEONHARD, dice que la nueva teoría poseso-

ria del código alemán, en contraste con el antiguo derecho romano prescinde del animus domini de Savigny para caracterizar una relación posesoria y se atiende exclusivamente a una "relación exterior de señorío". Dice LEONHARD, "un poder de hecho sin voluntad es inconcebible". Agrega dicho autor, que el poder de hecho exige siempre cierto grado de voluntad.

1.2.3 La voluntad de poseer en el derecho comparado

Comenzamos por decir, que ningún Código Civil ha consagrado una teoría meramente objetiva de la posesión. Los autores que han enseñado lo contrario, suelen basarse en el subjetivismo de Savigny, o simplemente no ha estudiado a fondo el problema, como sucedió con el Código Alemán en su primera etapa de comprensión.

El artículo 485 del Código del Brasil consagra que "se considera como poseedor a quien tiene de hecho el ejercicio, pleno o nulo, de alguno de los poderes inherentes al dominio de propiedad".

Este artículo del C.C. del Brasil, no puede interpretarse sino, a través de la voluntad posesoria de Savigny por cuanto la posesión es la relación de hecho establecida entre una persona y una cosa, a fin de utilizarla económicamente.

Así mismo el artículo 824 del Código del Perú reproduce la doctrina del artículo 485 del Código del Brasil. O sea que se inspira en la doctrina de Ihering, que destacó el concepto del corpus, abandonando el del animus de la doctrina de Savigny.

Según el artículo 790 del nuevo Código Civil mexicano, "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho". Refiriéndose Rojina Villegas a esta definición, dice que es la misma que consagran los Códigos Alemán y Suizo.

En el mismo sentido se mueve el artículo 1403 del proyecto del Código Civil Argentino, que al definir la posesión sigue de cerca la definición del artículo 485 del Código del Brasil.

Los códigos civiles del Japón, Siam, Turquía, etc. se inspiran directamente en el Código Alemán en el Suizo de 1907, y que por lo tanto, requiere un elemento subjetivo a semejanza de lo que sucede en los códigos de donde han emanado.

El Código Civil Italiano en su artículo 1140, hace resaltar el elemento intencional de los poderes de hecho sobre las cosas. Este artículo define la posesión como el "poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la

propiedad u otro derecho real".

Se presentaron dudas sobre si el artículo 1140 había prescindido totalmente el elemento subjetivo o intencional de la posesión; al comparar su redacción actual con la redacción anterior, que decía: La posesión es el poder de hecho que alguien tiene sobre una cosa, con la voluntad de tener para sí tal poder de modo que corresponda a la propiedad u otro derecho real".

BARASSI advierte sobre el artículo 1140, dice "este concepto de la posesión presupone como elemento constitutivo y animador de la relación del poder sobre la cosa, el elemento subjetivo de la voluntad dirigida precisamente al ejercicio de este señorío de hecho... un poder no se puede concebir como una serie de actos materiales en los cuales no esté presente la voluntad".

1.2.4 Exteriorización de la voluntad en la posesión

Podemos concluir que no son posibles relaciones jurídicas del hombre con las cosas totalmente objetivas, que en todos se descubre un elemento subjetivo, o sea la voluntariedad o intención.

La voluntad posesoria no necesita ser expresa; puede ser táctica.

Una voluntad expresa (directa) es la que en forma directa e inmediata se da a conocer mediante alguna de las formas ordinariamente reconocidas para declararse o exteriorizarse (la palabra, la escritura). En cambio una voluntad tácita (indirecta) es la que cabe deducirse de determinados hechos, de la conducta de la persona.

La voluntad posesoria puede ser deducida de hechos, circunstancias; no es necesario que el poseedor exprese en forma directa la voluntad de adquirir la posesión de cada cosa de las que adquiere, ni menos que en cada momento tenga conciencia plena de todas y cada una de las cosas que se encuentren bajo su control o influencia. Por este motivo el dueño de un buzón adquiere la posesión de las cartas que en él son depositadas, sin necesidad de que esté presente en el momento en que la carta es depositada. No importa la falta de conciencia en tal momento; existe en todo caso una voluntad tácita deducida del hecho de ser el dueño del buzón y de haberlo hecho colocar precisamente para que en él se depositen cartas, revistas, etc.

Es suficiente que la cosa se encuentre en la esfera de dominación del poseedor. Así se estima que en relación con la casa donde una persona habita, el habitador posee todas y cada una de las cosas en que dicha casa se encuentra por una parte, y por otra, -

las que allí le son entregadas en su ausencia. La misma advertencia debe hacerse en relación con el dueño de un almacén, de una fábrica, de un fundo o heredad.

1.2.5 Capacidad posesoria de las personas físicas y jurídicas

Comenzamos diciendo que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden poseer; pero la capacidad de ejercicio no sigue exactamente las mismas reglas que se exigen para ejercer los derechos, pues bien se comprende que un niño de siete años puede poseer, o sea, tener un poder de hecho sobre las cosas.

La voluntad posesoria es de grado inferior a la requerida para celebrar negocios jurídicos, el motivo es claro, ya que un negocio jurídico requiere una o varias declaraciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos; y entre estos efectos jurídicos se encuentran actos de disposición, de administración, etc. En cambio la relación posesoria está constituida por un simple poder de hecho; y para que sea posible ese poder o señorío sólo se exige una voluntad natural.

Esta capacidad natural hace referencia al hecho de que la persona se dé cuenta de que tiene una cosa (animus detinendi), es decir que

tenga y pueda y pueda influir con su voluntad sobre ella.

El código civil colombiano en su artículo 784, establece que los incapaces no necesitan autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material; pero los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismo o para otros.

Este artículo 784, se refiere a la capacidad para ejercer la posesión de cosas muebles, y por analogía debe aplicarse tal regla a la posesión de cosas inmuebles, pues nadie podrá decirnos que un menor de 18 años que cultiva su heredad, no es poseedor de la misma.

Dentro de la doctrina actual, es indiscutible que a las personas jurídicas les es dado adquirir relaciones posesorias sobre las cosas que pueden someter a un señorío efectivo.

El derecho civil moderno enseña que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se exterioriza mediante los órganos de las personas físicas, o sea el cerebro, los brazos, etc. Son algo que pertenece a su propia corporeidad, en el organismo social de las

personas jurídicas se necesita una "constitución especial de los órganos".

Los órganos de las personas jurídicas son una o varias personas físicas autorizadas por los estatutos o por la ley para expresar una voluntad.

En consecuencia, la adquisición de la posesión se mirará como adquisición hecha directamente por la persona jurídica, cuando se realiza por un acto de los órganos en cumplimiento de una función colectiva de la misma. Así cuando un gerente debidamente autorizado compra una cosa, y ella ingresa al capital o patrimonio social de la persona jurídica, es esta la que ha adquirido la posesión.

1.3 OBJETO DE LAS RELACIONES POSESORIAS

1.3.1 Objeto de la posesión en las cosas de la naturaleza

1.3.1.1 Las cosas como parte de la naturaleza no libre

Se define como cosa, todo ente de la naturaleza que tiene existencia corpórea o especial. Por lo tanto con cosas únicamente los objetos materiales perceptibles por los sentidos, y sobre los cuales es po-

sible una relación de dominación o poder derecho.

Al derecho sólo le interesan aquellas cosas susceptibles de ser dominadas por la fuerza humana. Por consiguiente no son cosas las que se hallan sustraídas a toda clase de dominio por parte de las personas, como sucede con las llamadas "cosas comunes", por ejemplo el aire en estado de libertad, las aguas de un océano, etc. Pero el aire aprisionado en un recipiente pertenece al dueño de éste.

Desde el punto de vista físico, la naturaleza está integrada por dos clases de objetos: los dotados de libertad, o sea el cuerpo humano, y los carentes de ella, es decir, los demás objetos corporales distintos del hombre. Se estima en general que la relación posesoria tiene por objeto únicamente las partes de la naturaleza no libre; - ello equivale a decir que el cuerpo humano no es objeto de posesión. El derecho moderno desconoce la antigua institución de la esclavitud.

Se trata justamente de un postulado fundamental de la conciencia moderna, que mira al cuerpo humano y sus energías como un sustrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos. Pero al respecto son exigidas aclaraciones por el moderno avance de las ciencias. El cuerpo humano vivo no puede ser objeto de po

sesión en favor de otra persona.

La costumbre actual de las naciones civilizadas no puede condenar ciertas relaciones posesorias que mediante negocios jurídicos, - tienen por objeto el cuerpo de personas vivas o alguna de sus partes integrantes.

Entre estas relaciones posesorias tenemos los contratos que recaen sobre cuerpos humanos vivos, e implican una dominación de estos o de alguna de sus partes integrantes y que las sociedades modernas miran como válidos por ejemplo; en el futbol profesional de nuestro país, los contratos de cesión de jugadores que suelen hacer nuestros equipos profesionales, estos contratos implican una relación de dominación que el equipo ejerce sobre los jugadores, aunque jamás de la misma naturaleza que las relaciones posesorias comunes.

Pero no puede asimilarse el cuerpo humano vivo a una cosa sobre la cual existe la posesión y la propiedad. Según AZZARITI, el cuerpo humano vivo no puede considerarse como una parte de nuestro patrimonio, pues el no puede existir la plena disponibilidad.

En realidad el cuerpo humano muerto (cáda-ver) es considerado

por algunos como una "cosa sin dueño suceptible de apropiación privada". Otros en cambio lo consideran como una cosa suceptible de apropiación y de relaciones posesorias, pero sometido a un régimen especial pero por motivos de moral pública, constituye una cosa sustraída del comercio jurídico pero dentro de cierta esfera el cuerpo humano muerto es cosa y está sujeto a la disposición de los herederos del mismo.

1.3.1.2 Posesión sobre cosas singulares y cosas universales y sobre cosas principales, partes integrantes y pertenencias.

La relación posesoria no sólo tiene por objeto cosas singulares (simples o compuestas), sino que también puede recaer sobre cosas universales.

El concepto de cosa universal está referido a conjuntos de cosas especialmente cosas muebles. Diferente es el concepto de derechos patrimoniales y no de cosas. En otros términos, pueden formarse conjuntos de cosas y conjuntos de derecho, aquellos - constituyen la cosa universal, estos, el patrimonio masa patrimonial.

Se discute si la relación posesoria debe tener por objeto sólo cosas singulares (tal vaca, tal libro, tal artículo), o si puede recaer directamente sobre un conjunto de cosas o cosa universal.

Si se admite lo primero, tendríamos que afirmar que no obstante la unidad del conjunto (una biblioteca, por ejemplo), existen tantas relaciones posesorias como cosas singulares formen el todo; si lo segundo en vez de una serie de relaciones, tendríamos una sola.

Desde luego que la cosa universal, en cuanto a la posesión, se la puede contemplar en conjunto o en sus partes, los contratantes pueden referirse a una posesión unitaria del todo, o a tantas relaciones posesorias como cosas singulares integren la cosa universal.

La posesión de una cosa se extiende a las partes integrantes y a sus pertenencias. La doctrina designa como partes integrantes aquellas cosas que desde el punto de vista económico jurídico no son independientes en sí, sino que hacen parte de otra cosa calificada del principal.

En general la relación posesoria cuyo objeto es una cosa compuesta, comprende igualmente la de sus partes integrantes. El moti

vo es claro, normalmente la parte integrante guarda cierta co - nexión corporal con lá cosa principal y además, según las concep - ciones del tráfico, forman una sola unidad.

Es lo que sucede con las construcciones, los árboles, las cose - chas, etc., que se miran como partes integrantes del suelo; las instalaciones sanitarias y las de corrientes eléctricas en relación con un edificio. etc.

Las pertenencias son las cosas muebles que sin ser partes inte - grantes de una cosa principal, están destinadas a servir al fin - económico de ella. Como sucede con los animales y utensilios agropecuarios, etc. que el poseedor de la finca destina parte de su cultivo y explotación.

Mientras las pertenencias estén prestando un servicio a la cosa principal, sólo cabe hablar de una relación posesoria, o lo que es lo mismo, normalmente la posesión de una cosa principal im - plica la posesión de sus pertenencias.

1.4 POSESION DE OBJETOS QUE NO SON COSAS

1.4.1 Posesión de derechos

POTHIER, al explicar la posesión, decía que esta recaía tanto sobre cosas corporales como sobre cosas incorpóreas. No obstante advirtió que la verdadera posesión era la de cosas (corporales) que la posesión de cosas incorpóreas, es decir derechos, era apenas una cuasiposesión. Más tarde prescindió de este término, por resultar hablar más cómodo de posesión de derechos.

La doctrina moderna francesa, rechaza una teoría general de la posesión de derechos. Todo se debe a una confusión entre la titularidad del derecho y su ejercicio.

Es verdad que todos los derechos son susceptibles de ejercerse, pero solamente los derechos patrimoniales que recaen sobre cosas pueden ejercerse mediante un poder de hecho sobre el objeto: los derechos que no recaen directamente sobre cosas, no son susceptibles de exteriorizarse. Ejercerse mediante un poder de hecho sobre una cosa.

Una conclusión definitiva del derecho civil moderno es la de que

Únicamente las relaciones materiales que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, constituyen posesión. El ejercicio de derechos que no impliquen un "poder de hecho sobre una cosa," no engendra una relación jurídico material con la naturaleza; no pueden estar protegidos dichos poderes con las acciones que protegen la posesión de cosas; acción de recuperación y de conservación.

Hablando sobre la posesión de la herencia, el conjunto de bienes (derechos reales, personales, inmateriales, etc.) que es necesario transmitir a los herederos con ocasión de la muerte de una persona, se mira como formando una unidad jurídica que se denomina herencia.

Esta totalidad de bienes (o universalidad jurídica) se forma automáticamente en el momento de la muerte de una persona; y en este mismo momento surgen los titulares de ella, los herederos. En consecuencia, el heredero es sujeto de derechos sobre la herencia desde la muerte del causante.

Tenemos que los derechos son titulares de una especie de derecho especiales. Los derechos hereditarios, esta es una categoría especial de derechos y que es necesario distinguir de los de-

rechos personales, de los reales y de los inmateriales.

Existen otras clases de derechos, y que el comercio moderno conoce como derechos patrimoniales que se ejercen sobre objetos inmateriales: derechos de autor. derechos industriales de patente, etc.

Algunos de estos derechos (propiedad literaria, artística, industrial, etc.) pueden ser desconocidos o lesionados; en tal caso el titular, mediante acciones especiales, puede evitar el desconocimiento o lesión. Estas acciones tienen grán semejanza con las acciones posesorias de conservación o recuperación.

2 AUTONOMIA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POSESION

2.1 AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA POSESION

Los derechos patrimoniales sobre las cosas (derechos reales y ciertos derechos personales) suponen un poder de hecho y contacto material con la cosa. Generalmente el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial.

En verdad la mayoría de las gentes que ejercen el derecho de propiedad son titulares de tal derecho, y el ejercicio o posesión es consecuencia o resultado de la titularidad del derecho. Lo mismo sucede con los usufructuarios, arrendatarios, etc.

Normalmente los derechos patrimoniales deben ejercerse; este es su destino natural. Un derecho que no sea susceptible de ejercicio equivale a su propia negación. El poder de hecho sobre las cosas (o relación jurídico-material) equivale al ejercicio de

los derechos patrimoniales que recaen sobre los mismos. Cómo ejerce el propietario su derecho? explotando la cosa mediante su posesión o sea, la posesión del propietario. Cómo ejerce el arrendatario su derecho personal sobre la cosa material del arrendamiento? explotándola según su propia naturaleza; y que se llama posesión en nombre ajeno (o mera tenencia).

Es así que la ley quiere que las relaciones posesorias del hombre con las cosas, sean consecuencia de una titularidad; vale decir, que todo poseer de hecho no sea otra cosa sino el ejercicio de derecho patrimonial.

Pero el ejercicio continuado de un poder de hecho es fuente de derechos patrimoniales esta es precisamente la institución de la prescripción adquisitiva o usucapión, la cual nos legaron los juristas romanos.

2.2 MOTIVOS DE LA PROTECCION POSESORIA

Debido a la autonomía que posee la posesión, hay la necesidad de protegerla con las acciones posesorias. Este problema ha sido tratado tanto por los juristas antiguos como por los modernos, es así como existen tantas doctrinas, que fueron construidas para

explicar la especial protección que dieron los juristas romanos a la posesión de propietario.

IHERING los recopiló en dos grupos: doctrinas absolutas y doctrinas relativas.

Doctrinas absolutas con las que buscan el fundamento de la protección posesoria en el mismo hecho de la posesión; y relativas, las que lo buscan "no en la posesión misma, sino en consideración; instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella.

Entre las doctrinas absolutas, los que han tenido mayor acogida tenemos la teoría de la voluntad. Que sostiene que la relación posesoria no es otra sino la voluntad humana que se realiza sobre las cosas; a esta misma teoría pertenece la de la personalidad, que dice que la relación posesoria no es otra cosa que la afirmación de la personalidad sobre el mundo exterior.

48410

La principal doctrina relativa fue la expuesta por el mis IHERING para quien la protección posesoria es un complemento de la protección que los juristas romanos quisieron dar a la propiedad. Dice que proteger la posesión es proteger la propiedad.

Siguiendo los motivos que prevalecen en el derecho civil actual del mundo moderno. Hay dos doctrinas que pretenden explicar la protección jurídica de la posesión: doctrinas individualistas y doctrinas de interés social.

2.2.1 Protección del interés individual del poseedor

Aquí en esta doctrina individualista, prevalece el interés particular de los poseedores, se desprende una presunción de grán valor práctico. Los poderes de hecho o relación posesoria es visible, más no la titularidad o existencia del derecho subjetivo. Así cuando vemos un campesino cultivando una heredad, debemos presumir que es un arrendatário, o un propietario, que tiene un poder de hecho, como resultado del ejercicio de un derecho patrimonial.

Esta visibilidad ha traído como resultado la misma autonomía de la relación posesoria frente al derecho del cual es consecuencia, y la necesidad de presumir legítimo todo poder de hecho, cuando no puede acreditarse la causa u origen del mismo, o sea el poder jurídico.

La relaciones posesorias pueden ser de dos clases: legítimas o

ilegítimas.

La posesión del propietario, la del arrendatario, son legítimas; la del ladrón, y el ocupante de hecho de predios ajenos se encuentra en una relación posesoria ilegítima.

Por tal motivo, cuando respecto de una relación posesoria no se puede emitir un juicio acerca de su legitimidad o ilegitimidad, es necesario presumir que es legítima. La presunción es relativa, lo cual demuestra que ésta tiene validez mientras no se demuestre lo contrario.

Podemos concluir, que esta presunción de legitimidad es tan valiosa y tan amplia, que sirve para explicar las demás doctrinas que pretenden aclarar el motivo de la protección de la posesión en el interés individual.

Como cuando se dice que la posesión es el hecho por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, cabe agregar que debe tratarse de una voluntad lícita, lo que quiere decir que tal presunción lleva a deducir que las personas actúan honorablemente en las relaciones que establecen con las cosas.

2.2.2 Protección de la utilidad social

No sólo se deben proteger los motivos de interés individual, sino también los de utilidad social, los cuales prevalecen en el derecho actual, al darle la verdadera razón de ser a los motivos individuales.

La protección que se dá a las relaciones posesorias, mirando el interés de la utilidad social, puede darse desde dos puntos de vista; uno que garantice la paz social, y el otro que represente el aumento de la riqueza general.

Tenemos que el fundamento de la protección posesoria es en interés de la sociedad en que los estados de hecho no pueden destruirse por actos de propia autoridad, sino que se utilicen las vías de derecho, si con él se contradicen.

La protección posesoria tiene como principal objeto el de la protección de la paz social, es por esto que ninguna sociedad medianamente organizada puede tolerar que ningún lesionado por algún derecho tome autoridad por su propia mano.

Sin esta protección a los simples estados de hecho, se destruirá la paz social y vendría una total anarquía, la guerra de todos

contra todos, esto es lo que pretende evitar el orden jurídico plenamente establecido, que se rompa la pacífica conveniencia de un determinado grupo social.

Por ser el fundamento de la protección posesoria, el interés de la sociedad, es por esto que el orden jurídico persigue la concordancia entre la titularidad del derecho y su ejercicio; más el ejercicio del derecho repercute sobre la titularidad. Los derechos subjetivos patrimoniales sobre las cosas se utilizan o explotan mediante la posesión.

Por los mismo, un derecho patrimonial no puede desprenderse de su ejercicio o explotación. Es por lo cual que de nada servirá un derecho si su titular no lo ejerciera.

La ley 200 de 1936, en nuestra legislación, consagra en su artículo 1º que se presumen de propiedad particular "Los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión cinsiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganado y otros de igual significación económica".

Es así que un derecho se prueba por su titularidad o por su ejercicio

cicio, ya que es uno de los principales postulados la explotación económica del derecho patrimonial. Lo que le da importancia a la posesión de un derecho.

La protección de la posesión es necesaria para realizar la paz social y permitir una adecuada explotación económica de las cosas.

2.3 NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

Por integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas, la posesión constituye la forma adecuada para su ejercicio y explotación.

Por ser la protección jurídica una de las manifestaciones de la autonomía de la posesión, como también el transmitir las por acto entre vivos o por causa de muerte, sin tener en cuenta si el trasmisor o poseedor es titular del derecho.

2.3.1 La Teoría de Savigny

Por ser Savigny uno de los principales estudiosos del sistema posesorio de los romanos, sostiene que la civilis possessio es a la vez un hecho y un derecho.

Este considera a la posesión en sí misma como un hecho, pero por

sus efectos dice, que es derecho personal.

Esta doctrina fue perfeccionada por Windscheind, quien afirmó que las relaciones posesorias tenían una doble naturaleza jurídica una que consideraba la posesión en sí, y otra se analizaba por sus defectos.

Es por esto que desde el primer punto de vista, la posesión se mira como un hecho, desde el segundo, se tiene como una posición o estado jurídico.

Al considerar la posesión como una posición jurídica, se clasifica entre las relaciones jurídicas que se ejercen o se tiene sobre las cosas.

Savigny al hablar sobre relación jurídica, la define como el dominio de la voluntad libre. La voluntad continúa Savigny puede obrar sobre la persona misma del individuo y también moverse fuera de su propia persona, o sea sobre el mundo que le es exterior. Tal es la más alta generalización de los diferentes modos de accionar la voluntad. La voluntad humana puede obrar sobre tres órganos de relaciones de derecho, como son: la persona propia, la naturaleza no libre y las personas extrañas.

2.3.2 La posesión como un derecho real provisional

Cuando se dice: que la posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre las cosas y que se protege con verdaderas acciones reales (acciones posesorias). Desde este punto de vista la posesión se tiene como un derecho real.

Algunos autores como Enneccerus, quien sostiene que la posesión es algo más que un hecho, pues constituye un derecho igual en su contenido a la propiedad; pero se trata de un derecho real más débil.

VON THUR expone la siguiente tesis: que la posesión debe incluirse entre los derechos reales, por constituir ésta una relación de señorío que todos deben respetar, sin tener en cuenta el modo y la causa de adquisición, si con derecho o contra él. Y por ser un señorío reconocido sobre una cosa, es un derecho real.

La posesión es derecho provisional sobre una cosa, a diferencia de la propiedad y otros derechos reales que son definitivos, el poseedor sólo se protege provisionalmente contra las intervenciones ajenas.

Concluyendo sobre la doctrina que considera la posesión como un

derecho real provisional, los poseedores inmediatos o en nombre ajeno son titulares de dos relaciones jurídicas, la relación contractual que vincula a arrendador y arrendatario, depositante y depositario y la relación material que nace entre el arrendatario depositario y la cosa arrendada o depositada.

La primera relación es personal para engendrar créditos u obligaciones, entre los contratantes. La segunda es que se considera como derecho real provisional, por la relación posesoria que existe entre el titular del poder de hecho y la cosa.

Es por esto que los poseedores en nombre ajeno son titulares de un derecho real provisional u accesorio.

3 DERECHO CIVIL COMPARADO ACTUAL SOBRE POSESION

3.1 LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

3.1.1 El sistema posesorio Romano según Savigny y R. Von Ihering

La posesión romana propiamente dicha (civilis possessio) consistía en poder de hecho al que debía unirse una voluntad especial: la voluntad de poseer en nombre propio (animus possedenti) o voluntad de propietario (animus domini).

SAVIGNY, publicó en 1803 su tratado de la posesión. Sostiene en la idea de que la intención que anima al poseedor debe ser el animus domini, es decir la intención de comportarse como un propietario. Savigny así este elemento especial "el animus de poseer (animus possidenti) no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad. Más esta definición no es suficiente, porque una persona puede tener la intención o ánimo de dos maneras

diferentes: puede ejercer el derecho de propiedad de otra persona o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer la propiedad de otro, no existe este animus possidendi que es necesario para que el hecho de la detentación (tenencia) se transforme en posesión".

La posesión de propietario produce, además otro efecto que no produce la posesión en nombre ajeno (o mera tenencia), esto es facultaba al poseedor para ganar el dominio por usucapión (o prescripción adquisitiva).

Poseemos como propietario cuando no reconocemos a otro un de recho superior, es decir, cuando poseemos para nosotros en forma exclusiva; en cambio, poseemos para otro (mera tenencia) cuando tenemos la cosa voluntariamente pero reconocemos que otra persona es la propietaria.

Según IHERING, se opone resueltamente sobre la tesis de Savigny, admite que las relaciones materiales del hombre con las cosas se dividen en dos grupos: relaciones posesorias de simple detentación o mera tenencia.

IHERING, ataca vigorosamente la tesis subjetiva, en su libro "El fundamento de los interdictos posesorios", publicado en 1867.

Dice que no puede ni debe hacerse ninguna distinción entre poseedores y detentadores fundándose sobre el animus; por que unos y otros están motivados por la misma intención; tener, conservar la cosa, el animus tenendi. Aunque fuera posible hacer la distinción, el derecho no debe fundarse sobre la voluntad real del ocupante para atribuirle efectos a la posesión.

Continúa Ihering, que la relación posesoria no se determina por el animus possidendi, afirma que existe posesión en todos los casos en que se establece una relación material voluntaria con las cosas, es decir, no bien se realiza el corpus (contacto material) y el animus (voluntariedad de la relación material).

3.1.2 Comparación de las dos teorías

Tenemos que en ambas teorías, tanto para Savigny como para Ihering, la relación jurídica del hombre con las cosas es siempre voluntaria, estas teorías concuerdan en distinguir dos grupos de relaciones posesorias. La posesión en sí (la de propietario) y la mera tenencia (posesión en nombre ajeno). Los mencionados grupos de relaciones producen unos mismos efectos.

Tanto los poseedores de Savigny como los de Ihering pueden ganar

por usucapión la propiedad de la cosa poseída. Tienen además a su disposición los interdictos posesorios, pero los meros tenedores en ambas doctrinas, no pueden ganar la propiedad por usucapión, ni son titulares de los interdictos posesorios.

La diferencia más notable entre las dos teorías, es la siguiente: según Savigny, la posesión de propietario se determina con una voluntad especial. O sea, el animus possidendi, y Ihering, expone que tal voluntad especial no es necesaria.

Otra diferencia es según Savigny, la relación posesoria se forma por el poder de hecho y el animus possidendi, ya que no es necesario tener la cosa voluntariamente, sino que se exige algo más. El animus domini, la voluntad de poseer como dueño.

En cambio Ihering, admite directamente la posesión en el poder de hecho o señorío efectivo. La mera tenencia se extrae de la relación posesoria, se presenta un elemento negativo que consiste en que el poder de hecho no es capaz de engendrar la propiedad por usucapión.

Existe una diferencia en relación a la prueba que es necesario acreditar ante la justicia. Según Savigny, los poseedores no sólo de-

ben probar, además el animus possidendi. Tal animus se deducirá del título o causa de la posesión.

Según Ihering, los poseedores sólo deben probar el poder de hecho, y con tal prueba debe tenérseles como poseedores.

3.1.3 La posesión Romana en el derecho español y en el código de Napoleón

Antes de la expedición del Código Civil de 1889, el sistema posesorio no era claro, el Código consagraba, que la posesión era "la tenencia que el hombre tiene con las cosas corporales con ayuda de su cuerpo y entendimiento; pues las que lo son, como... Los derechos por razón de déudas y cosas semejantes, no se pueden poseer ni tener corporalmente. Esto según la ley primera de la partida.

El artículo 430 del nuevo código español se separa de este concepto, y adopta el francés de posesión del artículo 2228 del código de Napoleón: "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 derechos como suyos."

Según este artículo 430 la posesión es posible sobre cosas y derechos PUIG PEÑA, dice que el artículo 430 y siguientes del C.C. se infiere que la posesión puede tener lugar tanto sobre las cosas como sobre los derechos. Pero continúa diciendo que el derecho ha reaccionado contra esta exagerada extensión de la figura, y operando sobre la más pura técnica rechaza terminantemente la posesión de otros derechos que no sean los reales.

PEREZ Y ALGUER, advierten que la verdadera posesión sólo recae sobre cosas. Los créditos no se poseen; lo más correcto es la lógica de la posesión, que de ella no es susceptible un derecho que no tiene por objeto una cosa material.

La doctrina posesoria española, a pesar de su falta de precisión y claridad, se deriva de la vieja doctrina posesoria romana, con ciertas influencias del derecho canónico y germánico. Pero algunos españoles tratan de aproximar la posesión española a la posesión francesa, al decir que debe corresponder al ejercicio de un derecho real. De tal manera que el usufructuario, usuario, etc, serían poseedores.

En 1804 se expide en Francia el Código Civil de Napoleón y tuvo como antecedente inmediato la doctrina sobre la posesión ex-

puesta por POTHIER. El artículo 2228, considera que existe una posesión de cosas y una posesión de derechos, "La posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos para nosotros mismos, o en nombre de otro que tiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre".

En la doctrina francesa prevalece un total concepto sobre posesión, y es referida la posesión a una relación de hecho entre una persona y una cosa.

Colin, Capitant y de la Morandiere, son explícitos al definir la posesión como una simple relación de hecho entre una persona y una cosa: "la posesión es una relación de hecho entre una persona y una cosa, por lo cual esta persona tiene la posibilidad de cumplir sobre la cosa los actos materiales de uso y de transformación, con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho al que normalmente dichos actos corresponden".

Otra característica de la posesión de la doctrina francesa, consiste en referir el poder de hecho al ejercicio de un derecho real. Los poderes de hecho que corresponden al ejercicio de un derecho personal, como es el caso de los arrendatarios, no constituyen posesión civil propiamente dicha.

La possessio romana ha supervivido en el sistema francés; pero notablemente aclarada. Esto representa un extraordinario progreso sobre el primitivo sistema romano. El animus possidendi o animus dimini de Savigny, tiene otro sentido en el derecho francés. Existe el ánimo de poseer desde el momento en que haya de ejercer un derecho real. Desde tal punto de vista, el ánimo de poseer de los franceses pierde la exclusividad que tenía en el derecho romano; y no será necesariamente un ánimo de poseer un nombre propio. Tenemos por lo tanto, que el usufructuario, el usuario y el habitador no podrán tener el ánimo de poseer para sí en forma exclusiva, pues saben que poseen una cosa ajena, una cosa que pertenece al nudo propietario.

Desde este punto de vista, deben diferenciarse dos clases de poseedores en nombre ajeno; los que poseen las cosas en virtud de un derecho real desmembrado de la propiedad (usufructuarios, usuarios, habitadores, etc.) y los que poseen la cosa en virtud de un simple derecho personal sobre la cosa (arrendatarios, depositarios, comodatarios etc.).

3.1.4 Vigencia de la posesión romana en las legislaciones Latinoamericanas

Comenzamos por decir que Código que ejerció mayor influencia

en la elaboración de las nuevas cartas civiles, fue el francés de 1804.

Los códigos que han salido a la luz jurídica en el presente siglo, se encuentran influenciados por el código germano de 1900 y el suizo de 1907. Entre estos están los de Brasil, (código de 1916), Prú (código de 1928) y México (código de 1932) estos son salidos del alemán de 1900.

En nuestra investigación acerca de las legislaciones gobernadas todavía por el derecho romano, los códigos que han tenido mayor influencia están: el código civil de Bello, que rige en Chile, Colombia, El Salvador y Ecuador, y el Código Civil de Vélez Sársfiel, vigente en la Argentina y Paraguay.

ANDRES BELLO, conocido humanista venezolano, cuando trabajó para el gobierno Chileno, fue el autor del código civil se promulgó como ley nacional del Chile en 1855. Siendo aprobado posteriormente en Colombia en el año de 1873, pero con pequeñas modificaciones.

Bello define 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.

Bello indica los mismos elementos que señaló Savigny para la posesión romana: el corpus, que se designa con el nombre de "tenencia" y animus dimini o animus sibi habendi, con el nombre del "ánimo de señor o dueño".

Bello acepta, que de los dos elementos que constituyen la posesión el de mayor valor es el sicólogo, el ánimo de señor o dueño.

Bello designa la posesión en nombre ajeno con el nombre de mera tenencia, dice "se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestro, usufructuario, el que tiene derecho de habitación les pertenece.

Según Savigny, el acreedor prendario y algunas otras relaciones materiales constitúan en el derecho romano posesión: esto obligó al mencionado autor a distinguir entre la posesión originaria o posesión exclusiva de propietario y la posesión derivada, que era la excepcionalmente tenían los que no eran propietarios.



Bello acabó con estas distinciones, ya que en forma clara convirtió al acreedor prendario y al secuestre en meros tenedores. También debe observarse que Bello resolvió llamar simplemente posesión a la *civilis possessio*, y mera tenencia, a la *naturalis possessio*.

VELEZ SANSFIELD, jurisconsulto Argentino autor del Código Civil argentino vigente desde 1871. Desmembra la doctrina posesoria del derecho romano.

En el artículo 2531 define la posesión de la siguiente manera: "Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

Habla de la posesión en nombre ajeno así; el que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho.

LAFAILLE comenta sobre los artículos 2531 y 2352 así: "los dos textos antedichos que reflejan el criterio de Savigny... demuestran que el sistema de la ley, la posesión comprende la idea del po

der efectivo sobre la cosa (corpus) acompañado de un propósito íntimo por parte del sujeto, de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (animus domini).

Al contrario, en la tenencia el ocupante reconoce a favor de otra dicha posesión y se constituye en agente suyo".

A excepción hecha de Brasil, Perú y México, en los demás países latinoamericanos prevalece la vieja concepción con pequeñas variaciones.

El Código Civil venezolano de 1942 en su artículo 771 expresa:

"La posesión es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otra persona que tiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre". Es el único código que fue elaborado en el siglo XX y que no conoció las nuevas orientaciones del derecho posesorio moderno.

El código civil de Guatemala, en su artículo 479, define la posesión así: "es la tenencia o goce de un bien, con el ánimo de conservarlo para sí".

El código civil de Costa Rica en su artículo 277 establece el de-

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

El de Panamá en su artículo 415 dice: "se llama posesión la retención de una cosa o el disfrute de un derecho, con ánimo de dueño; y tenecia, la retención o disfrute sin este ánimo."

3.2 LA POSESION EN EL CODIGO CIVIL ALEMAN

La institución importante en el derecho germano es la GEWÉRE, que significa vestidura, la entendían como una relación del hombre con la cosa, y la reconocían un aparente señorío legítimo sobre la misma.

La característica más importante de la Gewere germana era la de constituir "un puro señorío de hecho sobre la cosa" y otra, el designar tanto los poderes de hecho que correspondían a la propiedad, como los que no correspondían a tal derecho.

Los germanos, decían que existía un poder de hecho sobre las cosas, así, en relación con las cosas muebles tenía un poder de hecho el que así las detentaba; sobre los inmuebles, el que los

gozaba.

La Gewere tenía los siguientes efectos defensivos, ofensivos y traslaticios.

Así el investido con la Gewere no podía ser perturbado ni despojado de la cosa; y en caso extremo podía defenderse contra cualquier perturbación, y emplear la violencia para rechazar un ataque o para reintegrarse en el poder de hecho.

Los efectos ofensivos, consistían en el reclamo judicial de la Gewere corporal.

La transmisión de los derechos reales se efectuaba por la simple transferencia de al Gewere que los envolvía.

En relación con los romanos. la civilis possessio de estos se vinculó estrechamente a la usucapión; y así, el que poseía para sí, o era titular de la propiedad o no lo era: podía ganarla por la posesión durante cierto tiempo. Pero la Gewere Germana en ningún caso se vinculó a este efecto. pues simplemente se estableció que todo poseedor se encontraba protegido con las acciones posesorias.

En el código germano lo que constituye la posesión es la existencia del poder de hecho. Así el artículo 854 de dicho código consagra "La posesión de una cosa se obtiene mediante la adquisición del poder de hecho sobre ella" el artículo 856 del mismo C.C. dice: "Cesa la posesión cuando el poseedor abandona su poder de hecho sobre la cosa o cuando lo pierde de cualquier otro modo.

El artículo 855 del código Germano, dice textualmente "si alguno ejerce el poder sobre una cosa en provecho de otro, por razón del oficio que desempeña en su casa o en su industria, o por razón de cualquiera otra situación análoga que le obligue a ajustarse a las instrucciones que reciba de él relativas a la cosa, sólo éste último es poseedor".

Estos son conocidos en el derecho germano como servidores de la posesión, se pueden definir al sirviente o empleado de la posesión como aquel cuya relación material con una cosa se encuentra subordinada a las instrucciones del poseedor.

Para que una persona sea considerada como "sirviente" o "empleado de posesión" deben haber dos circunstancias simultáneas, primera, que actualmente una persona (amo, patrón) ejerza el poder de hecho sobre una cosa o sea quien tiene toda clase de ini-

ciativas personales; y segunda, que exista otra persona cumpliendo órdenes o instrucciones de quien tiene la iniciativa personal, es decir del poseedor.

La posesión germana se nos revela como la simple apariencia de las relaciones jurídicas que se ejercen sobre las cosas.

Y por esta circunstancia no es extraña al derecho germano la distinción entre posesión en nombre propio y la posesión en nombre ajeno, por una parte, y la posesión mediata o inmediata.

Hemos hablado de la posesión en nombre propio o de propietario, para que esta exista, debe estar acompañada de una voluntad especial, o sea del animus sibi habendi.

La posesión en nombre ajeno es la que corresponde al ejercicio de la propiedad.

La posesión mediata representa un señorío efectivo sobre una cosa sin el poder actual del hecho, y supone que el actual poseedor entrega materialmente la cosa a otro, quien adquiere una posesión inmediata. El código civil alemán consagra estas dos clases de posesiones sobre una misma cosa, con las denominaciones de po-

sesión mediata, es decir, posesión sin tenencia corporal (la del arrendador) y posesión inmediata, esto es, con tenencia corporal (la del arrendatario).

Tenemos que la posesión mediata supone un señorío efectivo sobre una cosa sin el poder de hecho, es decir, sin una relación material sobre la cosa. Esto quiere decir que en el derecho germano no toda posesión supone un contacto material presente con la cosa. En el derecho romano, el arrendatario no era poseedor, o sea que la posesión la conserva el arrendador.

3.2.1 Códigos Civiles derivados del Código Alemán de 1900

Los códigos civiles en el siglo XX adoptaron el sistema posesorio de los germanos, con excepción del Código de Venezuela de 1942.

El código civil suizo, en su artículo 919 dice: "quien tiene el señorío efectivo de la cosa, tiene la posesión de ella". El señorío efectivo tiene el mismo alcance que poder de hecho.

Lo mismo que en el código alemán, en el suizo se distingue entre poseedores y detenedores subordinados o servidores de posesión ajena, son sólo titulares de las acciones posesorias los primeros,

no así los segundos.

Otros códigos civiles que consagraron el sistema alemán, están en el Turquía de 1926, el del principado de Liechtenstein de 1922 el Griego del 1940.

El código civil de Brasil, en su artículo 485 consagra que es poseedor el que de hecho tiene el ejercicio de "alguno de los poderes inherentes al dominio". De manera que para el código Civil Brasileño, la posesión es un simple poder de hecho, el artículo 487 tiene el mismo contenido del artículo 855 del Código Germano. Dice "que no es poseedor el que estando en una relación de dependencia con otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas".

El código civil del Perú de 1932 dice respecto de la posesión en su artículo 824, "es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos".

El código civil de México, se inspira en los códigos de Alemania Suiza y Brasil. El artículo 790 dice, "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho." Otros códigos que consagran el sistema germano sobre la posesión son: el de Argentina,

el de Japón y Tailandia.

3.3 LA POSESION EN EL CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

Este código se afianzó bajo la doctrina de Savigny y del sistema posesorio germano.

El artículo 1140 habla de la posesión así: "la posesión es el poder sobre una cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o algún otro derecho real, se puede poseer directamente o por medio de otra persona que tiene la detentación de la cosa".

La posesión corresponde al ejercicio de derechos reales, y la detentación, al ejercicio de simples derechos personales.

Según lo anterior se deduce que los dos elementos supuestos esenciales que se exigen para configurar la noción de posesión, en el derecho italiano tienen esta especial característica; ambos son objetivos y a la vez subjetivos. El poder de hecho no es la simple relación material, sino una relación material voluntaria; el "poder de hecho" es la relación material unida al animus detinendi.

La "actividad correspondiente al ejercicio de un derecho real" no

es puramente subjetiva, pues la ley se refiere a una actividad susceptible de objetivarse, de concretarse en hecho.

En otros términos, el *ánimus possidendi* debe deducirse de los hechos, estos hechos deben corresponder a una explotación económica de la cosa.

4 ADQUISICION, PRUEBA Y PERDIDA DE LA POSESION

4.1 ADQUISICION DE LA POSESION

La adquisición de la posesión, se cumple con la intervención de la voluntad del adquirente, se da cuando el adquirente toma la posesión de una cosa sin consentimiento de su poseedor anterior.

Tal es el caso de quien se apodera de las cosas muebles que a nadie pertenece (producto de la caza y pezca). La posesión ilícita que obtiene el ladrón de los bienes robados.

La adquisición derivativa implica necesariamente una "sucesión jurídica". Esta sucesión jurídica indica que una determinada relación jurídica se encuentra radicada en una persona y de esta se transmite a otra. El propietario puede transmitir a otro su propiedad, como cuando vende, dona, permuta, etc. También el arrendatario puede transmitir a otro su posesión, como cuando subarrienda, o entrega en depósito la cosa arrendada.

4.1.1 Adquisición derivativa por acto entre vivos

Esta adquisición se separa de ciertas reglas que gobiernan la adquisición derivativa de derechos, especialmente de aquella que enseña que nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene o derechos de calidad superior.

La excepción consiste en que el adquirente puede hacer suya una posesión de que carecía el transmitente, o una posesión de grado a aquella de que era titular el causante. Esta regla se presenta en dos casos principales:

Cuando el transmitente es poseedor de mala fé se trata de un ladrón, y el adquirente, ignorando tal circunstancia, entiende adquirir de quien es legítimo poseedor. En esta hipótesis el adquirente será considerado como poseedor de buena fé, lo cual enseña que una posesión de mal fé se ha transformado en una de buena fé.

Cuando el transmitente es poseedor en nombre ajeno, es decir, cuando tiene la cosa con obligación de devolverla a un poseedor mediato propietario, usufructuario, etc, pero traicionando la confianza que en él se ha depositado y afirmado ser el propietario, transmite el poder de hecho a un sucesor.

En este caso, el adquirente detiene una posesión de propietario o en nombre propio.

Existen varios artículos en nuestro código que consagran estas excepciones tales: el artículo 764 2a. parte; artículo 768, en armonía con 788, se advierte que la buena fé se aprecia en el momento de la adquisición de la posesión, y que la posesión del sucesor principia en él, lo que equivale a decir que la buena fé se aprecia subjetivamente en el sucesor o adquirente; y que si éste es de buena fé, su posesión lo será igualmente, aunque el trasmittente fuera poseedor de mala fé.

El artículo 753 establece que el adquirente puede ganar la propiedad por prescripción, y por tanto, si el tradente es poseedor en nombre ajeno, carece del derecho de ganar la propiedad por prescripción, pero si un adquirente entendió adquirir la propiedad, adquiere en todo caso una posesión de propietario.

La adquisición derivativa por acto entre vivos supone la entrega material. La entrega material puede realizarse mano a mano, especialmente cuando se trata de cosa mueble, se realiza cuando la cosa se encuentra presente y el trasmittente la entrega de modo directo al adquirente, como en las ventas de artículos que a día-

rio hacen los almacenes.

No siempre se exige la presencia física de la cosa, por que en ocasiones esa entrega material es todo acto en virtud del cual el poseedor permite al adquiriente obtener el poder de hecho sobre la cosa. El transmitente puede mostrar la cosa al adquiriente y autorizarlo para que la tome bajo su poder. Estas reglas que se refieren a la adquisición de una posesión de propietario de cosa mueble, son aplicables a la adquisición de la posesión de cosas inmuebles.

Se realiza también la entrega material por la entrega de las llaves del sitio donde está guardada la cosa cuando se trata de muebles, o simplemente por la entrega de las llaves del predio o casa de habitación.

La remisión constituye entrega material de las cosas muebles, y por ella el transmitente se encarga de poner la cosa a disposición del adquiriente en un lugar convenido, o de entregarla a la persona que indique el adquiriente.

En ciertos casos, el simple acuerdo de voluntades es suficiente para transmitir una posesión sin necesidad de entrega material; mediante el traditio brevi manu, o sea la transformación de una

posesión en nombre propio. Si alguien tiene una cosa mueble o inmueble en calidad de arrendatario, depositario u otro título análogo, y por negocio jurídico adquiere la propiedad, este negocio - transforma la posesión en nombre ajeno, en posesión de propietario. Se adquiere entonces una posesión de propietario, sin necesidad de entrega material.

También se adquiere por el acuerdo de voluntades en el caso que el dueño vende, dona o permuta una cosa, pero conviene con el adquirente en que retiene la cosa como arrendatario, depositario, etc., Aquí se transforma una posesión de propietario, en una posesión en nombre ajeno.

Estos son los modos adquisitivos de la posesión en general, ya que el artículo 754 se refiere a la hipótesis concreta de la adquisición de la posesión que es necesaria para que la sociedad se tramita del tradente al adquirente.

4.1.2 Adquisición derivativa por causa de muerte

Nuestro código contempla varias normas al respecto: el artículo 757 preceptúa en el momento de diferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero, y según

el artículo 1013 2a. parte, una herencia o legado se defieren en el momento de la muerte del causante. En segundo lugar, el artículo 783 consagra que la posesión de la herencia adquiere desde el momento en que es diferida, aún que el heredero lo ignore. El que válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás. Por último, el artículo 975 enseña que el heredero tiene y está sujeto a las acciones posesorias que tendría ya que estaría su autor, si viviese.

Se comprende por lo tanto, que el heredero adquiere con la muerte del causante la posesión de cosas que aquel poseía, es decir, que de la misma manera que la posesión puede transmitirse por acto entre vivos, también puede transmitirse por causa de muerte.

Se trata pues de una posesión sui generis, cuya adquisición no exige que el heredero se ponga en contacto material con las cosas de la herencia; el artículo 783 advierte que el heredero adquiere la posesión desde la delación aunque lo ignore y se presenta esta regla en dos formas:

Si el causante se encontraba ganando por usucapión la propiedad de la cosa poseída, el heredero continúa prescribiendo en la misma forma, esto es que la muerte no es causal de interrupción, -

aunque el heredero de hecho no tome la cosa heredada sino pasado algún tiempo desde el día de la apertura de la sucesión.

El heredero es titular de las acciones posesorias de conservación y recuperación de las cosas que poseía el causante, aún antes de haber tomado posesión de ellas. El ejercicio de las acciones posesorias exige que el poseedor actual haya perturbado por un ter ce ro.

Estos principios encuentran su fundamento en el derecho francés y el germano; El código francés percibe que los herederos legítimos, naturales y el cónyuge superstite quedan investidos saisis de pleno derecho, de los bienes del difunto. Esto ha dado lugar a la institución de la saisine, que equivale a posesión hereditaria.

En consecuencia, el concepto actual de transmisión automática de la posesión del causante a los herederos saisine, tan sólo indica que estos quedan habilitados para entrar en posesión de los bienes, sin autorización de la justicia; que puede ejercer las acciones posesorias aun antes de tener posesión y que, finalmente, la adquisición de la propiedad por prescripción que venía ganando el de cuyus, continúa en los herederos sin interrupción de ninguna cl ase,

El código alemán prescribe: la posesión se transmite a los herederos. Aquí se transmiten los derechos que se derivan de la posesión, más no la posesión; los derechos derivados de la posesión no son otra cosa sino la facultad de poseer, esto es, de tomar la cosa, y el ejercicio de las acciones posesorias y el derecho de continuar ganando por prescripción el dominio que venía ganando el causante, sin interrupción de ninguna clase.

Los juristas modernos han prescindido del artificio que tiene el mencionado principio, conservando de él lo estrictamente práctico.

Pero se dice simplemente; por la muerte los herederos adquieren los derechos que se derivan de la posesión especialmente la facultad de ejercer las acciones posesorias y continuar sin interrupción la prescripción del causante aun antes de entrar en posesión de las cosas poseídas por el causante. En esta forma no se desfigurará la noción de la posesión, que ha sido y es siempre una relación material entre el hombre y las cosas.

En este sentido, e interpretando la realidad actual, el artículo 185 del Proyecto de Código de Derecho Privado Colombiano estatuye que "la posesión de las cosas se transmite a los herederos y a los legatarios. El asignatario que por causa de muerte toma posesión de las cosas de su causante, se entiende que comenzó a poseer des-

de la apertura de la sucesión "

4.1.3 Directamente por el poseedor

La posesión se adquiere directamente, cuando el poseedor tiene la libre administración de sus bienes, y por tanto tiene todos los actos de disposición sobre los derechos que adquiere sobre la cosa.

Para los bienes muebles e inmuebles, aunque digan lo contrario los artículos 759, 785, y 789.

Si existe un acto jurídico: si la cosa es mueble o inmueble con la entrega material.

Si no existe acto jurídico proveniente del dueño de una cosa; y la posesión es para prescribir tenemos:

- Si la cosa es mueble, desde que haya aprehensión material y animus.

- Si la cosa es raíz, desde la aprehensión material y animus o entrega material si se invoca un título justo y existe animus.

De los derechos personales: con la entrega del documento.

4.1.4 Por medio de otro o representante legal.

En el derecho civil moderno, es un hecho que la posesión puede ser adquirida mediante representante artículo 781. La representación puede ser legal o convencional. Al respecto, estatuye el artículo 782: "si una persona toma la posesión de una cosa, en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aún sin su conocimiento".

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni representante, no poseerá ésta sino es virtud de su conocimiento y aceptación, pero se retraerá su posesión el momento en que fue tomada a su nombre".

En la adquisición mediante representante, se requiere que el mandatario o representante exprese la voluntad de adquirir para su representado, representación directa. En este caso se realiza automáticamente la transmisión de la posesión al mandante o representante, aún sin su conocimiento. Pues el mandante ejerce de hecho por intermedio del representante o mandatario.

Por eso se ha dicho que cuando nosotros hemos dado la orden de tomar la posesión de una cosa y nuestro representante ha ejecutado esta orden sin que nosotros hayamos tenido conocimiento, la posesión la adquirimos desde el momento de la aprehensión; porque desde ese momento, no solamente hay para nosotros posibilidad de disponer de la cosa, sino que en ese momento entramos en posesión de la cosa.

4.2 PRUEBA DE LA POSESION

4.2.1 La causa de la relación posesoria determina su calidad o clase.

Ihering, dice que quien tiene actualmente un poder de hecho o señorio efectivo está exonerado de suministrar una prueba especial del animus domini.

48410

En la realidad procesal, que es la que se debe tener en cuenta ante todo, tanto el juez como el comerciante se refieren directamente a la fuente de la posesión para determinar su calidad. Es la prueba más segura y a la que generalmente se acude. Así cuando una persona afirmando su calidad de propietario de un inmueble pretende alguna ventaja de su propiedad, lo primero para

acreditar su posesión en nombre propio, será exhibir la causa de su posesión, es decir si adquirió por ventas, donación, adjudicación etc. Esta es restringida en materia de cosas, pero no así en relación con cosas inmuebles.

Ya que regularmente la mayor parte de relaciones jurídicas con los inmuebles, se efectúan en virtud de un contrato (que por lo general consta de un escrito).

La rapidez de las transacciones, hace que los adquirientes de posesión mobiliaria no hagan constar en un escrito el contrato que genera la posesión. En muchos casos una persona posee tantas cosas que no recuerda la clase de contrato en virtud del cual adquirió. Esto no quiere decir que la posesión de propiedad de un gran número de cosas muebles no pueda probarse por su causa a título adquisitivo. Por ejemplo, el poseedor de un automóvil, para demostrar que es su adquisición.

4.2.2 Una relación posesoria actual y una remota hacen presumir la intermedia.

El artículo 780 del Código Civil Colombiano consagra, en el párrafo 3 "si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee ac-

tualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio".

Para determinar la clase de posesión que ejerce una persona en un momento dado, en muchos casos es preciso saber durante cuanto tiempo se ha poseído y en qué calidad, esto cuando se aleja la adquisición de la propiedad o algún otro derecho real por usucapión.

La presunción expuesta, tiene sus antecedentes históricos en el código francés, en su artículo 2234 estatuye: el poseedor actual que pruebe haber poseído en un tiempo antiguo, se presume haber poseído en el tiempo intermedio salvo prueba en contrario".

Ripert y Boulanger, explican el anterior texto: que exigiendo la ley que toda posesión necesaria para ganar el dominio por usucapión debe ser interrumpida, el poseedor tendrá que probar que ha poseído en forma continua. La ley viene en socorro del poseedor estableciendo una suerte de presunción de continuidad.

4.2.3 La relación posesoria tiene a conservar su calidad inicial

El artículo 780 de nuestro Código Civil Colombiano, consagra "si ha empezado a poseer en nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega".

Se presume que en dicha calidad se ha continuado poseyendo, salvo que medie una causa que cambie o transforme la posesión,

Así, si alguien comenzó a poseer en nombre propio, se presume que ha continuado poseyendo indefinidamente como propietario; en el mismo sentido, si alguien comenzó a poseer como arrendatario, se presume que ha continuado poseyendo en esa misma calidad.

Pero tal presunción es relativa, por lo tanto, el adversario puede acreditar que quien afirma una posesión de arrendatario, depositario, o en nombre ajeno. Si tal prueba se acredita, esto se puede hacer mostrando el contrato adquisitivo de posesión, queda destruida tal presunción. Sino que la relación posesorio entra a gobernarse por otra presunción, la de quien adquiere a título precario o a nombre ajeno, conserva indefinitivamente dicha calidad.

Pero esta nueva presunción es también relativa, o sea, que puede caer bajo el peso de la prueba contraria, que debe ser acreditada por el poseedor actual. Todo se reduce a decir que el hecho que cambia la calidad posesoria, no se presume y ha de ser probado, como sucedería con el arrendatario que posteriormente compró la cosa.

El artículo 1164 del Código Italiano consagra al respecto: "que quien tiene la posesión correspondiente al ejercicio de un derecho real sobre la cosa de otro, no puede usucapir la propiedad de esta cosa, si el título de su posesión no se ha mudado por causa proveniente de un tercero o por la oposición que se haga el derecho del propietario. El tiempo necesario para la usucapión transcurre desde la fecha en que mudó el título de la posesión".

4.3 CONSERVACIÓN Y PERDIDA DE LA POSESION

Adquirida una posesión se conserva por todo el tiempo que el poseedor ejerza un poder de hecho sobre la cosa, y que se extingue cuando por una u otra causa cesa el poder de hecho, ya porque falte el corpus y el animus, o sólo falte uno de estos dos elementos;

Las causas de pérdidas de la posesión pueden ser:

Causales de extinción son aquellas en virtud de las cuales el poseedor cesa definitivamente de poseer y nadie le sucede en la posesión, como cuando la cosa perece, o sin perecer materialmente, parece jurídicamente, como cuando el animal domesticado recobra su libertad natural.

Causales de extinción relativa son las que implican extinción de la posesión de una persona, por sucederle otra en poder de hecho: se trata de una simple transmisión de la posesión por acto entre vivos o por causa de muerte.

4.2.4 Pérdida voluntaria de la Posesión

Un poseedor puede abandonar su poder de hecho de dos maneras: mediante un acto unilateral o mediante entrega.

Unilateralmente se abandona la posesión cuando el poseedor abandona su poder de hecho, sin interesarle quien lo tome, este abandono se caracteriza por no producir sucesión jurídica en la posesión, y por lo tanto, quien toma una de las cosas abandonadas, comienza una posesión.

La pérdida mediante entrega voluntaria, supone que el actual poseedor entrega a otro una cosa, existiendo tanto la voluntad de entrega como la de adquirir. Estos casos se refieren a la pérdida de la posesión de propietario pero también puede perderse la posesión ejercida a nombre de otro, o cuando éste enajena como propia la cosa que tenía en nombre de otro.

4.2.5 Pérdida involuntaria de la posesión

En el caso de las cosas robadas o sustraídas al poseedor constituye pérdida involuntaria de la posesión.

Pothier dice: "No hay que confundir con las cosas perdidas las que no habiendo salido de mi casa, tan sólo se han descarriado, porque no tenga presente el lugar en donde se encuentran, no dejó por esto de conservar la posesión".

Savigny expone al respecto, el poseedor conserva la posesión de la cosa aunque no la tenga actualmente presente; sólo se pierde cuando la facultad de disponer se torna imposible.

En consecuencia se es poseedor en tanto se puede disponer de la cosa, es decir explotarla; se es poseedor aunque actualmente no se esté explotando la cosa, con tal que la cosa no esté bajo el poder de otro o extraviada. Es suficiente, conforme a Savigny, - que el poseedor esté en facultad de explotar en cualquier momento la cosa.

Ihering, expone que la conservación de la posesión exige que el poseedor explote permanentemente la cosa, esté en contacto mate

rial con ella, porque al abandonar la cosa enseguida pierde la posesión de ella.

5 EFECTOS GENERALES DE LA POSESION

5.1 PROTECCION DE LA POSESION MEDIANTE LA ACCION DIRECTA

Los efectos generales de toda posesión se traduce en que es protegida jurídicamente contra los ataques o lesiones provenientes de las demás personas. Tenemos que la posesión es un derecho real provisional y como tal es protegida en forma análoga como son protegidos los derechos.

La característica especial de cualquier derecho es el de poderse hacer valer frente a los demás, o sea imponerse ante los ataques ilícitos que lo lesionan o desconozcan.

La acción directa o autodefensa aplicada a la posesión, indica que los particulares pueden defender la relación posesoria, mediante sus propias fuerzas, rechazando las agresiones ilícitas que les dirijan otras personas, o las provenientes de las cosas..

La colaboración de los particulares debe realizarse, en la misma dirección en que se realizaría la justicia del estado. En materia de posesión, tal colaboración se realiza bajo la forma de la legítima defensa.

5.1.1 Requisitos de la Legítima Defensa

- a- Que exista una agresión, esta debe ser actual, o sea, todavía no terminada, ya que la legítima defensa pretende evitar la violación de un derecho. Debe ser lícita, objetiva,. La agresión ha de consistir en una conducta determinada capaz de causar el desconocimiento o privación de la posesión.
- b. Que la agresión provenga de otra persona.
- c- Que la agresión o ataque debe estar dirigido contra la posesión de las cosas.

El poseedor tiene dos importantes acciones, para repeler los hechos ilícitos: el empleo de la fuerza para evitar que se le arrebatase el poder de hecho sobre la cosa. El empleo de la fuerza ha de ser adecuado a las circunstancias. Por lo tanto el peligro de despojo o de perturbación ha de ser inminente.

La otra acción, es la facultad de recuperarla en forma inmediata. Si se trata de muebles, puede por la fuerza recobrarlos del autor del hecho o ilícito. Cuando se sorprende en fragante delito, o sea, en el instante mismo en que lo realiza.

Cuando se trata de inmuebles, la recuperación es ilícita inmediatamente después de cometido el despojo, expulsando de él al usurpador.

5.1.2 La legítima defensa de la posesión y recuperación en derecho civil Alemán, en el derecho civil Suizo y en el derecho civil Argentino

En el derecho alemán, es suficiente que exista una "vía de hecho ilícita" proveniente de otra persona. Esta doctrina entiende por "vía de hecho ilícita" (o acto prohibido) cualquier acción que sin la voluntad del poseedor le perjudica en el ejercicio de su poder de hecho, salvo que tal acción esté autorizada por la ley.

La acción o hecho ilícitos deben causar un perjuicio que se ejerce sobre una cosa. Este perjuicio se traduce ya en la pérdida total o parcial de la posesión (despojo), ya en una simple perturbación que impide al poseedor ejercer su poder de hecho.

Hay despojo de la posesión no sólo cuando el autor de la acción ilícita se apropia para sí la cosa o parte de ella, sino también cuando la destruye o la toma para entregarla a otro.

Hay perturbación e inquietación de la posesión por ejemplo: cuando se edifica un terreno ajeno o se le impide edificar al poseedor, o se introducen animales en la

Tenemos que el arrendador puede ser autor del hecho ilícito contra su arrendatario, el depositante contra el depositario, etc., precisamente la relación jurídica existe en estos casos, enseña que el arrendador o depositante debe recurrir a la justicia para hacerse entregar la cosa que posee en forma inmediata al arrendatario o depositario, les está vedado emplear acciones propias para recobrar las cosas.

En el derecho civil suizo, el poseedor tiene el derecho de repelar por la fuerza todo acto de usurpación o de perturbación.

El derecho de legítima defensa autoriza al poseedor para "repelar un ataque contra su posesión, sin tener necesidad de recurrir a los poderes públicos". De la misma manera que él puede defenderse con sus fuerzas contra los atentados dirigidos a su persona,

no es obligado a asistir pasivamente a que sea despojado por un ter
cero o perturbado en su posesión.

El derecho de recuperación lo ejerce el poseedor contra quien le
haya arrebatado la cosa o usurpado un inmueble. "El arrendatario,
por ejemplo, está autorizado para expulsar sin más formalidad al
arrendador que durante su ausencia ocupó su residencia".

La legítima defensa como la recuperación de la cosa han de reali-
zarse en forma inmediata y ante el peligro inminente de perder
definitivamente la cosa.

La doctrina Argentina, sobre legítima defensa y recuperación, ex-
pone: "que el hecho de la posesión dá el derecho de protegerse
en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una
fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia
llegarían demasiado tarde, y el que fuese desposeído podrá reco-
brarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no
exceda los límites de la propia defensa.

Por esto, la fuerza ha de realizarse con una fuerza adecuada, es
decir, "sin exceder los límites de la propia defensa". Esto quie-
re decir que el poseedor debe obrar dentro de la prudencia y la me

dida que las circunstancias aconsejen.

Esta facultad de la legítima defensa podrá ser ejercida por el poseedor, o, en su nombre, por los que tuvieren la cosa como subordinados de él.

5.1.3 -Legítima defensa en el derecho Peruano y Brasileño

Los códigos del Brasil y Perú, consagran el estudio de la legítima defensa, tomando la orientación de los códigos germano y suizo.

El artículo 502 del Código Civil del Brasil, consagra las acciones del artículo 859 del Código Germano y el artículo 926 del Código Civil Suizo. Este artículo del Código del Brasil, expresa "El poseedor perturbado o desposeído, podrá mantenerse o restituirse por sus propias fuerzas en la posesión, con tal que lo haga en forma inmediata".

En el artículo 830 del Código del Perú, se basa en el artículo 502 del Brasil y 916 del Código Suizo "el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fué desposeído, pero en ambos casos, deberá abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias".

5.2 ACCIONES POSESORIAS EN EL ANTIGUO DERECHO

El antiguo derecho romano, construyó la teoría de las acciones posesorias (interdictos posesorios) como capítulo complementario de la protección que se debía dar a la propiedad.

Es así, que las acciones posesorias se concedían al propietario, por lo tanto, sólo la posesión en nombre propio se protegía judicialmente. Por tal motivo no existían acciones contra las agresiones o ataques dirigidos a la posesión en nombre ajeno (o mera tenencia).

El sistema romano conoció dos acciones posesorias o interdictos: *retinendas possessionis* y *recuperandae possessionis*.

Los interdictos *retinendae* y *recuperandae possessionis*, tenían por fundamento la existencia anterior de la posesión en quien ejercía el interdicto.

En el primero, el poseedor afirmaba encontrarse poseyendo y pedía ser mantenido en esa posesión contra las agresiones de terceros que le impedían el ejercicio normal de su poder de hecho; en el segundo, el poseedor, en virtud de haber sido despojado de la posesión, pedía ser restablecido en ella.

Interdictos retinendae possessiones, tienen por objeto proteger la posesión actual contra los actos de violencia, se encaminan a evitar que se consuma un despojo de la cosa a impedir el ejercicio del poder de hecho.

Estos interdictos requerían ciertas condiciones:

- a- Que el demandante debía acreditar una posesión en nombre propio o posesión de propietario, Como se sabe no protegía las relaciones materiales en nombre ajeno.
- b. La posesión de demandante debía ser perturbada por un acto de violencia.

Los objetivos de los interdictos retinendae possessiones:

- a. La reparación del daño causado
- b. En el caso de un daño o perturbación que se teme fundamente, que se impida el daño o perturbación obligando al perturbador a tomar las medidas conducentes para que no se cause el daño.

Tenemos que los interdictos tomaban denominaciones especiales según los bienes a que se aplicara, así:

a- Al poseedor de inmueble tenía a su favor el conocido interdicto *uti possidetis*. Se caracterizaba porque la acción para obtener la reparación del daño, prescribirá en un año.

Consistía este interdicto, en una sentencia judicial en la que se obligaba al futuro perturbador, a constituir una caución su ficiente para reparar el daño que se produjera.

b- El interdicto *Utrubi*, protegía a los poseedores de muebles. Se caracterizaba, porque no era suficiente la sola posesión actual, sino que se exigía que en el curso del último año, la posesión de quien invocaba el interdicto hubiera durado un tiempo superior a la del atacante o agresor.

Interdictos recuperando *possessionis*, tenían por finalidad recuperar la posesión perdida, se conocían tres modalidades de este interdicto:

a- El *interdictum de vi*

b- El *interdictum de clandestona possessione*

c- El *interdictum de precario*

- El interdictum de vi, tiene por finalidad recobrar la posesión causado por el poseedor hubiera sido desposeído mediante violencia. Se exigía varias condiciones para que se produjera este interdictum de vi.

1- Haber sido verdadero poseedor jurídico en el momento del acto de violencia por el cual se ha realizado el despojo.

2- Que el poseedor haya sido perturbado por un acto de violencia.

Esta violencia debía ser tal, que hubiera imposible la continuación de la posesión por estar dirigida contra la persona del poseedor.

3- Que la violencia fuera ejercida por el mismo demandado o bajo sus órdenes.

4- Que la violencia hubiera quitado la posesión al demandante.

5- Esta interdictum de vi, sólo protegía la posesión de inmuebles.

Tenía por efecto esta interdictum, que la persona desposeída debe ser restablecida en la misma situación en que se encontraba antes de la dejectio.

- Interdictum de clandestina possessione. Tenía por objeto recobrar la posesión, cuyo origen se oculta a la persona de quien se teme una objeción, y sólo regía en inmuebles.

- Interdictum de precario. Se empleaba para recobrar la posesión en nombre ajeno, cuando el propietario se había reservado la facultad de pedir la cosa en cualquier tiempo y el detentador rehusaba la restitución.

5.2.1 Evolución del derecho Romano y del derecho Canónico

La revolución del derecho Romano, se traduce esencialmente en el hecho de extender las acciones posesorias a la protección de todas las relaciones jurídicas con las cosas; igual protección que el propietario, merecen el usufructuario, el arrendador, el depositario, etc, ya que la paz pública exige que se reprima cualquier atentado contra la posesión, especialmente el realizado mediante violencia.

El derecho canónico, con la *Condictio Excaone Redintegranda*, arranca de un decreto de ISIDORO, por la que se declaraba. "Un obispo expulsado de su sede, o despojado de sus bienes personales, no se le podía obligar a comparecer ante el Sínodo, por las faltas que hubiera cometido, mientras no se restituyeran la posesión de los bie-

nes de los cuales había sido despojado.

Esta conditio se otorgaba a toda clase de poseedores, tanto a los poseedores en nombre propio, como a los poseedores en nombre ajeno, ejemplo; protegía así la posesión de muebles, como la de cosas universales, no se exigía que la posesión hubiera sido perturbada por actos de violencia, se aplicaba a todos los casos en que el poseedor hubiera perdido la posesión sin causa legítima.

5.3 ACCIONES POSESORIAS EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL

5.3.1 Sistema Alemán y sistemas derivados del mismo

El código civil Alemán artículo 861 dice: "el que ha sido desposeído ilícitamente, puede pedir el reintegro en la posesión a aquel con relación al cual la posesión es viciosa" y el artículo 682 consagra "el que ha sido perturbado en su posesión ilícitamente, puede reclamar del autor de la perturbación que cese ésta, si pudieran temerse nuevas perturbaciones, puede el poseedor accionar contra aquel para que se le prohíba perturbarle en lo sucesivo".

Hay dos acciones, así: la de recuperación recibe el nombre técni-

co "de pretensión por provocación de la posesión" y la de acción de "conservación" o "mantenimiento" el de la "pretensión por inquietación".

La acción de pretensión por privación de la posesión, tendrá esta acción el poseedor que haya sido desposeído contra su voluntad.

A todo aquel quien la posesión haya sido arrebatada mediante acto de autoridad propia prohibida, sea de la posesión exclusiva o de la coposesión; posesión del todo o parte de la cosa, posesión de cosa mueble o inmueble, siendo indiferente si el despojo es o no culpable, tendrán derecho a esta acción.

La acción de pretensión por inquietación. Esta acción la tiene el poseedor, ya sea poseedor en nombre propio o poseedor en nombre ajeno, existe la pretensión por los perjuicios causados y para que cese la causa que los produce.

Tenemos que estas acciones fundadas en los artículos 681 y 682 del código Alemán, se extinguen por la expiración del plazo de un año a contar desde el hecho ilícito, si antes no han sido ejercitadas en juicio. Ya que, el transcurso de un año constituye silencio, y "el silencio tiene la virtud de convertir en paz un estado bélico".

Entre los sistemas derivados del germano y del suizo tenemos:

El código Civil del Perú, artículo 831 dice: "que todo poseedor de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos, conforme al código de procedimientos civiles, para que el poseedor tenga derecho a rechazar los interdictos que se promuevan contra él, debe tener una posesión de más de un año".

El artículo 1002 del código de procedimientos civiles, establece que el interdicto de retener, procede cuando el poseedor de una cosa es perturbado en su posesión o tenencia. Si el poseedor es perjudicado en su posesión, tiene derecho a usar el interdicto, aunque no tuviera título o derecho de poseer.

Otro sistema es el del derecho Mexicano. Según este sistema, los interdictos son acciones posesorias provisionales, que tienen objeto proteger la posesión interina (originaria o derivada), de los bienes inmuebles o de los derechos reales constituídos en ellos. Se dice que el objeto del interdicto es proteger la posesión interina de los bienes es decir, no se trata de prejuzgar sobre la posesión definitiva, ni tampoco de resolver sobre la calidad para establecer quien tiene mejor derecho a poseer.

Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, compete el interdicto de retener la posesión.

Es por lo mismo, que el objeto del interdicto es evitar o terminar la perturbación mantenimiento al poseedor en la cosa; apreciar el demandado que se abstenga de ejecutar los actos de perturbación, debiendo rendir fianza para garantizar el cumplimiento de esa abstención, e indemnizar por las molestias que hubiese causado en la posesión del actor.

Ahora el código civil del Brasil, reglamenta con mejor técnica, las acciones posesorias. El artículo 499, expone: el interdicto retinendas possessionis del derecho romano, dice: que su objeto es que se prescinda de la perturbación y se indemnicen los daños. Como perturbación debe considerarse todo acto practicado contra la voluntad del poseedor.

La perturbación puede ser positiva, como en el caso de que se invada un terreno ajeno, o se corten árboles sin permiso; o negativa, como cuando se impone al poseedor el ejercicio de su poder de hecho sobre la cosa.

Completa el artículo 501 sobre el interdicto del artículo 499 que

el poseedor que tenga justo motivo de no ser molestado en su posesión, podrá pedir al juez que se impida la violencia inminente, mediante caución que debe dar el presunto violentador.

5.3.2 Acciones posesorias en el derecho Suizo

Este código consagra el mismo sistema, es así como los artículos 927, 928 y 929, textúan: el poseedor perturbado en su posesión puede accionar contra el autor de la perturbación, aunque el último pretenda un derecho sobre la cosa. La acción se dirige a que cese la perturbación, no se vuelva a causar y a la indemnización de perjuicios. El poseedor tiene un plazo de un año para reclamar la restitución de la cosa o la cesación de la inquietud inmediatamente después de haber tenido conocimiento del hecho y del autor del atentado.

Es así que el demandante sólo corresponde probar que poseía en nombre propio o en nombre ajeno.

La acción debe dirigirse contra el autor del acto o contra sus sucesores ya sean a título universal o a título singular o contra el poseedor mediato.

5.3.3 Acciones posesorias en el sistema español

Los interdictos posesorios en el código español protegen tanto la posesión mobiliaria como la inmobiliaria; no se requiere una año de posesión para ejercitarla, pero prescriben al cabo de un año y que además todas las relaciones posesorias (en nombre propio o ajeno) son protegidas con las tradicionales interdictos de conservación y de recuperación.

5.3.4 Acciones posesorias en el sistema francés

Tiene como fuente el derecho canónico y el derecho romano, se caracteriza este sistema:

- Sólo proceden estas acciones en relación con perturbaciones o despojos de cosas inmuebles, dicen autores que no es necesario para proteger la posesión de cosas muebles, puesto que según ellos el poseedor de cosas muebles es propietario.

Es así, que en vez de unificarse los dos sistemas, conservó cada cual su autonomía, esto es, que el sistema romano era de derecho común, y el derecho canónico era un sistema especial.

El sistema del derecho canónico se resume en la acción de recuperación o reintegrante. Esta, es la misma actio spoli, supone una desposesión sin causa justa y se otorga a todos los poseedores.

La acción principal de este sistema es la de querrela (compalite) y resume pura y simplemente los interdictos retinendas u recuperandae possessionis de los romanos. O sea, que constituye todo el sistema de derecho común.

5.3.5 Acciones posesorias del sistema del Código Civil de Andrés Bello

Este eminente jurista, fue uno de los más grandes estudiosos de las acciones posesorias.

Hoy en día el sistema es el vigente en los códigos civiles de Colombia y de Chile. Así el artículo 972 de nuestro código dice: las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos. Conforme a este texto carecen de acciones posesorias los poseedores de bienes muebles. Y los que poseen en virtud de un derecho personal (arrendatarios, depositarios, etc).

El artículo 974 dice que sólo las personas que han poseído quieta y no interrumpidamente un inmueble, durante un año completo, son titulares de la acción posesoria. Continúa el artículo 976 contra quien ha poseído en la misma forma un inmueble durante un año, no puede ejercerse acción posesoria.

Según esto la acción posesoria está sometida a dos condiciones:

- a- Sólo quien prueba haber poseído durante un año, puede ejercer la acción posesoria.
- b- Se debe suministrar la prueba de que en un término inferior a un año ha sido despojado o perturbado por otro.

El código civil de Bello trae una serie de acciones posesorias especiales como:

5.3.5.1 Acción posesoria común de recuperación

El artículo 982 dice: "el que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios".

Se requiere que el poseedor haya sido privado de la posesión injustamente. Esto es cuando alguien la toma contra su voluntad. Esta acción no es procedente contra los poseedores en nombre ajeno (o mera tenencia) puesto que estos han recibido la cosa voluntariamente del poseedor, o sea, mediante un vínculo contractual. En este año el poseedor mediato tiene la acción personal que nace del contrato y no la acción posesoria, ya que esta es una acción real,

La acción posesoria común de recuperación, no sólo se dirige a la restitución del inmueble, sino también a la indemnización de perjuicios. Esta indemnización comprende:

- a- Los frutos naturales o civiles que produjo la cosa mientras estuvo en poder del que arrebató indebidamente el inmueble.
- b- El valor de los daños causados a la cosa.

En nuestro código, esta acción es acción real, y se ejerce no sólo contra el usurpador de un inmueble, sino contra terceros poseedores. Pero con la salvedad, que el tercero poseedor será obligado a devolver el inmueble, más no a indemnizar los perjuicios, si adquirió la posesión de buena fe.

El poseedor de mala fe es obligado a la indemnización de perjuicios en la misma forma que el usurpado.

5.3.5.2 Acción común posesoria de conservación

El artículo 977 de nuestro código civil, consagra: "el poseedor tiene derecho para pedir que no se la turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice el perjuicio que ha recibido, ya que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme".

Esta acción tiene por finalidad impedir toda perturbación a la posesión de un inmueble. Se encamina la acción a que se prohíba al perturbador la realización de actos que perturban la posesión y a la indemnización de los perjuicios sufridos. Tampoco se exige que el perturbador sea culpable o de mala fe, ni que la perturbación cause un daño a la posesión ajena, sólo basta que el poseedor sea incomodado en la tranquila posesión del inmueble. Así, los ruidos excesivos, el humo, los malos olores que proceden del predio vecino, fundamentan el ejercicio de la acción de conservación o mantenimiento.

Esta acción tiene un acentado carácter real, y se ejerce contra el

perturbador, pero cuando la causa de la perturbación se encuentra en el mismo inmueble, la acción se dirige contra el actual poseedor, sea el o no él autor de los hechos que ocasionan la perturbación.

Hay dos acciones especiales de conservación en inmuebles. La denuncia de obra nueva y la denuncia de obra ruinosas.

El artículo 986 del Código Civil de Colombia, se refiere a esta acción, "el poseedor tiene derecho a pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión".

Esta acción se otorga en relación con toda obra nueva que se trate de construir o levantar en el suelo que posee otro. No importa la naturaleza de obra nueva, ya que puede tratarse de una edificación, de una zanja o cerca, de una plantación, de un camino, de paredes divisorias.

Se caracteriza esta acción porque:

a- Se requiere que se trate de obras comenzadas o prospectadas.

No es viable para obras terminadas en suelo ajeno.



b- No se concede para obras que es preciso efectuar para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal.

c- No procede respecto a obras que son necesarias para mantener la debida limpieza en los caminos, cañerías, acequias.

Esta acción tiene por finalidad:

- Que no se lleve a efecto la obra o que se suspenda mientras se tramita el juicio
- Que se destruya la obra comenzada si sale vencedor el querrelente.
- Que se indemnizen los perjuicios causados.

Para que se suspenda la acción o destruya la obra nueva, prescribe al cabo de un año completo. Todo esto en relación a las obras nuevas en suelo ajeno.

La otra modalidad de denuncia por obra nueva, es la de obras nuevas en suelo propio, que perturban la posesión de fondos vecinos.

Son obras nuevas denunciables:

Las construcciones que se sustentan en edificio ajeno no sujeto a tal gravámen.

Las estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derrámen en suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas.

Los depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañar las paredes o la construcción.

La acción de obra nueva en suelo propio, tiene por objeto; la suspensión provisional de las obras durante el juicio; y la destrucción o modificación en forma que se eviten las perturbaciones a la posesión ajena. Como también el resarcimiento de perjuicios causados al lesionado.

La acción para que se suspenda, destruya o modifique la obra, prescribe en la misma forma que la acción por denuncia de obra nueva en suelo ajeno, lo mismo la indemnización de daños prescribe en un año.

Denuncia de obra ruinosa.

El artículo 988 del Código Civil Colombiano, trae esta modalidad.

"El que tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicios, tiene derecho a querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio, para derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa".

Bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Cuando el daño por el que se teme no es grave.

6 EFECTOS ESPECIALES DE LA POSESION

6.1 POSESION DE BUENA Y MALA FE

BELLO define la posesión de buena fe; "la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de otro vicio".

Si se trata de la adquisición de una posesión de propietario por actos entre vivos, se requiere la convicción de que el tradente es propietario, y si se trata de una adquisición de la misma clase de posesión por causa de muerte, se necesita la creencia de que el causante era dueño de la cosa.

Para que exista buena fe en la adquisición de la posesión en nombre ajeno que corresponde al ejercicio de un derecho real desmembrado de la propiedad, (posesión de usufructuarios, usuarios, habitantes, etc.). Es natural que sólo el propietario puede desmembrar su derecho, luego es necesario que él pretenda adquirir uno

de tales derechos, tenga la convicción de que el constituyente es realmente el propietario.

El Código Civil Alemán en su artículo 932, define la ausencia de de buena fe así: "el adquirente no es de buena fe cuando sabe que la cosa no pertenece al enajenante, o cuando su ignorancia al respecto proviene de una falta grave".

6.2 CARACTERISTICAS DE LA BUENA FE.

6.2.1 La buena fe tiene carácter personal

Rojina Villegas, dice al respecto: "se considera que la buena o mala fe deben ser estrictamente personales, que como situaciones subjetivas, dependen exclusivamente de la creencia fundada que tenga el poseedor mismo con respecto a su título, o del desconocimiento de los vicios de éste, o de la falta del mismo. Por consiguiente la buena o mala fe del causante que transmite la posesión, no influyen ni origina buena o mala fe en el causante, es decir, aquel que adquiera la posesión".

La noción de buena o mala fe es una cuestión psicológica que permanece siempre adherida al espíritu de las personas; en ningún ca

so se materializa en las cosas. Si se materializara, tendríamos que decir que las cosas llevan en sí la marca de la personalidad de su poseedor, que determinado toro es de mala fe, pues quien lo posee lo robó. De las cosas de la naturaleza no puede precisarse la licitud o ilicitud, la moralidad o la inmoralidad. Estos son valores exclusivos del espíritu humano.

6.2.2 Momento en que se aprecia la buena fe

En el mundo moderno prevalecen dos teorías. La del sistema del derecho romano y la del sistema del derecho canónico. En el sistema romano, la existencia o no existencia de la buena fe se aprecia en un momento único. En el momento de la adquisición de la posesión. Esto quiere decir, que aunque posteriormente el poseedor tenga conocimiento de que adquirió una cosa ajena, tal conocimiento no perjudica su buena fe inicial.

Tenemos que la doctrina germana modela un tanto el sistema romano, como lo exponen Wolf y Raiser.

"La buena fe en todo su alcance tiene que existir al adquirirse la posesión en nombre propio, la mala fe posterior no impide la usucapión sino cuando el adquirente sepa definitivamente que no le correspon-

de la propiedad, ni tampoco si el adquirente deja de serlo por culpa lata".

El sistema del derecho canónico: este sistema exige que la buena fe exista en todo el tiempo en que la cosa se encuentre en poder del poseedor.

Un seguidor de este sistema es el español, que en su código civil artículo 435 dice: "la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existen actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente".

6.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESION DE BUENA FE

6.3.1 El poseedor de buena fe hace suyos los frutos; no así el de mala fe

Las diferentes doctrinas, del mundo moderno traen diferentes conceptos sobre uno de los principales efectos jurídicos del poseedor de buena fe.

Entre los principales sistemas tenemos:

a- El derecho Alemán: según el código Germano artículo 993. Todo poseedor debe restituir desde la adquisición de la posesión, los derechos o frutos excesivos conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa, sobra decir, que sólo los frutos que normalmente produce una cosa según las reglas de una explotación ordenada, pertenecen al poseedor de buena fe.

En este sistema prevalecen dos reglas así: la de la buena fe, o sea que los poseedores que hayan obtenido una cosa o título oneroso hacen suyos los frutos que normalmente produce la cosa.

En segundo lugar, según las reglas del enriquecimiento sin causa, aún el poseedor de buena fe debe indemnizar al propietario las siguientes clases de frutos: los percibidos a título gratuito y aquellos que se califiquen de excesivos o extraordinarios.

b- Derecho Suizo: el código Suizo, artículos 938 y 939, consagran: "el poseedor de buena fe goza de la cosa conforme a su derecho, y por consiguiente no debe indemnización alguna a quien tiene que restituirla. Continúa dicho código, que los frutos percibidos por el poseedor de buena fe antes de la introducción de la demanda, pueden ser compensados con las mejoras que haya hecho a la cosa y tenga derecho a reclamar.

- c- Derecho Francés: expone que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, el de mala fe debe restituir la cosa junto con los frutos percibidos.

- d- Derecho Italiano: según el código de este sistema, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos naturales separados hasta el día de la demanda judicial y los frutos civiles percibidos hasta el mismo día.

- e- Derecho Español: el artículo 451 del Código Español, expone que el poseedor de buena fe, hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

- f- Derecho Brasileño: afirma que el poseedor de mala fe responde de todos los frutos percibidos, así como de aquellos que por su culpa hubiere dejado de percibir. Según el artículo 513 del Código Brasileño.

- Referente al poseedor de buena fe, este tiene derecho, durante la posesión, a los frutos percibidos, y que los frutos pendientes al tiempo de cesar la buena fe, deben restituirse.

- g- Derecho Peruano: el artículo 834 dice: que el poseedor de

buena fe hace suyos los frutos. Cuando el poseedor de buena fe de predios rústicos, este también tiene derecho a la cosecha pendiente cuando ha preparado el terreno para su mejor cultivo. En caso que las labores del cultivo no han terminado, el dueño puede optar por pagar una indemnización justipreciada de los gastos hechos por el poseedor.

h- Derecho Mexicano: el Código de Mexico artículo 810 expone: que el poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene derecho de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no sea interrumpida.

Pero el poseedor de mala fe en ningún caso tiene derecho de hacer suyos los frutos naturales y civiles.

i- Derecho Argentino y el derecho Venezolano: aquí en estos sis temas como en los anteriores, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos durante el tiempo de la posesión.

j- Derecho Colombiano: el artículo 964, el poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera

podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

En cuanto al poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda.

Tenemos que la ley protege al poseedor de buena fe, teniendo en cuenta por una parte, su conducta excenta de culpa, originada por error excusable, y por otra parte, la diligencia o cuidado del dueño de la cosa que ha debido evitar esa posesión.

En cambio el poseedor de mala fe se considera generalmente como un usurpador en razón de dolo o culpa que impone obligaciones indemnizatorias en frente del propietario de la cosa.

Podemos concluir, que las doctrinas del mundo moderno anteriormente expuestas, consideran que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos de la cosa durante el tiempo que ha poseído.

La restitución de una cosa con sus frutos tiene lugar en los casos en que el poseedor adquirió de quien carecía de derecho para transmitir el respectivo derecho patrimonial que se pretendía adquirir,

y el verdadero titular reivindica. El derecho de conservar los frutos para el poseedor de mala fe, se refiere al lapso de tiempo que existe entre el día en que se adquirió la posesión y el día en que el poseedor es notificado de la acción de restitución.

6.3.2 Los daños o pérdida de la cosa

De acuerdo a lo estudiado anteriormente, el poseedor de buena fe no responde de los daños o de la pérdida de la cosa, en cambio el de mala fe responde de tales daños o pérdidas.

Cuando un poseedor resulte obligado a restituir la cosa a quien acredite un derecho patrimonial sobre ella, es lógico que responda de los daños o de la pérdida debida a su culpa.

Pero la buena fe hecha por el suelo este precepto en el sentido de no responsabilizar al poseedor sino en razón del enriquecimiento obtenido.

Cuando el poseedor es de mala fe debe indemnización. Por ejemplo: Juan José, compra un automóvil, el cual se destruye a causa de un accidente, si Juan José adquirió la posesión de buena fe, no queda obligado a pagar indemnización por los daños, a quien re-

sulte dueño, pero si adquirió de mala fe, debe indemnizar al dueño el valor que tenía el automóvil el día en que entró en posesión de él. Este efecto de la buena fe equivale a una expropiación por causa de utilidad privada del propio valor de la cosa adquirida de buena fe.

6.3.3 Indemnización que tiene derecho a reclamar el poseedor

Cuando el gasto que se aduce, tiene la calidad de necesario, tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe tienen derecho a una indemnización, pues el propietario se le ha procurado un enriquecimiento.

Se consideran como gasto o mejora necesaria:

- Cuando atiende a la conservación de la cosa.
- Cuando se encamina a permitir su normal explotación.

Como las reparaciones que se hacen a un edificio arruinado, la construcción de muros para darle la suficiente solidez a una casa.

Gasto necesario, no sólo es el que impide la destrucción de la cosa, sino también el que impide que se desvalorice o se haga inep

ta para su explotación.

Como los gastos encaminados a evitar que la cosa le sea arrebatada al poseedor en razón de derechos que aleguen terceros, como los que perfeccionen el derecho que se pretende ejercer sobre la cosa. Por ejemplo; los gastos que se hacen para cancelar una hipoteca, la cancelación de una servidumbre.

Respecto a las mejoras útiles, el poseedor de buena fe tendrá derecho a una indemnización. Por lo cual el reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las otras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más de la cosa en dicho tiempo. El poseedor de mala fe no tiene derecho a indemnización por gastos útiles, pero podrá separar y hacer suyas las obras, siempre que pueda separarlas sin detrimento de la cosa, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

En cuanto a los gastos de lujo, ningún derecho de indemnización se debe, pero el poseedor tiene el jús tollendī o derecho de separación de las obras, con tal que no se desmejore la cosa.

7 EFECTOS DE LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES

7.1 LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano la posesión de cosas muebles e inmuebles se regían por las mismas normas, es decir, tenían un mismo valor jurídico e iguales efectos jurídicos.

Existían reglas como las siguientes:

- a- Se presume la propiedad, tanto en el poseedor a nombre propio de cosas muebles, como el poseedor a nombre propio de inmuebles: esto quiere decir que existía una presunción legal sometida al peso de la prueba contraria; se debía acreditar que el poseedor en nombre propio carecía del respectivo poder jurídico. si se lograba destruir dicha presunción, esto es, que el poseedor no era el verdadero dueño, entonces el poder de

hecho sobre la cosa quedaba sujeto a la titularidad del derecho, es decir, esta titularidad prevalecía sobre dicho poder de hecho. Es este el sentido de la Acción Reivindicatoria, o sea el titular del derecho que no está en posesión de la cosa puede reclamarla del poseedor.

De todo lo anterior se deduce que en el derecho romano adquirir la posesión no significa adquirir la propiedad, ya que la so la posesión no era plena prueba de la titularidad del derecho, sólo la posesión prolongada durante cierto tiempo engendraba el derecho.

- b- Tanto la posesión de muebles como la de inmuebles eran protegidas con las Acciones Posesorias.

Se ejercían las mismas acciones, el dueño de una cosa sea mueble o inmueble podía Reivindicar del poseedor, existió un mismo patrón para una y otra posesión, no había diferencia al guna, la gran variedad de muebles no fue obstáculo para ejercer las Acciones Posesorias.

- c- Ambas posesiones por el transcurso ~~de~~ tiempo conducían a la propiedad (Usucapión).

A los poseedores de cosas muebles solamente se les permitía probar su derecho a través de la usucapión, la misma argumentación se aplica en relación con las cosas inmuebles.

d- El propietario podía Reivindicar tanto la posesión de muebles como la de inmuebles.

7.2 LA POSESION DE COSAS MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO GERMANO

El sistema germano se basó en dos aspectos: frente a la propia culpa del propietario; y frente a la buena fe de los terceros adquirentes.

Con respecto al primer aspecto, la culpa del propietario era notoria si éste había depositado su confianza en una persona indigna de ella, puesto que ninguna persona honorable procede a enajenar lo ajeno. Si el propietario se equivoca, responde de tal horror o culpa; este principio germano implica sanción de la culpa del propietario, por una parte, y por la otra, protección de la buena fe de terceros adquirentes, ya que estos no tienen medios de conocer si quien aparecía poseyendo lo hacía en nombre propio o por cuenta ajena.

En consecuencia, se ve la contradicción entre el principio romano y el germano, ya que la propiedad de los romanos se afirmaba en todas direcciones en forma absoluta; no así entre los germanos, según se deduce de lo anteriormente expuesto, ya que estos afirman el radio de la propiedad en toda dirección, pero en forma relativa; quien voluntariamente entregaba a otro Gewere sólo de él podía reclamarla.

Varios sistemas han seguido de cerca la orientación general del Código Civil germano de 1900, como son, el Código Civil de Suiza de 1907; el régimen jurídico posesorio de cosas muebles en este sistema, se desenvuelve a través de la distinción de cosas muebles extraviadas y cosas muebles no extraviadas.

Las cosas muebles extraviadas se gobiernan por los principios del derecho romano, es decir que quien adquiere la posesión de ellas no adquiere la propiedad si el tradente no era el verdadero dueño.

Las cosas muebles no extraviadas son aquellas cuyo propietario en forma voluntaria entregó a otro en virtud de un contrato de fianza (arrendamiento, depósito, prenda, usufructu).

Aquí juega papel importante la buena fe del adquirente a quien se

transfiere a título de propietario, éste mantendrá su posesión aunque el trandente careciere de facultad de disponer.

Otros códigos que acogieron este sistema son: el código civil de Turqúfa, el código civil del Japón y China, y sólo dos códigos civiles de Américalatina consagran el sistema germano sobre posesión de cosas muebles, que son el de Perú y el de México.

7.3 EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE ANDRES BELLO

El sistema posesorio del código civil de Don ANDRES BELLO nace de varios proyectos que contiene diferentes sistemas a saber:

- a- Primer sistema, se basa en el artículo 1031 que establece "pueden reivindicarse los bienes raíces".

El artículo 1032 hace una distinción entre cosas fungibles y no fungibles, respecto de las cosas fungibles no cabía la reivindicación, el propietario sólo tenía derecho a pedir al que indebidamente le privó de ello, su valor u otros muebles equivalentes, con la indemnización de perjuicios.

El artículo 1033 preescribe "sin embargo, las cosas perdidas,

hurtadas o robadas, podrán reivindicarse contra cualquiera que las posea con tal que se pruebe su identidad, y el hecho de la pérdida, hurto o robo y que por parte del poseedor no se justifique haberlas comprado en un almacén, tienda de comercio, en que suelen venderse los de la misma especie.

A falta de esta justificación será condenado el poseedor a restituir las".

Las cosas muebles no fungibles se gobernaban exclusivamente por el artículo 1033.

De los artículos anteriores se infiere con claridad, como regla general que las cosas muebles no pueden reivindicarse, sino los bienes inmuebles; excepcionalmente pueden reivindicarse las cosas muebles perdidas, robadas o hurtadas al propietario. Esta excepción tiene a su vez una nueva excepción; aunque la cosa haya sido robada, hurtada o perdida, no puede reivindicarse si se compró en tienda de comercio.

- b- Segundo sistema: el proyecto de 1853 sufrió algunas modificaciones dando lugar al proyecto último y que, salvo cambios de numeración, constituye los actuales códigos civiles vigentes en

Chile y en Colombia.

Una de las modificaciones que sufrió este proyecto fue precisamente el régimen jurídico posesorio de cosas muebles; en donde la primitiva idea de sólo otorgar acción reivindicatoria a cosas inmuebles se aplica a las cosas muebles.

En relación con los muebles comprados en almacenes abiertos al público se da al adquirente el derecho de rescatar el precio.

"Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptuánse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento comercial en que se vendan varios muebles de la misma clase".

7.4 ORIENTACION DE LA POSESION DE MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL

En el derecho civil actual hay una notoria evolución de los principios del derecho romano en cuanto a la posesión de cosas muebles; en la mayoría de los países la mencionada evolución tiende a ser uniforme en sus ideas principales, se puede decir que sólo hay diferen-

cias de detalles o de orden técnico.

La evolución más notoria en derecho moderno es la existencia de dos sistemas; uno que gobierna las cosas muebles y otro que rige los inmuebles.

El sistema que rige las cosas muebles es diferente del contemplado por el derecho romano, ya que sin duda alguna en el derecho civil actual la posesión de cosas muebles prevalece sobre la titularidad.

Si para los muebles se hace prevalecer la posesión sobre la titularidad, se deduce que para dichas cosas muebles no existe la acción reivindicatoria, que sólo en casos excepcionales puede ejercerse. Esta prevalencia se expresa en diferentes sistemas jurídicos, como en el germano, donde sólo pueden reivindicarse las cosas muebles hurtadas, robadas o perdidas ya que en este sistema existe la posesión de cosa mueble como presunción de propiedad.

En otros sistemas como en el Angloamericano (Inglaterra, Estados Unidos, Colombia y Chile) tenemos que la acción reivindicatoria no puede ejercerse contra poseedores que han comprado en mercados públicos.

7.5 EFECTOS DE LA POSESION DE COSAS INMUEBLES

La posesión de inmuebles no produce los mismo efectos que la posesión mobiliaria, debido a que la posesión inmobiliaria la propiedad y la relación posesoria no se identifican, sino que existen fronteras entre titularidad y posesión.

En el derecho romano la propiedad del inmueble sólo se exteriorizaba a través de la posesión, no así en los sistemas actuales ya que existe una forma más eficaz y notoria de la exteriorización de cualquier poder jurídico inmobiliario; libros de registro, es decir mediante la inscripción en los registros de la propiedad inmueble se ve como se ha imprimido una recia evolución al principio de publicidad del derecho romano, esto no obsta para reconocer que en ambos sistemas (derecho romano-derecho actual) la publicidad tiene un mismo valor jurídico, que es el de establecer una presunción así: el poseedor es el propietario (derecho romano).

Se presume que le corresponde el derecho a quien aparece inscrito en los libros de registro (derecho actual).

De lo anteriormente expuesto se colige con mayor claridad que

el régimen posesorio de los romanos fue unitario, lo que no es en el derecho moderno que necesita de dos regímenes posesorios diferentes, uno para los muebles y otro para los bienes inmuebles, puesto que la posesión de bienes inmuebles, en el derecho actual, en ningún caso es propiedad.

7.5.1 Relación entre titularidad de inmuebles y posesión de los mismos

Es este un tema no lo suficientemente investigado por los juristas actuales y no resuelto por los legisladores con precisión.

Se puede determinar la relación que existe en el derecho actual entre posesión y titularidad, partiendo de una lógica jurídica que se basa en dos supuestos esenciales; la titularidad en sí, es decir el poder jurídico y el ejercicio o relación de titularidad mediante el poder de hecho o relación posesoria.

En el derecho romano la relación posesoria hacía presumir la titularidad.

En el derecho actual la inscripción hace presumir la titularidad del inmueble, más no la relación posesoria ya que este es un he-

cho visible.

Esta relación posesoria es el poder de hecho que se tiene sobre el inmueble; sin embargo no debe olvidarse que la inscripción de la titularidad hace presumir el poder jurídico, es decir quien tiene el derecho y no quien es el poseedor.

El régimen posesorio de inmuebles de las legislaciones civiles actuales no es derecho romano.

Este régimen posesorio es unitario; resumiendo así: La posesión constituye presunción de propiedad. La posesión conduce a la propiedad.

En el derecho actual el régimen posesorio es dualista. Se resume así: La propiedad de inmueble se integra por:

- a- La titularidad que se hace mediante la inscripción en los libros de registro.
- b- El ejercicio del derecho o titularidad mediante el poder de hecho o relación posesoria de propietario, que se hace visible por esta misma relación.

7.5.2 Posesión inscrita en el Código Civil de Bello

"El primer proyecto completo del código civil de Don Andrés Bello distinguía con precisión y claridad la noción de titularidad y posesión pero sólo vinculó al registro la titularidad, es decir la propiedad y demás desmembraciones de esta, y considera la posesión como simple "Señorío Efectivo" no accesible al registro.

En el proyecto definitivo de 1853 aparece la institución de la posesión inscrita rompiendo la unidad y lógica del anterior proyecto,

Los artículos de este proyecto definitivo constituyen hoy los artículos 764. parte final, 785, 789, 790, 791, parte segunda, y 2526 del Código Civil Colombiano, que corresponden a los artículo 702, parte final, 724, 728, 729, 730, parte segunda, y 2505 del Código Civil Chileno.

La doctrina general de estos textos legales se resume así:

Nadie puede adquirir la posesión de inmueble sino por la inscripción en los libros de registro de la propiedad.

La posesión de inmueble sólo se pierde cuando se cancela la ins-

cripción en los libros de registro.

Para que termine la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro o por decreto judicial.

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

Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde. (artículo 190 del Código Colombiano), lo cual indica que cuando se inscribió la posesión nadie puede adquirir una posesión con valor jurídico sino media cancelación de la inscripción anterior y una nueva inscripción.

El artículo 2526 del Código Colombiano establece: "contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derecho reales constituidos en estos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empesará a correr sino desde la inscripción del segundo!"

7.5.3 La posesión inscrita en el código civil Colombiano

El sistema del código de Bello no tuvo vigencia en Colombia ya que no se comprendía como podía vincularse al registro una cuestión de hecho.

La Corte Suprema de Justicia, resolvió el problema de la posesión inscrita del código civil Colombiano mediante auto del 10 de mayo de 1899: "no debe confundirse la posesión regular de derecho de dominio, conferida por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho abstracto se refiere".

Desde ese entonces la jurisprudencia y la doctrina han interpretado los textos legales sobre posesión inscrita, de la siguiente manera:

Hay dos clases de posesiones en bienes inmuebles: la que el código llama inscrita y la verdadera posesión, esto es la material o señorío de hecho sobre las cosas.

Es la posesión material la que está protegida con las acciones posesorias; y es esta la posesión que conduce al dominio.

La posesión inscrita se ha interpretado en el sentido de titularidad o apariencia de la propiedad; también se le tiene como uno de los elementos de la posesión regular que conlleva al dominio por la prescripción ordinaria.

Una posesión inscrita se entiende también adquirida con un justo título, requisito este indispensable de la prescripción ordinaria.

La posesión material de un inmueble sin justo título, es decir, sin posesión inscrita da lugar al dominio por la prescripción extraordinaria.

El código civil Colombiano al reglamentar la institución del registro de instrumento público, sólo habló de la inscripción del dominio y demás derechos reales; y no habla de la inscripción de la posesión.

CONCLUSION

Sobre este trabajo podemos concluir, que la institución jurídica de la posesión tiene como fuente primordial el Derecho Romano y Germano, ya que los diferentes sistemas posesorios del mundo moderno han tenido una gran influencia del sistema posesorio Romano.

Tenemos que mientras en la antigua Roma se formó la posesión en el derecho medieval Germano se formó la Gewere.

Ambas figuras jurídicas se constituyeron sin posibilidad de influir la una sobre la otra.

En el fondo, los dos institutos pretenden resolver idénticos problemas: los relativos a las relaciones jurídicas del hombre con las cosas de la naturaleza.

Es así, que los romanos partieron de hechos empíricos, concretos. La relación material del propietario con la cosa les sirvió de

guía. Esta relación material, este contrato material pleno, exclusivo que dotado de máximos efectos jurídicos y constituyó la *civilis possessio*. Todas las demás relaciones materiales que no implicaban el ejercicio de la propiedad, y que por lo tanto eran transitórias; formaron la *naturales possessio*.

Se tienen las cosas para sí, o se tiene para otro; e aquí una especie de dilema que gobernó toda la regulación de las relaciones materiales del hombre con las cosas. Cualquiera relación material debía clasificarse en un grupo o en otro.

En general, sólo gozaba de protección jurídica la *civilis possessio*; la *naturalis possessio* era amparada únicamente a través de la protección dada a la posesión en nombre propio.

Tenemos que la *Gewere* de los Germanos no conoció esta distinción. No partieron de un dato concreto, sino de una noción abstracta. La *Gewere* abarcaba cualquier relación material con las cosas, es decir, los poderes de hecho, el señorío efectivo sobre una cosa, tenían investidura o *Gewere* tanto el propietario como el arrendatario.

Al principio los poderes de hecho que se ejercían para sí y los

que se ejercían para otro, fueron colocados en un mismo plano de igualdad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

IHERING, Von. R. El fundamento de la Protección Posesoria y la Voluntad en la Posesión. Editorial Revis Madrid 1926 S.T. Pág. 24

MAZEUD, Henry y León. Lecciones de Derecho Civil Ediciones jurídicas -Europa- América. Buenos Aires 1960 V.4 parte 2 S.T. Pág. 72

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado Editorial Temis. Bogotá. 1983

PLANIOL y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Bienes Editores Cubana. Habana 1946 Tomo 3 S.T. Pág.141

SALEILLE, La posesión de Bienes Muebles 3a. edición. Editorial Temis Bogotá 1932 S.T. Pag. 89

VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos Peales. 4 edición Editorial

Temís. Bogotá 1982 Tomo 2 Pág. 90

LA POSESION 5 edición. Editorial Temis Bogotá 1983 Pág. 86



UNIVERSITARIA
C/ Madrid
Cartagena