

T
316.043
C 298P
1969
F. J. 189.
G. H

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

La Protección Jurídica de la Posesión

TESIS

PRESENTADA POR

FERNANDO CARPIO AREVALO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



DICIEMBRE DE 1969

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.



U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

R E C T O R

Dr. JOSE MARIA MENDEZ

SECRETARIO GENERAL

Dr. RICARDO MARTINEZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Dr. RENÉ FORTÍN MAGAÑA

SECRETARIO

Dr. FABIO HERCULES PINEDA

Comunicación / En atención / 8-I-40 / 33358

TRIBUNAL DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
MATERIAS CIVILES PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE: Dr. MANUEL ANTONIO RAMIREZ
PRIMER VOCAL: Dr. JOSE ENRIQUE SILVA
SEGUNDO VOCAL: Dr. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

TRIBUNAL DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ
PRIMER VOCAL: Dr. JULIO CESAR OLIVA
SEGUNDO VOCAL: Dr. LUIS ALONSO POSADA

TRIBUNAL DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:
CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUIN
PRIMER VOCAL: Dr. MAURICIO ROSALES RIVERA
SEGUNDO VOCAL: Dr. GILBERTO CABEZAS CASTILLO

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ
PRIMER VOCAL: Dr. JOSE ERNESTO CRIOLLO
SEGUNDO VOCAL: Dra. VIRGINIA DEL PILAR MINERO

D E D I C A T O R I A

EN ESPECIAL A MI MADRE

Sra. CLARA AREVALO DE CARPIO

A MI HERMANO:

Prof. OSCAR ORLANDO CARPIO AREVALO

y DEMAS FAMILIA, AMIGOS Y PROFESORES.

I N D I C E

	Página Nº
INTRODUCCION	I y II
<u>Capítulo Primero: NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION.</u>	
1º Teorías para Explicarla	1
2º Como resuelve este problema la Legislación Salvadoreña	6
<u>Capítulo Segundo: LA POSESION</u>	
1º Generalidades	10
2º Origen y Sentido Etimológico de la Posesión	12
3º <u>Elementos de la Posesión</u>	13
4º El Animus en la Doctrina	16
5º Diversas Especies de Posesión	18
6º <u>Caracteres de la Posesión</u>	23
7º Los Objetos de la Posesión	26
8º Posesión de Cosas Incorporales	28
9º Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión	31
10º Los Efectos Jurídicos de la Posesión	41
<u>Capítulo Tercero:</u>	
a) <u>LA POSESION Y LA MERA TENENCIA.</u>	
1º Generalidades	44
2º Criterio que sigue nuestra Legislación	46
b) BREVE ESTUDIO DE LA MERA TENENCIA	
1º Historia	49
2º Características de la Mera Tenencia	50
3º Efectos Jurídicos de la Mera Tenencia	52
c) EL DOMINIO Y LA POSESION	
1º Generalidades	53
2º. Breve Comentario sobre el Dominio o Propiedad	55
3º Definiciones	57

Capítulo Cuarto: LA DEFENSA DE LA POSESION.

1º	Generalidades	60
2º	En el Derecho Romano	60
	a) Noción y Origen de los Interdictos	
	b) Procedimientos de los Interdictos	
	c) División de los Interdictos	
	d) Los Interdictos Posesorios	
3º	En el Derecho Moderno	71
	a) Sistema del Derecho Francés	
	b) Sistema del Derecho Germánico	
4º	En el Derecho Nacional	79

Capítulo Quinto: LA PROTECCION DE LA POSESION EN NUESTRO DERECHO CIVIL.

1º	Generalidades	82
	a) División de las Acciones	
	b) División y Características de las Acciones Posesorias	
	c) Requisitos necesarios para entablar una Acción Posesoria	
	d) Cosas que pueden ser Objetos de las Acciones Posesorias	
	e) Supuestos de las Acciones Posesorias	
	f) Prueba de la Posesión	
2º	Querrela de Amparo	94
3º	Querrela de Restitución o de Despojo	95
	a) Paralelo entre las Querellas de Amparo y de Restitución	
4º	Querrela de Restablecimiento	97
	a) Naturaleza Jurídica	
	b) Cosas que pueden ser objeto de la Querrela de Restablecimiento	
	c) Sanciones a que puede dar lugar el despojo violento	
	d) Diferencia entre la Querrela de Restablecimiento y las Acciones Posesorias propiamente tales.	
5º	Acciones Posesorias Especiales	103
	a) Reglas comunes a las acciones Posesorias Especiales	
6º	Denuncia de Obra Nueva	105
	a) Nociones Generales e Historia	
	b) Concepto	
	c) Caracteres de la Denuncia de Obra Nueva	
	d) Obras Nuevas denunciabiles	
	e) Naturaleza Jurídica de la Denuncia de Obra Nueva	

7º	Denuncia de Obra Ruinosa	111
	a) Historia y Concepto	
	b) Naturaleza Jurídica de la Denuncia de Obra Ruinosa	
	c) Supuestos de la Denuncia de Obra Ruinosa	
	d) Cumplimiento del Fallo Judicial	
8º	Acciones no Nominadas Propiamente dichas	114
9º	Acción Popular	118
10º	El Pronto y Eficaz Auxilio	120
11º	Acción Publiciana	124
	a) Breve Historia de la Acción Publiciana	
	b) Supuestos de la Acción Publiciana	
	c) Utilidad de la Acción Publiciana	
	d) Diferencia entre la Acción Publiciana y la Reivindicatoria.	

Capítulo Sexto: PROCEDIMIENTOS PARA EJERCER LAS ACCIONES POSE-
SORIAS.

1º	Generalidades	129
2º	Competencia de los Tribunales y Características Procesales	131
3º	Quienes pueden ejercer las Acciones Posesorias	133
4º	La Prescripción en las Acciones Posesorias No Especiales	138
5º	La Prescripción de las Acciones Posesorias Especiales	140
	<u>Capítulo Ultimo: BIBLIOGRAFIA</u>	142

I N T R O D U C C I O N

El Libro Segundo del Código Civil es la parte montañosa, por decirlo así, de todo el ordenamiento jurídico llamado Código Civil y dentro de él La Posesión es uno de los pasos más difíciles, en los que el viajero agota sus fuerzas físicas, como el Legislador y el Jurisconsulto sus fuerzas intelectuales, sin estar por eso seguros de escapar con bien en su difícil empresa.

Sin embargo acometiendo en forma resuelta esta tarea y conociendo de antemano los posibles yerros que cometa ya sea en el enfoque que de ella haga o en la explicación de la misma, trataré de exponer en forma sucinta en que consiste La Posesión para entrar posteriormente a explicar los medios de que el poseedor está investido para proteger o recuperar La Posesión ya sea en los casos en que ésta le ha sido arrebatada al poseedor o simplemente ha recibido una turbación o embarazo de la misma.

Siendo la posesión un tema amplísimo y cuyo estudio ya ha sido hecho en otras Tesis Doctorales, la trataremos en esta ocasión en forma reducida a fin de dar únicamente de ella, una idea general, y tratar de lograr con ello, dos fines:

1º Que el estudiante adquiriera una idea general de la Institución protegida por las Acciones Posesorias;

2º Una explicación pormenorizada en lo que consisten todas y cada una de las Acciones Posesorias que nuestro Código Civil menciona en el Título XII y XIII del Libro Segundo

Se ha hecho en lo posible una relación de las mismas Acciones Posesorias con la Jurisprudencia Nacional que en este punto es tan diminuta que parecería a simple vista que las Ac-

II

ciones Posesorias en nuestro País han tenido una escasa aplicación.

Lo anterior tiene una explicación simplista, cual es, que en nuestro medio, casi todas las situaciones que podrían dar nacimiento a una acción Posesoria, los interesados en ellas, han preferido hacer uso de un interdicto, por llamarlo así, de carácter Administrativo, cual es EL PRONTO Y EFICAZ AUXILIO que brinda la Ley Agraria por medio de los Alcaldes Municipales de toda la República y no hacen el uso debido de las Acciones Posesorias que contempla el Código Civil en el Libro Segundo.-

No obstante para el estudioso del Derecho es indispensable el detenido examen de todas y cada una de estas Acciones y para lo cual contribuyo, en lo que mi pensamiento me permite, para hacer menos dilatado y costoso el estudio de las mismas.

C A P I T U L O P R I M E R ONATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION.I.- TEORIAS PARA EXPLICARLAS

En todo estudio Jurídico, en el cual se trata de una Institución determinada del Ordenamiento Jurídico General, -- siempre es indispensable el conocer la Naturaleza Jurídica de la misma, Pues ésta servirá de base para desarrollar en forma -- seria y verdadera toda la construcción indispensable que ameri-- te su explicación tanto lo que esa Institución representa den-- tro de la Filosofía del Derecho como la situación verdadera -- que le corresponde entre las Ciencias Jurídicas en General.

En el caso preciso de La Posesión, la Naturaleza Jurí-- dica de la misma dió nacimiento a una de las polémicas más so-- bresalientes de la Historia Jurídica Universal y aunque las o-- piniones se encuentran divididas entre los mas notables Juris-- consultos, sin embargo, en el afán de encontrarle respuesta a-- otro sin número de problemas que esta Institución presenta, se ha llegado en la actualidad a una especie de enfriamiento en -- la discusión que tan ardorosamente se ha mantenido por tanto y -- tantos lustros, al grado de conformarse en la actualidad con -- una Tesis de transición entre las distintas Teorias expuestas -- y a la cual nos referiremos en la parte final de este Capítulo.

Baudry Lacantinerie y Tissier (1), plantean la vieja-- cuestión preguntándose, si la posesión es un hecho o un dere-- cho y advierten que es sorprendente que Benthan (2), haya podi-- do escribir "que en vano se buscaría la solución a esta cues-- tión en los textos de Jurisprudencia en una materia que no ha--

(1) Lacantinerie y Tissier. "Precis de Droit Civil" Tomo II, -- 1926.

(2) Citado por Lacantinerie y Tissier. Ob. Cit. Tomo II.

sido suficientemente profundizada" y que no tendría, a juicio de Baudry y Tissier, esa inmensa importancia que se le atribuye. La verdad es, agregan los mismos autores, que la dificultad de este estudio, ha sido agudizada desde hace tiempo, por el gran número de Teorías y por las excesivas sutilezas en que se ha caído y en las que no incurrieron por ejemplo Planiol y Ripert que en términos cortantes, sostienen "que la posesión es un simple estado de hecho, aunque erróneamente se suele decir que es una institución jurídica" (1) La Posesión es un hecho; no tiene nada de jurídico o de institución, salvo los medios empleados por la Ley, ya sea para protegerla o para destruirla. El hecho de la posesión está, generalmente protegido; pero a veces, la ley lo condena en nombre de la reivindicación.

También apuntan los autores antes mencionados, que los textos del Digesto hablan de la posesión considerándola tan pronto como un hecho, tan pronto como un Derecho. Bonfante (2), a cuyas ilustraciones acudimos en materia de Derecho Romano, asevera, por su parte "que si la posesión no es un derecho constituye por lo menos, una relación jurídica protegida por la Ley, por las consideraciones que sintetiza en las páginas 356 y siguientes de su obra, y que miran al análisis de los fundamentos de la protección posesoria mediante las Acciones Posesorias. La Ley, dice Bonfante, "reconoce al poseedor algunos atributos de goce; mas, ese goce no significa que la posesión sea un derecho: es un hecho que la ley tolera, y en verdad, debe de tolerar muchos otros hechos mucho mas graves puesto que la ley civil no representa todo el orden ético".

(1) Planiol y Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. No. 224 bis.
 (2) Bonfante. Instituciones de Derecho Romano. Pág. 362/363.

Bussi (1), analiza la opinión de los Glosadores, y -- en particular, la del afamado Bartolo. La Glosa dice Bussi, atribuyó mayor prevalencia al elemento materialístico apoyándose en los textos Romanos, pero ya Arena, en el decir del mismo Bartolo, había percibido un verdadero derecho en la posesión y fué seguido en concepto de Bussi, por Révigny".

Debatida la misma cuestión en los tiempos modernos, -- los autores aparecen divididos profundamente.

Blondeau, Domat, Poncet y seguidamente Durantou, Toullier, Marcadé y principalmente Rodolfo von Ihering, en el Siglo recién pasado, sostuvieron que la posesión es un derecho -- en cuanto constituye un interés protegido por el ordenamiento-jurídico, un derecho como el usufructo o la servidumbre. Sin embargo, y así lo advierten Baudry y Tissier, no todos los partidarios de la doctrina de que la posesión es un derecho están acordes en que es un derecho real. Algunos la consideran en una posición diversa de la clasificación ordinaria en derechos-reales y personales: hay según ellos, un derecho de posesión -- garantizado, concedido a toda persona que posee, a fin de ponerla a cubierta de las violencias ajenas, puesto que es de interés público que los poseedores, aún los de mala fe, sean mantenidos en su posesión hasta que les sea quitada por los medios legítimos.

Sostienen que la posesión es un hecho Savigny, Thibault, Audry y Rau, Kuntze, van Wetter, Esmein, Saleilles, etc. -- etc. Baudry y Tissier destacan la opinión de Pothier y les parece más exacto y más simple, que la posesión es más un hecho -- que un derecho, pero que la posesión, aunque no sea un derecho,

(1). Bussi. Citado por Bonfante. Ob. Cit. Pág. 358.

dá al poseedor varios derechos con relación a la cosa que posee. Es un estado de hecho a que la ley asigna efectos jurídicos; es lo que parece mas racional y lo que parece ser admitido por el Código Civil.

* Savigny, el mas notable Jurisconsulto de los que sostienen que la posesión es un hecho y no un derecho, dice que la posesión es un simple estado de hecho, es la posibilidad física de disponer de una cosa, y que solamente puede llegar a ser un derecho en sus consecuencias, por cuanto da lugar a los interdictos posesorios y a la Usucapión. Es decir, que para Savigny, la posesión es originariamente un hecho que lleva a ser derecho en sus consecuencias, en cuanto da origen a la facultad de invocar la defensa interdictal.

Molitor, (1), cuya doctrina parece no ser la de la posibilidad de disponer de una cosa, como dice Savigny, sino de la realización de esta posibilidad, es decir, la de la encarnación real de la voluntad, que es, para él y la generalidad de los Jurisconsultos, uno de los elementos generadores del derecho sostiene que la posesión es un derecho, porque esa realización, esa encarnación material de la voluntad, esa prolongación de la persona sobre la cosa, debe de ser respetada por todos, en razón de que toda perturbación que se quiera llevar a la posesión viene a ser un ataque a la persona.

Rodolfo von Ihering (2), sostiene que la posesión es un Derecho, y a este respecto dice "Yo entiendo por derechos los intereses jurídicamente protegidos" de suerte que hay que estudiar pues, si la posesión constituye este elemento, es de-

(1) Molitor. Citado por Baudry y Tissier. Ob. Cit. Tomo II.

(2) Ihering, Rodolfo von. "Fundamento de la Protección Posesoria" Pág. 186.-

cir, si es un interés que merece ser protegido y si realmente está protegido. En la teoría de von Ihering, aparece la posesión como un estado de hecho, como la existencia de hecho, de la propiedad, sin embargo este hecho nos dice el propio Ihering, tiene un interés económico, es una condición de utilización económica de la propiedad, que esta destinada a satisfacer las necesidades generales de la humanidad, razón por la cual constituye un interés suficiente para que el Legislador pueda protegerla.

Ahora, este interés ¿Está realmente protegido?. No hay duda alguna. En el Derecho Romano la existencia de las Acciones Posesorias prueba suficientemente esta condición.

Los tratadistas Italianos no están menos divididos. Barassi(1), aduce "que en realidad la posesión de una cosa no es sino una posición de hecho que repercute en quien la ejerce, atribuyéndole la calidad de poseer, calidad protegida por la Ley, que reconoce a dicha calidad, un conjunto de derechos, que ella misma determina, etc."

De Ruggiero y Maroi (2), dicen "que la verdad es que la posesión, puede ser calificada como un hecho o como un derecho según que se atienda a los elementos de hecho o de derecho que la constituyen. Pero cuando se le considera en su conjunto, en la disciplina a que la ley la somete, en la protección con que la circunda, asume el grado de un propio y verdadero derecho. Se remiten al Tratado de Derecho Civil de Ferrara (3) que hace notar, que la posesión es un derecho precario mas débil, de energía limitada que sucumbe cuando se opone a quien tiene-

(1) Barassi. "Instituciones de Derecho Civil" Ed. Nac. 1930.

(2) Ruggiero y Maroi. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo I
Página 595.-

(3) Ferrara. "Diritto Privato Attuale." Pág. 385.

la potestad jurídica. Luigi Ferrara, en su obra "Diritto Privato Attuale", pág. 388, recuerda que "la noción de la posesión, como estado de hecho correspondiente a aquello que puede ser un estado de derecho, llega a ser en su explicación, un derecho; un derecho real, el derecho de la posesión".

Funaioli (1), parece ser el autor contemporáneo, que agota la materia siendo de advertir que el eminente profesor comienza por hacer notar que en rigor, plantear el problema preguntándose si la posesión es un hecho o un derecho, constituye un error. En verdad observa, un derecho quiere decir, un derecho subjetivo y la posesión podría, en este sentido, no ser un simple hecho ni tampoco un derecho. El problema debe de ser propuesto mas ampliamente y solo asi aparece, completa la antinomia entre "res facti" y "res Juris"; puesto que el hecho deriva su esencia del hombre o de la naturaleza, y no muda por disciplina o consideración legal; mientras que el derecho, en el sentido pleno de la palabra, es figura y creación de la ley y subsiste en tanto subsiste la ley.- Unicamente en este sentido, se puede decir, si la posesión es hecho y no derecho y si es derecho y no hecho".

Algunos autores sostienen que la posesión es nada menos que un derecho real puesto que consiste, por excelencia, en el señorío inmediato sobre la cosa.

II.- COMO RESUELVE ESTE PROBLEMA LA LEGISLACION SALVADORENA.

Las disposiciones de nuestro Código Civil aparecen informadas por el pensamiento de que la posesión es un hecho, desde la propia definición que de ella nos dá el Art.745 C.

(1) Funaioli. Cit. por Ruggiero y Maroi. Ob. Cit. Pág. 596.-

Siempre que el Código Civil define un derecho, dice - que es "una facultad" o "un derecho"; sin embargo en cuanto a la posesión, expresa "que es la tenencia.. etc.", y la tenencia es un hecho. Por otra parte, Pothier (1), el autor que mas decididamente siguió Don Andrés Bello al redactar el Código Civil Chileno y del cual pasó esta Institución al nuestro, en esta materia afirma "que la posesión es un hecho, mas bien que un derecho en la cosa poseída, lo que no obsta que dé al poseedor muchos derechos con respecto a la cosa que posee".

Debe de considerarse además que nuestra Ley no permite la transmisión ni la transferencia de la posesión. Lo anterior no es sino la consecuencia de la naturaleza jurídica de la Posesión pues siendo un hecho y no un derecho no admite que se transmita ni se transfiera pero si que se agregue a la propia la de los poseedores anteriores, pero en este caso se la apropiarán con sus calidades y vicios. Lo anterior es sostenido por los Arts. 2239 y especialmente por el Art. 756 que al respecto nos dice "Sea que se suceda a titulo Universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios".

Los Arts. 664 y 766 nos confirman lo dicho anteriormente en cuanto a la transferencia de la posesión por acto entre vivos, y los Arts. 756 y 761 para la transmisión por causa de muerte. Todo lo anterior nos confirma que nuestra Ley considera a la posesión como un hecho y no como un derecho, pues si lo considera como un derecho permitiría la transferencia y la transmisión de la misma. Lo anterior confirma la regla romana-

(1) Pothier.- Tratado de la Posesión. Capítulo I.

"In facta non est successio" es decir, "EN LOS HECHOS NO HAY - SUCESION".

La ventaja de este sistema seguido por nuestra Ley es que permite mejorar los títulos de las propiedades, pues impide que la posesión de los bienes pase al heredero o adquirente con los mismos vicios que tenía en el causante o tradente.

Estos argumentos bastan para concluir, que dentro de nuestro Código Civil, la posesión es un hecho. Algunos autores agregan como prueba que la posesión no es un derecho, dentro del ordenamiento jurídico Salvadoreño, su no inclusión en la enumeración legal de los derechos reales, únicamente entre los cuales podría tener cabida. Pero la razón no es convincente, porque no han faltado autores que han atribuido carácter personal a la posesión. Uno de esos autores es Molitor, quien nos dice (1) "que este no es un derecho real, porque no autoriza la persecución, y tampoco agrega, es un hecho puramente personal, pues confiere sobre la cosa suya un derecho inmediato; -- sin embargo se inclina a este último criterio, porque el derecho se manifiesta por la acción, que en este caso sería personal. Finalmente dice "que la posesión por los motivos expuestos, podría calificarse como derecho real-personal".

Si se toma en cuenta estos antecedentes, podría replicarse que la ley no cita la posesión en la enumeración de los derechos reales porque no la consideró como un derecho definido o propiamente real, aunque como lo expliqué antes, en mi criterio la posesión es un verdadero derecho real.

Hoy día, la doctrina considera infecunda la antigua disputa sobre si la posesión es un estado de hecho o un dere--

(1) Molitor.Cit. por Baudry y Tissier. Ob. V. C. Tomo II.

cho subjetivo, y resuelve la cuestión diciendo, simplemente --
"QUE LA POSESION ES UN ESTADO DE HECHO PROTEGIDO POR EL DERE--
CHO".

C A P I T U L O S E G U N D OLA POSESION.I.- GENERALIDADES

Todo estudio sobre la Protección Jurídica de la Posesión debe comenzarse dando a conocer aunque sea a grandes rasgos la Institución a la cual se protege por medio de las Acciones Posesorias también llamadas en otras legislaciones "Interdictos Posesorios".

Es el parecer de la mayoría de autores que han tratado esta materia, que la Posesión además de ser una Institución que toda persona por naturaleza reconoce como el poder de hecho que se tiene sobre una cosa, sin embargo, cuando se le estudia a fondo para deducir sus caracteres y su fundamento, resulta una cuestión harto difícil, tanto en su explicación como en su delimitación dentro del dominio y la mera tenencia que son sus afines.

"En materia de Posesión, dice Butera (1), todo es controvertido; su índole, su génesis, sus fundamentos, sus especies constituyen el tormento mas grande de la historia y de la doctrina. Su tradicional dificultad, dice el mencionado autor, se ha gravado con el hecho, de que las normas del Derecho Romano, Germánico, Canónico y del Derecho Consuetudinario Francés, penetraron en el ordenamiento jurídico moderno sin haber sido previamente bien coordinados y fusionados entre sí".

En el Código de Napoleón las disposiciones sobre la Posesión están esparcidas por diversos Títulos; método que conducía al desmenuzamiento de normas homogéneas, subordinando incluso, a veces a un criterio especial, como por ejemplo la ---

(1) Butera, Antonio. "Código Civil Italiano Comentado "Tomo II, Pág. 357.

Prescripción, aquellas mismas normas que tienen carácter general. Este Código además de seguir la tendencia Romanista se amplió considerablemente al mezclarse con instituciones germánicas y principalmente con el Derecho Canónico, más eficaz en esta materia que en otras. Las anteriores agregaciones no resultaron de la simple apreciación de los Juristas, sino del resultado práctico obtenido durante la Edad Media, durante la cual la Jurisprudencia trató de dar cabida en los Códigos, de las nuevas necesidades resultantes, aún cuando tuvieron que apartarse de la doctrina romanista pura. Por la razón apuntada anteriormente es por lo que la Escuela Histórica, encabezada por Savigny (1), consideraron a éstas "como sobreposiciones desgraciadas del tipo romano genuino de posesión".

Para los profanos, posesión es, generalmente, sinónimo de propiedad; para los Juristas indica en su sentido mas amplio, un estado de hecho y mas especialmente un estado de hecho y de disfrute merecedor de tutela provisional que en determinadas condiciones puede acabar en estado de derecho. El interés que mueve ya, esa tutela, no es individual sino social.

La Posesión es una relación jurídica como cualquier otra, y se nos ofrece como parte integrante del sistema de Derecho, tanto si el poseedor es el mismo propietario, como en otro caso mucho más importante en cuanto surte efectos independientes de la propiedad, en que el poseedor no sea el propietario.-

El mayor o el menor reconocimiento que ha merecido la posesión como relación jurídica, ha dado motivo a la diversidad de formas con que se concibe y se protege la posesión en -

(1) Savigny, Carlos Federico. "Del Derecho de Posesión" Pag.5.

los diversos derechos antiguos y modernos. Así podemos decir - que el criterio Romano puro, consideró poseedor a cualquiera - que tenga un poder de hecho sobre una cosa corpórea, como si - fuese suya, y la intención correspondiente.

En cambio el Derecho Canónico, admite que es poseedor quien quiera que de hecho ejerce un derecho, o quiere ejercerlo. En el primer caso se dá un ejercicio del derecho de propiedad y en el segundo caso se dá la posesión de un derecho.

Ya en el Derecho Germánico, se prescinde de toda aproximación del estado de hecho con un estado correspondiente de derecho y a la vez de toda distinción, entre posesión de cosas y posesión de derechos, entre detentación y posesión y considera la posesión como un poder ejercido sobre la cosa por quien sea independiente económicamente de otros.

Es evidente que existe una tendencia creciente a ex-- tender la protección de la posesión hasta donde sea posible.

II.- ORIGEN Y SENTIDO ETIMOLOGICO DE LA POSESION

Posesión y poseer revelan la idea del poder o facul-- tad de acceso a una cosa, como dueño o como señor de ella. Tal es el sentido etimológico de esas dos expresiones que, según - el gran romanista contemporáneo, Vincenzo Arangio-Ruiz (1), -- "se derivan del verbo sedere y del Sufijo O-PO(t)-se, que viene de pot-estasy de pat-er".

Cucq (2), a su vez explica "que en su primitiva acep-- ción, la palabra posesión se aplicaba únicamente a los fundos- y especialmente, a las tierras del Ager-Públicus, ocupadas por los particulares con la obligación de cultivarlas y de pagar -

(1) Arangio Ruiz, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano"- Pág. 269.

(2) Citado por Vincenzo Arangio-Ruiz. Ob. Cit. Pág. 308.

una renta al tesoro. Aunque el Estado era el propietario, no ejercía su derecho de tal y los "poseedores" actuaban como si el campo les perteneciese. Agrega que Labeón, enseñó que possessio viene de "sedes" la acción o el hecho de asentarse, defijarse en alguna parte, o sentar sus reales en ella, lo que solo puede aplicarse a un inmueble y que Cicerón empleó la palabra "possessio" en un sentido análogo, aunque metafórico en la frase "in possessionem libertatis pedem ponimus".

Siempre refiriéndonos al grancivilista Antonio Butera (1) nos dice "que posesión quiere decir, estar sobre una cosa, recaer sobre ella, y esto nos pone de relieve al poder material ejercido sobre una cosa (corpus), desentendiéndose del elemento espiritual de la posesión, el "animus rem sibi habendi".- Agrega el mismo autor, que no pocos acogieron tal doctrina, que recuerda el antiquísimo derecho Hebráico "lo que hollaré tus pies, será tuyo", entendiéndo el será tuyo, no en el sentido de derecho dominical sino en el de cosa que se tenía bajo el inmediato poder físico, en un señorío real".

III.- ELEMENTOS DE LA POSESION

La Escuela Clásica distingue dos elementos en la posesión: el interno y el externo conocidos por "ANIMUS" y "CORPUS" respectivamente. Ni las denominaciones, ni los conceptos mismos se justifican por completo, de acuerdo con las fuentes. Para evitar equívocos conviene formular algunos reparos:

Se ha dicho con razón, que el corpus y el ánimus, no son dos factores completamente distintos, de suerte que el uno exista con independencia del otro, o que, surgiendo cualquiera de ellos en primer lugar viniera luego a incorporarsele el se-

(1) Butera.- Ob. Cit. Tomo II. Pág. 355.

gundo. Ambos nacen simultáneamente y no cabe sostener que el corpus vive sin el ánimos, o a la inversa. Privado aquél de la voluntad, sería una simple "yuxtaposición local", sin trascendencia jurídica; despojada ésta del corpus, no tendría ningún valor práctico, puesto que solo interesa, una vez amalgamada con él.

El valor práctico del Corpus se advierte fácilmente cuando se observa que de él depende la prueba de la posesión. Es en efecto, por la exterioridad de ella que se acredita su existencia dado que el ánimos no es susceptible de demostración directa. Sirve también como punto de partida para prescribir y para calcular la anualidad en las Acciones Posesorias.

Las divergencias doctrinarias producidas en torno del Corpus, y sobre todo el ánimos, arrancan de la Legislación de Justiniano y en particular, del Digesto, y han respondido al propósito de reducir sus reglas a una fórmula general para cada uno de esos elementos.

No fueron tanto los Glosadores, como los Juristas del Siglo XIX, quienes acometieron esta empresa. En Alemania principalmente, el debate revistió singular importancia entre Savigny, Ihering, Saleilles y otros, que no cedieron hasta ver promulgado el Código Civil Alemán.

Tan extraordinario esfuerzo no alcanzó en realidad, su propósito inmediato, porque no se obtuvo nunca una construcción jurídica satisfactoria. Pero con él, progresó notablemente la teoría de la Posesión, y las diversas Escuelas tuvieron influencia considerable en la doctrina y hasta en las normas positivas. De ahí que, aun en aquellos países, donde aquél derecho jamás ha regido, no sea posible prescindir de su estudio.

El autor Savigny, comienza por extrañar que un concep

to cuya sencillez parece evidente, haya dado sin embargo, lugar a tantas divergencias y dificultades, tal vez agrega, "por que ninguna parte del Derecho Romano ha sido tan mal comprendida como ésta" (1) Critica luego la teoría que predominaba en su época, a partir de la Edad Media, en que se imponía un contacto personal que cuando era permitida la adquisición por otros medios, tratábase de excepciones o de actos simbólicos. Niega que en las fuentes exista la "Aprehensión ficta" y estima que todos los supuestos en ellas contenidos, deben referirse a un solo y único acto físico, cuyos caracteres corresponde establecer.

Rodolfo von Ihering (2), comienza su estudio con la crítica severa de la opinión sustentada por Savigny, que a mediados del Siglo XIX estaba en todo su apogeo y reunía la casi unanimidad de los autores.

El criterio de "La posibilidad física" no es exacto dentro de las fuentes, porque en Roma era lícito adquirir la posesión desde lejos, sobre las cosas inaccesibles (traditio longa manus) o siempre que el enajenante las dejase abandonadas. Entonces faltaba, tanto el contacto personal, como el simple poder de utilizar el objeto.

Al exponer su criterio personal von Ihering, espiritualiza el Corpus despojándolo de sus atributos materiales, para convertirlo en un factor jurídico y práctico, que varía según las circunstancias. Ni la aprehensión, ni la posibilidad física, el contacto material, la presencia o la custodia son elementos decisivos; debemos de preguntarnos en cada supuesto,-

(1) Ob. Cit. Pág. 9. Savigny.

(2) Ihering, Rodolfo von. "Fundamento de la Protección Posesoria". Pág. 69.

como se conduciría el propietario, es decir, quien no tuviera simplemente una situación material, pero contare además, con un título en regla.

De esta suerte, queda simplificada la prueba, porque tal es el único extremo que deberá acreditar quien pretende ser poseedor.

Saleilles (1), al examinar las construcciones levantadas por sus predecesores, se aparta de Savigny, pero no acepta íntegramente la teoría de Ihering. Según su criterio, el "Corpus es la manifestación de un vínculo económico entre el hombre y la cosa".

La controversia que dejamos sintetizada, ha producido la ventaja de adaptar el concepto del "Corpus" a las necesidades colectiva, pudiendo observarse que las consideraciones sociales y económicas han predominado paulatinamente. Se prescindía de ellas entre los Glosadores; pero Savigny y Ihering, y sobre todo Saleilles, les atribuyen valor capital, porque en último análisis, la defensa posesoria tiende a mantener el orden y él no se afecta únicamente con los ataques a la propiedad, sino también, cuando la explotación económica de los bienes se hallase perturbada.

IV.- EL ANIMUS EN LA DOCTRINA

Según la doctrina que ha inspirado a nuestro Código y a las Legislaciones de su época, la posesión se distingue de la tenencia mediante una institución especial, que concurre en la primera.

Se trata de saber si tal criterio es exacto; si aparte del corpus se requiere algún otro factor para que haya pose

(1) Saleilles.- "Elementos Constitutivos de la Posesión" Pág.- 187.-

sión. Nuevamente Savigny y Ihering, están en divergencia, a --
travez de un debate histórico, en que ambos parten de los tex-
tos clásicos del Derecho Romano.

Según Savigny (1), "el Animus consiste en la inten-
ción de ejercer el derecho de propiedad, es decir que el posee-
dor se caracteriza por una voluntad especial, distinta de la --
corriente, que es conocida con el nombre de "Animus Domini".

Saleilles (2), con respecto al ánimo sustenta un cri-
terio que armoniza con el que sustenta acerca del corpus pues-
to que el ánimo no es mas "que la voluntad encaminada a la de-
tentación". "Hay que aceptar agrega, el punto inicial de Ihe-
ring, esto es, reconocer que el ánimo consiste en el propósi-
to de realizar el corpus. De ahí que tal intención, dentro de-
la nueva doctrina, consistirá en el propósito de obrar como --
dueño material de ella, La posesión es la realización conscien-
te y voluntaria de la apropiación económica de las cosas".

Nuestro Código en este punto sigue la doctrina tradi-
cional o clásica y en ese sentido aceptó las ideas subjetivas-
de Savigny.- Es así como entre nosotros, la prueba del ánimo-
se cumple por medios sencillos, que permiten establecer con fa-
cilidad, cuándo se adquiere la posesión, lo mismo que el punto
de arranque para la prescripción.

El ánimo es el elemento intelectual de la posesión,-
que consiste en la intención de comportarse como señor de la -
cosa. El ánimo de dueño es el eje alrededor del cual gira la-
institución de la posesión en nuestro Derecho Civil. Esta vo-
luntad debe de ser específica, concreta, encaminada a ejecutar,

(1) Savigny.- Obra Cit. Pág. 9.

(2) Saleilles- Obra Cit. Pág. 187 y sig.

sobre la cosa que es objeto de la posesión, toda clase de actos que constituyan realmente y no solo en apariencia el ejercicio del derecho de dominio o de cualquier otro derecho real.

La presencia de esta voluntad especial diferencia lo que es la posesión de la mera tenencia, ya que en ésta última el ánimo del sujeto solo está encaminado a tener la cosa en su poder. "AFFECTIO TENENDI" en los Romanos que oponían al "Animus Domini".

El Animus se acredita, valiéndose del Corpus. Los hechos que caracterizan a éste demuestran al mismo tiempo, la posesión en su integridad, que comprende el factor interno y el externo. La aprehensión es un acontecimiento físico; pero --- quien la realiza es poseedor, tal es el caso, de la persona -- que se le ha visto realizar sin ninguna limitación o clandestinidad los hechos enumerados en el Art. 926 C. es decir, cerramientos, cortes de madera, construcción de edificios, etc. etc.

V.- BREVE ESTUDIO DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE POSESION

Posesión Regular e Irregular. Se llama posesión regular, dice el Art. 747 C. en su inciso segundo "la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.. etc."

Requisitos: Conforme al tenor literal del inciso segundo del Art. 747, son requisitos de la Posesión Regular:

- a) Proceder de Justo Título; y
- b) Haber sido adquirida de Buena fe;

Agregándole un tercer requisito en el inc. 3º del mismo artículo:

- c) Ser necesaria la Tradición si el Título es traslativo de Dominio.

Los textos de enseñanza diferencian y en cierto modo aislan cada uno de esos elementos y se ha hecho clásico considerarlos como tres requisitos autónomos e independientes entre sí. Pero, un atento examen de la función que desempeñan la buena fe y el Título considerada la íntima conexión que se advierte entre ellos, permitiría amalgamarlos o refundirlos en uno solo. Se produce una verdadera aleación y sería mas exacto decir que la posesión es regular cuando es justa.

El concepto de Buena fe, se encuentra caracterizado en el Art. 750 C. al decirnos "Que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio". Es decir que concentra la buena fe en el convencimiento, que la persona tiene de haber adquirido la propiedad de la cosa de que se trata.

Por ley del cuatro de Agosto de mil novecientos dos se suprimió de nuestro Código la clasificación que en la actualidad todavía mantiene el Código Civil Chileno de los diversos Justos Títulos. Esta clasificación se suprimió, pues se consideró, que además de no ser una clasificación completa, era mas propio de un texto de doctrina que de la Ley el mantener una clasificación de ellos y que era ilógico el mantener una clasificación de algo que no se había dado una definición legal, -- pues, según los comentaristas Chilenos, ni el Código que ellos tienen vigente les ha dado una definición de lo que debe de entenderse por "Justo Título".

Además se argumentó que la clasificación que el Código hacía de Títulos Traslaticios de Dominio y Títulos constitutivos de Dominio, era una verdadera confusión, pues señalaba como Títulos a los actos, que tradicionalmente, han sido considerados como Modos de Adquirir, lo cual era un verdadero pro--

blema no solo para los principiantes en las Doctrinas Jurídicas sino para los mismos expositores de la Doctrina, para poder acoplar lo manifestado por la Ley con lo sostenido por la Doctrina Universal.

Sin embargo para tener una noción de lo que debe de entenderse por Justo Título, tomemos la definición que de ellos dió Pothier (1), al decirnos "Que debe de considerarse como Justo Título al contrato o acto que por su naturaleza sirve para transferir el dominio, contrato o acto que, además, es seguido de la Tradición que es su consecuencia".

Los autores traen desde Justiniano, una clasificación completa de las distintas especies de justo título, en las cuales en realidad, se trata sólo de una cuestión de nomenclatura, pues le dan la denominación de "Títulos" a los modos de adquirir el dominio en cuanto sirven de causa o de título justificativo, de la adquisición de la Posesión.

POSESION IRREGULAR.— El Art. 752 C. nos trae en forma escueta y general lo que entiende por posesión irregular, y nos dice "Que posesión irregular es la que carece de uno o mas de los requisitos señalados en el Art. 747 C." o sea, es la posesión a la que le falta el justo título o la buena fe, o la Tradición si el Título es traslativo de dominio. Creemos útil expresar, que si bien pueden faltar, uno o mas requisitos de los que la Ley exige para que la posesión sea regular, deben de concurrir sin embargo, aquellos que sean significativos de los dos elementos que constituyen la posesión: deben ser suficientes para conferir la tenencia de la cosa y revelar el ánimo de señor o dueño de parte del presunto poseedor.

(1) Pothier.— "Tratado de la Posesión" Cap. I. N^o 4.

Si por ejemplo, hay mala fe de parte del poseedor y existe un título traslativo de Dominio, la tradición de la cosa es indispensable; sin la tradición no se produce la tenencia y sin tenencia no hay posesión.

Tanto la posesión regular como la irregular conducen a la Prescripción; la primera da origen a la prescripción ordinaria y la segunda a la prescripción extraordinaria.

POSESION UTIL Y POSESION INUTIL. Esta clasificación tiene su razón de ser, en cuanto conduzca o no a la adquisición del dominio por medio de la Prescripción. Posesiones útiles son la regular y la irregular, porque ambas llevan a la Prescripción-adquisitiva o usucapión. Posesiones inútiles dentro de la doctrina tradicional, son las viciosas, es decir la violenta, y la clandestina. Art. 748 C.

Empero y como advierte el Profesor Barros Arrázuriz (1) el propio Código ha establecido, para diversos efectos, otros tipos y denominaciones de la posesión, tales como posesión de Buena fe y de Mala fe; Posesión exenta de Vicios y Posesión Viciosa; Posesión continuada y Posesión Interrumpida; Posesión Inscrita y no Inscrita; Posesión Legal y Posesión Efectiva, etc.

El Código Civil nuestro abandonó las antiguas denominaciones de posesión civil y Posesión Natural, que fueron sustituidas por las de Posesión Regular y Posesión Irregular.

Si acudimos a las fuentes en que se ilustró el autor del Código Civil Chileno, que a la vez es la fuente del Código nuestro, comprobaremos: que Pothier (2), declara que "Hay dos

(1) Barros Errázuriz.- "Curso de Derecho Civil" Tomo I, Pág. 312.-

(2) Pothier.- Ob. Cit. Cap. I, No.6.-

principales especies de Posesión y que denomina, respectivamente, Posesión Civil y Posesión Natural. En concepto de Pothier, la posesión civil, es la Posesión de aquél que posee una cosa como si le perteneciera en propiedad ora lo sea efectivamente, ora tenga únicamente un justo motivo de creerse dueño: posessio animo dominantis.- Para que haya posesión civil se requiere que proceda de un Justo Título, esto es, de un título que, por su naturaleza, sirva para transferir el dominio, ejemplo: la venta, permuta, donación, etc. Advierte Pothier, que esto tiene lugar ya sea que el título haya servido realmente para transferir el dominio o propiedad de la cosa al poseedor, ya sea por un defecto en el derecho de enajenar de quien el poseedor obtuvo la cosa a este título y solo le haya dado un justomotivo para creerse propietario de la cosa".

Pothier enseña "que hay varias especies de posesión natural:

- 1ª Es aquella en que el poseedor carece de título y no puede dar ninguna razón para explicar porqué posee;
- 2ª Es la que en verdad, procede de un título apto, para transferir la propiedad pero que está "inficiado" de mala fe; mala fe que consiste en que el poseedor sabe, que aquél de quien adquirió la cosa, no tenía derecho para enajenarla;
- 3ª Es la que procede de un título nulo: puesto que un título nulo no es un título, la posesión de que procede, carece de título..
- 4ª Es aquella que procede de un título válido, pero que por su naturaleza no es apto para transferir la propiedad..

Pothier explica meticulosamente "que aunque la posesión que procede de tales títulos, sea una posesión justa, en el sentido que ella no entraña ninguna injusticia, no es sin embargo, una "juste possession", tomando esta expresión en su verdadero sentido, para los efectos de una posesión civil "animo dominantis" Da como ejemplos de títulos que, por su naturaleza, no son aptos para transferir la propiedad, la constitución de prenda, de usufructo, de secuestro, de precario, etc."

Enseña Pothier "Que las últimas tres especies de posesión natural, esto es, la inficionada de mala fe, la que procede de un título nulo y la que procede de un título válido, pero que no es apto para transferir el dominio, por prolongadas que sean, perdurarán como posesiones naturales puesto que la mala fe, la nulidad del título, o la calidad del título de que proceden, se oponen perpétuamente a la calidad de posesión "animo dominantis" y de posesión civil que quisiera atribuirseles".

POSESION DE BUENA FE Y DE MALA FE. La posesión de buena fe es la que se funda en justo título, mediante el cual se cree por el poseedor haber adquirido el dominio de la cosa. Posesión de mala fe es la tenencia de cosa ajena con el propósito de apropiarla sin título alguno traslativo de dominio.

VI.- CARACTERES DE LA POSESION

Según los tratadistas, la posesión para que sea jurídicamente protegida, debe de reunir los siguientes caracteres: a) continua; b) No interrumpida; c) Pacífica; d) Pública; e) No equívoca.

Cada uno de estos caracteres, al faltar en la posesión, produce un vicio en la misma, y por cuyo motivo puede decirse que los vicios de la posesión, son los siguientes: a) La

discontinuidad; b) La Violencia; c) La clandestinidad; d) el equivoco.

Ante todo debemos de aclarar que no hemos señalado vicio correspondiente a la posesión no interrumpida, pues ésta no es una posesión viciosa, sino una situación que lleva al poseedor a no poder adquirir la cosa por prescripción adquisitiva, ya que la simple interrupción ya sea natural o civil, produce el efecto de suspender o perder todo el tiempo que se ha poseído la cosa, a menos que se haya recobrado la posesión de acuerdo a la Ley, y en cuyo caso, si es útil y aprovechable para alegar la prescripción en su oportunidad.- Arts. 2240 y --- 2241 C.

a) Continua.- Este carácter significa que la posesión se ejerza y haya sido ejercida, sin interrupción durante el tiempo que la misma ley señala, para que surja la presunción de propiedad (Art. 745 inc. 2º), o como dicen Colin y Capitant (1), "Que la continuidad consiste, en el hecho de realizar los actos correspondientes al derecho que se pretende tener sobre la cosa, de un modo regular, sin intervalo anormal, sin lagunas; en todo caso, en el hecho de conducirse como lo haría un verdadero titular del pretendido derecho".

b) No interrumpida. La posesión no interrumpida significa que no haya sabido ninguna actuación judicial (interrupción Civil), encaminada a quitar la posesión o bien de que no se haya privado al poseedor del disfrute de la cosa. Art. 2241- y 2242 C.

c) Pacífica.- Tiene el carácter de pacífica una posesión cuando no comenzó por medio de violencia. En este punto -

(1) Colin y Capitant.- "Curso Elemental de Derecho Civil" Tomo II, 274.

Colin y Capitant (1), nos dicen "Que los actos de violencia - no pueden tampoco fundar una posesión capaz de realizar la --- prescripción. Cuando el poseedor ha tomado la posesión de la - cosa usando la violencia, por vías de hecho, o por medio de ame--- nazas, contra el que la poseía anteriormente, no merece la pro--- tección de la Ley". La Ley Salvadoreña se refiere expresamen--- te a este carácter de la posesión, en el Art. 699 C. al tratar de los "Títulos Supletorios" y concede al poseedor despojado--- violentamente de la cosa poseída, una acción posesoria espe--- cial, llamada en la doctrina "Querrela de Restablecimiento" en el Art. 929 C.

d) Pública.- Este carácter indica que el poseedor se--- mostró como tal, en forma que naciera en todos la idea de que--- tenía derecho a serlo. Esta demostración dicha se hace, en el--- caso de los inmuebles y de acuerdo al Art. 926 C, por hechos - positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio, como - el corte de maderas, la construcción de edificios, etc. El no--- tener este carácter la posesión dá nacimiento al vicio de clan--- destinidad que en general consiste en tener la posesión de un--- modo disimulado. A este respecto los autores Colin y Capitant--- (2), nos dicen " que la clandestinidad de la posesión se con--- cibe fácilmente respecto de los muebles, por el contrario es - muy rara respecto de los inmuebles" y mas adelante nos señala un ejemplo a este problema, de la siguiente manera "Habrá --- clandestinidad si hago una bodega bajo la casa del vecino sin--- que ningún signo exterior, un tragaluz por ejemplo, revele es--- ta usurpación".

(1) Ibidem. Tomo II, No.275.

(2) Colin y Capitan.- Ob. Cit. No.276.

e) No equivocal.- Este carácter excluye que se tenga - la cosa a precario o que, por simple tolerancia de otro, se -- realicen actos que podrían parecer de posesión. Los autores ci tados anteriormente, nos dicen sobre este punto "Que existe e- quivoco cuando los actos de uso o de disfrute del pretendido - poseedor no corresponden de una manera cierta o indiscutible - al derecho de que él sostiene que constituyen la manifestación, en una palabra, cuando es posible explicarlos de un modo dife- rente, que no sea la pretensión de un derecho sobre la cosa" - (1).

VII.- LOS OBJETOS DE LA POSESION

Pueden constituir objetos de la posesión tanto las co sas corporales cuanto las incorporales.

Es evidente que el Código se refiere a las cosas cor- porales en el Art. 745 C.; también es claro que estima que las incorporales, son aptas para ser poseídas, al declarar en el - Art. 754 C. "Que la posesión de las cosas incorporales es sus- ceptibles de las mismas calidades y vicios que la posesión de- una cosa corporal".

Sin embargo, mientras el Código expresó en que consis- te la posesión de las cosas corporales, omitió describir la po sesión de las incorporales, aunque debe de entenderse, como la entienden otros Códigos y la generalidad de los tratadistas, - que la posesión de las cosas incorporales está constituída por el goce o disfrute del derecho en que consiste la cosa incorpo- ral.

Otros Códigos, como por ejemplo el de Portugal, son - mas lacónicos, pero mas explícitos, al decir en su Art. 434 --

(1) Colin y Capitant, Ob. Cit. Nº 277.

"Que se llama posesión la tenencia o el goce de una cosa o de un derecho".

Vale la pena explicar que es necesario que la cosa -- corporal que constituye el objeto de la posesión, sea una cosa específica, autónoma y determinada, ya se trate de un mueble o de un inmueble. Así como no se concibe el derecho de propiedad sobre una cosa incierto, tampoco es dable concebir la posesión que no recaiga sobre una cosa material y específica. Lo anterior es una consecuencia del paralelismo que existe entre el derecho de propiedad y la posesión; lo que viene a expresar el Art. 745 C. al decirnos "Que la posesión es la tenencia de una cosa determinada, etc." y encuentra su confirmación en el Art. 2237 C. que establece que se gana por prescripción a la que -- conduce la posesión el dominio de las cosas corporales, raíces o muebles, etc.

"No es posible la posesión de una cosa incierta o genérica, dice Butera (1), como no lo es la reivindicación, ni la asunción de los riesgos, ni la prenda, ni la actio furtis, ni el secuestro judicial, ni la tradición, etc. por que todas estas instituciones, afines a la propiedad, son inaplicables a las cosas inciertas, genéricas o indeterminadas".

Hay que advertir que no todas las cosas corporales, son aptas para ser poseídas, así como no lo son todas las corporales para constituir el objeto del derecho de dominio. El principio es que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de posesión. Así, no pueden ser poseídas las cosas comunes, ni los bienes nacionales de uso público, ni las cosas consagradas al culto divino.

(1) Butera, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 376.

Planiol y Ripert (1) refiriéndose a los bienes nacionales de uso público, advierten "" que si, en verdad, no son susceptibles de posesión desde que no pueden ser objeto de propiedad privada, conviene no exagerar las consecuencias de tal regla. En efecto, es admisible dice, que el Estado y las Municipalidades pueden ejercer Acciones Posesorias en protección de los bienes que forman parte del dominio público, y por otra parte, los Tribunales Franceses han ampliado la protección a los concesionarios de tales servicios y bienes, reconociéndoles el derecho para interponer esas mismas acciones posesorias contra cualquier perturbador que no sea el concedente".

La advertencia de los ilustres tratadistas Franceses se encuentra confirmada por el Art. 949 C. que establece ""Que la Municipalidad y cualquier persona del Pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de servicio público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados"".

VIII.- POSESION DE COSAS INCORPORALES

El Art. 754 C. consagra implícitamente, que las cosas incorporales y parecería que no distingue entre derechos reales y personales, pueden ser objeto de posesión y declara de modo expreso, que esa posesión es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal. Por consiguiente, la posesión de una cosa incorporal puede ser regular o irregular, violenta y clandestina.

La generalidad de los términos del Artículo antes ci-

(1) Planiol y Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Nº 226.-

tado permitiría suponer que la posesión de las cosas incorporales comprende la posesión de los derechos reales y de los créditos o derechos personales ambas categorías de derechos están incluidas en el concepto de cosas incorporales (Art. 567 C.), y aparentemente el inciso segundo del Art. 1446 C. vendría a confirmarlo. Empero, y contra la opinión del profesor Barros Errázuriz (1), creemos que semejante extensión de la posesión a los créditos o derechos personales, estaría en primer lugar, en abierta pugna con la tradición Romana, ya que en Roma se había admitido en la época postclásica y Justinianéa, la posesión de los derechos de servidumbre y de usufructo; y que era conocida como la QUASI POSSESSIO. Pero jamás se extendió ésta a los derechos personales; se mantuvo pues en el ámbito de ciertos derechos reales.

A este respecto el profesor Arturo Alessandri Rodríguez (2), nos trae a cuenta un argumento histórico, al decirnos que "En el Mensaje con que se propuso al Congreso Nacional de Chile la aprobación del Proyecto de Código Civil se explica especialmente la admisión de la posesión con respecto a los derechos reales. En efecto, nos dice, en uno de sus acápites dice ese documento: "Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda, de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real, y por consiguiente, susceptible de posesión".

(1) Barros Errázuriz.- Ob. Cit. Tomo I, N^o 309.

(2) Curso de Derecho Civil. Tomo II, Pág. 440.

Victorio Pescio V. (1), en su Manual de Derecho Civil, nos trae la explicación que a este respecto emitió Ferrara (1), quien sostuvo "Que suele hablarse de la posesión del estado familiar, de la condición de padre, de hijo, de cónyuge, pero evidentemente se trata de una manera de expresarse de carácter imaginativo para poner de relieve la persistencia de la posición del padre, de hijo o de cónyuge y en general, de un estado familiar. Equiparar la persistencia de un estado familiar con la persistencia del poder de hecho sobre la cosa, conduciría en el fondo, a equiparar las relaciones respecto de las personas con las relaciones concernientes a las cosas. Otro tanto puede decirse tratándose de la extensión de la posesión al ejercicio de hecho de una situación de crédito, justamente, cuando se habla de la posesión de los créditos. Esa afirmación constituye un exceso teórico que solo se justificaría por constituir un resabio del Derecho Intermediario: cuando se ejercía por largo tiempo una cierta prestación, se terminaba por prescindir, del título que la justificaba, para referirse solamente al estado de posesión de exigirla sin referirse al título del crédito. Pero semejante concepto es inadmisibles en el Derecho Moderno, en que el ejercicio de hecho del contenido de un derecho adquiere especial importancia y constituye estado de posesión únicamente cuando su contenido consiste en el poder sobre una cosa, esto es, cuando se trata de un derecho real".

En nuestro Derecho ésta parece ser la opinión verdadera. La parte del Mensaje del Código Civil mas arriba reproducido deja de manifiesto que con toda seguridad, cuando se discutió el Código Civil Chileno del cual el nuestro es una copia

(1) Pescio V. "Manual de Derecho Civil. Tomo IV, Pág. 234.

casi completa, por no decirlo enteramente, se recalcó la idea en cuanto a las cosas incorporales, restringiendo la posesión de éstas sólo a los Derechos Reales. Tal acontece cuando el Código nos define lo que entiende por Usufructo, así "El Derecho de Usufructo es un derecho real que consiste.. etc." Art. 769 C. y lo dice expresamente que es un derecho real para señalarlo que es susceptible de posesión y como consecuencia de ello, que se puede adquirir por prescripción, tal como lo dice el Art. 771 en su numeral cuarto.

IX.- ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION.

Para entrar al estudio de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión es indispensable que distingamos entre la POSESION DE MUEBLES e INMUEBLES y entre estos últimos en INSCRITOS y no INSCRITOS en el Registro de la Propiedad Raiz.

En primer lugar nos referiremos a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de muebles.

Para la ADQUISICION DE LOS BIENES MUEBLES sólo es indispensable que concurra EL ANIMUS o sea la voluntad específica de comportarse como señor o dueño con respecto a la cosa; y EL CORPUS, o sea, el hecho material de tener la cosa mueble o al menos el poder disponer de la misma; a este respecto hay autores que consideran que no es necesario que haya aprehensión material y basta que la cosa esté a disposición del poseedor, aunque esté en manos de un tercero para que se constituya el corpus, no así el ánimo el cual debe de existir y permanecer en el poseedor como una voluntad específica de comportarse como señor o dueño.

Por lo demás el Título que se invoca es cuestión secundaria, es decir, si es constitutivo de dominio, con solo --

llevar a cabo los actos que lo constituyen bastará para adquirir la posesión, y si es traslativo de dominio será necesario llevar a cabo la tradición pues de lo contratio solo se autoriza para exigirle a la contraparte que me transfiera el dominio. Esta tradición podrá ser hecha de cualquier manera o por medio de Escritura Pública cuando la Ley así lo ordenare.

La posesión puede adquirirse no sólo personalmente, - sino también por intermedio de otra persona, es decir que puede tomarse la Posesión no solo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, sus representantes legales o una persona que no tenga ninguno de tales atributos, es decir un simple agente oficioso. En los primeros dos casos la posesión del mandante o representado, comienza en el mismo acto, - en cambio en el último caso se entenderá que posee éste solo - despues de conocer y aceptar que se ha adquirido la posesión de la cosa a su nombre, retrotrayéndose ésta al momento en que fué tomada en tal forma. Art. 759 y 760 C.

En el Art. 761 C, la Ley Salvadoreña se apartó de su maestra Chilena pues declara ""Que la posesión de la Herencia se adquiere desde que es aceptada"" en cambio entre los Chilenos se dice ""Que la Posesión de la Herencia se adquiere desde que es deferida la asignación"". Al parecer esto no tiene su importancia, pero en el fondo cambia totalmente el panorama de una situación a otra. Entre los Chilenos aún que el heredero ignore que le han deferido una asignación, sin embargo por el simple hecho de habersele deferido adquiere la posesión de la misma, en cambio entre nosotros, aunque se le defiera la asignación al heredero, pero si éste no ha aceptado todavía, se entenderá que no la posee, sino hasta que la acepta.

La conservación de la Posesión en los Bienes Muebles,

se dá mientras subsista el ánimus, pues como se dijo antes, para adquirir la posesión se requiere que concorra el corpus y el ánimus, pero para conservarla hasta el ánimus, es decir, la intención de comportarse como señor o dueño de la cosa.

La voluntad de conservar la posesión se supone siempre, mientras no aparezca una voluntad contraria; y esa voluntad contraria puede ser del mismo poseedor (como cuando enajéna la cosa o la abandona para que la haga suya el primer ocupante), o de un tercero, y así se deja de poseer una cosa, desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya. Art. 764 C.

Por Ley del cuatro de Agosto de mil novecientos dos se suprimieron por la Comisión Reformadora los Arts. 732 y 734. que expresamente se referían a estas situaciones y que decían respectivamente "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, usufructo, prenda o a cualquier otro título no traslativo de dominio" La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".

Como se vé ambos artículos eran explicativos y como tales daban una seguridad en cuanto a la situación en que debía quedar la posesión en los casos planteados, sin embargo, la Comisión Reformadora los consideró "redundantes y superfluos".

Pérdida de la Posesión de Muebles. Las causas que producen o provocan la pérdida de la posesión son variadas y de distinta naturaleza. Empero pueden ser agrupadas y clasificadas así:

- a) Causas que dependen de la voluntad o del hecho del poseedor;

- b) Causas que dependen de un acontecimiento extraño - al poseedor.

En el primer caso generalmente hay pérdida del corpus y del ánimus, tal es el caso, cuando hay enajenación de la cosa, así, el anterior poseedor de la cosa la entrega al adquirente, quien posee en adelante en su lugar o también cuando -- hay abandono de la cosa, es decir, que hay una intención de renunciar a ella.

El segundo caso puede darse cuando hay pérdida del elemento corporal y que puede resultar cuando:

- a) Otro se apodera de la cosa poseída con ánimo de hacerla suya. Art. 764 C.
- b) Cuando la cosa que se posee se destruye por fuerza mayor o un tercero la destruye;
- c) Cuando un animal bravo recobra su libertad o un animal doméstico pierde la costumbre de volver al amparo y dependencia de quien lo poseía. Arts. 600 y 604 C.

"En todos estos casos, dice Planiol (1), en que el poseedor no puede ejercer de hecho, sobre la cosa, los actos materiales que constituyen la posesión, queda vanamente animado del deseo de poseerla; pierde la posesión; su intención no es suficiente para conservarla".

Dentro de las causas que dependen de la voluntad o -- del hecho del poseedor, puede darse la pérdida de la posesión por la pérdida del elemento intencional o ánimus, aunque esta situación es mas difícil de concebir y la doctrina únicamente trae el caso del "Constituto Possessorio" el cual se daba en

(1) Planiol y Ripert.- Ob. Cit. Nº 2271.

aquellos casos cuando el propietario deja de ser tal y reconoce el dominio ajeno convirtiéndose en mero tenedor de la cosa y el otro se constituye en poseedor.

Adquisición, Conservación y Pérdida de la Posesión
de Bienes Inmuebles.

En cuanto a los inmuebles es de rigor hacer una distinción entre Bienes Inmuebles Inscritos y Bienes Inmuebles no Inscritos.

Los bienes inmuebles no inscritos siguen en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida las mismas reglas que los bienes muebles, es decir, para la adquisición es necesario el Corpus y el ánimo y únicamente este último para su conservación. Se pierde la posesión de estos inmuebles cuando no se tiene, ya sea el corpus o el ánimo o cuando se pierden ambos elementos simultáneamente, como cuando se enajena la finca poseída o cuando ésta ha sido permanentemente inundada.

Puede adquirirse un inmueble de esta clase por medio de un título constitutivo de dominio o por medio de un título traslativo de dominio en el cual siempre será necesaria la tradición a efecto de poder ejercer los actos posesorios sobre el mismo.

A esta clase de inmuebles le es perfectamente aplicable lo estatuido en el Art. 764 C. en cuanto a la pérdida de la posesión, al decirnos la Ley que "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suyañ menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan".

Se tendrá como caso expresamente exceptuado, el mencionado en el Art. 763 C. al referirse a los inmuebles cuya posesión se tiene por medio de instrumento público.

En cuanto a la adquisición, conservación y pérdida de

la posesión de los Inmuebles Inscritos, es necesario hacer una aclaración previa.-

Tal aclaración consiste, que, en nuestro medio para que se verifique la tradición de un inmueble basta la Escritura Pública o Escritura Privada según el caso, en la cual las partes lo mencionen expresamente y no es necesario como en Chile cuya Legislación ordena que la tradición se verifica por la respectiva inscripción del instrumento en el Registro Conservador de Bienes. Entre nosotros, no es necesaria la inscripción para que se verifique la tradición, como ya se dijo, y el Registro de la Propiedad Raíz sirve entre otras cosas, como un medio de publicidad del acto verificado y como una garantía contra terceros de respetar la inscripción verificada.

Hecha la aclaración anterior, entraremos a considerar la situación en que se pueden encontrar los Inmuebles en El Salvador.

Un inmueble en El Salvador puede hallarse en cualquiera de estas situaciones:

- a) Los inmuebles que son poseídos por sus legítimos poseedores y que por negligencia o ignorancia de éstos no verifican la inscripción respectiva; y carecen de antecedente inscrito;
- b) Los inmuebles que aún que su antecedente está inscrito, los actuales poseedores no los pueden inscribir a su nombre;
- c) Los instrumentos cuyo antecedente está inscrito, y amparan un inmueble cuya tradición se ha verificado válidamente pero que no están inscritos a favor del actual poseedor, pero cuya inscripción está en vías de verificarse;

d) Los inmuebles que están inscritos a favor del nuevo adquirente en el Registro de la Propiedad Raíz.

Examinando cada uno de los casos anteriores, diremos:

En el primer caso contemplamos la situación menos garantizada por la Ley, y su adquisición, conservación y pérdida de la posesión, se rige como ya se dijo, por las reglas que --norman estas mismas situaciones entre los bienes muebles. Es --la situación menos ventajosa en la que se puede encontrar un --poseedor de inmuebles, y únicamente puede inscribir su derecho, después de poseer dicho inmueble en forma quieta, pacífica y --duradera por diez años o mas, ya sea que esta posesión la haya ejercido por si o hubiere tenido que agregar la posesión de --sus antecesores, e intentar después de ese lapso, obtener un --Título Supletorio o Municipal y lograr su inscripción.

El segundo caso se parece en gran manera al anterior, pero tiene la ventaja que su antecedente está inscrito y basta rá subsanar la dificultad que existe actualmente para que pueda inscribir a su nombre, no siendo necesario esperar el transcurso del tiempo y verificar la titulación como en el caso anterior. Este es el caso por ejemplo de los herederos en una sucesión cuya partición y adjudicación no se ha verificado todavía.

El tercer caso es el de aquellos inmuebles cuya situación se encuentra reglamentada en algunos casos del Art. 719 C. es decir, que el adquirente no puede o no ha podido inscribir su propiedad en forma permanente y únicamente le ha permitido la Ley inscribir en forma provisional el derecho que alega por medio de la llamada "Inscripción Preventiva" esperándose en --cualquiera de los casos, la resolución Judicial que al respecto se dicte, para poder inscribir o cancelar el derecho que lo

ha sido en forma provisional o preventiva.

El último caso es el que tiene la garantía completa de la Ley y se entiende que conservan su posesión mientras permanece vigente la inscripción respectiva. A esta categoría de poseedores es que se refiere especialmente los Arts. 765 y 925 del Código Civil, al decir el primero que "Para que cese la posesión que se tiene por Instrumento Público es necesario un nuevo instrumento público en que el poseedor transfiera su derecho a otro. Mientras esto no se verifique, el que se apodera de la cosa a que se refiere el instrumento, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente, salvo que por Decreto Judicial se transfiera a otro el derecho".

El Art. 925 C. viene a garantizar completamente la situación de esta última clase de poseedores, al decirnos "Que la posesión de los derechos inscritos, se prueba por la ins---cripción y mientras ésta subsista, no es admisible ninguna ---prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

En este punto es indispensable considerar un problema que se presenta tanto en Chile como en El Salvador. Tal problema resulta de la manera siguiente ¿Es posible que una persona pueda adquirir la posesión de un inmueble que se encuentra inscrito con anterioridad a favor de un tercero?

En la realidad y de hecho se producen infinidad de casos en que una persona que tiene su derecho debidamente inscrito se encuentra en peligro de perderlo porque un tercero ha entrado a poseer materialmente el inmueble a que la inscripción se refiere. Entonces, ¿Cómo queda el Art. 925 y el Art. 765? -- ¿Hay incongruencia entre lo manifestado por estos artículos y la realidad?

No hay incongruencia, lo que sucede y para salvar es-

ta dificultad la doctrina ha hecho uso de dos términos distintos para calificar estas situaciones y armonizarlas con la Ley.

La doctrina ha dicho que en realidad, la persona que tiene su derecho debidamente inscrito y posee materialmente, está completamente garantizado por la Ley, pues se entiende -- que en este caso, el poseedor tiene "La posesión Jurídica y la Posesión Material".

La primera es la que nace de la inscripción y la segunda del hecho material de poseer.

Pues bien, cuando una persona tiene su derecho debidamente inscrito y un tercero le usurpa de hecho la posesión ental caso, se dice que se ha perdido la posesión material pero nunca la posesión jurídica, la cual únicamente se puede perder si el poseedor del título debidamente inscrito transfiere su derecho a un tercero por instrumento público y al inscribir éste, se cancela la inscripción del anterior poseedor. Tal es el caso al que se refiere la parte primera del Art. 765 C.

También puede perderse la Posesión Jurídica por decreto Judicial o sea cuando por resolución de un Juez competente se transfiere a un tercero, el derecho que el actual poseedor tiene debidamente inscrito. Tal es el caso cuando, contra el actual poseedor se ha seguido un Juicio Ejecutivo y por resultados de éste, el Juez de Primera Instancia adjudica al Acreedor el inmueble embargado y al cual se refiere la inscripción del poseedor actual, la cual por este hecho, deberá cancelarse la inscripción a favor de éste, para poder inscribir la adjudicación hecha judicialmente. A esto se refiere la parte final del Art. 765 C.

Volviendo a la distinción de Posesión Material y Posesión Jurídica, diremos para terminar que la posesión material-

es la que siempre se pierde cuando un tercero usurpa un inmueble que está debidamente inscrito a favor de otro, de tal manera que éste para recobrarla deberá hacer uso de las acciones posesorias, pues en el caso supuesto, la Posesión Jurídica nunca la ha perdido.

No podrá entablarse las Acciones Posesorias en el supuesto caso que se hubiere perdido la posesión jurídica no por haberse transferido el derecho o por Decreto Judicial, sino -- porque el poseedor material ha obtenido Título del inmueble referido y ha logrado inscribirlo y en tal caso solo podrá entablarse la Acción Reivindicatoria pero nunca en este caso las Acciones Posesorias.

He tratado de explicar como mejor he podido, una situación difícil de nuestra Legislación y de la Legislación Chilena, que ha nacido de las múltiples reformas parciales que -- los códigos civiles de ambos países han sufrido, faltándoles -- hasta la fecha una revisión completa para lograr una armonía -- muy deseada de todo el cuerpo de leyes y que según se vé está -- muy lejos de obtenerse.

Para finalizar este apartado he de referirme a la cancelación de la Inscripción en nuestro medio:

Esta puede llevarse a cabo:

- a) Por voluntad de las partes;
- b) Cuando un poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, cancelándose la primera inscripción e inscribiéndose la segunda;
- c) Por Decreto Judicial.-

La primera situación es un tanto difícil de imaginar y se dá cuando ambas partes convienen en dejar sin efecto una inscripción y cancelarla.-

La segunda es el caso normal y corriente donde un poseedor con su Título inscrito, transfiere su derecho por venta o cualquier otro medio, inscribiéndose el derecho del nuevo adquirente y cancelando la inscripción anterior.

La tercer situación ya fué explicada anteriormente al hablar de la parte final del Art. 765 C.

X.- LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESION

Los efectos jurídicos de la Posesión en nuestro derecho son muy numerosos. Tienen distinta importancia según que el poseedor sea de buena o de mala fe, según que se trate de muebles o de inmuebles.

1º En primer lugar aunque el poseedor sea de mala fe, la posesión produce tres ventajas:

a) El poseedor tiene derecho a conservar el beneficio de la posesión mientras otro no pruebe que es propietario. Resulta de aqui que cuando surge un pleito entre dos personas -- que se disputan la propiedad de una cosa, el poseedor es el de mandado. La ventaja de lo anterior es considerable, pues la -- carga de la prueba pesa sobre el demandante. Además asi está -- estatuido en el Inciso Segundo del Art. 745 C. y que constituye una presunción legal.

b) El poseedor de una cosa, por lo menos cuando está en posesión desde hace mas de un año y se trata de un inmueble, está investido de acciones especiales, llamadas acciones posesorias, que le permiten mantenerse, en la posesión cuando es -- perturbado en ella por las pretensiones de un tercero o recuperarla cuando ha sido despojado.

c) Por último y este es el efecto mas importante que produce la posesión, cuando se prolonga durante un lapso determinado, el poseedor adquiere el derecho que ejercitaba de he--

cho, por el modo de Adquirir, que se designa con el nombre de Prescripción Adquisitiva o Usucapión, que puede ser a su vez - Prescripción Adquisitiva ordinaria y Extraordinaria. Arts. 2246 y 2249 C.

II.- Especialmente cuando el poseedor es regular, la posesión produce los efectos particulares siguientes:

a) En materia de inmuebles, la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria se realiza en un plazo mas corto, que es de diez años; en cambio en materia de muebles se reduce mucho más, pues sólo necesitará dejar transcurrir tres años. - Art. 2247 C.

b) El poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos obtenidos de la cosa mientras ha estado en su poder y éste ha estado de buena fe. Inc. 3º del Art. 909 C.

c) El poseedor de buena fe mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos. Inciso 2º del Art. 908 C.

d) El poseedor de buena fe vencido en el Juicio correspondiente, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas a la cosa antes de contestar la demanda. Art. 911 C.

III.- Presunciones Posesorias. Para facilitar la prueba de la posesión establece el Código las siguientes presunciones (todas ellas de naturaleza iuris tantum).

a) Presunción de la buena fe a favor de todo poseedor, mientras no se pruebe lo contrario. Art. 751 C.

b) Presunción de la continuidad de la buena fe, inicial u originaria, salvo la prueba de mala fe posterior. Art. 747 C.

c) Presunción del disfrute de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba contraria. Art. 758-C.

d) Presunción a favor del poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, de haber poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario. Art. 758 C.

e) Presunción a favor del que recupera, conforme derecho, la posesión indebidamente perdida, de que ha disfrutado de ella sin interrupción para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio. Art. 2241 inciso final.

f) Presunción relativa a la extensión de la posesión de cosas raíces sobre los muebles y objetos que se hallen dentro de ellas. Art. 919 C. parte final del Segundo Inciso..

C A P I T U L O T E R C E R O1º LA POSESION Y LA MERA TENENCIA.GENERALIDADES.

La relación posesoria que es la que se establece entre una persona y la cosa sometida a su poder, puede presentarse en dos formas diferentes: como posesión o como simple detención o tenencia. El problema que se plantea consiste, una vez dadas las condiciones legales exteriores de la relación posesoria, en determinar de qué depende que haya posesión o tenencia.

Muchas son las teorías que tratan de resolver la cuestión, pero dos son básicas y principales. Una de ellas la Teoría Clásica subjetiva o de la voluntad, ha sido desmenuada -- por F. C. Savigny (1), y la otra teoría llamada moderna u objetiva ha sido preconizada principalmente por Rodolfo von Ihering en su obra "El Fundamento de la Protección Posesoria".

La teoría subjetiva o de la voluntad toma como elemento característico el ánimus, el cual transforma la detentación en posesión. Para que haya tenencia, dicen, basta la detentación material en cambio la posesión, exige, no solo la tenencia sino el ánimo de tener para si la cosa (animus rem sibi habendi) o de tenerla como señor o dueño (animus domini).-

El que haya posesión o tenencia depende, pues de la voluntad de la persona, que tiene la cosa, si su ánimo es poseer para ella misma, hay posesión; si su voluntad es poseer para otro, hay tenencia. Por esta razón de poseer para otro no tenían los meros detentadores en el Derecho Romano, salvo casos excepcionales, la protección de los Interdictos.

Pero este ánimus domini no solo debe de existir en el

(1) Savigny. "El derecho de la Posesión".

fuerro interno del individuo, porque de ser así no habría mas -- prueba de él, que la declaración del pretendido poseedor; ha -- de aparecer del título mismo en virtud del cual detenta.- Esta es la razón por lo que a los meros tenedores, como el arrendatario, no se les reconoce ánimus domini, pues en el título mismo que los autoriza a disfrutar de la cosa, reconocen la propiedad de otro.

El nombre de Teoría Subjetiva que se le ha dado al sistema anterior es debido a que atribuye a la voluntad un efecto preponderante en la caracterización de la posesión.-

La segunda teoría es la moderna u Objetiva la cual -- sostiene que toda relación posesoria implica un ánimus, aún la mera detentación, pues también supone voluntad. El elemento intencional es común a la posesión y a la detentación y no consiste en un ánimus domini, sino en el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades.

El ánimus y el corpus forman en la doctrina de Ihering un todo indivisible, pues el ánimus y el corpus, en materia posesoria, no son mas que los dos aspectos de una misma relación. El ánimus es el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades y el corpus, la exteriorización de ese propósito.

El elemento intencional no es pues, distinto ni independiente del corpus, está implícitamente contenido en él. De ahí que toda detentación, aunque sea por otro, comprende ambos elementos y es siempre posesión, a menos que una disposición expresa de la Ley declare que solo hay detentación; en tanto no exista ese texto, debe de reputarse al detentador como poseedor; todo caso de duda debe de considerarse como posesión.

El nombre de Teoría Objetiva se explica porque mira,-

al hecho exteriormente visible de la relación posesoria; por regla general, reconoce la posesión en todo poder físico ejercido voluntariamente sobre una cosa.

La posesión y la tenencia, no deben por lo demás ser confundidas con la simple relación de lugar o yuxtaposición local, como lo demuestra el ejemplo clásico de la persona dormida, a quien alguien le pone una cosa en la mano. Puede agregarse el ejemplo también del prisionero que está en contacto con sus cadenas. ¿Habrá posesión o Tenencia en estos casos? No hay ni lo uno ni lo otro, porque tanto la posesión como la tenencia implican la voluntad de hacer una cosa sometida al poder del que la detiene; en la posesión esa voluntad consiste, como hemos dicho, en la intención de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad; en la tenencia, la voluntad consiste en someterla al ejercicio del derecho respectivo, como ocurre con el locatario que ejerce los derechos emanados de su contrato de locación, pero es necesaria siempre esa condición de la voluntad. En la simple relación de lugar esa voluntad falta en absoluto. La persona dormida a quien se le ha puesto una cosa en las manos, carece de toda conciencia; el prisionero sabe indudablemente que está en contacto con sus cadenas, pero sería imposible opinar que él tiene la voluntad de ejercer sobre ellas acto alguno que sea la exteriorización de cualquier derecho; podrá mas bien decirse, que en lugar de ser él quien posee o tiene las cadenas, son éstas las que lo poseen o detienen a él.

b) CRITERIO QUE SIGUE NUESTRA LEGISLACION.

Nuestro Código Civil ha seguido la Teoría Clásica de la posesión, pues dá papel preponderante, al elemento psicológico o *ánimus*.

Diferencia el Código Civil, la posesión de la mera tenencia, atendiendo al ánimo de comportarse como dueño o no de la cosa. En efecto define la posesión como "La tenencia de una cosa determinada.. etc". (Art. 745 C.) y dice que se llama mera tenencia "la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño". El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada o secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.- Art. 753 C.

La propiedad, la posesión y la mera tenencia forman una trilogía jurídica, en la cual, dentro de los principios que informan nuestra Legislación, lo mas perfecto es el dominio, y, lo mas imperfecto, la mera tenencia; quedando en el medio la posesión, que es un dominio aparente.

La mera tenencia se caracteriza por la falta del ánimo de señor o dueño. Existe en ella solo un elemento de la posesión, el corpus. De aqui que el art. 753 del Código Civil, presentando una regla general, diga que se es mero tenedor, cuando se reconoce el dominio ajeno, cuando se tiene una cosa en lugar y a nombre de otro. La mera tenencia jamás puede llevar a la prescripción. Resulta pues que el mero tenedor, solo tiene el elemento de la posesión llamado corpus, pero no el ánimo, la intención de comportarse como señor o dueño de la cosa.

Dentro de nuestro Derecho, posesión y tenencia, son conceptos excluyentes, términos que siempre contrastan; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Esta última nunca conduce a la prescripción, porque para prescribir es necesario poseer y el que tiene la mera tenencia no posee.

Generalmente hay mera tenencia, cuando se tiene una -

cosa reconociendo dominio ajeno. Reconoce este dominio ajeno, el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el arrendatario, etc. y son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, usufructuada o arrendada.

El mero tenedor puede encontrarse en dos situaciones jurídicamente diferentes:

- a) Puede tener la mera tenencia de la cosa a virtud de un derecho real sobre la misma; y
- b) Puede tener la mera tenencia a virtud de un título personal que lo une con el dueño de la cosa.

Son meros tenedores por ejemplo, el usufructuario, el que tiene sobre la cosa el derecho de uso o habitación, el que tiene el derecho de prenda. En estos tres casos, se es mero tenedor de la cosa a virtud de que en ella se tiene un derecho real cuales son el usufructo, el uso o habitación y la prenda.

Pero también como acabamos de ver, se puede ser mero tenedor de una cosa sin tener un derecho sobre ella misma, sino porque liga el mero tenedor un vínculo personal con el dueño de la cosa; el comodatario, el depositario y el arrendatario. En estos tres casos, el mero tenedor tiene la cosa porque lo liga un vínculo personal, contractual, con el propietario de ella.

Y la diferencia de situaciones es importante: el titular del derecho real es mero tenedor de la cosa, pero en cambio tiene la posesión de su derecho real. Ejemplo: Carlos es usufructuario de una cosa.

Con respecto a la cosa misma, Carlos es un mero tenedor: en cambio con respecto al derecho de usufructo que tiene en la cosa, es poseedor de su derecho de usufructo. Y en este caso, la mera tenencia de la cosa le es completamente indispen

sable para ejercer su derecho real. Por el contrario, cuando la mera tenencia emana de un vínculo personal, en la cosa misma no hay ningún derecho; sólo existe un vínculo jurídico entre el mero tenedor y el dueño de la cosa.

IIº BREVE ESTUDIO DE LA MERA TENENCIA.

a) HISTORIA.-

Nuestra expresión de ahora "tenencia", ha sido tomada del Latin sin duda, pero sabido es que no es romana, presentándose aquí el hecho extraño de que la Jurisprudencia Romana no posee "Terminus Technicus" para una de las nociones mas fundamentales de la teoría de la posesión. Para designarla emplea la expresión "possessio", añadiendo naturalis, lo que significa una manera de salir del paso no muy adecuada, en cuanto se sirve de la misma expresión en otro sentido (corporalis possessio, en oposición al animo possidere), no siendo posible saber, sino en virtud de las circunstancias concomitantes, en que sentido esta tomada. Lo mismo ocurre con la expresión "possessio-civiles" que tiene un doble significado; la relación posesoria jurídicamente protegida, y los casos en que el derecho admite la posesión, a pesar de la falta de "corporalis" possessio".- En un sentido ambas expresiones se refieren a los efectos, y en otras a las condiciones presupuestas de la posesión.

La doctrina posterior ha sido la encargada de colmar este vacío, creando la expresión de que se trata, con lo cual nos ofrece un hecho que la distingue, poniéndola por encima de su maestra romana.

Es fácil advertir que el derecho romano no tiene expresiones técnicas para una porción de relaciones jurídicas de las mas usuales (por ejemplo: la copropiedad, el copropietario) y no se ha preocupado con la necesidad de una designación

técnica de semejante importancia, revelando en este punto del lenguaje una sorprendente impotencia. La moderna jurisprudencia la ha superado en este respecto de un modo notable, sabiendo apreciar plenamente, y satisfacer de un modo adecuado, las exigencias de un lenguaje científico propio, con lo cual ha sabido mejorar de un modo considerable la teoría jurídica Romana.

Conviene sin embargo no olvidar, que la lengua jurídica de los romanos, fuera de un pequeño número de términos tomados del Derecho Griego, y conservados bajo su forma griega, -- coincidía con la lengua del pueblo, faltándole como a ésta, la precisión exacta y científica, mientras que nuestro lenguaje del Derecho, con excepción de un corto número de términos pertenecientes al lenguaje popular se ha formado por entero en el terreno de la Ciencia. Si se procura comparar el lenguaje artístico del derecho de los romanos, con el de los modernos, -- producirá seguramente asombro la pobreza del primero y la riqueza del segundo.-

b) CARACTERES DE LA MERA TENENCIA.

La doctrina considera que son características de la mera tenencia, las siguientes:

a) Absoluta. Se dice que es absoluta la mera tenencia, por que el mero tenedor, lo es tanto con respecto al propietario de la cosa, como con respecto a los terceros extraños. De aquí se deduce que si al mero tenedor se le arrebatara la cosa, -- no podría entablar acciones posesorias diciéndose poseedor por que aún con respecto a los terceros extraños es también un mero tenedor;

b) Perpétua. La mera tenencia se dice que es perpétua por cuanto el sujeto que es mero tenedor, lo será siempre que no cambie dicha situación con respecto a la cosa, ya sea por --

voluntad de las partes ya sea por una disposición de la ley. Sin embargo esta característica, de perpétua que tiene la mera tenencia, hay que aceptarla con beneficio de inventario.

c) Inmutable e Indeleble. La mera tenencia no puede transformarse en posesión, a virtud del principio que se dice "que nadie puede mejorar su propio título". Así lo establece el Art. 755 del Código Civil al decir "Que el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión". Además confirma también este criterio el inciso segundo del Art. 758 C. cuando nos dice que "Si se ha empezado a tener una cosa a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas".

El principio anterior tiene sus excepciones:

1ª La contemplada expresamente en el Art. 755, que -- después de sentar la regla general de que la mera tenencia no se transforma en posesión, agrega, "salvo el caso del Art. 2249 C, regla tercera"; que dice "que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir las dos circunstancias que señala.

2ª La contemplada en el Art. 766 C. Según esta disposición, el que usurpa una cosa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa" --- pues entonces puede pasar a ser poseedor el adquirente.

Barros Errázuriz (1), describe la tenencia expresando "Que es la aprehensión material o legal de la cosa, o en otros términos, el hecho de disponer actualmente de la cosa".

Según la doctrina tradicional, la mera tenencia puede

(1) Barros Errázuriz.- Ob. Cit. Nº 310.

sub-dividirse en:

- a) La mera tenencia propiamente dicha;
- b) El precario. Art. 1953 C.

Cualquiera de las formas anteriores puede tener como fuentes:

- a) La ley
- b) La voluntad de las partes
- c) Una resolución Judicial. Art. 2009 inc. 2º.

III.- EFFECTOS JURIDICOS DE LA MERA TENENCIA.-

La mera tenencia, sin considerar los efectos propios que debe de producir el título que pone al mero tenedor en contacto con la cosa, produce algunas consecuencias jurídicas, y que por tanto, son independientes de su calidad de usufructuario, usuario o habitador, acreedor prendario, arrendatario, comodatario, etc.

Así, si se confiere a una persona el usufructo de una cosa, derecho que atribuye al usufructuario ciertas facultades, obligaciones y responsabilidades en razón de su condición específica de usufructuario, su carácter de mero tenedor le impone deberes y cargas inherentes a su calidad de tal, cualquiera que sea la naturaleza de su título para tener la cosa en su poder.

1º El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Art. 898 C.

2º El mero tenedor puede repeler por si mismo las agresiones de que se le haga víctima. Así, en el Art. 1718 establece que si el arrendatario es turbado en el goce, por vías de hecho de terceros que no pretendan derechos algunos a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la

reparación del daño.

3º El mero tenedor de un bien raíz, tiene derecho a entablar la acción de Restablecimiento, a que se refiere el Art. 929 C. pues dicha acción se la otorga la ley hasta al mero tenedor.

4º Según el Art. 2066 C. puede pedir la indemnización del daño causado a la cosa no solo el que es dueño o poseedor de la cosa que lo ha sufrido, o su heredero, sino el usufructuario, el usuario y el habitador si el daño irroga perjuicios a su derecho de usufructo, uso o habitación. Puede pedirla también en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder por ella; pero solo en ausencia del dueño.

5º El usufructuario, el usuario, y el que tiene el derecho de habitación, son hábiles para ejercer por si las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño siendo requerido al efecto.-

Art. 922 C.

III.- EL DOMINIO Y LA POSESION

a) GENERALIDADES.

La mayoría de las veces, en el terreno de la práctica, el propietario es poseedor al mismo tiempo, ya que normalmente ejerce el dominio por si por medio de otra persona.- Es raro que ambas situaciones se presenten en forma separada. Tal acontece cuando el usurpador ocupa el fundo ajeno o el ladrón se apodera de la cosa mueble que no le corresponde. Aquí el dueño legítimo habría perdido la posesión, de que se aprovecharía el autor del acto ilícito sin título alguno.

Es fácil por esto confundir ambas categorías, y así -

suele reflejarse en el lenguaje, como lo hemos señalado. No es posible sin embargo, equiparar el dominio con la posesión que difieren por distintos conceptos. Bastan para el caso las razones siguientes por las cuales la posesión no debe de ser confundida con la propiedad:

a) La posesión confiere al poseedor el derecho de tener la cosa sometida a su voluntad, de usarla y aprovecharla - como lo crea mas conveniente y este conjunto de derechos recibe en doctrina el nombre de Jus Possessionis o derechos derivados de la posesión; la propiedad confiere al propietario el derecho de poseer la cosa o Jus Possidendi, pero al lado de este derecho el propietario tiene otro mas, que le permite gozar y disponer ampliamente de ella;

b) La propiedad está protegida en nuestro Derecho por medio de la acción Reivindicatoria y en cierta forma por medio de la Acción Publiciana del art. 896 inciso segundo; la posesión está a su vez protegida por Acciones Posesorias;

c) La semejanza en el ejercicio aparente de ambos derechos, que llega casi a la identidad, cuando se trata del uso y goce, no subsiste para los actos jurídicos de desposesión, - que son en todo caso privativos del dueño;

d) El dominio es perpétuo y no se pierde por el transcurso del tiempo ni por la falta de ejercicio; en cambio en la posesión, el tiempo actúa en forma inversa.

Debe de tenerse en cuenta sin embargo, que si bien la posesión con la propiedad son cosas diferentes, existen entre esas dos instituciones relaciones muy grandes, tales como las siguientes:

1ª La posesión, si es protegida y amparada por la ley es precisamente porque ella crea una presunción de propiedad;

2ª La posesión en si misma es un elemento de adquisición de la propiedad;

3ª La posesión por el transcurso del tiempo conduce a la adquisición de ésta por la prescripción adquisitiva.

En fin podemos decir que la posesión es el contenido de un derecho, en cuanto comprende uno de los aspectos del dominio (el mas importante sin duda) porque es el medio necesario para realizar todos los fines de aquél. El "ius possidendi" es en rigor, la posibilidad de ejercer, el Jus fruendi, el Jus Utendi y el Jus Abutendi.- Sin él, quedaría el dominio, vacío de sus ventajas. El propietario podrá despojarse en parte, de tales atributos, como en los casos de usufructo, etc; pero aún entonces, si bien no ejerce directamente los de usar y de gozar, se vale para ello de otra persona. Además conserva en principio, la potestad de disponer.

Por eso, lo primero que se busca por medio de la acción reivindicatoria, es recuperar la posesión material y cuando esto se alcanza, como el demandante tiene ya su título, integra así, el ejercicio completo de su derecho. A mérito de estas consideraciones, los romanos llamaban "nuda Propietas" --- (propiedad desnuda) al dominio sin posesión, porque se hallaba practicamente, privado de toda utilidad.

En este papel de la posesión encuentra Rodolfo von Ihering el fundamento de la defensa que la ley le presta, porque de tal modo, se ampara de una manera indirecta, al propietario.

b) BREVE COMENTARIO SOBRE EL DOMINIO O PROPIEDAD.

El dominio o propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder mas amplio sobre una cosa; en principio lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utili-

dades que el bien es capaz de proporcionar.

En cambio los demás derechos reales otorgan poderes - limitados sobre la cosa; solo autorizan aprovechamientos parciales. La doctrina moderna se pronuncia en el sentido de usar la palabra dominio como sinónimo de la de propiedad. Algunos autores, no obstante atribuyen a las palabras en examen un significado diverso la una de la otra. Así explican que el vocablo dominio solo sirve para referirse al derecho real que recae sobre cosas materiales, y el término propiedad, que consideran - mas genérico, lo emplean respecto a todo género de derechos, - susceptibles de apreciación pecuniaria. El profesor argentino-Lafaille (1), por ejemplo, sostiene "que no se falta a la precisión del lenguaje, cuando se habla de la propiedad de un crédito, de la herencia, de cierta marca de fábrica o patente de invención. Si no mediaran reparos de otra índole, que excluya esta figura del ámbito puramente patrimonial, sería admisible la designación de propiedad literaria, científica, artística o industrial, que hoy comienza a ser abandonada. Pero en ninguno de estos casos podría emplearse correctamente la palabra dominio, dado que su alcance queda circunscrito a las cosas mue---bles o inmuebles".

X A juicio de otros, entre propiedad y dominio no hay - diferencia de extensión o contenido, sino simplemente de puntos de vista. Así, Ruggiero (2), dice "que la palabra dominio tie ne un sentido predominantemente subjetivo, pues implica la potestad o poder que sobre la cosa corresponde al titular; y la palabra propiedad la tiene predominantemente objetiva, como --

(1) Lafaille.- "Derecho Civil.- Nº 440 Pág. 356.

(2) Ruggiero. Ob. Cit. Tomo I.

quiera que acentúa el hecho de la pertenencia de la cosa a la persona".

C.- DEFINICIONES.-

Son variadas las definiciones que han sido dadas del dominio o propiedad, tanto por la doctrina como por las diversas legislaciones.

Sin embargo podemos clasificarlas en definiciones Analíticas y definiciones Sintéticas.

Las definiciones analíticas son las que pretenden explicar el concepto desde un punto de vista puramente cuantitativo, como suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre que recae el derecho de propiedad.

Las definiciones analíticas se contraponen a las sintéticas por cuanto estas últimas tratan de dar un concepto unitario de la propiedad; prescinden de la mención de las facultades que ella otorga al titular. No ven en el dominio una suma de facultades, sino un derecho unitario y abstracto, siempre igual y distinto de sus facultades.

A la primera clase de definiciones corresponde la del Código Civil Salvadoreño en su Art. 568, al manifestarnos que "Se llama dominio o Propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin mas limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario".

Con una simple observación de la definición dada anteriormente, se comprueba que lo único que nuestro legislador ha hecho es enumerar los caracteres que en doctrina se le atribuyen al derecho de propiedad.

Tales caracteres, de acuerdo a la doctrina clásica o tradicional, son: absoluta, exclusiva, perpétua e irrevocable.

Sin embargo estos caracteres deben de entenderse según la significación que conviene a nuestra época que propende a considerar la propiedad en cuanto a lo social. A este respecto es importante considerar, que la moderna ordenación social la supone, en todo caso, como fuerza económica y jurídica principal.

El Código aplica el carácter absoluto del dominio en el Art. 569 C. al reconocer los amplios poderes contenidos en la propiedad, su extensión al subsuelo y al espacio superior al suelo. No obstante este concepto absoluto se encuentra limitado por la Constitución Política al manifestar en su Art. -- 137 (1), "Que el subsuelo pertenece al Estado, el cual podrá otorgar concesiones para su explotación". Además el mismo artículo Constitucional reconoce y garantiza la propiedad privada en función Social, es decir, la misma propiedad privada sin el carácter de absoluta sino supeditada al beneficio colectivo o social.

Existen otras limitaciones derivadas de la vecindad, o sean limitaciones intrínsecas de la propiedad, tales como el deflujo de las aguas naturales de las fincas y las relaciones nacidas de los árboles y cercas comuneras, etc.

Para terminar este apartado, podemos señalar las diferencias que existen entre la Acción Reivindicatoria que protege la propiedad y las acciones Posesorias que protegen la posesión, estas son:

1ª La acción reivindicatoria solo puede ser ejercida por el dueño de la cosa, las acciones posesorias por el poseedor o por el mero tenedor en algunos casos;

2ª La acción reivindicatoria se ventila siempre en --

(1) Constitución Política de 1962.-

juicio ordinario y las acciones posesorias en juicio sumario;

3ª La sentencia que se pronuncie en virtud de una acción reivindicatoria puede pasar en autoridad de cosa juzgada, la pronunciada como consecuencia de una acción posesoria nunca;

4ª La prescripción opera diferente, la acción reivindicatoria no se puede decir que prescribe, se torna ineficaz cuando un tercero ha ganado la cosa por la prescripción adquisitiva, en cambio las acciones posesorias prescriben al año y la Querrela de Restablecimiento a los seis meses;

5ª La acción reivindicatoria puede ser mueble o inmueble; las acciones posesorias solo pueden tener este último carácter, porque solo tutelan la posesión de los bienes raíces o de los derechos reales constituídos en ellos.

C A P I T U L O C U A R T O

LA DEFENSA DE LA POSESION

I.- GENERALIDADES.

Ciertamente dentro del Derecho Romano, dado su carácter sistemático admirable, constituyendo así la construcción jurídica más completa y más hecha que la Humanidad haya producido, para penetrar el espíritu de cada institución y explicar se el sentido y alcance de cada relación jurídica en la institución presupuesta, es necesario tener presente toda la trama lógica de todo el derecho positivo. En Roma, como en ningún otro pueblo, hay que conocer la formación histórica del derecho sin olvidar el sistema complejo de los motivos circunstanciales que en ella intervinieron poderosamente. Y quizá no hay materia tan peculiar y característica en tales respectos, y que exija todo eso de un modo más apremiante, como la de las acciones, y por ende como acciones, los interdictos. Pero precisamente esto debe de tenerse en cuenta cuando se trata de investigar, no solo el espíritu de la teoría jurídica romana de la posesión, sino la posesión misma como relación de derecho, --- pues acaso hay que romper en gran parte con el derecho romano, el cual, después de todo, si supone un gran progreso hacia la dulcificación de las relaciones humanas mediante la transformación de las mismas, de relaciones materiales sometidas al poder inspiradas en el poder (lucha por la existencia), en relaciones éticas, no es ni con mucho la última palabra, ni el definitivo estado de la misma y por cuyo motivo exige que sea estudiada esta institución a través de las distintas épocas por donde ha pasado su desarrollo hasta llegar a nuestros días.

II.- EN EL DERECHO ROMANO

a) NOCION Y ORIGEN DE LOS INTERDICTOS.

Los interdictos eran unas decisiones dadas por el Pretor o por el Presidente de una provincia para cortar ciertas - disputas, y por las cuales ordenaba o defendía alguna cosa. Estas decisiones eran formuladas en términos imperativos: restituas, exhibeas, vin fieri veto.

Los interdictos son una institución pretoriana, y se- desarrollaron bajo el procedimiento formulario, haciéndose sentir, sin duda alguna, bastante tiempo antes su utilidad y es - posible que el magistrado tuviera en ellos un recurso bajo las acciones de la ley; pero ésto no está comprobado.

He aquí cual parece ser el origen de los interdictos: al lado de los derechos consagrados por las leyes o la costum- bre, y cuya violación permitía a los particulares ejercitar una acción, había otras relaciones que no tenían el carácter -- preciso de un derecho, librándose de una reglamentación gene-- ral; pero no por eso merecían menor atención del Magistrado, y naturalmente, necesitaban su intervención en caso de desave--- niencia. Tales eran; diversos intereses de derecho público o - divino, como la protección contra toda ofensa o sustracción de cosas públicas o sagradas, de templos, plazas, caminos y ríos; en materia privada: relaciones extrañas al patrimonio, como la protección de los derechos del patrono sobre sus manumitidos;- del padre de familia sobre sus hijos sometidos a su potestad,- y aún ciertas relaciones relativas a los bienes: las cuestio-- nes de posesión y de cuasi-posesión.- En todos estos casos, -- cuando se elevaba una disputa entre dos personas, el magistra- do la cortaba por una decisión especial llamada Interdicto: e- ra como una ley particular, regulando el negocio sometido a su jurisdicción. El Interdictum es una regla dictada entre dos --

partes. Según ciertos Jurisconsultos, la palabra Interdictum - solo se aplicaba a la defensa (interdicere), la orden se llama ba decretum. Los interdictos fueron verdaderamente un cambio - para los edictos. Los Pretores comenzaron a dar reglas proba-- blemente interdues, en las controversias particulares y la cos tumbre de decidir de la propia manera en casos semejantes es - lo que los conduciría a establecer las reglas generales del e- dicto. Cuando los edictos estuvieron en uso, los pretores se - sirvieron de ellos para estatuir sobre la posesión como sobre- otras materias, fijando ciertas reglas y prometiénd~~o~~ una ac-- ción "in factum" contra los que no las observaban. Sin embargo, continuaron pronunciando interdictos en las controversias en - que se había seguido esta marcha anteriormente; solo que para- dar a las reglas que querían stablecer un carácter de fijeza- y de generalidad, inscribieron en el álbum publicado a la en-- trada de la pretura, las fórmulas de los interdictos, que anun- ciaban deber de entregar en ciertos casos determinados.

A medida que esta práctica se desarrolla, los preto-- res precisaron poco a poco las condiciones a las cuales subor- dinaban para cada g'nero de negocios, sus órdenes y defensas,- y acabaron por publicar en el edicto los casos en que daban su interdicto.

b) PROCEDIMIENTO DE LOS INTERDICTOS.

Bajo el procedimiento formulario, que fué en la época en que los interdictos adquirieron todo su desarrollo, daremos a conocer sumariamente, cuáles eran el procedimiento y la aper tura.

Habiénd~~o~~ comparecido las partes delante del magistra- do y después de expuesto el objeto del litigio, podían ser po- sibles dos resultados: a) si el pretor encuentra inadmisibile -

la pretensión del demandante, rehusa el interdicto; si al contrario, cree que se encuentran reunidas todas las condiciones exigidas, pronuncia el interdicto, con el cual debe de conformarse el demandado. Todo queda terminado si el demandado obedece esta orden o a esta defensa, pero si se resiste sosteniendo que no se encuentra en el caso del interdicto, o si contraviene la defensa, el pretor entonces, envía a las partes frente a un Juez o de Recuperadores, para comprobar los hechos y desenlazar el conflicto. Les entrega una fórmula en factum concepta, que dá derecho al Juez a examinar si el demandado ha rehusado sin razón desobedeciendo al interdicto..

Para dar una sanción más enérgica a la orden del magistrado, la concesión de la fórmula iba precedida de una sponcio recíproca, por la cual cada parte se comprometía cerca de la otra a pagar determinada cantidad, a título de pena, si sucumbía en el proceso. Esta apuesta era muy seria, exponiéndose el demandado a pagar no solamente la condena pecuniaria pronunciada por el Juez, sino también la suma convenida. Este procedimiento quedó siempre en vigor para los interdictos consistentes en una defensa. Pero se realizó una mejora para los que ordenaban una restitución o una exhibición durante la última mitad del Siglo VII.- El pretor con el objeto de dar una satisfacción mas completa a la reclamación del demandado, dispensó de las sponciones a las partes, concediéndoles una fórmula arbitraria a condición siempre de haberla pedido en seguida de haber sido pronunciado el interdicto, y antes de salir del Tribunal.

El procedimiento extraordinario dió un golpe decisivo a los interdictos, y bajo Justiniano ya no quedó mas que la imagen. En los casos en que el magistrado pronunciaba el inter-

dicto, juzgaba despues, como si el demandante ejercitase una acción útil.

c) DIVISION DE LOS INTERDICTOS.

Los textos presentan varias divisiones de los interdictos; he aquí las mas importantes:

a) Se distinguían los interdictos prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Los interdictos prohibitorios, a los cuales está particularmente reservado el nombre de interdicta, consisten en una defensa. Tales son los interdictos "ne quid in loco sacro" "vel in loco publico"; los interdictos "uti possidetis" y "utrubi", están sometidos al procedimiento sponsionem. Los interdictos restitutorios y exhibitorios, llamados también decretas, son los que ordenan alguna restitución, como los interdictos de precario, unde vi, o bien una exhibición, como los interdictos de "liberto exhibendo". Como consecuencia de estos interdictos, podían obtener las partes una fórmula arbitraria.

b) Los interdictos son simples o dobles. En el interdicto simple, cada parte juega un papel distinto; hay un demandante y un demandado, y la condena solo puede llegar al demandado. En el interdicto doble, sucede lo contrario, pues resulta igual la situación de los adversarios, y es cada una a la vez, demandante y demandado, pudiendo incurrir también en la condena. No existen mas interdictos dobles que los "uti possidetis" y "utrubi" todos los demás son simples.

c) Entre los interdictos unos se refieren a materias de derecho divino, "de locis sacris vel religiosis"; o de derecho público "de locis publicis" "de viis", de fluminibus publicis y otros se refieren a los intereses privados "ad rem familiarem". Se pueden citar como tales "el interdicto fraudato---

rium; los interdictos quasipossessoris, relativos a las servidumbres, y por último, los interdictos relativos a la posesión, que por ser los mas importantes, es conveniente que los estudiemos en forma especial.

d) LOS INTERDICTOS POSESORIOS.

I.- Los interdictos relativos a la posesión o sean interdictos posesorios, se subdividen, según su objeto, en 4 categorías:

- 1º Los interdictos "Adipiscendae Possessionis"
- 2º Los interdictos "Recuperandae Possessionis"
- 3º Los interdictos "Retinendae Possessionis"
- 4º Los interdictos "Tam adipiscendae quam recuperandae Possessionis".

Los lros. Estaban destinados a hacer adquirir la posesión de las cosas que aún no se hubiesen poseído. Eran interdictos restitutorios, susceptibles de recibir la fórmula arbitraria; he aquí los principales:

a) El "interdicto Quorum Bonorum" se concedía al Bonorum Possessor contra los que poseían pro herede o pro possessore las cosas corporales de la sucesión a la cual era llamado - por el pretor con el único fin de obtener la restitución.

b) El interdicto "Salvano" servía al arrendador de un fondo rústico no pagado al vencimiento, para ponerse en posesión de los objetos que el colono había introducido a la finca, y afectados por simple convención al pago del arriendo.

b) El interdicto "Quod Legatorum" se daba al bonorum-possessor, contra el legatario que se había puesto en posesión de la cosa legada sin su consentimiento; porque el legatario - no tenía derecho a quedarse con ella sin su autorización. El - interdicto acabó por ser dado también al heredero.

d) El interdicto "possessorium" se estableció en beneficio del bonorum emptor, con objeto de que pudiese ponerse en posesión del patrimonio del cual se había hecho adjudicatario a consecuencia de la bonorum venditio. El pretor en caso de Bonorum sectio, concedía también un interdicto análogo, llamado "sectorium".

II.- De los interdictos "Recuperrandae Possessionis". Estos interdictos están destinados a hacer recobrar alguna posesión perdida. Eran, por tanto, restitutorios, y podían dar lugar a la entrega de una fórmula arbitraria. Los textos citan tres: Unde vi, de precario, y "de clandestinae possessionis".

Según una conjetura muy verosímil, los interdictos recuperandae Possessionis debió de crearlos el pretor con ocasión del Ager-publicos. Cuando las leyes agrarias limitaron la extensión de las tierras que podía ocupar cada ciudadano, aumentando, con este motivo, el número de poseedores, las rivalidades y codicias llegaron con frecuencia a desposesiones violentas y clandestinas; por otra parte a medida que se relajaban los lazos de la clientela, los patronos que querían recuperar las tierras del ager publicus, concedidas por ellos a título precario, debieron chocar frecuentemente con la resistencia de clientes ingratos. En estos casos, no había protección posible por parte del derecho; porque la reivindicatio no podía imponerse donde faltaba la cualidad de propietario. En interés del orden público, y con objeto de prevenir las turbulencias, el pretor hacía uso de su autoridad para ordenar la restitución. Mas tarde se engrandeció el dominio de estos interdictos extendiéndose a las cosas de las cuales eran propietarios los particulares. Las reglas en la época clásica fueron las siguientes:

El interdicto Unde vi solo se aplicaba a los inmuebles. Se les daba a quien había sido expulsado violentamente de un fundo de tierra o de un edificio de su propiedad. Se distinguían la violencia ordinaria "vis quotidiana", y la violencia a mano armada "vis armata". En caso de vis armata, la gravedad del delito exigía una solución enérgica, siendo además restituida la posesión a la víctima de la violencia. Pero en caso de vis quotidiana, el demandante no obtenía sentencia favorable nada mas que si antes de ser desposeído tenía el mismo una posesión exenta de vicios con relación a su adversario. De lo contrario, el interdicto no se pronunciaba a su favor. Bajo Justiniano desapareció esta diferencia, y la posesión se restituía siempre como si hubiese existido violencia a mano armada.

El interdicto de precario se concedía a la persona -- que había entregado alguna cosa en precario y quería rehacerse con la posesión.

El interdicto de clandestina possessione sólo se cita en un texto de Ulpiano. Se daba a la persona que había perdido la posesión de un inmueble por habérselo quitado clandestinamente alguna otra persona; pero debió de caer en desuso, cuando fué admitido que la posesión de inmuebles se conservaba "ánimo solo".

III.- De los Interdictos "Retinendae Possessionis". -- Había dos: el interdicto "Uti Possidetis" para los inmuebles; -- y el interdicto "Utrubi" para los muebles. Eran interdictos -- prohibitorios sometidos al procedimiento "per sponsionem".

Los interdictos "Retinendae Possessionis" estaban destinados a poner un término a los conflictos que se suscitaban entre dos personas por la posesión de una cosa. El pretor intervenía para permitir que aquél que posee en condiciones de --

terminadas guardar la posesión e impedir contra él todo acto de violencia por parte del adversario. Por eso la fórmula de esos interdictos contiene las palabras "vin fieri veto".

Encontraba su principal aplicación al principio de un proceso en reivindicación, bajo el procedimiento formulario. En efecto, ya sabemos cual es la ventaja del papel de demandado; el demandante debe demostrar su derecho de propiedad, y si no puede hacerlo, se queda el demandado con la cosa en litigio. Por estos interdictos, las partes hacían en primer lugar regular la posesión, y el pretor decidía si el actual poseedor debía de conservar la posesión haciendo el papel de demandado, o devolverlo al adversario, asumiendo el de demandante. En todos los casos, el pretor no concedía nunca la protección de los interdictos *retinendae possessionis* al simple detentador, sino solamente al que poseía con razón "animo et corpore" que fuera por otra parte de buena o mala fe. En cuanto a los principios sobre los cuales se apoyaba su decisión, variaban según que la disputa fuese sobre la posesión de un inmueble o de muebles.

Si se trataba de un inmueble, el pretor protegía al poseedor actual por el interdicto *uti possidetis*, prohibiendo el menor atentado contra su posesión, aunque sin embargo, bajo de una condición: la de que posea: *nec vi, nec clam, nec precario, ab altero*. Es necesario también que la posesión no esté tachada de violencia ni de clandestinidad, y que le haya sido concedida a título de precario, lo cual se exigía en primer lugar, no de una manera absoluta, pero si en las relaciones de las dos partes "alter ab altero". Si el poseedor actual no satisfacía esta condición, entonces triunfaba el adversario obteniendo la posesión; lo que es muy natural, por que estaría en-

situación de hacerse restituir, con ayuda de uno de los interdictos "recuperandae possessionis", lo que había dejado de poseer, vi clam, aut precario.

Si la parte contra la cual había sido pronunciado el interdicto uti possidetis contraviniese a la defensa vi fieri, y que la organización de un iudicium hacía necesario, resultaría el procedimiento en extremo complicado. No solamente estaba precedida de "sponcionem" ordinarias la entrega de la fórmula, sino también la posesión interina estaba regulada con ayuda de una subasta pública, llamada "fructus licitatio", que -- llevaba consigo una nueva sponcio para el adjudicatario. La -- parte que rehusaba proceder a estas formalidades estaba obligada con el pretor, con ayuda de un interdicto llamado "Interdictum secundarium" que le quitaba la posesión, aunque tuviera -- sentencia favorable en el interdicto uti possidetis.

Cuando el poseedor interino sucumbía en el proceso, se le condenaba a pagar, además del valor de la cosa y de los frutos, la suma apostada, per sponcionem, y la que había ofrecido con ocasión de la fructus licitatio.

Si se trata de un mueble, el interdicto utrubi se daba en virtud de un principio diferente. El pretor asegura la posesión a quien haya poseído sin vicios con relación al adversario, durante la mayor parte del año. Se cuenta el año en el pasado a partir desde la entrega del interdicto. Así, ejemplo, Ticio ha poseído un esclavo durante los últimos cinco meses, antes del interdicto, y Mevio durante los seis meses precedentes; es Mevio quien obtiene la posesión. He aquí otro ejemplo: Ticio poseía un esclavo desde hacía 7 meses cuando se pronunció el interdicto; Mevio lo poseyó durante los últimos ocho meses precedentes; es Ticio quien triunfa, porque desde los ocho

meses de posesión de Mevio sólo se cuentan cinco; los otros -- tres están fuera del año de doce meses.

Cada parte podía además, añadir a su posesión la de -- su autor, lo mismo si había adquirido la cosa por sucesión, -- venta o por donación. Poco importa que esta posesión haya sido de buena o mala fe, con tal de que estuviera exenta de vicios -- con referencia al adversario.

Justiniano borró la diferencia que separaba a los in -- terdictos *Uti Possidetis* y *Utrubi*, decidiendo que en los dos -- casos la posesión fuere atribuida al poseedor actual, cuya po -- sesión estaba exenta de vicios, con relación a la otra parte.

III.- De los Interdictos "*Tam adipiscendae quam recu -- perandae Possessionis*". Paulo señalaba estos interdictos, pero sin explicar en que consistían. Este problema preocupó mucho a nuestros antiguos comentaristas, creyendo Cujas que era una al -- teración del texto. Se resolvió en el año de 1835, por el des -- cubrimiento del fragmento atribuido a Ulpiano, y conocido bajo el nombre de "*fragmentum vindobomense*". El capítulo IV de este fragmento cita dos interdictos de este género: los interdictos "*quem fundum*" y "*Quam hereditatem*" indicaban su objeto. Se re -- fieren a una particularidad del proceso.

El demandado en la acción *in Rem* debe de suministrar -- la caución "*judicatum solvi*". Si la rehusa, y el demandante o -- frece darla, el pretor por medio de estos interdictos, ordena -- al demandado restituir la posesión al demandante. De manera -- que los papeles quedan invertidos, y el demandante puede así -- adquirir una posesión que jamás ha tenido, o bien recobrar una posesión perdida. El interdicto era llamado "*Quem fundum*" en -- caso de *reivindicatio*; *quam hereditatem* en la petición de he -- rencia y *Quam Usufructum*, si se trataba de la acción confeso --

ria en reclamación de un usufructo.

III.- EN EL DERECHO MODERNO.

Vamos a estudiar en esta segunda parte los diferentes sistemas seguidos por las Legislaciones modernas respecto a -- las Acciones Posesorias.

a) SISTEMA DEL DERECHO FRANCES.

Nos hemos ocupado del sistema del Derecho Romano respecto de las acciones posesorias, trataremos ahora, del sistema seguido por el Derecho Francés, estudiando ante todo las calidades que debe tener la posesión en este derecho para que dé lugar a esas acciones.

Llama la atención desde luego, la exigencia de que la posesión sea anual, condición que no encontramos en derecho romano y cuyo origen hacen remontar algunos comentaristas del Código Francés a la Ley Sállica y otros al derecho feudal.

Según la Ley sállica, todo el que poblaba un terreno -- alrededor de una ciudad y permanecía pacíficamente en él du--rante un año, era considerado como propietario del mismo. En -- el Derecho Feudal el señor tenía una especie de posesión sobre las cosas de sus vasallos, los cuales no podían transmitirlos -- sin permiso de aquél, por cuyo motivo era nula la tradición -- que se hiciera sin ese requisito, que se consideraba como esencial; pero en el caso de que el adquirente hubiere estado un año completo en la posesión de la cosa, se infería que ese consentimiento se había otorgado.

Sea de ello lo que fuere, dice Molitor, (1), lo cierto es que en el derecho Moderno, la condición de la anualidad -- requerida para el ejercicio de las acciones posesorias tiene --

(1) Molitor.- Cit. por Baudry Lacantinerie. Tomo II.-

todos los caracteres de una prescripción. Y así dice, que para que la posesión anual autorice o de lugar a las expresadas acciones debe de ser contínua, pública y no interrumpida, cualidades que deben de acompañarla si ha de existir una verdadera posesión; transmitida de una a otra persona.

Troplong, (1), enseña "que la anualidad de la posesión funda la presunción de la propiedad a favor del poseedor; y a este respecto afirma que después de un cierto número de años de goce público, pacífico y no interrumpido de una cosa, todo el mundo debe de ver en el poseedor, adornado de tales cualidades, el verdadero propietario de la cosa poseída.

La posesión para Troplong como para Von Ihering, es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad, con la diferencia de que aquél exige para que exista este aspecto normal y externo de la propiedad que los actos pacíficos y visibles del poseedor duren un año sin interrupción, requisito que no exige este último.

Vamos a estudiar los caracteres que deben de acompañar a la posesión y al hacer el estudio del Código Francés respecto a este punto, habremos hecho también el de las disposiciones pertinentes de nuestro Código.

Siendo la posesión la visibilidad de la propiedad, no puede existir aquélla si no se tiene la cosa a título de propietario. Esta condición exigida en derecho francés y también en el Romano, se funda en el hecho de que el poseedor precario, que nosotros llamamos simple tenedor o detentador, jamás fué considerado como verdadero poseedor en relación a las acciones posesorias.

(1) Ibidem. Citado por Baudouy Lacantinerie.-

La palabra precario tiene hoy una significación más extensa que la que le daba el derecho romano, porque no solo significa una concesión revocable a voluntad del propietario, sino que se aplica a toda concesión que no es hecha a título de propietario, a toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia o posesión de la cosa.

Molitor (1), añade que no es de gran importancia para establecer la posesión en que ella sea conocida por un determinado número de testigos, pero sí que tendría gran influencia el que se tomaran precauciones para ocultarla. Sostiene por tanto que para obtener la posesión es indispensable haber procedido abierta y públicamente exigiendo además, que se conserve de una manera pacífica. La doctrina de este autor rechaza la violencia para la adquisición de aquella, pues en derecho francés, para que se acuerde la protección posesoria, es condición "sine qua non" que la posesión no sea adquirida violentamente, por clandestinidad ni a título precario y que además, durante el año de la posesión no sea interrumpida por violencias reiteradas, toda vez que éstas la despojarían de su carácter de pacífica de que también debe de estar revestida.

Es muy frecuente confundir los caracteres de continua y de no interrumpida que debe de tener la posesión, pero hay en esto un error evidente.

Toda posesión interrumpida es forzosamente discontinua, pero no se puede decir que toda posesión no interrumpida sea siempre continua. La continuidad exige que el poseedor haga visible su posesión, aunque solo sea de cuando en cuando,

(1) Molitor, - Cit. por Baudry Lacantinerie. - Ob. Cit. Tomo II.

tratando la cosa como lo haría el mismo propietario y la discontinuidad consiste en la supresión completa de actos posesorios por parte del poseedor.

"La posesión es continua, dice Baudry Lacantinerie -- (1) cuando es sin intermitencias, sin lagunas, La posesión es interrumpida cuando el verdadero propietario ha consumado respecto al poseedor un acto interruptivo de la prescripción. Para que la posesión sea continua no es necesario que el poseedor haya estado en contacto continuo con la cosa, basta que haya cumplido regularmente los diversos actos de goce de que la cosa es susceptible, que se haya comportado como lo habría hecho un propietario cuidadoso y diligente. De allí se sigue que la posesión puede ser continua aunque el poseedor no haya consumado actos de goce sino en intervalos remotos".

"La interrupción no debe ser confundida con la discontinuidad, agrega mas adelante. "Ella es, salvo el caso de abandono, de relicto, la obra de un tercero, o supone al menos la intervención de un tercero, la no continuidad es imputable al poseedor. La interrupción es una turbación de la posesión, una pérdida momentánea; la no continuidad implica que el goce no ha sido normalmente ejercido. Una posesión puede dejar de ser continua, sin ser interrumpida. En sentido inverso, la interrupción civil de la prescripción puede tener lugar sin que -- los actos de goce del poseedor hayan cesado; la interrupción -- natural implica discontinuidad".

Se ve por lo expuesto, que la continuidad y la no interrupción de la posesión son dos caracteres distintos que deben de acompañarle y que hizo bien el código Francés en conser

(1) Baudry Lacantinerie. De la Prescripción. N^o 239 al 243.

varlos, si han de aplicarse a la posesión ad-usucapionem.

Ocupándonos ahora de la protección que en este derecho se dá a la posesión, encontramos que puede presentarse el caso de que el poseedor a título de dueño no cuente con acciones posesorias, si la posesión no reúne las cualidades señaladas. Sin embargo, como existe una serie de relaciones posesorias que no están amparadas por la acción que se concede al verdadero poseedor, para recuperar la posesión o impedir turbaciones en ella, y es de orden público en toda sociedad bien organizada reprimir las vías de hecho que afectan a cualquier relación jurídica, se ha creado, además de la acción posesoria, destinada a proteger la posesión que reúne los caracteres mencionados, otra acción de carácter policial, denominada la Reintegrante, que tiene mucha semejanza con la que en Derecho Canónico se llamó "Remedium Spolii".

Esta acción policial puede utilizarse no solo por el poseedor anual, que además tiene la posesoria, sino también por el que no alcanza a esta categoría, pues no se juzga en la instancia a que ella da lugar sino solamente el estado de hecho que fué turbado, también por vías de hecho, siendo su único objeto restablecer el antiguo estado de cosas anterior a la turbación. De aquí que esta acción policial puede ser intentada o deducida hasta por el mero detentador.

El Derecho Francés se diferencia del Romano, en que concede solo una acción posesoria, fundada en la posesión, que se llama "LA COMPLAINTE". El Derecho Romano da la acción Uti Possidetis para hacer cesar las limitaciones o turbaciones de la posesión, facilitando la prueba, como protege en igual grado la propiedad con la acción Negatoria. Y cuando se trata de la privación absoluta de la posesión, cuando se despoja de

ella al poseedor, éste tiene el interdicto recuperatorio "Unde vi", que en el derecho moderno no exige, como en el primitivo, el empleo de la vis-corporalis, sino que basta una privación de la posesión, una simple exclusión.

Pero en el Derecho Francés ya se trate de una simple-turbación de la posesión, ya se produzca un hecho que traiga consigo una limitación, o ya se dé el caso de una privación absoluta de aquella, no se tiene sino una acción posesoria: La Com plainte.

b) EN EL DERECHO GERMANICO.-

Según advierte Ernesto Lehr (1), los Jurisconsultos Alemanes antiguos tenían una institución correspondiente con mas o menos exactitud a la que hoy llamamos posesión y la designaban con el nombre de GEWERE. Tal nombre, lo mismo que la palabra francesa POSSESSION, indicaba tres cosas distintas:

- a) Poder de hecho que se tenía sobre un fundo;
- b) El derecho que nacía de este poder de hecho; y
- c) El fundo mismo sobre el cual recaía ese poder o ese derecho.

Como la posesión significaba un poder, un derecho y la misma cosa poseída. Teniendo en cuenta las exigencias del derecho romano, por virtud de las cuales la mera tenencia no acusaba posesión y la Gewere si, se ve de cuan distinto modo se llegó a entender el asunto.

En las Legislaciones positivas se refleja también esta variedad en el modo de entender la posesión. Por de pronto se cuestiona entre los Tratadistas, respecto del alcance de los preceptos del Derecho Romano, y en cuanto a las legislaciones

(1) Lehr. Citado por Laurent.

que mas o menos han seguido al der.cho Romano, ya manifestándo se totalmente en él, ya sufriendo su influencia, se nota bastante diversidad de pareceres.

Como se manifestó anteriormente el Código de Napoleón por ejemplo, en su Art. 2230, se tiende a ver en la posesión - el animus domini, y Laurent (1) sostiene que los redactores -- del Código de Napoleón no han reproducido la distinción de la posesión natural y Civil que existía entre los Romanos.

Si ahora, en breves términos, quisiéramos sintetizar de que suerte el concepto romano de la posesión pasó a las Legislaciones modernas, nada mejor que éstas palabras del profesor Azcárate (2), "Conservan, dice, el concepto romano de posesión: detentio rei corporalis animo sibi habendi: y de aqui -- los dos requisitos: corpus et ánimus, esto es la tenencia de la cosa y su retención en concepto de dueño. Pero se apartan, de un lado, en que mientras el Derecho Romano considera a la posesión como un poder absoluto análogo a la propiedad, admitiéndo solo la que se llama cuasi-posesión, respecto de determinados derechos reales, los códigos modernos reconocen que lo mismo cuadra a éstos que al dominio; y de otro, en que el primero solo ampara la posesión civil (la que conduce a la usucapión) y la posesión (la protegida por los interdictos); pero no la mera tenencia, mientras que muchos de los segundos conceden esta protección, siquiera fuera pasajera y provisional, afirmando el principio de que, cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede perturbarla arbitrariamente. Nótese además que unos códigos definen la posesión en su sentido -

(1) Laurent. "Historia del Derecho de Propiedad" Tomo III. Pág. 111.

(2) Azcárate. Cit. por Laurent. Ob. Cit. Tomo III.

mas lato, determinando luego las varias especies de ellas; al paso que otros, como el de Suiza, siguiendo a los Romanos, definen lo que tiene mayor importancia jurídica".

Las legislaciones modernas con variantes de detalle, organizan todas, su sistema de protección a la posesión a base de dos clases de acciones posesorias: las conservatorias destinadas a mantener una posesión que ha sido simplemente turbada; y las recuperatorias, destinadas a obtener la restitución de una posesión que ha sido perdida. No encontramos, en general, disposiciones que consagren principios equivalentes a los del "Sumariissimum Possessorium"; pero debe de advertirse que en la generalidad de las Legislaciones, las acciones posesorias están sometidas a una tramitación rápida y fácil. En algunas legislaciones encontramos al lado de las acciones posesorias, la autorización al poseedor para defender por si mismo y por la fuerza, sea la conservación de la posesión sea la recuperación de ella, pero a condición de obrar inmediatamente".

Debemos recordar especialmente, por la relación que ella puede tener con nuestro derecho, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, la cual admitió y reglamentó los cinco interdictos que existían en el antiguo Derecho Español; no hizo otra cosa que consagrar, los principios que éste había consagrado. Art. 691 y Stes. La Ley de Enjuiciamiento Civil reformada de 1880, conservó estos cinco interdictos con el mismo carácter, salvo lo referente al de Obra Vieja que se le denominó de Obra Ruinosa. Los Interdictos, conservan en la Legislación Española el carácter de medidas policiales, destinadas a mantener el orden y la tranquilidad pública; conservan igualmente el de juicios sumarísimos, que dejan a las partes, al menos en principio, el derecho de discutir de nuevo la posesión.

IV.- EN EL DERECHO NACIONAL

Nuestro Código Civil al igual que el Chileno, al seguir la corriente tradicional, romanista o clásica, trae como consecuencia, al contrario de la tendencia moderna, que las acciones posesorias, destinadas a resguardar la posesión, no se conceden a los meros tenedores, como el arrendatario. Estos -- cuando se ven amenazados o perturbados en su tenencia, están obligados a recurrir al propietario, lo que entraña dilaciones, dificultades materiales y complicaciones. En cambio en las legislaciones modernas, como la Alemana, que inspiradas en las ideas de Von Ihering, conceden la protección posesoria en la forma mas amplia posible, pues dan las acciones posesorias tanto a los poseedores como a los meros tenedores.

Por otro lado, el ánimo de señor o dueño (fuera de las críticas que provoca esta condición como elemento de la posesión), es sin duda, muy difícil de determinar exteriormente, máxime cuando el legislador, como en nuestro Código, no proporciona al Juez ninguna norma general al respecto. En cuanto al suelo, la ley dispone que se deberá de probar su posesión por hechos positivos, de aquellos a que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, etc.- etc. y otros de igual significación ejecutados, sin el consentimiento del que disputa la posesión. Art. 926 C.; pero ni en este caso especial, la norma es segura, porque esos actos pueden ser ejecutados aún por meros tenedores, como un usufructuario o un arrendatario.

Al definir las Acciones Posesorias, nuestro Código, nos dice en el Art. 918 que "Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos".

Del anterior señalamiento que nos hace nuestro Código Civil, podemos sacar a primera vista, dos conclusiones, a saber:

a) que las acciones posesorias solo son aplicables para el caso de que se trate de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos;

b) que por regla general, tutelan la posesión propiamente dicha, por excepción la mera tenencia, cuando esta es violentamente arrebatada a una persona. Art. 929 C; pero en este último caso como veremos oportunamente se discute el carácter de posesorio de la acción.

Hay que advertir ante todo, que, jurídicamente solo tienen el carácter de acción posesoria, la Querrela de Amparo y la Querrela de Restitución. Las otras según veremos, miran mas a la mera tenencia (Querrela de Restablecimiento), al ejercicio del derecho de propiedad o a otros fines. Sin embargo -- tal como las tiene nuestra legislación agrupadas en el Título XIII del Libro Segundo del Código Civil a todas ellas deberemos llamarlas, sin distinción Acciones Posesorias.

Además debe de considerarse y tenerse presente, que nuestra ley no reconoce ninguna acción para adquirir la posesión, que el Derecho Romano consagraba bajo el nombre de "Interdicto Adipiscendae Possessionis" y únicamente concede acción al que posee o ha poseído ya sea para conservar la posesión o para recuperarla.

En cuanto al fundamento de las acciones posesorias, ya se dijo, que éstas encuentran su razón de ser en la Paz Social. Impiden que los particulares con prescindencia de la autoridad del Estado, se hagan Justicia por si mismos y alteren por obra de sus solos medios, la situación de hecho existente-

relativa a los inmuebles.

Cabe señalarse además, que concurre casi siempre en las verdaderas acciones posesorias: el derecho probable que in directamente viene a garantizar. Es verdad que la posesión tiene la protección legal por sí misma, sin atención al derecho - que pueda o no corresponder al poseedor; pero también es indudable que las mas de las veces la posesión no representa sino el ejercicio legítimo de un derecho, y por ende, al dar las acciones posesorias el respaldo judicial a un poseedor, indirectamente se lo dán al propietario o al titular de otro derecho-real inmueble.

C A P I T U L O Q U I N T O

LA PROTECCION DE LA POSESION EN NUESTRO DERECHO CIVIL.

I.- GENERALIDADES

Antes de entrar en el estudio de las Acciones posesorias en forma pormenorizada, considero oportuno hacer una pequeña disgregación sobre las distintas clasificaciones que sobre las acciones en general nos traen los tratadistas.

Así podemos decir, que las actuales distinciones que la doctrina ha hecho sobre este punto, nos han llegado desde el Derecho Romano y de algunas doctrinas de los intérpretes -- que están en espera de una mejor coordinación y clasificación -- que sea verdaderamente científica. Estas distinciones reúnen sumo interés para el civilista, no solo desde el punto de vista procesal, sino desde el sustancial de las relaciones entre las acciones, la relación controvertida y la finalidad de la tutela jurídica, que es diverso según los casos. He aquí las divisiones tradicionales:

a) Acciones personales y reales. Esta es, todavía, la "Summa divisio actionum". Se llama real la acción que tutela una relación jurídica sobre cosas, por lo que puede promoverse contra cualquiera que se oponga al reconocimiento de esa relación. La lógica jurídica, perfeccionada ya en tiempos de Roma, une las pretensiones en forma que las accesorias y eventuales no desnaturalicen la índole de la principal o esencial. Por ello una acción real, sin que cambie el fundamento y sin desdoblarse, puede afectar las obligaciones del demandado.

Las acciones personales miran a la tutela de relaciones jurídicas de obligación, y así, pueden promoverse únicamente contra el obligado y sus herederos; pero no se altera su na

turalidad, aún cuando puedan incoarse contra terceros que se hallen, respecto al actor, en una relación determinada de carácter ilícito.

b) Acciones Posesorias y Petitorias. Las primeras se encaminan a la tutela provisional de un estado de hecho; las segundas, a la declaración de un derecho real. La diversidad de fines de estas dos categorías da lugar a la correspondiente del carácter de la prueba: una cosa es probar un hecho; otra probar un derecho. Una vez promovida la acción posesoria, no puede ejercitarse la petitoria hasta que recaiga sentencia y se lleve esta a ejecución, a no ser que el actor renuncie a las actuaciones con pago de gastos o costas; Ejercitada la acción petitoria, ya no hay posibilidad de promover la posesoria.

c) Acciones Muebles e Inmuebles.- Las primeras tanto si son personales como reales, tienen carácter de cosas muebles, porque se encaminan a hacer valer derechos sobre estas cosas; las segundas ya personales ya reales se consideran inmuebles y tienden a recobrar bienes de esta índole, o derechos sobre de ellos. Esta distinción nace del derecho civil, pero tiene sobre todo, efectos procesales.

d) Acciones Civiles y Comerciales.- Según se entienda de ella la jurisdicción civil o la comercial. Entre nosotros el mismo Juez de lo Civil conoce de las demandas mercantiles.

e) Otras clasificaciones de menor importancia, son: - Acciones Directas y Contrarias; Prejudiciales y Declarativas; - Acciones Civiles y Penales.

f) Acciones Populares.- También de origen romano, designan las que ejerce un ciudadano para tutela de un interés público que está unido al suyo particular. Solo se admiten en casos determinados por la Ley.

b) DEFINICIONES Y CARACTERISTICAS DE LAS ACCIONES POSESORIAS.

Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales -- constituidos en ellos. Art. 918 C.

Hemos visto que la circunstancia que la posesión esté amparada por acciones, ha inducido a algunos autores a afirmar que la posesión es un derecho. Dimos anteriormente las razones por las cuales, dentro de nuestro Código, debemos de considerar a la posesión como un hecho.

¿Porqué la Ley concede al simple hecho e la posesión-- consecuencias jurídicas?. La solución que ha recibido en todos los pueblos obedece a diversas razones. En primer lugar, el -- hecho de que lo mas general es que la posesión acompañe al derecho; el titular de éste es casi siempre aquél a quien se ve realizar los actos externos en que se manifiesta su ejercicio. Ahora bien, hasta el mismo verdadero dueño le es útil la ac--- ción posesoria, pues le dispensa de presentar la prueba, acaso difícil, de su derecho de propiedad y le permite rechazar las intrusiones y usurpaciones por medio de un procedimiento sencillo y poco costoso. En este respecto puede decirse, con Ihering que "la posesión es la vanguardia de la propiedad". Si por otra parte, suponemos un poseedor sin título, por poco que ésta se prolongue du. ante algún tiempo, basta para hacer mas digno de interés al poseedor que al tercero que venga a perturbarle. En efecto, la posesión contiene en gérmen la propiedad, -- puesto que conduce a ella por la prescripción; es justo y razonable que el poseedor pueda defender el estado de hecho de que disfruta por un medio jurídico, sin verse obligado a recurrir a vías de hecho. Esta última consideración tiene tal fuerza --

que justifica el ejercicio de la acción posesoria hasta contra el verdadero dueño, pues no es excesivo reclamarle que presente la prueba de su derecho, dado que la situación de hecho contra la que actualmente protesta no se hubiera producido si hubiera sido mas atento y mas diligente.

En cuanto al objeto de las acciones posesorias se ha fallado, que tienen por exclusivo objeto contener la acción de quienes obrando por su sola voluntad en perjuicio de los derechos del poseedor y con desmedro de la autoridad del Estado, - modifican o alteran la situación de hecho que existe en orden a la posesión de los inmuebles. En otros términos, los juicios-posesorios tienden solo a impedir que se altere la situación de hecho relativa a los inmuebles y a evitar que, substituyéndose a la autoridad del Estado, los particulares se hagan justicia por si mismos.

¿Las acciones posesorias son reales o personales?

El Art. 567 C. define y enumera los derechos reales, - y en su parte final dice que las acciones reales nacen de los derechos reales. Pero, si la posesión es un hecho jurídico, -- las acciones posesorias no son reales ni personales.

Sin embargo, es evidente que ellas deben de incluirse dentro de las acciones reales, porque lo que caracteriza a éstas es que pueden ejercerse sin respecto a determinada persona, lo que es el caso de las acciones posesorias.

Las acciones posesorias tienen siempre el carácter de inmuebles, porque de acuerdo a la definición del Art. 918 C. - las cosas en que se ejercen son siempre inmuebles, y también, - porque de acuerdo al art. 125 Pr. los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según la cosa en que han de ejercerse o que se deba.

Es un principio esencial del derecho moderno el de -- que unicamente los derechos inmuebles pueden ser objeto de una acción posesoria. Otra cosa ocurría en el derecho Romano, pues en este se encontraban acciones posesorias muebles, con el nombre de confessio y contraconfessio.

¿De dónde procede entonces la regla actual? Se contesta generalmente que la máxima en derecho "en materia de muebles la posesión equivale al título", hace inútiles en este caso -- las acciones posesorias, Pero esta contestación no es suficiente. En efecto, como se recordará, hay casos en que el propietario de un mueble puede reivindicarle de poder del tercero que lo posee (aunque este último sea de buena fe). Se comprendería por lo tanto, que hubiera en estos casos acciones posesorias -- para permitir al poseedor resistir cualquier tentativa de usurpación por parte de los terceros. La verdadera razón de la ley es que sería excesivo, para objetos que ordinariamente tienen poca importancia, establecer dos pleitos sucesivos, uno posesorio y otro petitorio; en este caso es preciso evitar pleitos -- que serían innumerables y que frecuentemente excederían el valor de los objetos litigiosos.

Jurídicamente ninguna razón hay para excluir los muebles de las acciones posesorias, y algunas legislaciones extranjeras, como la Alemana y la Argentina, expresamente conceden éstas respecto de los muebles. Pero nuestro Código Civil sólo da las acciones posesorias para proteger la posesión de los inmuebles o de los derechos reales constituídos en ellos. Parece que en definitiva, juzgó innecesario tales acciones respecto -- de los muebles por ser mucho mas fácil la prueba del dominio -- de ellos, por manera que la acción reivindicatoria y la de hurto o robo, cuando procede, llenan las necesidades tutelares --

del legítimo poseedor.

c) REQUISITOS NECESARIOS PARA ENTABLAR UNA ACCION POSESORIA.

Son tres los requisitos:

1º Que la persona tenga la facultad de entablar la acción posesoria;

Esta persona es el poseedor; pero no todos los poseedores pueden entablar estas acciones. El título XII del Libro-Segundo del Código Civil especifica los requisitos que debe reunir el poseedor para que pueda interponerlas; tales son en general:

- a) Que se trate de bienes inmuebles o de derechos reales constituídos en ellos;
- b) Que tenga o haya tenido una posesión tranquila y útil;
- c) Que esta posesión haya sido continua;
- d) Que haya durado un tiempo determinado (un año)

El plazo de un año debe de ser contado, según el Art. 920, desde el acto de molestia o embarazo inferido a la posesión. ¿Debe el poseedor haber poseído por si mismo durante un año? No es necesario, ya que este plazo debemos de considerarlo en armonía con los Arts. 756 y 2239 C. que permiten la agregación de posesiones. Expresamente el inciso final del Art. 920 permite la agregación de posesiones para ejercer estas acciones.

2º Es necesario que la cosa sea susceptible de ampararse por la vía de acción posesoria. Según se desprende de la definición del Art. 918 C., se puede amparar por medio de las acciones posesorias los bienes raíces o los derechos reales -- constituídos en ellos, con excepción hecha de las servidumbres discontinuas e inaparentes, ya que estas no son susceptibles --

de ganarse por prescripción. El Art. 919 C., indica que sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, no puede haber acción posesoria. El derecho real de herencia no puede ampararse por la acción posesoria, desde el momento que ella es una universalidad jurídica, pero nada obstaría que se entable para amparar un inmueble determinado.

Acciones del usufructuario, del usuario y del habitador. Dice el Art. 923 en su inciso primero "Que el usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos aún contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto.

El usufructuario, el usuario y el habitador son meros tenedores relativamente a la cosa; pero sobre sus respectivos derechos de usufructo, uso o habitación son poseedores y para proteger estos derechos pueden entablar las acciones posesorias.

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él; en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio. Art. 923 inciso segundo.

3º Debe de intentarse dentro de cierto plazo. Es decir, es necesario que no haya prescrito.

El plazo es de un año de posesión; luego las acciones posesorias prescribirían en un año; plazo que necesitaría el otro para ampararse por la acción posesoria. Art. 921 C.

En el caso de la Querrela de Amparo, este plazo de un año se cuenta desde que se ha producido la molestia o embarazo de la posesión. Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

La prescripción de las acciones posesorias no se suspende en favor de los incapaces; siendo esta prescripción que establece el Art. 921 de carácter especial, no se suspende en favor de las personas enumeradas en el Art. 2248 C.

d) COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LAS ACCIONES POSESORIAS.-

Pueden ser objeto de las acciones posesorias los bienes raíces y los derechos reales constituídos en ellos, siempre que se trate de aquellos bienes que pueden adquirirse por --- prescripción.

Excepción a lo anterior lo constituye el Art. 919 que se refiere especialmente, a las cosas que no pueden ganarse -- por prescripción, como las servidumbres inaparentes y discontinuas. Además este mismo artículo en su inciso segundo hace plena distinción, de la cual carece el Código Civil Chileno, en cuanto a los muebles por naturaleza o por adherencia, declarando que en el supuesto que los segundos hubieren sido objeto de perturbación en la posesión podrán ampararse por las acciones posesorias pero nunca los primeros, los cuales quedan fuera de la protección posesoria.

En cuanto a las servidumbres podemos decir, de acuerdo al Art. 825 C. que son aparentes e inaparentes, según su existencia se conozca o no por una señal exterior y son discontinuas o continuas según su ejercicio suponga o no un hecho actual del hombre. Art. 824.

Nuestra Ley solo permite ganar por prescripción las -

servidumbres que son a la vez continuas y aparentes. Art. 884-inc. 2º y declara expresamente en el Art. 919 inciso 1º, "sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria". Se ha querido fundar la negación de las acciones posesorias a las servidumbres inaparentes en la circunstancia de que por su falta de signos externos, dan lugar a una posesión viciosa, oculta o clandestina y la privación de las mismas acciones respecto a las servidumbres discontinuas, se la pretende hacer descansar en la falta de continuidad de la posesión. Pero la exigencia de la continuidad y de la apariencia de la servidumbre no tiene relación alguna con las calidades de continuidad y de publicidad de la posesión. La norma legal que autoriza la prescripción y las acciones posesorias sólo respecto a las servidumbres continuas y aparentes, gran parte de la doctrina moderna la encuentra injustificada en el derecho; la prescripción y las acciones posesorias deberían de reconocerse a todas las servidumbres establecidas por el hecho del hombre y someterse a las reglas generales. Solamente una razón histórica es aducible a este respecto, y es, que en el Código de Napoleón, sus codificadores se esforzaron ante todo, por establecer una legislación uniforme que barriera con las diferencias locales hasta entonces imperantes.

De acuerdo a la ley, del derecho de herencia nos habla el Art. 920 que nos dice "Que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor si viviese", es decir, que el derecho de herencia en si, aunque comprenda inmuebles, no tiene el carácter de inmueble y por tal motivo no es susceptible de ampararse por medio de las acciones posesorias, pero el heredero ver-

dadero o putativo de un bien inmueble del cual esta en posesión, si, tiene el derecho de ejercer las acciones posesorias derivadas de su posesión de ese inmueble único o singular, pero nunca de la universalidad de la herencia.

Una situación que merece examen, por su carácter equívoco, es la sostenida por el Art. 2238 C. que nos dice en su inciso primero que "la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos que no resulta gravámen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna", es decir, que la persona que se aprovecha de la omisión de actos de mera facultad de otra persona o que hace uso de una cosa por mera tolerancia de su dueño o poseedor, no puede ampararse en las acciones posesorias contra éstos u otros terceros.

Los actos de mera facultad son definidos por la ley, en el mismo artículo citado, pero los actos de mera tolerancia no los define en ninguna parte del Código Civil, pero de acuerdo a la doctrina tradicional, puede decirse, "Que actos de mera tolerancia son aquellos hechos de uso o de utilización de cosa ajena y que el propietario o poseedor de ésta soporta a los extraños, principalmente vecinos, por espíritu de benevolencia y sin imponerse gravámen alguno en su contra, o sea, sin conceder un derecho a favor de los extraños.

El que por simple tolerancia del dueño de la cosa, ejerce un derecho real en la misma es un verdadero poseedor precario del que nos habla el inciso segundo del Art. 1953 C.

e) SUPUESTOS DE LAS ACCIONES POSESORIAS.

Los supuestos de las acciones posesorias son dos:

1º Posesión tranquila y no interrumpida un año completo.

El plazo de un año completo de posesión tranquila y -

no interrumpida se cuenta hacia atrás desde la fecha del embargo o despojo.

Cabe preguntarse, porque la ley ha puesto el plazo de un año y no otro de mayor duración. Al respecto los autores -- contestan: que la ley ha puesto este plazo porque estima que -- en el transcurso de ese tiempo hay margen para demostrar que -- se tiene realmente una posesión y no una simple tenencia u ocupación momentánea: a travez del período anual se realiza la mayoría de los hechos y actos que, como la producción y cosecha de los frutos del inmueble, exteriorizan una posesión inequívoca. Y si se considera que de ese mismo modo se benefician, para interponer sus querellas, los que pudieron haber sido privados de la posesión por el actual poseedor, hay fundamento, si en todo ese tiempo nadie reclama, para pensar que la actual posesión tiene visos de ser legítima y que merece la protección interdictal.

b) Que haya sufrido un acto de molestia o embarazo inferido a su posesión o que haya sido privado de ésta.

Molestia o embarazo inferido a la posesión es todo acto o hecho voluntario realizado de buena o mala fe, que, sin -- despojar a otro de su posesión la contradice o implica disputar el dominio o simplemente el derecho que pretende tener el poseedor a ejercitarlo.

De lo anterior se deducen ciertos caracteres de la molestia o turbación, que es necesario aclarar:

1º Debe de existir una voluntariedad en el hecho o acto perturbatorio;

2º Los actos ejecutados deben de consistir en simples molestias, pero no deben de privar completamente de la pose---

sión pues en tal caso, constituyen despojo.

3º El hecho para calificarse de molestia o embarazo, debe de contradecir la posesión ajena.

La turbación, molestia o embarazo puede ser de hecho y de derecho, siendo la primera el ataque material cometido -- contra la posesión ajena, tal como la introducción de animales en el predio de un tercero. La turbación de derecho son las declaraciones o actos jurídicos que suponen inequívocamente una pretensión contraria a la posesión ajena; ejemplo: una gestión encaminada a inscribir un título de dominio relativo a un inmueble que posee otra persona.

f) PRUEBA DE LA POSESION.

En los juicios posesorios, corresponde al actor la -- prueba de los hechos que son supuestos de la protección legal.

Entre estas pruebas, debe de ostrar especialmente:

a) Que el inmueble o derecho real objeto de la turbación o despojo ha sido poseído ininterrumpidamente y en forma tranquila durante un año o mas y que esta posesión la he ejercido personalmente o la he completado agregando la posesión de mis antecesores a la mía;

b) Que se me ha tratado de molestar o turbar mi posesión o que en el hecho se me ha turbado o molestado por medio de actos que expresaré circunstanciadamente, o que se me ha -- despojado de la posesión por medio de actos que indicaré clara y precisamente.

En general puede decirse que en los juicios posesorios lo que debe de probarse o justificarse es la posesión alegada y el derecho a ser protegido que emana de esta misma posesión, dejándose a un lado o en segundo término la prueba de la propiedad.

Con todo puede un poseedor, para comprobar su posesión exhibir títulos de dominio con los cuales viene a confirmar y corroborar la posesión que alega, pero ésta deberá probarla por otros medios admisibles, como la deposición de testigos sobre la realización de los actos de que nos habla el Art. 926 C. Por si solos, los títulos de dominio no demuestran que se tiene la posesión material aunque si la posesión jurídica, si el título se encuentra debidamente inscrito.

II.- QUERRELLA DE AMPARO.

La Querrella de Amparo es la que tiene por objeto, conservar la posesión de los bienes raíces o de los derechos reales constituidos en ellos. Art. 918 y 922.-

La Querrella de amparo supone que el poseedor conserva aún la posesión de la cosa, pero que ha sido turbado o molestado en esta posesión.

Tanto la Querrella de Amparo como la de Restitución -- tienen un objeto común, cual es el de defender la posesión. Su distinción estriba precisamente o dicho de otra manera su distinción estriba principalmente en cuanto a la naturaleza y efectos de los hechos o actos que atentan contra la posesión: -- si ellos la turban o embarazan, se configura la querrella de amparo, a fin de conservarla libre de molestias; si los hechos o actos producen el despojo injusto de la posesión, se configura la Querrella de Restitución para recobrarla. Pero no es ésta una diferencia esencial que separe ambas acciones. V por eso el Código Civil dicta como comunes la mayor parte de disposiciones que les dedica y el Código de Procedimientos Civiles aún cuando les dedica por separado el Capítulo I y II del Título VI, sus disposiciones casi estan redactadas de manera similar.

El actor en la Querrella de Amparo de acuerdo al Art.-

922 tiene derecho para pedir:

- a) Que no se le turbe o embarace su posesión;
- b) Que se le indemnice los daños que con los actos de perturbación se le hubieren causado;
- c) Que se le de seguridad contra el daño que fundadamente teme.

En todo caso deberá probar en el juicio que se le ha tratado de turbar o molestar o que en el hecho se le ha turbado o molestado por medio de actos que expresará circunstancialmente; si pide seguridades contra el daño que fundadamente teme, especificará las medidas o garantías que solicite contra el perturbador.

De las pocas diferencias que nuestra ley señala entre la Querrela de Amparo y la Querrela de Restitución se encuentra la dicha en el inciso primero del Art. 928, en el sentido siguiente: en la Querrela de Amparo la demanda únicamente puede ser entablada contra el que turba o trata de turbar o embarazar la posesión, en cambio la de restitución puede entablar-se contra el usurpador mismo o contra cualquier tercero que derive su posesión de la del usurpador.

Las acciones posesorias y especialmente la de amparo y la de restitución persiguen como efecto fundamental, el volver o reintegrar la posesión al mismo estado que tenía antes de la turbación o despojo.

III.- QUERRELLA DE RESTITUCION O DE DESPOJO.

La Querrela de Restitución o de Despojo es la encaminada a recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos -- reales constituidos en ellos, de que ha sido injustamente privado el poseedor.

El intento o conato de despojo, es decir, si este no-

ha sido consumado, representa una turbación o molestia de la posesión, que solo autoriza la querrela de Amparo y no la de restitución.

Se entiende por perturbación, nos dice Aubry y Rau -- (1), "cualquier hecho material o cualquier acto jurídico dicho que, ya directamente o por si mismo, ya indirectamente y por via de consecuencia, constituye o implica una pretensión contraria a la pretensión ajena".

El poseedor que injustamente ha sido privado de su posesión, de acuerdo al Art. 927, tiene derecho a pedir ante el Juez que examina la causa:

- a) Que se le restituya la posesión de que ha sido privado.
- b) Que se le indemnice del perjuicio recibido.

Para obtener lo anteriormente señalado solamente está obligado a probar:

- a) Su posesión pacífica;
- b) El despojo de que ha sido víctima;
- c) Que personalmente o agregando la de sus antecesores ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo.

El despojo de la naturaleza que fuere deberá ser explicado en forma pormenorizada al Juez de la causa, para que este deduzca y se forme un pleno concepto de los actos que constituyen el despojo.

De acuerdo al Art. 928, la querrela de restitución puede ser entablada no solo contra el usurpador directo, sino contra toda persona, cuya posesión se deriva de la del usurpa-

(1) Aubry et Rau. "Curso de Derecho Civil Francés" Tomo II. -- Pág. 184.-

dor, sea éste tercero de buena o mala fe.

Otra cosa sucede con la indemnización por perjuicios, para lo cual la ley señala en el inciso segundo del Art. 928 - que únicamente serán obligados a la indemnización de perjui-
cios el usurpador mismo o el tercero de mala fe, y habiendo va-
rias personas obligadas, todos lo serán "in solidum", o sea --
que cualquiera de ellas debe de cumplir la indemnización por -
entero.

Por usurpador debe de entenderse no solo el autor ma-
terial del despojo, sino también el autor moral del mismo, es-
decir, la persona que ha dado la orden del despojo y en cuyo -
favor o con su aprobación se ha efectuado.

a) Paralelo entre las Querellas de Amparo y de Resti-
tución.

1ª La de amparo tiene por objeto evitar actos de en-
torpecimiento; la de restitución recuperar la posesión; la de
amparo solo se dirige contra el autor del entorpecimiento; la-
de restitución se puede seguir contra el que hizo el despojo,-
y contra toda persona cuya posesión derive de la del usurpador.

2ª La Querella de Restitución tiene un segundo objeti-
vo; indemnización de perjuicios; puede ser demandado el despo-
jante y el tercero de mala fe; si hay varios despojantes, la -
responsabilidad es solidaria. Inc. 2º del Art. 928 C.

IV.- QUERRELLA DE RESTABLECIMIENTO.

La Querella de Restablecimiento es aquella por la ---
cual el despojado violentamente de la posesión o de la mera te-
nencia de un inmueble persigue se le restituya en esa posesión
o mera tenencia en que se encontraba antes del despojo violen-
to. Art. 929 C.

La Ley permite hacer uso de esta querella, no solo al

que adquirió la cosa por un medio normal y pacífico sino al despojador violento o poseedor o tenedor clandestino, pues el Código dice expresamente que para usar de esta querrela sólo es necesario probar el despojo violento, no pudiendo objetarse al querellante clandestinidad o despojo anterior. Inc. 1º del Art. 929 C.

A partir del despojo es que el poseedor o mero tenedor de la cosa puede entablar la acción posesoria dentro de un plazo máximo de seis meses, pasado los cuales ésta se entenderá prescrita para exigir que se restablezcan las cosas al estado anterior.

El fundamento para entablar esta Querrela no es propiamente un amparo a la posesión, sino mas bien una sanción a la violencia. De allí que antiguamente se le llamara 'Querrela de Despojo violento. Tiene la querrela de Restablecimiento caracteres propios y relevantes, descansa sobre los principios conservadores del orden social y la paz pública. Tales principios quieren que nadie se haga justicia por sí mismo y que, en consecuencia, cualquiera que es despojado por la violencia sea, ante todo, reintegrado.

a) NATURALEZA JURIDICA.

Es discutible la naturaleza jurídica de la Querrela de Restablecimiento si tomamos en cuenta las características especiales de la misma.

La discrepancia de opiniones entre los mas connotados autores lo podemos sintetizar así:

a) Para ciertos autores, no se trata de una verdadera acción posesoria, sino de una acción personal, destinada a garantizar la paz social, a sancionar el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo; es simplemente una acción

personal dirigida a reparar el daño causado. Su fin no es asegurar la prescripción, sino la paz pública en general.

b) En opinión de otros, la Querrela de Restablecimiento es una verdadera acción posesoria, porque sus peculiaridades no hacen desaparecer el hecho fundamental de que se protege -- la situación de un sujeto frente a un inmueble determinado. La comprensión de la mera tenencia dentro de su tutela no representa sino una demostración de la estrechez de la concepción clásica de la posesión, que excluya aquella de esta última; pero la noción de la detentación o mera tenencia cualesquiera -- que sean sus diferencias con la posesión, no puede dejar de reconocerse que es de una naturaleza jurídica parecida o semejante.

Somos partidarios de la primera concepción, porque -- creemos que lo decisivo en la Querrela de Restablecimiento es -- garantizar a todo trance la paz social. Sólo así se explica -- que dicha querrela se ponga en manos del poseedor o tenedor -- violento que, a su turno, es despojado en la misma forma.

En cuanto a la Legislación Salvadoreña parece no estimar la Querrela de Restablecimiento como una verdadera acción posesoria. En cuanto a la manifestación anterior, se nos puede argüir la colocación de la misma en nuestro Código en el Título relativo a las acciones posesorias; pero tal argumentación es formalista únicamente y no merece mayor comentario, -- pues el lugar que una institución ocupa dentro de un Código, -- no determina su naturaleza jurídica.

El Código Civil Salvadoreño en este sentido es claro, al manifestarnos en el Art. 929, que concede la Querrela de Restablecimiento al que, en general "no pudiere instaurar otra acción posesoria". El inciso final de dicho artículo reafirma-

la tesis que sostenemos al disponer que "restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan", claramente se manifiesta así que la querrela de restablecimiento no es una de estas acciones.

Para entablar esta acción, es necesario que concurren en quien la alega, las siguientes circunstancias:

- a) Haber sido despojado de la mera tenencia o posesión.
- b) Haber tenido al momento del despojo la posesión o la mera tenencia del bien raíz de que se trata.
- c) El despojo debe de haber sido violento.

No es requisito de esta acción, el hecho de que la persona que la entable haya tenido cierto tiempo de poseer o de tener la cosa, pues la ley a este respecto no hace ningún distinción y autoriza su uso tanto por el que posee un inmueble o derecho real desde hace mucho tiempo como al que acaba de entrar en posesión o tenencia de los mismos.

b) COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA QUERRELLA DE RESTABLECIMIENTO.

Dado el carácter amplio en que ha sido redactado el Art. 929, pareciera que la querrela de restablecimiento podría aplicarse incluso al que ha sido víctima de despojo violento de un bien mueble, pero desde luego, partiendo del punto de vista, que la ley considera a ésta como una acción posesoria y por ende la ha colocado dentro del Título XII del Código Civil, debemos de respetar la limitación que nos hace el Art. 918. Por lo demás diremos que esta acción en el fondo no defiende la posesión sino la mera tenencia, puesto que el motivo de su protección lo hace la violencia del despojo sin tomar en cuen-

ta el carácter en el cual la víctima del despojo tenía la cosa, ya sea como poseedor o como mero tenedor.

Aquí cabe la pregunta, si el usurpador de un bien de uso público puede hacer uso de la querrela de restablecimiento en caso fuere despojado violentamente del mismo; a este punto podría contestarse que sí, está autorizado por la Ley para hacer uso de la Querrela de Restablecimiento, pues ésta declara, que puede hacer uso de ella "todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, o sea de la mera tenencia, y -- que por poseer a nombre de otro, o por otra causa cualquiera, -- etc.", es el caso en el cual se encuentra indudablemente el me ro tenedor de una cosa que no puede ganarse por prescripción. -- Pero hay mas todavía, al conceder la Querrela de Restableci--- miento el Art. 929 al que "no pudiere instaurar acción posesoria", implícitamente reconoce que aquella no es una de éstas, -- y por tanto, no estaría sometida al precepto según el cual sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, no puede haber acción posesoria.

En cuanto a las servidumbres los autores discuten y -- en general están de acuerdo en que no es aplicable a ellas la querrela de restablecimiento, pues para ello es preciso ser de de tentador de la cosa para poder quejarse de haber sido expulsa- do de ella, y solicitar ser reintegrado en la misma. Pero la -- detentación que es la tenencia material de la cosa, supone un objeto material sobre el cual recae. Y no se concibe que el po seedor de un derecho real de servidumbre pueda ser físicamente desposeído o expulsado por violencias o vías de hecho, puesto- que él no tiene la detentación material de la cosa sobre el -- cual éste derecho pueda ejercerse. El no puede ser sino turba- do, embarazado o inquietado en elejercicio de ese derecho, ---

pues el propietario o poseedor del fundo sobre el cual pesa la carga ha conservado la posesión material y la disposición física del predio sirviente. Por lo demás, la violencia, que dá lugar a la querrela de restablecimiento jamás puede entenderse respecto de la obra hecha por alguien en su propio fundo.

Hay sin embargo una excepción, y se refiere a las obras aparentes efectuadas con el fin de facilitar el ejercicio de la servidumbre. La destrucción de tales trabajos constituiría el despojo o expulsión violenta ya que en éstos casos la detentación se aplica a los signos materiales de la servidumbre, y no ésta misma. Los autores señalan que en el caso anterior el querellante debe de solicitar el restablecimiento de las obras aparentes de la servidumbre es decir solicitar la posesión de éstas que es con respecto a las cuales ha existido despojo o violencia y no con respecto al derecho real de servidumbre.

c) SANCIONES A QUE PUEDE DAR LUGAR EL DESPOJO VIOLENTO.

a) Conforme al Art. 930 C. los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código Penal corresponda. Constituirá delito en el primer caso y en tal situación la víctima puede accionar en el correspondiente juicio criminal o el Juez de oficio imponer o mandar imponer una pena al infractor conforme al Art. 474 y siguientes del Código Penal.

b) El Juez que conoce de la querrela de restablecimiento al pronunciar sentencia y si ésta es favorable al querellante, deberá ordenar que las cosas se restablezcan por el querrellado vencido en el estado en que se hallaban antes de cometida la violencia.

c) Dada su naturaleza, en la Querrela de restableci---

miento, no procede ordenar el pago de los daños; pero lo cual podrá demandarse posteriormente por la vía ordinaria o sumaria, según su cuantía. Dentro de los daños debe de entenderse tanto el daño emergente como el lucro cesante puesto que la ley a es te respecto no ha hecho distingo alguno en esta parte.

d) DIFERENCIAS ENTRE LA QUERRELLA DE RESTABLECIMIENTO Y LAS ACCIONES POSESORIAS PROPIAMENTE TALES.

a) Las acciones posesorias propiamente tales pueden deducirse sólo por el poseedor, la querrella de restablecimiento, también por el mero tenedor;

b) Las primeras tienen como supuesto la posesión de un año completo; la segunda, cualquier tiempo de posesión o de mera tenencia, aunque sea muy reducido éste;

c) El despojo anterior al adversario a la clandestinidad obstan a las acciones posesorias propiamente tales; pero no a la querrella de restablecimiento.

d) Las acciones posesorias prescriben al cabo de un año completo, contado desde los hechos que las motivan; la querrella de restablecimiento prescribe en seis meses contados desde el despojo violento.

Continuaremos haciendo el estudio de las Acciones Posesorias especiales que el Código engloba en el Título XIII -- del Libro Segundo para después hacer un estudio de la Acción -- Publiciana.

V.- ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES.--

Con este nombre engloba el Código Civil Salvadoreño -- en el Título XIII del Libro II, acciones como: Denuncia de obra nueva y la Denuncia de Obra Ruinosa y algunas otras que no tienen nombres específicos, pero por tener caracteres más o menos similares entre sí, las agrupa en un mismo Título como ya-

se dijo.

Como dice el profesor Claro Solar (1), "muchas de las llamadas por el Código Civil acciones posesorias especiales, + en realidad no son acciones posesorias, pues miran mas que a -- la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad, y establecen restricciones o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los -- propietarios pudiera ocasionar.

Podemos señalar desde ahora, que las reglas aplica--- bles a las acciones posesorias comunes no son aplicables a las acciones posesorias especiales contempladas en este Título, -- por razones tanto formales como de fondo, tales son:

a) Porque el propio legislador hizo tal división to-- mando en cuenta la propia naturaleza de las mismas, tanto de u nas como de otras y las colocó en Títulos distintos dentro del Libro Segundo del Código Civil;

b) Si examinamos detenidamente el fin de las acciones posesorias comunes y de las acciones posesorias especiales veremos que las segundas persiguen en general la mera conserva-- ción provisional de un orden de cosa existentes en la actuali-- dad, no siendo necesario para entablarlas tiempo alguno de po-- sesión anterior; basta la posesión actual y la prueba del he-- cho perturbador que da nacimiento a la acción; en cambio las -- comunes, exigen para poderse entablar un estado de posesión -- tranquila y no interrumpida un año completo, persiguiendo en -- general mantener la paz social y evitar que el propio interesado se haga justicia por si mismo.

Lo anteriormente expuesto no significa, que la regla-

(1) Claro Solar. "Explicacio. de Derecho Civil Chileno y Com-- parado" Tomo IX, Pág. 535.

dicha de no tomar en cuenta en los juicios posesorios el dominio que por una u otra parte se alegue, debe dejar de aplicarse, ya que en todo caso el carácter sumario de los juicios posesorios y el fin que en ellas se persigue, excluyen la posibilidad de discutir el dominio.

a) REGLAS COMUNES A TODAS LAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES.

Podemos señalar tres reglas comunes a estas acciones:

a) Conforme al espíritu general de la legislación no es necesario tiempo alguno de posesión para tener el derecho de poder entablar estas acciones.

b) Las acciones posesorias especiales no tienen lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituidas. Art. 948.

c) A todas estas acciones se aplica la norma sobre pluralidad de personas que pueden ser demandantes o demandadas de la denuncia o querrela que señala el Art. 947 C.

Con respecto al numeral C podemos agregar que de acuerdo al precitado artículo, basta intentar la querrela contra una de las personas a que pertenece la obra, porque lo que importa es el riesgo que crea ésta y no a la pluralidad de sujetos a que ella pertenece, y la urgencia de la medida que se persigue quedaría ilusoria muchas veces si fuera necesario individualizar a todas esas personas. Pero de la indemnización de perjuicios a que por los daños hubiere lugar, responden los dueños de la obra por partes iguales, ya que se trata de una deuda divisible. Esta división igualitaria de la responsabilidad es frente al denunciante, sin perjuicio de que los grabados con la indemnización la dividan entre sí a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra.

VI.- DENUNCIA DE OBRA NUEVA.

a) NOCIONES GENERALES E HISTORIA.-

Puede ocurrir que en nuestro propio inmueble o en un inmueble vecino, se realicen obras o trabajos que nos perjudiquen; en el Derecho Romano, ésta situación era contemplada por medio de dos procedimientos especiales:

a) La denuncia de obra nueva (Operis Novi Nuntiatio)

b) La prohibición y el interdicto Quod Vi aut Clam.

Es aquí en que consistían y cuales eran sus efectos:

a) La denuncia de Obra Nueva, como dice Von Wetter -- (1), es el acto en virtud del cual una persona lesionada por obras nuevas relativas a una construcción, se opone a ellas, -- con este efecto: que los trabajos deben de ser provisionalmente suspendidos. La denuncia de obra nueva se acordaba solamente en el caso de obras nuevas consistentes en edificaciones y su efecto consistía en hacer suspender provisionalmente la prosecución de ellas. Si no obstante la denuncia, el constructor de las obras seguía adelante, el denunciante tenía un interdicto especial, llamado de "Opere Restituendo"; el efecto de este interdicto era hacer restablecer el estado de los lugares. Pero el denunciante estaba a su vez obligado a promover inmediatamente del acto de denuncia de obra nueva, la correspondiente acción petitoria, en la cual se resolvía definitivamente sobre el derecho de las partes. La denuncia de obra nueva, como se ve, no constituía por sí mismo un interdicto posesorio, pero podía dar lugar a un interdicto restitutorio, el cual no tenía relación alguna con los interdictos posesorios, ni con la teoría de la posesión.

b) En cuanto al interdicto "Quod vi aut Clam", supo--

(1) Von Wetter.- Citado por Claro Sola. Ob. Cit. Tomo IX.

nía el caso de llevarse a cabo una obra cualquiera, construc--
ción, plantación, etc. sobre el suelo. La persona a quien esa
obra perjudicaba, tenía el derecho de oponerse a su prosecu--
ción y si a pesar de esta oposición ella era continuada, el o--
ponente podía ocurrir al interdicto "Quod Vi" cuyo efecto era
hacerla suspender. Si la construcción se había realizado ocul--
tamente, el interdicto para hacerla suspender era el "Quod ---
Clam". La persona contra quien se dirigían estos interdicto si
era poseedor del suelo, podía recurrir al interdicto "Uti Pos-
sidettis" para hacer levantar la prohibición, de manera que --

en este caso ellos carecían de interés práctico; si por el
contrario, no era poseedor, entonces si, ellos presentaban in--
terés porque el constructor de la obra se veía en la necesidad
de recurrir a la acción petitoria, en la cual se discutía el --
derecho y la situación definitiva de las partes. De cualquier--
manera, se ve que estos interdictos no eran propiamente poseso
rios, ni deben confundirse con el interdicto Unde Vi o el de --
Clandestina Possessione.-

En la antigua legislación española encontramos la de--
nuncia de obra nueva con el carácter que tenía en el derecho --
romano, es decir, con el carácter de un acto extrajudicial, --
tendiente a obtener la suspensión de una obra nueva que perju--
dicaba nuestra posesión. Había como consecuencia y así fué de--
finitivamente consagrada en el derecho español, la acción y el
interdicto de obra nueva.

b) CONCEPTO.

En un sentido natural significa toda cosa hecha que --
antes no existía o que si existía, resulta distinta o diferen--
te por la naturaleza de las modificaciones a que fué sometida.

Nuestro Código en contraposición el Código Francés, --

no distingue entre la obra nueva y las ya hechas o concluidas, según puede verse en el Art. 938, que declara "Que lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no solo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre".

Puede definirse la Denuncia de Obra Nueva como "La acción judicial que, a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, hasta que en el juicio correspondiente se resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra".

La obra nueva puede ser de varias clases:

a) En primer lugar, no solo puede consistir en un edificio, ~~sin~~ también en toda construcción con cuya erección se perjudique la propiedad, posesión o el derecho del demandante.

b) En segundo lugar, es obra no solo el trabajo del que resulte lo que vulgarmente se entiende por edificación, sino que hay que considerar como tal un trabajo de excavación o perforación o aún de demolición.

c) CARACTERES DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA.

a) La acción de obra nueva presupone trabajos no concluidos o si ya han sido concluidos no constituyen servidumbre, pues el objeto de esta es impedir o suspender la obra en el primer caso, pero de todas maneras no se entiende el derecho para poderla destruir.

b) Para algunos autores no es necesario que los trabajos estén comenzados, basta que estén a punto de comenzarse y que se conozca esta intención por hechos exteriores que demuestren la voluntad de llevarse a cabo la obra, como por ejemplo: la preparación de un terreno con su terracería y la acumulación de materiales para una construcción. Por eso el Código Ci

vil habla de "Toda obra nueva que se trate de construir, etc." y una cosa se trata de construir no solo desde que se empieza su ejecución misma, sino también desde que se realizan los actos o hechos encaminados a iniciar dicha ejecución.

(c) El ejercicio de la acción de obra nueva no está subordinado al mayor o menor grado de avance en la ejecución de la obra, basta que no estén concluidos o que aún no se hayan -- constituido en servidumbre.

(d) La denuncia de obra nueva procederá háyase producido o no la turbación de la posesión del denunciante por virtud de la obra no concluida: en el primer extremo la denuncia tenderá a prevenir su extensión o agravamiento con la continuación de la obra; y en el segundo, a que se impida el comienzo de la turbación.

(e) Que el embarazo de la posesión o su posible turbación deben de tener por causa determinante la obra nueva.

En el inciso primero del Art. 931 nos habla la Ley de Obras nuevas que se tratan de construir sobre el suelo de que se está en posesión, en cambio en el inciso primero del Art. 932 nos habla de obra nueva construida en el predio sirviente, como el caso que en el predio sujeto a una servidumbre de tránsito se trate de construir una obra que estorbe el ejercicio de esta servidumbre. La anterior distinción tiene una gran importancia, porque en el primer caso, basta que se trate de -- construir cualquier obra nueva sobre el suelo del poseedor para que éste tenga derecho de denunciarla: la intromisión extraña mediante la obra nueva, salvo ciertas excepciones que mas adelante se verán, constituye por si sola un atentado a la integridad del bien ajeno o una turbación a la posesión del mismo que autoriza la interposición de la querrela. No ocurre lo mis

mo en el segundo caso, pues no es suficiente ejecutar una obra en el predio sirviente para que ella sea denunciabile; es necesario, además, que esa obra embarace el goce de la servidumbre en él constituida.

d) OBRAS NUEVAS DENUNCIABLES.

Según nuestra ley son denunciables:

a) Las obras nuevas que se tratan de construir sobre el suelo de que otro está en posesión. Inc. 1º del Art. 931.

b) Obras nuevas construidas en el predio sirviente -- que embarazan el goce de una servidumbre constituida en él. -- Inc. 1º del Art. 932.

c) Construcciones que se tratan de sustentar en edificio ajeno, no sujeto a tal servidumbre. Inc. 2º del Art. 932.

d) Obras voladizas que atraviesan el plan vertical de la línea divisoria de dos predios.

La enumeración anterior no es taxativa, sino que está puesta a manera de ejemplo y serán las leyes especiales, las que vengan a ampliar su número. ↙

e) NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE OBRA NUEVA.

La naturaleza jurídica de la denuncia de obra nueva -- es un asunto ampliamente discutido.

En el sentir de algunos autores, entre ellos algunos -- muy famosos, se trata de una verdadera acción posesoria, cuya -- única peculiaridad consistiría en que puede proteger una turba -- ción no realizada, simplemente eventual.

En el pensamiento de otros, aún cuando la denuncia de obra nueva, también tiende, como las acciones posesorias comunes, a conservar un estado de hecho, se diferencia de estas últimas, por su finalidad, que es típicamente cautelar en cuanto mira a prevenir un daño o un perjuicio que puede derivar de --

una nueva obra, hasta que posteriormente se acepte el derecho de prohibirla.

VII.- DENUNCIA DE OBRA RUINOSA.

a) HISTORIA DE ESTA ACCION.

La denuncia de obra ruinosa encuentra su origen en la caución romana de "Danno Infecto" o daño nohecho pero temido,-- Posteriormente y con los mismos caracteres apareció en España-- a través de las Partidas Reales de donde las tomó don Andrés -- Bello para el Código Civil Chileno y de éste pasó a nuestro Có digo Civil.

CONCEPTO. Puede definirse la denuncia de obra Ruinosa como "La acción entablada para evitar o prevenir un perjuicio al sujeto que la entabla y se dirige a obtener la enmienda, reparación o demolición de un edificio o cualquiera otra construcción vecina que amenaza caerse, o el afianzamiento o extracción de árbo les mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de -- ordinaria ocurrencia". Art. 933 y 936 C.

De lo anterior se deducen las finalidades de la denun cia de obra ruinosa, éstas son:

1ª La reparación inmediata del edificio o construc--- ción que, con la amenaza de su caída, infunde temor de daño, o el afianzamiento de árboles que, por el estado en que se en--- cuentran, provocan la misma amenaza o temor.

2ª La demolición de esos edificios o construcciones,-- o la extracción de esos árboles.

Será el Juez que conoce de la causa, quien previa ins pección hecha en el lugar en que se teme la caída del edificio o del árbol mal arraigado quien determine si el daño que se te me es grave y no siéndolo permitirá que el querellado únicamen te caucione a los querellantes del posible perjuicio que se te

na. Art. 933.

b) NATURALEZA JURIDICA DE LA DENUNCIA DE OBRA RUINOSA.

La denuncia de Obra Ruinosa no es una verdadera acción posesoria. Desde luego, no tiende a evitar o reprimir un despojo o una turbación de la posesión, conceptos que, en su sentido técnico, implican disputar el derecho de ejercerla: el dueño de la obra ruinosa no controvierte este derecho al propietario o poseedor del inmueble vecino que corre el riesgo de ser dañado con la eventual caída de aquella. En seguida, la denuncia de obra ruinosa no tiene, como las genuinas acciones posesorias, el fin característico de proteger el curso de la prescripción, porque el hecho que tiende a prevenir es incapaz de interrumpirla: si un árbol o un edificio cae sobre la heredad del poseedor, no por eso este último queda imposibilitado de ejercer actos posesorios y, en consecuencia, su posesión no se interrumpe naturalmente ni se detiene el curso de la prescripción.

En realidad la denuncia de obra ruinosa es una acción que protege la integridad de las personas y de los bienes, amenazada por la eventual caída del edificio, construcción o árbol vecino; y frente a los propietarios de éstos, solo representa una vía para hacer efectiva la obligación de todo dueño de no poner en peligro con sus bienes la vida o las propiedades ajenas.

c) SUPUESTOS DE LA DENUNCIA DE OBRA RUINOSA.

- a) El inmueble que amenaza ruina debe de ser vecino al del denunciante.
- b) Debe de temerse que por efecto de la ruina del inmueble vecino se produzca un perjuicio para el denunciante.

- c) La caída del edificio, construcción o árbol no debe de haber ocurrido, pues si ya se ha consumado carece de objeto la petición de enmienda, afianzamiento, demolición o extracción de alguna de esas cosas.
- d) La causa del daño temido debe de ser la ruina tanto del edificio o construcción, como la que produce la caída del árbol. Es decir que la ley supone que el perjuicio que se teme provenga directamente de esta causa.

La ruina puede ser total o parcial; la ley no distingue. Pero en todo caso deberá tratarse de una ruina inminente, es decir, que amenaza o está para suceder prontamente; de lo contrario, no se justificaría la petición de derribo o de reparación inmediata a que alude la Ley. Art. 933 C.

La ruina puede afectar tanto a construcciones o edificios viejos como nuevos, ya hechos o aún no terminados; estos últimos también pueden venir al suelo por defecto de construcción.

Debe de tenerse presente que las disposiciones que establecen los casos en que procede la denuncia de obra ruinosa y los sujetos que la pueden ejercitar (Art. 932-935 y 949), no son aplicables a situaciones que no han sido expresamente contempladas, en razón de que son excepcionales por implicar limitaciones al derecho de dominio.

d) CUMPLIMIENTO DEL FALLO JUDICIAL.

Firme la sentencia judicial, si el querellado no procediere a cumplirla se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa. Inciso 1º del Art. 933 C.

Si se ordena la reparación de la obra ruinosa y el --

querellado no procediere a realizarla, puede hacerlo otro a --
 costa de aquél. El que se encargue de hacerla debe de conser--
 var la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus --
 partes, salvo si fuere necesario alterarlas para precaver el --
 peligro; las alteraciones han de ajustarse a la voluntad del --
 dueño del edificio, en cuanto sea compatible con el objeto de --
 la querrela. Art. 934 C.

VIII.- ACCIONES NO NOMINADAS PROPIAMENTE DICHAS.

El Código Civil trata en el Título XIII, además de la denuncia de obra nueva y de Obra ruinoso, varias otras accio--
 nes a las cuales no les atribuyó un nombre especial y las agru--
 pó sencillamente por tener similitud de procedimientos por ser --
 también todas ellas el resultado ya sea de relaciones de vecin--
 dad o porque un interés común obliga entablarlas.

Con base en el objeto que dá motivo a estas acciones, trataremos de agruparlas entre si, para conocer su causa y sus caracteres comunes.

a) ACCIONES QUE SE OTORGAN A PERSONAS PERJUDICADAS POR LABORES QUE TUERCEN O DESVIAN LA DIRECCION DE LAS AGUAS CORRIENTES.

Esta acción tuvo su origen en la "Actio aquae pluviae Arcendae" del derecho romano. En este derecho la acción corres--
 pondía al dueño del fundo rural para pedir la destrucción de --
 los trabajos que han modificado en su perjuicio, el escurri--
 miento natural de las aguas lluvias. En los tiempos de Justi--
 niano la acción tiene un alcance mas vasto, pues permite tam--
 bién regular la distribución equitativa de las aguas, cualquie--
 ra que sea su origen, y evitar todo menoscabo artificial en --
 perjuicio del vecino.

De acuerdo al Art. 939 C. "El que hace obras para im--
 pedir la entrada de aguas, que no está obligado a recibir, no--

es responsable de los daños que atajadas de esa forma, y sin intención de ocasionarlos, puedan causar en las tierras o edificios ajenos". La anterior disposición sirve para reafirmar el derecho que los Art. 937 y 938 otorgan a los vecinos de un inmueble en el cual su poseedor o dueño hiciere labores que indirectamente perjudiquen a éstos ya sea quitándoles el beneficio que las aguas corrientes le producen o también causándoles un perjuicio con éstas cuando en vez de poderse servir de ellas les dañen sus propiedades. Al respecto los Art. 937 y 938 nos dicen "Que si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estancándose se humedezcan o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho a aprovecharse de ellas, mandará el Juez a petición del interesado, que las tales obras se deshagan o modifiquen y se resarzan los perjuicios" "Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no solo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre" "pero ninguna prescripción se admitirá en favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan nocidamente dañoso".

Para poder oponerse a estas obras no es necesario probar posesión anterior, basta la posesión actual del inmueble que resultará dañado con las mismas. En cuanto al derecho de aprovecharse de las aguas, no es preciso demostrar su dominio, sino el derecho que emana de la posesión existente al tiempo de deducirse el interdicto; el uso de las aguas constituye, al que las usa, en poseedor del derecho de aprovechamiento de las mismas, puesto que dispone de ellas y las utiliza en su beneficio.

b) ACCION QUE NACE POR EL ESTANCAMIENTO DEL AGUA O DESVIACION-
DE SU CAUSE POR LA ACUMULACION DE MATERIAS QUE LA MISMA ACA
RREA.

En este caso el embarazo al curso del agua no es arti-
ficial, no sobreviene por las obras construidas por el propie-
tario de una heredad, sino que a causa de hechos naturales. Al
respecto el Art. 940 C. nos dice "Si corriendo el agua por una
heredad se estancare o torciere su curso, embarazada por el --
sieno, piedras, palos u otras materias que acarrea y deposita,
los dueños de las heredades en que esta alteración del curso --
del agua cauce perjuicios, tendrán derecho para obligar al due-
ño de la heredad en que ha sobrevenido el embarazo, a remover-
lo, o les permita a ellos, hacerlo, de manera que se restitui-
yan las cosas al estado anterior. El costo de la limpia o de--
sembarazo se repartirá entre los dueños de todos los predios a
prorrata del beneficio que reporten del agua".

La accion reconocida a los dueños de las heredades en
que la alteración del curso del agua causa perjuicio, podrán -
pedir a su elección que el dueño de la heredad en que ha sobre-
venido el embarazo lo remueva, o que se les permita a ellos ha-
cerlo, no es una acción posesoria, porque no hay ningún acto -
humano de perturbación posesoria.

c) NEGLIGENCIA DANOSA EN DARLE SALIDA A LAS AGUAS DE QUE SE --
SIRVE UN PREDIO.

Esta acción se encuentra señalada por el Art. 941 C.-
que a la letra nos dice "Que siemore que las aguas de que se -
sirve un predio, por negligencia del dueño en darle salida sin
daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño -
de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio su-
frido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble

de lo que el perjuicio importere".

Como se ve por la disposición transcrita, ésta no es una acción posesoria, porque en la misma no se desconoce su posesión, sin embargo el Código de Procedimientos Civiles en el Art. 791 y 792 le da el trámite correspondiente a una acción posesoria especial.

d) ACCIONES ENCAMINADAS A IMPEDIR DEPOSITOS O CORRIENTES DE AGUA O MATERIAS HUMEDAS O PLANTACIONES.

El Art. 942 comprende acciones completamente distintas las unas de las otras, lo cual ameritaría colocarlas en disposiciones diferentes, al respecto el inciso primero nos dice "Que el dueño de una cosa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla".

En cambio el inciso segundo se refiere a una situación distinta completamente de la primera y nos dice "Tiene así mismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de dos varas y media, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de vara y media".

Podemos comentar al respecto que estos incisos no están acordes con la Legislación General, pues todavía nos hablan de varas cuando en nuestro País está vigente y es obligatorio el uso del Sistema Métrico Decimal.

Nos sigue diciendo el artículo comentado en sus incisos tercero y cuarto "Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el Juez ordenar que se planten a la conveniente para que no dañen a los edificios-vecinos; el máximo de la distancia señalada por el Juez, será de seis varas" "Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles flores y hortalizas plantadas, a -

menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes".

Todo lo enumerado por este artículo, doctrinariamente no constituyen acciones posesorias. Trátase simplemente de acciones que tienden a hacer efectivas las restricciones del dominio establecidas para evitar, dentro de las relaciones de vecindad las inmisiones o influencias extrañas que, directa o indirectamente, pueden perjudicar, en forma mas o menos considerable, la propiedad ajena.

e) ACCESO COACTIVO AL TERRENO AJENO PARA ENTRAR A COGER LOS FRUTOS QUE DAN LAS RAMAS TENDIDAS SOBRE EL.

El Art. 944 nos dice "Los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol; el cual sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno, El dueño del terreno será obligado a conceder este permiso; pero solo en días y horas oportunas de que no le resulte daño".

Como es fácil de comprender, la disposición anterior no encierra una verdadera acción posesoria, pues la posesión en este caso, no interviene absolutamente, antes bien, trátase de una restricción a la facultad de excluir el uso del inmueble por toda otra persona que no sea su propietario. La restricción está fundada en las relaciones de vecindad. En el derecho romano a esta acción se le conocía con el nombre de interdicto de "Glande Legenda".

Los interdictos desarrollados por el Código Civil del Art. 945 en adelante no tienen mayor importancia práctica, quedando únicamente por estudiarse la acción popular contenida en el Art. 949 C.

IX.- ACCION POPULAR NACIDA EN PROVECHO DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PUBLICO.

En efecto el Art. 949 C. declara que "La Municipalidad y cualquier persona del pueblo, tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño, sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

Este artículo en su inciso primero ha dado nacimiento a dos criterios contrapuestos:

1º La primer opinión sostiene que únicamente se dá la acción popular, cuando ésta tiende a evitar un peligro para los transeúntes como lo dice la Ley "para seguridad de los que transitan por ellos", es decir, toman esta frase como una condición, sin la cual no podrá ejercerse la acción.

2ª La segunda opinión es la que sostiene la tesis contraria, es decir, que tanto la Municipalidad como cualquier persona del pueblo, tiene tanto en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, como para la seguridad de los que transitan por ellos, las mismas acciones concedidas a los dueños de las heredades o edificios privados, es decir, que además de poderse ejercer en beneficio general, o sea, en favor de los caminos, plazas y demás lugares de uso público, puede hacerse valer en pro de los que transitan por ellos, cuando por ejemplo, los vecinos sin proponérselo, pusieran entorpecimientos u obstáculos en la vía pública.

En la doctrina se discute si la acción popular concedida por este artículo en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público se refieren exclusivamente a las acciones posesorias especiales o si por el contrario son extensivas a las acciones posesorias comunes o generales.

A nuestro entender la ley no ha hecho ninguna limitación en este punto, de tal manera que puede extenderse su aplicación a todas las acciones posesorias, tanto generales como especiales.

En el segundo inciso la Ley tiene una recompensa como estímulo al ejercicio de la acción popular. Pero el ejercicio de esta acción no obsta a la que puedan ejercer o intentarse en el solo interés privado.

X.- EL PRONTO Y EFICAZ AUXILIO

La Ley Agraria en su art. 38 y siguientes trata de un procedimiento Administrativo cuyas consecuencias son similares al de las Acciones Posesorias, pero con la diferencia que el funcionario que conoce de ella es el Alcalde Municipal del lugar en que estuviere situado el inmueble que ha sido objeto de perturbación, despojo o usurpación ya proven a ésta de un colindante o de un particular.

Este procedimiento solo se concede al dueño del predio rústico que ha sido inscrito en el Registro de Títulos que la Alcaldía deberá llevar conforme al Art. 32 de la misma Ley Agraria, o que estén inscritos en el correspondiente Registro de la Propiedad.

El procedimiento seguido es sumamente sencillo y se caracteriza por su rapidéz, pues basta que el perjudicado se presente por escrito al Alcalde del lugar en que la finca estuviere ubicada, exhibiéndolo sus títulos registrados de propiedad

o posesión y solicitando amparo. El Alcalde con vista del documento exhibido y en que se funda la solicitud de amparo, procede inmediatamente a practicar inspección en la finca que ha sido objeto de perturbación o usurpación, previa cita de la persona contra quien se ha pedido el amparo; si la inspección resultare perturbación, despojo o usurpación, el Alcalde decreta el cese provisional de la ocupación ejercida por la persona -- contra quien se ha pedido el amparo y el terreno en disputa se entrega en depósito al peticionario para mientras recae sentencia que decida el asunto.

Practicada la inspección y entregado el terreno en depósito a quien corresponda, se manda oír por veinticuatro horas al denunciado y se recibe la declaración de testigos para establecer el fundamento legal del amparo. La misma ley ordena que estas diligencias deberán ser terminadas a mas tardar dentro de los tres días posteriores a la verificación de la inspección ya mencionada.

El peticionario deberá mencionar en su escrito las -- personas que considera que le han usurpado su finca a efecto -- que una vez verificadas las diligencias antes relacionadas, se les ponga un plazo de tres días para que desocupen el terreno ocupado indebidamente y si no lo verificaren así se procedan a su lanzamiento.

Si las personas demandadas presentaren a su vez títulos ya sea de dominio o posesión sobre el terreno que es objeto del litigio el Alcalde Municipal dejará en suspenso sus actuaciones y mandará a las partes a que diriman sus derechos ante el Juez competente.

A este respecto en la Revista Judicial de 1941 apareció en su Pág. 228 la siguiente sentencia "El juicio de amparo

no resuelve ninguna controversia sobre propiedad; solo vuelve las cosas al estado que tenían. La potestad de juzgar corresponde al Poder Judicial. En diligencias de pronto y eficaz auxilio, si el denunciado prueba posesión, no es la autoridad administrativa la llamada a resolver, sino los Tribunales comunes "El pronto y eficaz auxilio procede cuando el derecho del peticionario es indiscutible; en caso contrario, corresponde resolver a los tribunales comunes".

Para el caso sería interesante preguntarse en que estado quedaría el simple poseedor de un inmueble, del cual no tiene ningún título que lo ampare, pero cuya posesión la ha tenido durante varios años. Al respecto nuestra Jurisprudencia ha mantenido el criterio siguiente "Si se ordena en diligencias de pronto y eficaz auxilio lanzar de un inmueble a una persona que prueba posesión por muchos años, procede el amparo, aunque quien pidió el lanzamiento presente título inscrito" (Sentencia aparecida en la Pág. 88 de la Revista Judicial de 1942).

En sentencias aparecidas en las Revistas Judiciales de 1943, 1944 y 1950, se dijo "Si en virtud de diligencias de pronto y eficaz auxilio se decreta el lanzamiento de una persona que prueba posesión quieta y pacífica por varios años, procede el amparo aunque el peticionario haya probado su dominio con título inscrito. El poseedor no es intruso, perturbador ni usurpador".

Comentando la sentencia anterior el Dr. Angel Gochez Castro en su obra Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña en la Pág. 30 y siguientes nos dice "Esta doctrina aparece en muchísimas sentencias; pero algunas usan las expresiones -- "posesión de largo tiempo" "posesión de 30 años" etc. Esto su-

cede indudablemente por que las doctrinas resumen el caso concreto resuelto, de manera que tales expresiones no implican una negativa contra una posesión que no sea de largo tiempo. -- Pero ¿Qué lapso de posesión es preciso para que el amparo pueda prosperar? No es posible en materia como ésta, dejarlo a juicio prudencial de los Tribunales, quienes deben de sujetarse a normas legales, y pienso que el problema puede resolverse con base en la prescripción de la acción posesoria. Pasando un año de posesión quieta y pacífica, la ley ya la estima verdadera y hace presumir propiedad puesto que en tales condiciones quien se pretenda dueño no tiene mas medio que hacer valer su derecho en el juicio reivindicatorio. El pronto y eficaz auxilio sería improcedente, contra quien ya no es intruso, y solo trataría de eludir el juicio pertinente. En conclusión el amparo sería frustáneo siempre que la posesión haga presumir propiedad y sea necesaria acción civil para reivindicarla, y esto solo sucede cuando la acción posesoria ha prescrito".

Lo anteriormente comentado ha sido corroborado en sentencia pronunciada en 1945 que aparece en la Revista Judicial de ese año a Pág. 102 y que dice "La orden de desocupar un terreno en virtud de diligencias de pronto y eficaz auxilio, da lugar al amparo, si el recurrente prueba posesión. El poseedor no puede considerarse como intruso, perturbador o ururpador, si no hay prueba del origen viciado de su posesión".

Surge el problema si consideramos si procede o no este procedimiento administrativo en favor de los comuneros de un predio rústico. Al respecto la Jurisprudencia Nacional se ha inclinado por considerar que entre comuneros no procede el -- pronto y eficaz auxilio, así nos lo dice la Revista Judicial de Octubre a Diciembre de 1933 en su Pág. 75 "Entre comuneros-

de un predio rústico, no procede el pronto y eficaz auxilio, - salvo que alguno de ellos quite la posesión que otro tiene en parte determinada del inmueble común. Tampoco procede contra un colono autorizado por uno de los comuneros. La orden del Alcalde que restituya al colono en la mere tenencia de una parte de la cosa común, no viola ninguna garantía constitucional".

XI.- ACCION PUBLICIANA.

a) BREVE HISTORIA DE LA ACCION PUBLICIANA.

El pretor romano concedía una acción persecutoria análoga a la reivindicatoria, llamada Publiciana, al poseedor de buena fe, que había perdido la posesión antes de ganar el dominio de la cosa por usucapión, mediante una ficción se consideraba que el poseedor había cumplido el tiempo necesario para que operara este modo de adquirir, y así podía reclamar la restitución de la cosa contra cualquier persona, excepto contra el propietario civil y contra un tercero que poseyese con mejor derecho que el demandante. Sin embargo si el propietario civil era el mismo que había enajenado al poseedor prescribiendo, contra la excepción de dominio de aquél, éste podía triunfar replicando que el propietario le vendió y le hizo tradición de ella, o, si la causa de la adquisición del poseedor no era la compra, que hubo dolo del demandado.

La acción publiciana, con la función de proteger la posesión con justo título y buena fe, se conserva en la edad media y en los tiempos posteriores hasta la aparición en los Códigos Modernos. Muchos de éstos no la consagran expresamente (Francés, Español, Italiano), y los autores discuten si dentro de sus legislaciones puede aceptarse su existencia, sea autónoma o confundida con la reivindicación en una sola acción.

En el Código Civil Salvadoreño, La Publiciana, aunque

sin esta denominación, está considerada formalmente en el Art. 896 C. que dice "Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho".

Cabe preguntarse ¿En virtud de que razones la Ley ha establecido la acción Publiciana? Equidad y presunción de dominio son los fundamentos en que ésta descansa. Es dictado de la equidad preferir en la posesión al que ostenta un mejor derecho a la misma, y una posesión avalorada por el justo título y la buena fe se erige en una presunción de dominio de gran fuerza.

SUPUESTOS DE LA ACCION PUBLICIANA.

Los supuestos de la acción publiciana conforme a nuestro Código Civil son tres:

- a) Haber perdido la posesión de la cosa;
- b) La posesión perdida debe de haber sido regular, es decir, proceder de justo título y haberse adquirido de buena fe, mediando también la tradición si el título es traslativo de dominio;
- c) Haberse hallado en el caso de poder ganar la cosa por prescripción.

Sostienen algunos autores, que se ha estado en el caso de poder ganar la cosa por prescripción, cuando ha transcurrido el plazo íntegro de prescripción, y ésta todavía no se ha alegado, ni por consiguiente, declarado judicialmente; mientras el poseedor no completa ese plazo, no puede valerse de la Publiciana pues si otro se apodera antes de la cosa se produce la interrupción natural de la prescripción (Art. 2241 inc. 2º),

y la consecuente pérdida de todo el tiempo corrido con anterioridad; el poseedor deja de estar en vías de usucapir.

Pero otros, autores sostienen, que el razonamiento anterior no es cierto, puesto que la Acción Publiciana no exige que haya pasado el plazo íntegro de la prescripción, y razonan de la siguiente manera:

1º La historia de la disposición del Art. 896 C. viene directamente de la legislación Romana, y ésta concedía justamente la Publiciana al poseedor de justo título y buena fe que no había cumplido el plazo para usucapir;

2º La letra del precepto legal: concede la Publiciana, no al que se hallaba en el caso de poder alegar la prescripción, sino al que estaba en vías de ganar la cosa por dicho modo de adquirir, y es indudablemente que en ese camino se encontraba el poseedor que solo tenía algún tiempo de posesión.

3º La falta de necesidad de la Publiciana cuando se ha completado el plazo de prescripción: si ha transcurrido todo el plazo el poseedor tiene la acción reivindicatoria, pues alegará la prescripción como fundamento de su dominio.

4º La negación de la publiciana contra el demandado de igual o mejor derecho que el poseedor demandante. La circunstancia de que se preceptúe que la Publiciana no vale ni contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho, demuestra que no se requiere el cumplimiento de todo el plazo de prescripción si fuera lo contrario la hipótesis del verdadero dueño jamás podría ocurrir, pues, cumplido el plazo y alegada la prescripción por el prescribiente, éste sería el único dueño, y menos podría presentarse el caso del que posee con igual o mejor derecho.

En fin, el argumento de la tesis contraria de que el-

apoderamiento de la cosa por un tercero antes de que el poseedor cumpla todo el plazo de prescripción produce la interrupción natural de ésta y la consiguiente pérdida de todo el tiempo corrido con anterioridad, dejando el poseedor de estar en vías de usucapir, no tiene valor alguno, pues la ley dice que si se recobra legalmente la posesión no se entiende haber habido interrupción para el desposeído (Art. 2241 inc. final); podría decirse, todavía, que la ley no considera que el poseedor que perdió la posesión se halle en el caso de poder ganar la cosa por prescripción, sino que se refiere al poseedor que se hallaba en este caso, es decir, el que lo estaba en el momento de perder la posesión. Debe concluirse por tanto, que para hacer valer la Publiciana, no hay necesidad del transcurso de todo el plazo de prescripción; cualquier tiempo de posesión basta.

Es del caso hacer notar, que la Acción Publiciana no tiene una eficacia general, no permite al demandante que perdió su posesión regular, triunfar contra cualquier otro poseedor, sino sólo contra aquellos que tienen, como poseedores, una condición inferior, un derecho a poseer mas débil; la Acción Publiciana no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

Se explica que no valga contra el verdadero dueño: aunque el demandante poseedor regular no hubiera perdido la posesión, habría tenido que devolver la cosa una vez probado el dominio, frente al dueño, el poseedor no puede pretender le sea entregada la cosa. La Acción Publiciana, como decían los Romanos, no se introdujo para quitarle al dueño o señor lo que es suyo.

Tampoco puede operar la Publiciana contra el que pose-

sea con igual derecho, que el demandante poseedor regular que perdió la posesión, porque en igualdad de causa prevalece la acción actual: *in pari causa potior causa possessoris*. Y si el actual poseedor tiene mejor derecho que el poseedor regular -- que perdió la posesión, se comprende que con mayor razón éste último no podrá esgrimir la acción publiciana contra aquél.

UTILIDAD DE LA ACCION PUBLICIANA.

La acción Publiciana resulta útil no solo para defender directamente la posesión regular de la cosa, sino indirectamente el dominio. Sabido es que la prueba de éste es muy difícil en muchos casos; entonces el propietario, ejerciendo la Acción Publiciana, puede alivianar su carga probatoria, limitándose a invocar y demostrar su mejor derecho a poseer frente al adversario. De esta manera logra el mismo efecto práctico -- que con la acción reivindicatoria, la devolución de la cosa.

DIFERENCIAS ENTRE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y LA PUBLICIANA.

El que entabla la acción Reivindicatoria propiamente tal debe de probar el dominio, mientras que el demandante de la publiciana, solo debe de acreditar haber adquirido una posesión regular, hábil para ganar la cosa por prescripción. Hay otra diferencia relacionada con la eficacia de una y otra acción: la reivindicatoria puede ejercitarse contra cualquier poseedor; la publiciana sólo contra los terceros y cuya posesión es de algún modo inferior a la que sirve de base al demandante.-

C A P I T U L O S E X T O

PROCEDIMIENTOS PARA EJERCER LAS ACCIONES POSESORIAS.

GENERALIDADES.

Es indispensable que se diga en esta ocasión unas pocas palabras sobre la cosa Juzgada en materia de juicios posesorios.

En primer lugar diremos que la Cosa Juzgada en general es el efecto atribuido a determinadas resoluciones judiciales que impide que la cuestión decidida por ellas pueda volver a discutirse entre las mismas partes.

Según la doctrina tradicional puede dividirse la cosa juzgada en FORMAL Y MATERIAL.— Se dice que la Cosa Juzgada es formal cuando la resolución no puede ser modificada en el mismo proceso en que se dictó, es decir, cuando no puede ser impugnada, o mas claro cuando la cuestión discutida en un juicio no puede volver a removerse dentro de este mismo juicio.

La Cosa Juzgada es Material o sustancial cuando una resolución, además de no poder modificarse en el mismo proceso en que se dictó, tampoco lo puede ser en ningún otro o sea --- cuando la cuestión planteada en un juicio no puede volver a --- discutirse a removerse dentro de ese mismo juicio y tampoco en ningún otro posterior.

De consiguiente puede haber cosa juzgada formal sin --- que la haya material; pero esta última siempre implica a aquella.

La circunstancia que la mayor parte de los interdic--- tos, dejen a salvo las acciones ordinarias, ha hecho decir que las sentencias de los juicios posesorios no producen cosa juzgada material. Sin embargo un análisis mas penetrante revela ---

lo contrario, porque las acciones ordinarias que quedan a salvo promueven una cuestión diversa de la planteada y resuelta en el interdicto, y siendo así mal puede afirmarse que éste no produce cosa juzgada material: la sentencia del juicio posesorio es irrevocable en cualquier otro juicio posterior. Ejemplo: si se entabla una Querrela de Restitución, el objeto pedido es la entrega de la posesión, y la causa de pedir es la posesión que se tenía; si mas tarde el perdidoso hace valer la acción reivindicatoria y gana el pleito, no quiere decir que la Querrela de Restitución no produjo la autoridad de la Cosa-Juzgada, pues la cuestión resuelta en el segundo juicio fue distinta; aunque el objeto pedido fue el mismo, la entrega o restitución de la posesión, no lo fué la causa de pedir, que en la Querrela de Restitución lo era, la posesión que se tenía antes del despojo, y en el proceso de reivindicación, el derecho de dominio.

Por excepción sólo producen Cosa Juzgada formal y no-material, pudiendo ser revocados en juicio ordinario posterior, la sentencia que falla la denuncia de Obra Nueva ordenando la suspensión de la obra y la sentencia dictada en la denuncia de obra ruinosa que desecha la demanda.

Y que las sentencias de los juicios posesorios produzcan cosa juzgada no significa, sin embargo, que sus efectos no puedan ser neutralizados por un fallo que recaiga en un juicio petitorio, es decir, en un proceso en que se discuta la titularidad del dominio y de otro derecho real de goce. El resultado del juicio petitorio no está encadenado al del posesorio, puesto que el primero se desarrolla sobre la base de elementos propios, diversos de los del segundo. Por virtud de esta diversidad de elementos puede que la posesión que quedó en unas manos

por la sentencia del juicio posesorio vaya a parar a otras por la sentencia del petitorio. Y este es el sentido en que deben entenderse el alcance provisional o interino de los fallos posesorios: la posibilidad de neutralizar los efectos de éstos - si el titular del derecho con quien el poseedor se encuentra - en conflicto ejercita fundadamente la acción petitoria, como - la de reivindicación.

II.- COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES Y CARACTERISTICAS PROCESALES

a) Son competentes para conocer de los Interdictos Posesorios:

1º El Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren situados los inmuebles (Inciso 2º del Art. 35 Pr.); y - si éstos por su situación, pertenecieren a distintas jurisdicciones, será competente el Juez de cualquiera de ellas o el que prevenga la Jurisdicción. Art. 44 Pr.

2º Es competente el Juez de Paz del lugar en que estuvieron situados los inmuebles objetos del interdicto, de restitución o conservación siempre que el valor de éstos no exceda de Doscientos Colones, y en tal caso se sustanciarán y decidirán las cuestiones en forma verbal. Art. 789 Pr.

3º Asi mismo es competente el Alcalde Municipal del lugar en que estuvieren situados los bienes objetos de despojo o perturbación, siempre que el propietario pida a éste Funcionario Administrativo la Aplicación de las Diligencias de Pronto y Eficaz Auxilio que autoriza la Ley Agraria en su Art. 38- y del cual se ha hablado anteriormente.

Como las Acciones Posesorias se encaminan primordialmente a mantener el orden social impidiendo que los particulares se hagan justicia por si mismos, con menoscabo de la autoridad del Estado, éste para garantizarles su posesión en forma

efectiva, permite que las acciones posesorias se ventilen en juicios sumarios, con trámites cortos, de tal manera que la justicia que el poseedor perturbado espera, le llegue en forma rápida e inmediata. Inc. 2º del Art. 918 C. en relación al Art. 778 y sigtes. de Pr.

Los procedimientos a seguir se encuentran expresamente señalados en el Art. 779 y 783 del Código de Procedimientos Civiles y en general se reducen a lo siguiente: una vez presentada la demanda el Juez de Primera Instancia Competente o al Juez de Paz en su caso, éste dará traslado por tres días a la parte contraria, y con lo que conteste o en su rebeldía recibirá la causa a prueba si fuere necesario, por ocho días con todos cargos; es decir, que este término es común para las partes y en ellos se podrá probar los hechos alegados tanto por el actor como por el demandado. La prueba en esta clase de juicios versará principalmente por la Inspección personal del Juez, la relación de Peritos y la declaración de testigos.

Una vez concluido el término de pruebas, si lo hubo, se pronunciará sentencia dentro de tercero día, sin otra diligencia.

c) De acuerdo al Art. 199 Pr. cuando se haya demandado la posesión, puede el actor en cualquier momento del juicio, entablar la demanda de propiedad; pero no al contrario, es decir, que la ley no permite que una vez entabrado por el actor el juicio ordinario de propiedad, pueda éste, abandonar el juicio que está ventilando, para iniciar el juicio posesorio.

En cambio la ley no permite a la parte que ha sido condenada en el juicio posesorio, que inicie el juicio de propiedad, mientras no haya cumplido el fallo recaído en el juicio posesorio de acuerdo al Art. 787 Pr.

Regla similar a la anterior es la que trae el inciso-segundo del Art. 788 Pr., referente a que la parte que tiene o que obtiene sentencia favorable en el Juicio Posesorio, no podrá ser actor en el juicio de propiedad, lo cual tiene su razón de ser en el principio de Economía Procesal, por cuanto la demanda de éste es siempre contra el actual poseedor y en el presente caso, el actual poseedor es la parte victoriosa en el juicio posesorio.

d) Las sentencias pronunciadas en el juicio posesorio dejan a salvo a las partes el ejercicio de las acciones ordinarias que les correspondan conforme a derecho.

El Art. 781 Pr. señala los procedimientos a seguir en el caso supuesto que dos o mas personas pretendan poseer una misma cosa y soliciten amparo de posesión; en cuyo caso el Juez decidirá a favor de la parte que funde su posesión en hechos positivos de posesión a los cuales se refiere el Art. 926 C., o por el instrumento debidamente inscrito que la parte le presente de acuerdo al Art. 925 C.

III.- QUIENES PUEDEN EJERCER LAS ACCIONES POSESORIAS.-

En principio la protección posesoria corresponde a todos los que ejercitan un derecho real sobre un inmueble: propiedad, usufructo, servidumbre, uso o habitación.

De acuerdo a los artículos 918 y 921 C. todo poseedor de una cosa que puede ser objeto de una acción posesoria y que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo está en aptitud de entablar dichas acciones.

Puede valerse de ellas tanto el poseedor regular como el poseedor irregular, lo mismo que el poseedor que es titular del derecho y el poseedor del derecho que no es titular del mismo, pues la ley no hace distinciones a este respecto.

En cuanto al usufructuario, usuario y habitador podemos decir que éstos no poseen la cosa sobre que recae su derecho real limitado; son meros tenedores de ella. No pueden en consecuencia, instaurar acciones posesorias para defender la posesión de la cosa; ellas corresponden al nudo propietario o al que tiene la posesión de la cosa usufructuada o sujeta al derecho real de uso, o de habitación. Pero si bien esos derechos limitados no dan la posesión de la cosa sobre que se ejercen, autorizan la posesión de los mismos, es decir, el derecho de usufructo, uso o habitación. Por consiguiente el usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación (si han poseído sus pertinentes derechos, tranquila e ininterrumpidamente un año completo), son hábiles para ejercer por sí las acciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar, el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo. E inclusive éste es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requeridos por ellos al efecto. Art. 923 C.

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación, obligan al propietario, menos si las sentencias se pronuncian sobre la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él (como una servidumbre) y el propietario no ha intervenido en el juicio; en este caso la sentencia no vale contra éste último (Art. 923 C. inc. 2ª). Es lógico que la sentencia sea inoponible al dueño en la hipótesis considerada, porque el usufructuario, el usuario y el habitador están autorizados para contener sobre sus respectivos derechos o la posesión de ellos, pero no sobre la posesión del dominio, por manera que si en el juicio no ha participado el propietario, la sentencia no le afecta en lo que

lativo a la posesión de su derecho.

Las acciones posesorias normalmente se ejercen contra el autor de la perturbación o del despojo, aunque éste sea el propietario o el titular del derecho poseído por el demandante. En el concepto de autor cabe no solo el ejecutor material de los hechos que contrarían la posesión ajena, sino también el autor moral o intelectual, es decir, la persona por cuya orden han sido realizados dichos hechos.

En cuanto a los herederos del autor de la turbación o despojo no hay ningún problema pues expresamente dice el Código Civil "que el heredero está sujeto a las mismas acciones a que estaría sujeto su autor, si viviese" Art. 920 C. y como la ley no distingue, la acción posesoria puede dirigirse incluso contra el heredero que ha entrado en posesión de la herencia de buena fe, ignorando los actos perturbatorios o de despojo cometidos por su autor y merced a los cuales éste entró en posesión.

La justificación de la norma se hace consistir en la responsabilidad que le corresponde al heredero, como representante de la persona del causante de las obligaciones derivadas de un delito o de un cuasidelito de éste; de donde resulta que aunque la acción posesoria se considere como basada exclusivamente sobre el hecho ilícito de turbación o de despojo, siempre quedaría franca contra los herederos del autor del hecho ilícito, como lo era contra el último.

Otra cuestión de importancia es a la que se refiere el Art. 928 C. cuando nos habla de la posesión que se deriva de un usurpador, y en tal caso nos dice que la acción posesoria puede entablarse no solo contra el verdadero usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usur

pador por cualquier título. En este caso es indiferente también la buena o mala fé del sucesor del usurpador.

Sin embargo debe de tenerse en cuenta que la indemnización de perjuicios a que puede dar lugar el despojo o perturbación, tiene carácter personal. Por eso, sólo pueden ser obligados a indemnizar el usurpador mismo, o el tercero de mala fe, es decir, el que adquirió la cosa sabiendo que era usurpada, - si hay varias personas obligadas, todas responden in solidum.- Art. 928 inc. 2º.

La Querrela de Amparo y de Restitución se dirige naturalmente contra el que turba o trata de turbar la posesión.

La acción para la restitución puede entablarse no solo contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título. Art. 828 - Inc. 1º.

Por usurpador debe de entenderse no solo el autor material del despojo, sino también el autor moral del mismo, es decir, la persona que ha dado la orden del despojo y en cuyo favor o con su aprobación se ha efectuado.

El mismo Art. 928 C. en su inciso 2º nos señala quienes son obligados al pago de perjuicios, siendo éstos el usurpador mismo, o el tercero de mala fe.

En la Querrela de Restablecimiento puede entablar ésta, toda persona que ha sido despojada violentamente sea de la posesión o de la mera tenencia, tal como la señala el Art. 929 C.

Puede dirigirse esta querrela contra el autor de la violencia porque él es responsable de su hecho personal y contra la persona por cuya cuenta el autor del despojo se reputa haberlo cometido.

Dada la razón de ser de la Querrela de Restablecimiento, ella procede incluso contra el dueño del inmueble en cuya posesión o tenencia del querellante persigue ser restablecido. Por lo demás la ley aclara toda duda en cuanto a los casos que podrían ofrecerla tratándose de Querrelas de Amparo y de Restitución; dice que "el usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo" "Art. 923 C. Respecto a la Querrela de Restablecimiento, en ninguna hipótesis puede vacilarse que procede contra el dueño mismo que despoja violentamente al poseedor o mero tenedor, pues lo que se persigue es impedir y sancionar la violencia venga de quien venga.

En cuanto a las acciones Posesorias especiales podemos decir, que pueden ejercer estas acciones:

1º Los dueños o poseedores de los edificios o heredas perjudicadas con la Obra Nueva. Art. 931 inc. 1º; 932 inc. 2º y 3º; Art. 949 inc. 1º todos del Código Civil.

2º Los titulares activos de la servidumbre cuyo goce embaraza la obra nueva construida en el predio sirviente. Art. 932 inc. primero del Código Civil.

3º Los que tengan en los edificios o heredas perjudicadas con la obra nueva los derechos reales a los cuales -- perjudiquen.

4º En el caso de esta Querrela, la demanda debe de dirigirse contra el dueño de la obra que se trata de construir. En cuanto a la demanda de Obra Ruinosa, podemos decir: que lo que legitima la acción es el daño temido por la ruina del inmueble del vecino. Por eso tiene derecho de querrellarse todo --

el que tema ese perjuicio.

En consecuencia, no hay necesidad de ser dueño o poseedor de un inmueble en este último caso, pues hasta un arrendatario podrá querellarse por los perjuicios que a él pueden sobrevenirle, como el ser herido o muerto por la ruina del edificio vecino; y si al mismo tiempo, puede dañarse el inmueble arrendado, la acción podrá entablarla, por su interés, el dueño o poseedor o el arrendatario.

A su vez, la demanda deberá dirigirse contra el dueño (o el poseedor, que se reputa dueño, mientras otra persona no justifica serlo), del edificio, construcción o árbol que amenaza caerse. Art. 933 C.

En lo que respecta a los bienes de uso público, puede decirse que el Estado, el Municipio y en general los Entes Autónomos, aunque su derecho sobre los inmuebles de su dominio público no sea equivalente del derecho de propiedad, tienen la facultad de oponerse a las intrusiones de los particulares si prefieren este procedimiento a la vía administrativa.

IV.- LA PRESCRIPCIÓN EN LAS ACCIONES POSESORIAS.

Las acciones posesorias que tienen por objeto conservar la posesión deben de interponerse antes de que se cumpla un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (Art. 921 inc. 1º), hasta el día de la presentación de la querrela en el Tribunal competente. Por tanto, la acción debe de acogerse en el Tribunal si ese plazo no se ha cumplido al momento de interponerse la Querrela, aunque esté vencido al momento de notificarse la misma al querrellado.

La fijación del punto de partida del plazo carece de dificultades cuando la turbación o molestia está representada por un hecho aislado, único, definitivo. Pero la cuestión se -

complica cuando la turbación es la resultante de diversos hechos consecutivos o repetidos.

No hay duda que si éstos constituyen diversas molestias, cada acto o hecho es un punto de partida de una prescripción o caducidad distinta. Por ejemplo: si en una pared privativa divisoria (no medianera) mi vecino apoya una parte de su construcción y después de algún tiempo en otro lugar de la pared abre una ventana o tronera, hay dos turbaciones distintas a mi posesión. Si yo dejé transcurrir un año sin interponer acción posesoria por el hecho del apoyo del edificio ajeno, no podré intentar dicha acción por esta molestia; pero podré hacerlo por la construcción de la ventana, si desde esta turbación no ha pasado el año de que habla la ley.

Las molestias pueden ser varias en su género, reiteradas, pero siempre las mismas. Determinar cual es el acto o el primer acto que contradice la posesión ajena y a partir del cual debe de contarse el plazo de un año que se tiene para interponer la acción posesoria, es atribución del Juez que conoce de la causa.

Las acciones que tienen por objeto recuperar la posesión expiran al cabo de un año completo desde que el poseedor anterior la ha perdido. Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se cuenta este año desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad. Art. 921 inc. 2º y 3º, esto es, desde que se descubre por el despojado, el despojo.

En la doctrina se ha cuestionado si el plazo para interponer las acciones posesorias es de caducidad o de prescripción especial. Pero, sea lo uno o lo otro, el plazo no se suspende, corre contra toda persona; porque es característica de

la caducidad, que su plazo no se suspende si la ley no establece expresamente otra cosa, y lo mismo ocurre con la prescripción especial.

Algunos autores sostienen que este plazo no es de ---prescripción sino de caducidad; su transcurso no funda una excepción sino que aniquila la pretensión. El plazo solo se interrumpe mediante presentar la demanda dentro de él, una vez interrumpido, no puede volver a empezar sino que entonces empezará hasta nueva inquietación.

Fuera de la discusión doctrinal anterior, nuestro Código Civil en su Art. 921 es claro y preciso al decirnos "Que las acciones que tienen por objeto conservar la posesión PRES-CRIBEN al cabo de un año completo, etc.etc." "es decir, que expresamente señala este plazo como de prescripción a partir--del acto de molestia o embarazo inferido a la posesión.

En el caso especial que la nueva posesión fuere violenta o clandestina, se empezará a contar el año, desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad.

V.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

a) Siempre que haya de pagarse una indemnización por daños, en las acciones posesorias especiales, no se podrá exigir éste, si no se ha reclamado dentro del año subsiguiente de acaecido el acto que produjo dichos daños, pues así lo ordena expresamente el inciso primero del Art. 951 C.

b) La acción de obra ruinosa no prescribe mientras haya justo motivo de temer el daño que tiende a precaver. Inciso 2º del Art. 951 C.

c) No por ello se entenderá que la ley les niega a --los querellantes, pasado el año, el derecho de poder demandar--

en juicio ordinario, pues el inciso tercero del Art. 951 C. se ñala que les queda expedito este derecho.

No obstante la acción ordinaria concedida en el inciso anterior tiene un límite en el tiempo, esto es, si la parte ha dejado transcurrir diez años sin entablar la acción correspondiente, se entenderá que su derecho ha prescrito de acuerdo al inciso último del Art. 951 C. en relación al inciso segundo del Art. 884 C.-

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

Tratado de Derecho Civil	Ennecerus-Kipp-Wolff.
Derecho Civil Argentino	Raymundo M. Salvat.
Estudios de Derecho Civil	Felipe Sánchez Román.
Derecho Civil	José Castán.
Curso Elemental de Derecho Civil	Ambrosio Colin y H. Capitant.
Derecho Civil	Héctor Lafaille.
Comentarios al Código Civil Argentino	Baldomero Llerena.
Derecho Civil	José Galeano.
Fundamento de la Protección Pesezoria	Rodolfo von Ihering.
La Posesión	" " "
Derecho Romano	" " "
Tratado de Derecho Romano	E. Ruben de Cauder.
Instituciones de Derecho Romano	Bonfante Antonio.
Tratado Elemental de Derecho Romano	E. Petit.
Tratado Práctico de Derecho Civil Fr.	Planiol y Ripert.
Curso Elemental de Derecho Francés	Baudry Lacantinerie y Tissier.
Diccionario de la Real Academia	
Enciclopedia del Idioma	Martín Alonso.
Curso de Derecho Civil	Arturo Alessandri Rodríguez.
Comentarios al Código Civil Chileno y Comparado	Luis Claro Solar.
Derecho Civil	Alfredo Barros Errázuriz.
Código Civil de 1860 y sus Reformas	Belarmino Suarez.
Indice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña	Angel Góchez Castro.