

**UNIVERSIDAD DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**El despojo de cosa inmueble**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**J. Francisco Chacón Bravo**

Madrid, 2015

Rd. 54.286

TE  
88

J. FRANCISCO CHACON BRAVO

EL DESPOJO DE COSA INMUEBLE

TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Excmo Sr. D. ANTONIO HERNANDEZ GIL

Catedrático de la Universidad Central

FACULTAD DE DERECHO

Madrid

1968



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

**A MI ESPOSA**

## INTRODUCCION

El tema, se encuentra en íntima relación con el Derecho procesal y con el Derecho penal; el primero en cuanto protege con las acciones interdictales y de desahucio a la posesión y el segundo, en cuanto puedan los hechos, calificarse como delictuosos.

Nuestro esfuerzo no se ha encaminado al estudio de la protección posesoria, como pudiera creerse, sino al despojo en sí: su concepto, los medios por los cuales se realiza, los sujetos, su trascendencia como determinante de la adquisición y pérdida de la posesión.

## CAPITULO I

### DESPOJO DE LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO.-

#### IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO.-

Se hace necesario este capítulo para poder comprender el por qué se resuelve en uno u otro sentido, en algunas legislaciones e por la doctrina, los diversos problemas a que da lugar el despojo de la posesión.- Claro es que, lo que se pretende, es tan solo dar una rápida mirada al pasado, siempre tan necesaria para poder comprender el presente y emitir juicios sobre el futuro.- Dice nuestro maestro HERNANDEZ GIL, que "el Imperio de Roma, cuando ni política ni territorialmente existía se sobre vivió y espiritualizó por la fuerza expansiva del IUS CIVILE.- Aunque sus autores tuvieron conciencia de la grandesa de su obra, el destino superó, no solo sus propósitos, sino sus mejores auspicios.- El derecho contenido en el CORPUS IURIS CIVILES, que es el Derecho romano en el último período de su formación, cuando el Derecho pretorio y el de gentes han ejercido sobre él su influencia benéfica y el cristianismo ha humanizado muchas instituciones se universalizó.- Ser civilista equivale a profesar el Derecho romano" (1) Si esto es cierto - -

---

(1) HERNANDEZ GIL ANTONIO.- El concepto del Derecho Civil, Revista de Derecho Privado, 1943.- pag. 393.-

## CAPITULO I

### DESPOJO DE LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

#### Importancia de su estudio.-

Se hace necesario este capítulo para poder comprender el por qué se resuelve en uno u otro sentido, en algunas legislaciones o por la doctrina, los diversos problemas a que da lugar el despojo de la posesión.- Claro es que, lo que se pretende, es tan solo dar una rápida al pasado, siempre tan necesaria para poder comprender el presente y emitir juicios sobre el futuro.- Dice nuestro maestro HERNANDEZ GIL, que "el Imperio de Roma, cuando ni política ni territorialmente existía se sobre vivió y espiritualizó por la fuerza expansiva del IUS CIVILE.- Aunque sus autores tuvieron conciencia de la grandeza de su obra, el destino superó, no solo sus propósitos, sino sus mejores auspicios.- El derecho contenido en el CORPUS IURIS CIVILES, que es el Derecho romano en el último periodo de su formación, cuando el Derecho prático y el de gentes han ejercido sobre él - su influencia benéfica y el cristianismo ha humanizado muchas instituciones se universalizó.- Ser civilista equivale a profesar el Derecho romano".-(1) Si esto es cierto -

---

(1) HERNANDEZ GIL, ANTONIO.- El concepto del Derecho Civil, Revista de Derecho Privado, 1943.- pag. 393.-

para el derecho en general, con mucho mayor razón en tratándose de temas referentes a la posesión, desde cualquier punto de vista que se mire, aún en los manuales escritos con fines eminentemente prácticos siempre hacen referencia a las instituciones romanas.- (2) Pero ni los romanos construyeron una teoría general de la posesión puesto que con un criterio práctico fueron resolviendo los diversos casos que se les iban presentando y son los estudiosos de su derecho los que posteriormente han tratado de hacerlo, ni en todas las épocas tuvieron un concepto fijo de lo que es la posesión.- Por otro lado la posesión romana fue distinta de la germánica y la canónica y también se hace necesario su estudio como lo veremos más adelante (págs. 23 y 30) ya que la actual concepción de la posesión de las legislaciones modernas es el re -

---

(2) RIOS SARMIENTO, en su Manual de Interdictos, Barcelona 1958, pag. 5, nos dice: "Como este libro se escribe para profesionales de todas las categorías, desde el que comienza a ejercer la profesión hasta el que ha llegado a dominarla, el lector perdonará que empecemos por el principio, y que expliquemos de manera elemental, las génesis de los interdictos y la vida de los mismos en el Derecho romano.- No es el rutinario y pedante afán de buscar ascendencia romana a las leyes modernas.- Es que nos parece que no es posible entenderse bien de lo que deben ser hoy los interdictos, si no se conoce, aunque sea de manera compendiosa, la historia de los mismos.- Los interdictos son una de las creaciones del medio jurídico práctico, a un tiempo filosófico y leguleyesco del pueblo romano, institución después naufragada, cuyos restos han producido los interdictos modernos.-"

sultado de diversos elementos históricos.- (3).

POSESION ROMANA: ANIMUS Y CORPUS.-

Resulta difícil dar una definición de lo que fue la posesión en Roma (4) toda vez que los autores difieren profundamente en la construcción de diferentes sistemas para explicar los elementos que la constituyen, así como sus variedades, no podemos pues profundizar sobre el tema, sino tan solo dar las no -

---

(3) Esta es una de las razones por las que su estudio presenta más dificultades, por eso nos dice RUGGIERO, en sus Instituciones de Derecho Civil, traducción de la cuarta edición italiana, pag. 778 "El concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; no hay materia que se llene más llena de dificultades que esta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y poderla".-

No obstante lo expuesto es bueno recordar, lo que al respecto nos dice HERNANDEZ GIL en "La Función Social de la Posesión", discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967: "La posesión tiene ganada fama de tema difícil.- Sería presuntuoso negar un fondo de certeza al asunto tradicionalmente repetido.- Así y todo, hay que deslindar terrenos y no confundir la dificultad intrínseca con la oscuridad expositiva.- A veces ésta, que conderne a la posición del sujeto cognocente, contribuye a aquella.- Por eso es preciso esforzarse en adoptar una actitud que cierre en lo posible el cauce al confusiónismo.- A tal fin conviene tener siempre presente la diferencia que hay entre el dato real insoslayable, el factor histórico positivo y el tratamiento científico"

(4) "Possessio", en su sentido originario nos dice ALVARO D'ORS, Elementos de Derecho privado romano, Pamplona 1960, pag. 103, es el asentimiento por tanto por tanto, solo se refiere a la posesión de un inmueble, precisamente la de una parcela de suelo público (ager publicus), donde no hay dominium,-

ciones que se hacen imprescindibles.- Dos teorías se expusieron en el siglo pasado; una, denominada teoría subjetiva o de la voluntad, cuyo máximo expositor fue CARLOS FEDERICO SAVIGNY y otra objetiva sostenida por RODOLFO VON IHERING (5).- La primera sostiene que toda posesión requiere

---

Esta propiedad especial de tierras públicas está protegida por un medio extraprocesal, "un interdictum y no una actio".- Al respecto nos dice MANUEL IGLESIAS CUBRIA, Evolucion Histórica del Concepto de Posesión, Oviedo, 1955 pag. 24 que "los poseedores del Ager publicus no pensaban en convertirse en propietarios de aquellos terrenos, al menos de una manera inmediata.- Reconocían un derecho superior del Estado romano y se conformaban con lograr eventualmente de la posesión de la cosa el mismo provecho que hubieran conseguido con la propiedad.- Solo advirtieron cuando empezaron a ser perturbados en la pacífica tenencia de sus tierras: entonces sí, entonces comprendieron que no podían defenderse como si fueran propietarios y es de pensar que así como el "cliens", acudiría a solicitar la protección y ayuda del jefe doméstico que le había concedido el usus ae possessio, así también los poseedores, previendo acciones negatorias o reivindicatorias, acudieron al Estado Romano en su querrela, y aquel sentido práctico romano, que siempre halló solución adecuada al punto contravertido proveyó en esta ocasión por medio de censores y pretores a la tutela de aquellas posesiones.

(5) HERNÁNDEZ GIL.- La función Social de la posesión, op. cit. pag.15, nos dice: "En materia de posesión SAVIGNY y IHERING siguen siendo inevitables.- La fulgorante modernidad perdida se va tornando clasicismo, De uno u otro modo permanecen. Permanecen en sí y a través de múltiples interpretaciones y críticas. Lo mismo que toda actitud filosófica requiere -según tantas veces se ha dicho- un punto de vista respecto de KANT, lo mismo también cualquier teorización posesoria exige o resupone un punto de vista respecto de estos dos extraordinarios juristas".-

re la tenencia pero que no toda tenencia es siempre posesión.- El corpus es el elemento material o físico de nuestra acción sobre la cosa, que nos pone en contacto con ella, pero es suficiente para que pueda ejercitarse la simple posibilidad de acción inmediata sobre ella con exclusión de otras personas.- (6) El corpus, pues, adquiere su máxima importancia al momento de la adquisición de la posesión, no así para la conservación (7).- El animus, es el elemento psíquico, espiritual o intelectual de la posesión, consistente en tener la cosa para sí con intención de ejercer el dominio, de manera que si no existe ese animus estaremos en un caso de detentación o de simple tenencia.- (8) Con esta tesis se explicaban casi la totalidad de los casos que en Roma, gozaban de protección posesoria, pero no todos.- Así, no se podía explicar porque merecían protección posesoria, el acreedor pignoraticio, el precarista y el secuestratario ya que estos poseedores no tenían la intención de poseer como propietarios. Para la

---

(6) SAVIGNY, Il Diritto del Possesso, primera traducción al italiano por Pietro Conticini, 1839, págs. 186 y 187.-

(7) Op. cit. pág. 217

(8) Op. cit. págs. 93 - 94 - 224.-

explicación de estos casos que SAVIGNY llamó excepcionales o irregulares, acudió a los que él llamó posesión derivada en la que el propietario transmite el "ánimo domini" al detentador (9).- A la anterior teoría, se le enfrenta la teoría objetiva (10).- Mientras que para SAVIGNY existe independencia entre el corpus y el animus, para IHERING el corpus no puede existir sin el animus, "El corpus y el animus son como la palabra y el pensamiento hasta entonces puramente interno" (11).- No es que se suprima el elemento intencional en la concepción de la posesión porque "La simple relación de proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica.- La significación

---

(9) Op. cit. pág. 257 ss.

(10) IHERING, en el prólogo de su obra, la Voluntad en la Posesión, traducción de ADOLFO POSADA, que forma la segunda parte de la obra publicada por la Editorial Reus S.A bajo el título genérico de la Posesión, 1926, pág. 260, escribe "Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar a aquel que ha sido el primero en seguirla y el punto donde ha comenzado.- Por esta razón he elegido a SAVIGNY, tanto en mi obra acerca del fundamento de la protección posesoria, cuanto en la presente.-" "Tengo plena conciencia de haber puesto mi nombre científico a prueba, de una manera tal, que si las críticas y acusaciones que he lanzado contra SAVIGNY no son fundadas, mi nombre sufrirá quebranto irreparable.- He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá fácilmente censurarme como ingrato, aun sin tener en cuenta el homenaje que yo rindo a los méritos de SAVIGNY.-"

(11) Ob. cit. pág. 292.-

jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, reconocible con la cosa, convirtiendo la simple relación de lugar en una relación de posesión.

¿Sin voluntad no hay relación posesoria? "(12) Y pone el siguiente ejemplo: "El prisionero cubierto con cadenas - toca y ve sus cadenas, sabe que está sujeto a ellas, pero - antes de decir que las posee más bien cabe que las cadenas lo poseen a él". (13) Para IHERING llegan a confundirse la posesión y la tenencia, en la práctica no hay diferencia - entre el arrendatario y el propietario, ya que el primero - se comporta como un verdadero propietario, y no es sino la ley la que viene a hacer la distinción con independencia de la voluntad.- (14)

A la teoría subjetiva se le hace la siguiente crítica: si se dejase a la opinión del sujeto el poseer o no poseer, se sometería el derecho objetivo al derecho subjetivo, la -

---

(12) Ob. cit. pág. 279.-

(13) Ob. cit. pág. 280.-

(14) Así dice: "El aspecto que reviste la teoría de la posesión en el Derecho romano, es de una sencillez extraordinaria donde quieran que existan las condiciones exteriores de la relación posesoria corpus y animus, en el sentido indicado y desenvuelto en el capítulo VI, hay posesión a menos que exista o que se pueda demostrar la existencia, de una relación, a la cual el derecho concede sólo la tenencia.- La actitud subjetiva del que posee es totalmente indiferente a este efecto, obtiene aquél la posesión donde cree - obtener, la tenencia y viciversa, su creencia errónea, no - tiene más importancia que la de un error de derecho sin influjo alguno en el caso con en los demás... En cuanto a su voluntad no tiene fuerza alguna frente a la regla de derecho que ha fijado de una vez para siempre la cuestión de la posesión y la tenencia.-" Ob. cit. pag.532

inseguridad en las relaciones sería la tónica principal y en la prueba de posesión si hubiere que demostrarla sería poco menos que imposible recurrir al elemento psicológico, que es la intención y que escapa a la acción de los sentidos(15) Claro es que el problema parece invertirse, ya tiene explicación por qué el acreedor pignoraticio, el precarista y el secuestratario son poseedores en el Derecho romano, toda vez que se ha prescindido del animus domini, pero entonces, queda sin explicar por qué no se consideran poseedores en Roma al usufructuario, al usuario, al arrendatario, etc., siendo así que de acuerdo con lo expuesto ellos serían poseedores, a ello IHERING responde que el Derecho, movido por motivos -

---

(15) IHERING dice: "Si la distinción entre la posesión y la tenencia dependieren de la voluntad de poseer, los juristas romanos no hubieran podido menos de explicar de la manera más detallada este punto cardinal de toda la teoría. Hubieran debido no solo exponer sin abstracto la distinción teórica, sino que como han hecho con la teoría de la novación hubieran indicado in concreto, los criterios para reconocerla, señalando presunciones, en suma hubieran debido explicar se por otro acerca de la cuestión de la prueba del animus, la cual según hemos visto está rodeada de las mayores dificultades.- Nada de esto hicieron, no hay ensayo alguno para definir esta distinción fundamental, sobre la cual va a edificarse toda la teoría de la posesión; no hay indicación ni alusión siquiera, a la prueba de la voluntad de poseer o de tener" Ob.cit. pag. 544.

prácticos ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado de las condiciones de esta última. -  
(16)

### PERDIDA DE LA POSESION

Vimos como era necesario, en la posesión la concurrencia de dos elementos el corpus y el animus, así, pues, con solo que falte uno de ellos la posesión se pierde. (17) Partiendo pues de esta base, sin el despojante ocupaba el fondo, y el despojado perdía el poder o señorío que tenía sobre la cosa, perdía la posesión, claro es que no se requería que este poder estuviera materializado, bastaba la posibilidad de su ejercicio, pero es lo cierto que al momento de cesar esa posibilidad cesaba la posesión y la adquiría el despojan te.

---

(16) Ob. cit. pág. 305.

(17) ARIAS RAMOS, Derecho romano, Apuntes didácticos - para un curso T.I. Madrid 1940, pág. 316.- FRANCISCO HERNANDEZ-TEJERO JORGE, Derecho romano, T.I. Madrid 1940, pág. 292.- JUAN IGLESIAS, Derecho romano, Instituciones de Derecho privado, Barcelona 1958 pág. 297.- RODOLFO SOHM, Instituciones de Derecho privado, traducción del alemán por W. Roces, 1928, pág. 250.

CONSERVACION DE LA POSESION. SOLO ANIMO

Surgió en Roma un problema de carácter práctico, muchos poseedores en las épocas invernales y estivales, se ausentaban de los campos, que por razones del tiempo no podían ser cultivados, sin dejar ninguna persona encargada de su cuidado, toda vez que ello implicaría un gasto superfluo y sin ningún sentido; ahora bien, si durante esa ausencia, eran despojados del fundo, perdían la posesión, como ello no era justo, por vía de excepción en la época clásica, se consideró que la posesión se conservaba solo animo por razones de utilidad. (18).

GUILLELMO GARCIA VALDECASAS, siguiendo a ROTONDI, dice que "el caso de los saltus hiiberni et aestivi, podría explicarse, sin necesidad de acudir al concepto de possessio solo animo, ya que la posibilidad de actuar sobre el saltus (la possessio corpore). Aunque atenuada, no ha desaparecido por

---

(18) ARIAS RAMOS, ob. cit. pag. 316.- HERNANDEZ TEJERO ob. cit. pag. 292. JUAN IGLESIAS ob. cit. pag. 297. SOHM ob. cit. pag. 250. RAIMUNDO SALEILLES. La posesion, traducción de J. Ma NAVARRO, Madrid, 1909. pag. 145.

completo, " (19) Sin embargo, no es que este docto catedrático rechace la idea de una posesión solo animo en el derecho romano, sino que la deja para explicar otros casos como el del poseedor que se aleja temporalmente del fundo, y nos dice: " aún en el caso de que otro lo ocupe clandestinamente sólo la pierde cuando habiendo tenido noticia de la ocupación renuncia a entrar en el fundo o lo intenta en vano. Al ocupante clandestino se le niega la posesión. La conservación de la posesión a pesar de la ocupación clandestina, obedecía sin duda, a la finalidad práctica de prolongar temporalmente la defensa de la posesión, con el objeto de que no resulte perjudicado el poseedor, que ignorando la usurpación no ejercitó antes los interdictos. Por otra parte, mientras el poseedor ignora la ocupación del fundo no es tan patente la cesación de la possessio corpore como cuando el poseedor, una vez conocida la ocupación, se resigna a ella o intentando entrar de nuevo en la finca no lo consigue". (20)

---

(19) GUILLERMO GARCIA VALDECASAS, La Posesión Incorporeal del Despojador y la Posesión de Año, Revista de Derecho Privado, 1946, pag. 338.

(20) Ob. cit. págs. 338 y 339.

En época de Justiniano, se multiplicaron los casos en los que se conserva la posesión solo animo, aunque se pierda el poder material sobre la cosa, (21) como en el caso del esclavo fugitivo en que el dueño conserva la posesión del mismo y de las cosas que éste detenta, pudiendo incluso adquirir la posesión de otros objetos por medio de él (22) por ello se ha dicho que se refleja en el derecho romano bizantino una tendencia a desviarse de la concepción de la posesión como estado de hecho (23).

También hay distinta solución, en el derecho clásico, y en el derecho justinianeo, en cuanto al alejamiento del fundo, para el derecho clásico si el alejamiento transitorio, no se perdía la posesión, pero si la ausencia era prolongada y otra persona ocupaba el fundo, no le quedaba otro medio de recobrarlo que la acción reivindicatoria, en cambio en el derecho justineano se conservaba la posesión, y si durante la ausencia se invadía la finca, el despojante comete vis y tenía derecho al interdicto unde vis (24).-

---

(21) ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 316.- HERNANDEZ-TEJADO, ob. cit. pág. 292.

(22) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 339.

(32) ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 22.

(24) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 339.

DESPOJO VIOLENTO. PRECARIO Y CLANDESTINO.

Tres eran los medios de despojo en el Derecho romano que viciaban la posesión: la violencia ( VI ), la clandestinidad ( CLAM ) y la precaridad ( PRECARIO ), la primera forma se lleva a cabo cuando se despoja de la posesión al poseedor, atropellando la resistencia que opone o venciendo mediante una amenaza grave, la segunda cuando el despojo se realiza secretamente apoderándose de la cosa sin conocimiento ni voluntad de su poseedor, y la última cuando quien ha obtenido la posesión a título de favor y a ruego suyo, con el compromiso de devolverla cuando le fuere reclamada, se niega a hacerlo (25).-

PROTECCION POSESORIA.-

Contra los actos de despojo, y como defensa y protección de la posesión, los romanos, crearon los interdictos .- En cuanto a la etimología de su palabra nos dice don URSICINO ALVAREZ (26) que la voz interdictum remite pro -

---

(25) ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 318.- SOHM, ob. cit. pág. 247 y 248.-

(26) Curso de Derecho romano T.I. Madrid 1955 pág. - 500.-

bablemente a interdicere, equivalente a vetare, prohibir.- Pero Justiniano le atribuyó el sentido amplio de "Inter duos dicere". Esto, tiene una base histórica, las órdenes que el magistrado puede emitir para proteger una situación de hecho reciben originariamente el nombre de interdictos y de decretos.- Dice GALLO, 4, 140 (27) "Se llaman decretos cuando manda que se haga algo, por ejemplo cuando ordenen que se exhiba o se restituya algo, e interdictos cuando prohíben hacer algo por ejemplo, cuando ordenan que no se ejerzan violencia contra aquel que posee sin vicio alguno o que no se haga algo en lugar sagrado".- Con el tiempo la palabra interdictum se utilizó para designar toda orden aunque no tuviere carácter prohibitivo.- "Consiste el interdictu, en una orden del magistrado, de carácter administrativo, por el que se procura poner remedio a una controversia entre dos personas, mandando que se haga o no se haga alguna cosa" (28).-

---

(27) Cit. por URSICINO ALVAREZ, ob. cit. pág. 500.-

(28) URSICINO ALVAREZ, ob. cit. pág. 500.-

En cuanto al aspecto procesal nos dice también don URSICINO ALVAREZ que "Corresponde a BISCARDI ("La protezione interdittale nel Processo Romano" 1938) el mérito de haber destacado toda la importancia de la distinción entre el procedimiento interdicial y el procedimiento ex-interdicto, ya que los autores habían fijado su atención especialmente en este último.- Pero precisamente es el procedimiento interdicial, encaminado a obtener el pronunciamiento del interdicto, el que constituye en propiedad -

### INTERDICTO DE RETENER LA POSESION

Apartándonos del problema procesal, y en relación con el despojo, se hace necesario distinguir entre la protección brindada en el período clásico y en el período justiniano, en el primer período se concedieron dos clases de interdictos, de retener y de recobrar, el primero interdicta retinendae possessionis, se concedía cuando alguien era simplemente perturbado o molestado en la posesión con miras a despojarlo, pero como el despojo no se había consumado simplemente, se le mantenía en la posesión.- Esta clase se estaba compuesta por dos interdictos, uno para los inmuebles, llamado uti possidetis y otro para los muebles, llamado utrubi, la diferencia no era solo en cuanto al objeto, sino que, en el fondo eran también distintos; el uti possidetis favorece solo al que posee, sin vicio de violencia

---

un medio de protección jurídica extrajudicial distinto del oído iudiciorum privatus, ante la sola autoridad del magistrado; el procedimiento ex interdicto en cambio, se desarrolla por los cauces del litigio ordinario, con intervención del iudex y terminando con una sentencia normal, en la que se aprecia si ha existido o no desobediencia al mandato interdictal".- Ob. cit. 503.-

cia (nec vi), ni de clandestinidad (nec clam), ni de precario, (nec precario) (29), importa poco que sea viciosa o no con relación a cualquier tercero. Así quien había despojado a otro, por medios violentos, clandestinos o negándose a entregar el fundo, que pro favor se le permitió ocupar, sin que mediare acto jurídico obligatorio, no solo no es considerado poseedor en relación con el despojado, y no se brinda protección interdictal, sino que se le obliga a devolver la posesión adquirida amañadamente.- Esta situación, era posible en el derecho romano, porque el interdicto de uti possidetis era uno de los procesos dobles (judicia duplica), en que ambos litigantes asumen a un tiempo el papel de demandante y demandado, por esta razón algunas veces se dice que este interdicto tenía carácter recuperatorio. (30). La diferencia fundamental con el utrubí era que en el uti possidetis la posesión debe ser actual, mientras que en el utrubí se otorgaba no al poseedor actual sino al que hubiere poseído más tiempo, nec vi, nec clam

---

(29) PAUL JORS-KUNKEL, Derecho privado romano, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, pag. 169. ARIAS RAMOS, ob. cit. pag. 2. HERNANDEZ TEJERO ob. cit. pag. 294. JUAN IGLESIAS ob. cit. pag. 299. SOHM, ob. cit. pag. 253. WINDSCHEID, Diritto de le pandette, trad. ital, de FADDA y BENSÀ. I. 1925 N° 159. ARANGIO-RUIZ, ob. cit. pag 274.

(30) SOHM, ob. cit. pag.253. OTTO LENEL, Essai de Reconstitution de L'édit perpetuel. Ouvrage traduit en français par FREDERIC PELTIER, tome deuxième. Librairie de la Société de Recueil General Des Lois y des Arrêts.

nec precario frente al adversario.- (31)

INTERDICTO PARARECUPERAR LA POSESION.-

La segunda clase de interdictos que tenía el derecho clásico era, como se dijo, para recuperar la posesión, *interdicta recuperande possessionis*, se otorgaba a quienes habían sido despojados de la misma y se dividía en *interdictum de vi* e *interdictum de vi armata*, en ambos era preciso que el despojo hubiere sido realizado por medio de violencia, sin embargo, para que se otorgara el segundo interdicto se requiere que sea violencia fuere ejercida por un grupo de hombres armados "*hominibus coatis armatisve*" (32).- El interdicto de vi, no otorgaba al poseedor vicioso, por lo que admite la *exceptio vitiosae possessionis*

---

(31) ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 317.- HERNANDEZ TEJERO, ob. cit. pág. 294.

(32) ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 318.- JUAN PACHIONI, Valladolid, 1942, pág. 351.- HERNANDEZ TEJERO, ob. cit. - pag. 294, hace la diferencia en que el vi armata la violencia se ejercía con armas igualmente JUAN IGLESIAS, ob. cit. pág. 300.- LENEL, ob. cit. pág. 467 ss.

nis (33) y no puede ser intentado después de transcurrido un año, en cambio el ~~de~~ vi armata protege cualquier clase de posesión y puede ser ejercitado en cualquier tiempo, de manera que no admite la exceptio temporis.- Estos procesos eran simples no dobles como en el uti possidetis (supra pág ).- Al despojo violento, sea cuando el despojante ha empleado vis a trix, se le llama dejectio y al despojante dejiciens.- No hay dejectio, pero sí pérdida de la posesión cuando se abandona la cosa por un temor infundado.- A la dejectio se equipará el prohibere, el non admittere, esto es, el impedir la entrada al propietario que vuelve con la intención de ocupar el fundo cuya posesión tenía solo animo.- El unde vi no puede dirigirse contra un tercer poseedor, solo contra el despojante, aún cuando este despojante ya no tenga la cosa en su poder, en cuyo caso, al no poder proceder a la restitución, debe pagar los daños y perjuicios.- La defensa recuperatoria para -

---

(33) Así lo afirma JUAN IGLESIAS, ob. cit. pág. 301.- En contra de LOS MOZOS, quien afirma: "Esto último ha planteado el problema de si este interdicto al no admitir la exceptio vitu era concedido a todo detentador, pero esto no puede admitirse, en modo alguno, dada la regulación clásica de la posesión (lo que por otra parte, aparece resuelto desde SAVIGNY), ya que a los únicos a que alcanza la protección posesoria, es a los que sean considerados como poseedores", pag. 14, ob. cit.

quien ha sido privado de la posesión, se concedía solo a los bienes inmuebles, para los muebles debía recurrirse al interdicto utrubi en el derecho clásico, en el cual vencía como se dijo, no el poseedor actual sino el que había poseído más tiempo durante el último año, pero como Justiniano asimiló el utrubi al uti possidetis, entonces sólo podía ejercitarlo el poseedor actual, queda una laguna para la recuperación de inmuebles, en cuya solución no se han puesto de acuerdo los romanistas.- (34)

#### INTERDICTUM DE PRECARIO.-

Este interdicto se da cuando el precarista se niega a entregar la cosa que se le había entregado en préstamo con la obligación de devolver, algunos autores como SOHM conceden carácter recuperatorio a este interdicto pues el precarista es considerado poseedor jurídico y el precario *dans* pierde la posesión que recobra interdictalmente (35), otros como ARIAS RAMOS, le niegan ese carácter porque hay que tener en

---

(34) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 340.-

(35) Ob. cit. pág. 255.

cuenta que el interdicto se concedía no solo al primitivo precario dans, sino a cualquier adquirente posterior a la misma.- Y en este caso no es acertado considerar el interdicto como recuperatorio de la posesión.- (36)

INTERDICTUM DE CLANDESTINAE POSSESSIONES.-

Este interdicto correspondía al poseedor de un fundo que hubiere sido despojado clandestinamente.- Su existencia ha sido negada por algunos autores, lo probable es - que entró en desuso cuando se consideró que la posesión - se conservaba solo animo (supra pág. ).-(37)

PERIODO JUSTINEANO.-

En el Derecho justineano se fusionan el uti posside<sub>u</sub>tis para inmuebles y el utrubí para muebles, ambos se dan

---

(36) Ob. cit. pág. 255. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di Diritto romano, 11ª ed. Napoli, 1952, pág. 269 y ss

(37) PACHIONI, ob. cit. pág. 352.- GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 340.

en favor del poseedor actual (supra pág. 16) lo mismo sucede con los de vi y de vi armata, el plazo para establecer ambos interdictos es de un año y no puede alegarse la exceptio vitiosae possessionis, es decir que se protege la posesión aun que hubiese sido adquirida por violencia, clandestinidad o en precario respecto del demandado (supra pág. 17). (38)

Hace notar DE LOS MOZOS, que las innovaciones no sólo - se limitan a ampliar el campo de la protección posesoria, - sino que se realiza un cambio más profundo en el concepto - mismo de la posesión, así el calificativo de la posesión vitiosa, que por la supresión de la exceptio vitiae había quedado inservible, denominada también en el derecho clásico iniusta possessio, se va a aplicar a la possessio naturalis - mientras que la iusta possessio, será la possessio civilis.- El animus viene a ser elemento fundamental de la posesión y el único de la quasi possessio.- (39) Dice GARCIA VALDECASAS que la possessio quae animo retinetur, acaba por modificar -

---

(38) ARIAS RAMOS, ob. cit, pág. 319,- HERNANDEZ TEJERO, ob. cit. pág. 294.- JUAN IGLESIAS, ob, cit. pág, 301,-

(39) DE LOS MOZOS, ob. cit, pág. +0-31.

el mismo concepto de la posesión, y ROTONDI dice que la base de la posesión es la possessio corpore, unida indudablemente con el elemento intencional que la vivifica pero que a medida que se extiende la posesión solo ánimo, se debilita la naturaleza del hecho y la posesión empieza a ser tratada según reglas y principios que sólo convienen a los derechos.- (40).-

---

(40) Possessio quae animo retinetur, Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e del "animus possidendi" Bulletino dell' Instituto di Diritto romano, XXX, 1921, pag. 15.

## CAPITULO II

### DESPOJO DE LA POSESION EN EL DERECHO GERMANICO.-

#### Importancia de su estudio.-

Se hace necesario estudiar el despojo de la posesión el derecho germánico porque es notoria la influencia de él en el derecho español, por eso ha dicho don FEDERICO DE CASTRO "El derecho español el que ha sido y continuará siendo eficaz, nace de la conjunción de dos principales influencias, la germánica y la romana.- Su originalidad y propio significado, respecto de los demás derechos europeos está en que ambas corrientes se unen y encauzan de tal modo que no solo pierden sus caracteres específicos, sino que se ponen al servicio de la concepción cristiana de la vida.- (41)

#### EL DESPOJO EN LA GEWERE.-

La Gewere (42) viene a representar para los derechos

---

(41) FEDERICO DE CASTRO, Derecho Civil de España, Parte General, Madrid 1955, pág. 153.-

(42) "GEWERE (alto antiguo alemán giwiri, ewri) - significa custodia, guarda, posesión; las fuentes latinas hablan de vestidura, investidura (transmisión de posesión). En el Derecho francés se llama saisini, y en el inglés, seisin (de sazjan).-" (HANS PLANITZ, Principios de Derecho Privado Germanico, traducción de CARLOS MELON INFANTE Bosch, Barcelona, 1957, pág. 155.- )

germánicos una equivalencia de la possessio romana, pero no una identidad, hay en el fondo profundas diferencias.- La mentalidad latina pudo concebir la idea de una posesión independiente abstraída del ejercicio del derecho real, que se protegía en sí, en cambio los germanos atribuyeron efectos a la Gewere, en tanto en cuanto aparecía como exteriorización de un derecho.- (43) -

"La Gewere es la forma jurídica del Derecho real.- Tiene Gewere quien se presenta como realizador del Derecho real mediante la dominación efectiva de la cosa.- Y esta persona es aquella a quien corresponde el aprovechamiento de la finca, puesto que ella es públicamente el titular real.... Sin embargo la Gewere, no solo es la forma jurídica del Derecho real, sino que, además es ella misma un derecho en cuanto que el señorío sobre la cosa produce efectos jurídicos propios.- Como tal la Gewere es transmisible y heredable". (44) Es pues la Gewere, la vestidura, la forma externa del derecho, literalmente es el acto de vestir la mano con el guante. Puede que en esa apariencia no exista el derecho, pero mientras no se demuestre tal cosa, se presume la existen

---

(43) ANTON MARTIN PEREZ, Derechos Reales I Doctrina General, La Posesión, Zaragoza, 1958, pag. 45.

(44) PLANITZ, ob. cit. págs. 154, 155.- En igual sentido OTTO GIERKE, Deutsches Privatrechts, II, Leipzig, 1905, pag. 187 y ss.

cia de ese derecho en quien tiene la Gewere (45).- Diríamos que aquí, cobra realidad el cáustico refrán popular de que las cosas no valen por lo que son, sino por lo que parecen.- Para los germanos, importa mucho lo que los demás piensen de las cosas, la colectividad da forma y vida al derecho, como los recipientes dan forma al líquido que contienen, así, aunque no exista ese líquido si a través del cristal pareciera que lo vemos, para la ley existe.- Esa es la razón por la cual puede subsistir a veces la Gewere sin el elemento corporal, de manera que aunque se ostente poder sobre la cosa, si manifiestamente no existe derecho alguno como en el caso de una usurpación con notoria violencia, no obtiene el despojante Gewere alguna que se conserva en el despojado.- HANS PLANITS nos dice que "Mediante simple Auflassung sin toma corporal de posesión se transmite la Gewere de la finca.- Por esto, la Gewere tampoco desaparece necesariamente al perderse el señorío de hecho sobre la cosa; a pesar de la usurpación violenta la Gewere subsiste." (46)

---

(45) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 40.-

(46) Ob. cit. pág. 155

Respecto a la Auflassung y la Gewere, en la contratación germanica, nos dice RAFAEL NUÑEZ LAGOS, - Hechos y Derechos en el documento público, Madrid, 1950, pags. 106, 107, 109 que: "La mentalidad latina esta -

GEWERE IDEAL Y CORPORAL.-

Se habla de varias clases de Gewere; mediata e inmediata, yacente, expectante, de derechos, jurídica, (47)- pero la que nos interesa en orden al despojo es la corporal del despojante y la ideal del despojado, pues, en lo

---

acostumbrada a considerar la transmisión de la propiedad (compraventa transmisiva francesa; compraventa con traditio bolonesa como un solo negocio conjunto, unitario, - contrato bilateral con perfecta corresponsabilidad entre transmitente y adquirente.- En Derecho germánico el fenómeno transmisivo aparece "partido por gala en dos", con actos espectaculares o simbólicos perfectamente diferenciados.- El primer acto tiene por protagonista al transmitente que se despoja asimismo de todos sus derechos sobre la cosa (expropiación, exfestucatio, auflassung).- El segundo adquirente, que se apodera y ocupa (impropiación, investidura, Gewere) de la cosa con independencia de los derechos del transmitente.- Aunque enlazados económicamente en lo jurídico, los singulares y diferenciados actos tienen en la literatura jurídica mayor o menor sustantividad, según el grado de exaltación germanista del autor.- Cada uno de dichos actos, que no eran simultáneos, con frecuencia se recogían, uno a uno, por escrito.- Documentada la Auflassung, partes y testigos se trasladaban a un momento posterior al previo.- A veces, en lugar o además de la primitiva wadia (traditio per wasonem -terron- per cespitem, per ramen), se colocaba el documento en el que ya constaba el primer acto, la auflassung en medio del predio y el adquirente, en vez del guante, levantaba el documento -levare chartam- en señal de apropiación del dominio.- Cuando el Gewere se realizo lejos del predio, bastaba la entrega del documento (traditio chartae).- Este segundo acto de la adquisición de propiedad -Gewere- se recogía por escrito, frecuentemente en el mismo documento en que constaba la Auflassung o primer acto, en diligencia aparte, pero como anexo.-"

(47) PLANITZ, ob. cit. pág. 155, nos da los siguientes conceptos; Gewere inmediata es la que tiene quien en

referente a nuestro tema, los autores ven, la ascendencia a lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 460 del Código Español (infra ).- La presunción de derecho que constituye la Gewere, no puede ser destruída sino en forma judicial así, cuando alguien usurpa un inmueble, el usurpado sigue conservando la Gewere ideal, aunque el inmueble haya salido de su poder y el usurpador, adquiere lo que se llama la Gewere corporal (48).-

---

virtud de un derecho sobre la cosa, percibe los frutos naturales; tiene Gewere mediata quien percibe rentas y servicios a costa de la finca, es una construcción vertical de la posesión ejemplo propietario y arrendatario.- Gewere yacente cuando un titular real, en virtud de su derecho, sustrae a otro el aprovechamiento de manera transitoria pero plena, ejemplo la del propietario cuando da en prenda la cosa.- Es expectante cuando a quien la tiene corresponde un derecho real de expectativa, en el caso por ejemplo de la prenda in desplazamiento en que no se adquiere la Gewere corporal sino cuando vencido el plazo no se obtiene el pago que garantiza la prenda. La Gewere de derechos se da sobre los derechos considerados en sí mismo con independencia de la finca.- La Gewere jurídica hace cuando una Gewere adquirida mediante Auflassung judicial ha durado año y día sin ser impugnada.

(48) BLAS PEREZ GONZALEZ Y JOSE ALGUER, Anotaciones al Tratado ENNECERUS, TEODOR KIPP y MARTIN WOLF, tratado de Derecho Civil tomº 3º derecho de cosas, por WOLF. Traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, Barcelona, 1944, pag. 79.- PLANITZ, ob. cit.- pag. 156.- GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pag. 342.-

En el Código Español, se observa la influencia germánica en el artículo 440 que dice: "La posesión de bienes hereditarios, se entiende transferida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirirse la herencia" y en el artículo 464 para la reivindicación de bienes -

Hay pues sobre un mismo inmueble (49), dos Geweres, la ideal del despojado (50) y la corporal del despojante, que entra en pugna.- En principio, es más fuerte la Gewere ideal, pues confiere derecho incluso para que por propia autoridad el usurpado expulse al usurpante; si fracasare en su intento, puede ejercitar la acción judicial dentro de un año y un día a partir del despojo, pero si deja transcurrir ese término la Gewere corporal se fortalece. La Gewere ideal, antes del año, solo es vencida por la Gewere corporal si ésta se apoya en un título de mayor rango que aquella.- De todas suertes, la Gewere ideal tiene la virtud de conferir al despojado la calidad de demandado siendo el usurpador, a quien correspondiéndole la calidad de demandante, le incumbe probar una Gewere más fuerte y que para vencer

---

muebles, en cuanto a esto último pueden verse los valiosos trabajos monográficos de HERNANDEZ GIL, "El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de "privación ilegal". "Revista de Derecho Privado 1944 pags. 496 ss.- De nuevo sobre el artículo 464 del Código de Civil, Revista de Derecho Privado, 1945, pags. 413 ss.

(49) En cuanto a muebles la Gewere tiene características propias, así, no pueden concurrir dos Geweres, solo una, la corporal que se apoya en el elemento hecho y que funda una presunción de propiedad.- MARTIN PEREZ, ob. cit. pag. 48.-

(50) La Gewere ideal se da especialmente en tres casos: Al heredero se le reconoce la Gewere desde que -

debe destruir la prueba del demandado.- Pero también al mismo tiempo que defiende su Gewere ideal, podía establecer acción contra el usurpador para el restablecimiento de la Gewere corporal que le correspondía.- A esto se le llama el efecto ofensivo de la Gewere.- (51)

---

muere el causante aunque no haya recibido la herencia.- 2º Cuando por sentencia judicial se reconoce la Gewere sobre un fundo, ésta tiene eficacia aunque no haya ocupado el fundo y 3º En el caso de despojo que se examina.- MARTIN PEREZ, ob. cit. pag. 46.

(51) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 342.- PLANITZ, ob. cit. págs. 156 y 157.-

DESPOJO EN EL DERECHO CANONICO.-

LA EXEPTIO SPOLI Y LA ACTIO SPOLII.-

La iglesia, ha sido siempre contraria a toda clase de violencias, de cualquier clase que sea, busca siempre la paz, anhelo de la humanidad durante todos los siglos, fue así como, el derecho canónico, creó, en primer lugar la "exceptio spolii, (52) excepción de previo y especial pronunciamiento, mediante la cual antes de entrarse a conocer el fondo del litigio, para decir definitivamente a quien corresponde el derecho, debía sobre todo reintegrarse en la posesión al despojado ilegítamente "Spoliatus ante omnia restituendus".- Claro es que cuando no se le establecía un juicio, el despojado no tenía oportunidad de ejercer la excepción mencionada, entonces se creó la actio spolii, como acción, a fin de que previamente se le reintegre en la posesión despojada, no solo si el despojo se ha llevado a cabo violentamente, sino también cuando se trate de cualquier clase de despojo "iniusta causa amissionis.- (53)

---

(52) El tema en un principio es olo materia canónica y se refería al despojo que los señores feudales, herejes, hacían a los obispos de sus sedes.- Véase RUFFINI, L'actio spolii, pags. 141 y ss. DUMAS, Dictionnaire canonique Dalloz, XXXVII, cols, 52 y ss. (Paris, 1958)-

(53) La actio spolii no debe considerarse como una

BIENES QUE TITELA.-

La exceptio y la actio spoli, no sólo comprendían en su protección los bienes corporales muebles e inmuebles, sino que la hacía excesiva a toda clase de derechos (honoríficos, de familia, de estado, oficios, diezmos, cargos, dignidades eclesiásticas), ello obedecía, dice MARTIN PEREZ, tanto a la inspiración espiritualista de este ordenamiento como al entrecruzamiento de lo público y personal con lo patrimonial que se produjo durante los siglos medios (54)

---

transformación del interdicto unde vi, sino "como una acción especial, como el resultado de injertos romanos y germanicos, hechos por la práctica medieval sobre un tronco eclesiástico.- En fin como la acción posesoria propia y específica de la Edad Media". La cita es atribuida a RUFFINI, por GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág.-345.-

(54) Ob. cit. págs. 44 y 45.- FADDA y BENSA, ob. cit. pag. 362.

CONTRA QUIENES PUEDE DIRIGIRSE.-

Una de las características más importantes de la actio spolii, es que puede dirigirse, no solo contra el despojante, sino contra el tercer poseedor, o contra cualquiera que detentare la cosa, aún los que conocieren el despojo, es decir la mala fe, pero se dice que Inocencio III (55) los limitó a quienes fuesen concedores del despojo (sucesores spolie consci) (56)

EXCEPCIONES DE LA ACTIO SPOLII.-

Una de las cuestiones más importantes son las excepciones que sufre la actio spolii (57) en primer lugar ca

---

(55) Inocencio III, Pontífice Romano, año 1198.- JOSE ESTANYOL Y COLOM, Instituciones de Derecho Canónico, 1893 pag. 520.-

(56) GARCIA VALDECASAS, ob. cit. pág. 394.

(57) MARTI Y MIRALLES, ob. cit., pág. 342., dice " - Tan arraigada es esta creencia entre nuestros modernos pocesalistas, de que el principio spoliatus ante omnia restituentus es absoluto, se ha dicho en tantos tratos de derecho procesal, que esta regla entresacada del derecho canónico era una regla sin excepción; que aunque parezca inverosímil, el sustentar lo contrario y el intentar probar que no, que el derecho canónico admitía ex

be citar la exceptio domini, que es la de mayor transcendencia (58).- Se admite esta excepción por los decretalistas solo cuando no puede oponerse en controversia, cuando siendo notoria la falta de derecho del interdictante, sobre la cosa, tampoco no haya duda alguna, sobre el derecho de propiedad que corresponde al demandado de despojo, al cual, pone de manifiesto inmediatamente, las pruebas fehacientes irrefutables de su derecho en la cosa cuya posesión alega al interdictante (59); pero no procede esta excepción si ha mediado violencia personal o ha habido lanzamiento como resultado de una vis atrox. (60) Otra excepción en la periculum animae, aplicable solamente a causas matrimoniales, esta disposición tuvo el siguiente origen - según dice MARTI Y MIRALLES, verificado cierto matrimonio con todos los requisitos y formalidades externas averiguó la esposa que el acto era nulo por impedimento de consanguinidad en cuarto grado, por cuyo motivo se separó del varon por su propia autoridad es decir -

---

cepciones al principio... es lo cierto que al proclamar estas verdades... no me creo seguro de caer aplastado bajo el peso de viejas jurisprudencias o mejor dicho de inveterada rutina, y de correr la suerte que amenaza a todo innovador.-

(58) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. pág. 255.-

(59) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. pág. 255.-

(60) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. pág. 262.-

sin acudir a procedimiento judicial alguno.- El marido ejercitó su derecho de pedir por medio de la acción de despojo la reintegración de la esposa a la vida conyugal y deferida la causa al pontífice, Inocencio III, - contestó por medio de la Decretal Literas tuas con la siguiente disyuntiva: o bien la mujer tiene pruebas - con que demostrar in continenti la nulidad del matrimonio, o no tiene tales pruebas, en el primer caso no debe ser restituida a la vida conyugal (61).- Otra excepción es la de daño irreparable derivado de la reintegración posesoria, o sea que, si previamente se reintegraba la cosa, sin resolverse el fondo, se podía causar un daño irreparable, así por ejemplo, si buscado - un reo por la policía, se refugiaba en una iglesia y - se acogía al sagrado asilo, y los funcionarios encargados de buscarlo, solicitaban se les entregara el reo, la excepción de daño irreparable era procedente, toda vez que si se les entregaba, aún cuando después se - viera que el asilo procedía, ya los guardianes no iban a estar en disposición lógicamente de entregar al reo.-

---

(61) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. págs. 269 y 270.-

En igual situación está la restitución de la mujer al esposo que la trata con sevicia y la de cadáver sus - traído y ya sepultado. (62) Otras excepciones son: la que se deriva de un derecho de tercero que reclame co mo suya la cosa, la presunción de derecho contraria - al despojo y la de hurto manifiesto.- (63)

---

(62) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. pág. 270.-

(63) MARTI Y MIRALLES, ob. cit. pág. 267.-

CAPITULO IV.-

CONCEPTO DE DESPOJO

SIMPLE Y CUALIFICADO.<sup>e</sup>

La primera distinción que se acostumbra hacer del despojo (64) es en simple y cualificado, según los medios o forma en que se cometa.- La mayoría de las legislaciones no nos dan un concepto de lo que es el despojo, y el sentido y extensión del término hay que tomarlo, de la mención que se hace en los diferentes artículos.- El Código de Costa Rica hace referencia expresa al despojo de la posesión en nueve artículos, (65) usando algunas veces términos referentes al des -

---

(64) La Legislación civil costarricense usa también el término usurpación.- Esta palabra viene del latín "usurpatio", compuesta a su vez de los términos usui-rapare, que significa interrupción de la usucapción.- Paulo daba la siguiente definición: "Usurpatio est usucapionis interruptio", lo cual traducido literalmente, significa: Usurpación es la interrupción del derecho de usucapir, y aunque su origen es civil, preferimos manejar el concepto de despojo, pues parece que la doctrina civil se inclina más hacia él, mientras que la penal tiene sus preferencias en cuanto al uso de "usurpación". (EUGENIO PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano México D.F. 1952 pág. 269)

(65) Artículos del Código Civil de Costa Rica:

pojo, a la privación indebida o ilegítima de la posesión, a la desposesión y a la usurpación.- El Código Civil Español, se refiere al despojo en su artículo 466 al decir "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y si fuere inquietado en ella,

---

Artículo 279.- Independientemente del derecho de propiedad, se requiere el de posesión; 1º....2: Por el hecho de conservar la posesión por más de un año.- El año corre desde que se tome públicamente la posesión, o si fuere tomada clandestinamente, desde que eso conste al DESPOJADO.- Artículo 306.- El poseedor de mala fe no puede emplear la fuerza contra aquel a quien corresponda un mejor derecho de poseer la cosa; y sin conocimiento de ese derecho, empleare la fuerza para mantener la posesión, quedará sujeto a la misma responsabilidad civil y criminal que aquel que con violencia DESPOJA a otro de lo que legalmente le pertenece.- Artículo 317.- El poseedor, de cualquiera clase que sea, tiene derecho para reclamar la posesión de que ha sido INDEBIDAMENTE PRIVADO, y una vez repuesto en ella se considera, para efectos de prescribir, como si no hubiere sido DESPOSEIDO.- No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde, mientras el actual poseedor se oponga debe reclamarse judicialmente.- Artículo 318.- Para ser restituído en el goce de un derecho basta que el poseedor pruebe el hecho de la posesión y de haber sido PRIVADO DE ELLA ILEGALMENTE.- Artículo 319.- No será atenable el reclamo del poseedor si se dirigiere contra otro que tenga mejor derecho de poseer, salvo que se le hubiese DESPOJADO de la posesión con fuerza o violencia.- Artículo 323.- La acción sumarísima para recobrar la posesión puede dirigirse contra quien INDEBIDAMENTE HUBIERE PRIVADO de ella al poseedor, y contra el que actualmente posea la cosa o derecho de que se trata.- Artículo 324.- El que viola, USURPA o perjudica bienes o derechos de otro, es obligado a indemnizar al ofendido de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen a éste.- Artículo 325.- La indemnización por ofensa a los derechos ajenos consistiría, si hubo USURPACION o -

debeñá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen". Y aunque en principio se use el término "inquietado", al usarse luego restituido, la acción de despojar queda implícita, pues solo puede ser restituido en su posesión, quien ha sido despojado de ella.- Los artículos 660 y 664 del Código de Procedimientos Civiles costarricense (66), hacen referencia al despojo, al igual que los artículos 724 y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento

---

ajenos consistirá, si hubo usurpación o DESPOJO, en la restitución de la cosa o derecho usurpado y en el pago de los daños y perjuicios.- Artículo 1138.- El arrendatario es obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, y responde no solo de sus faltas, sino de las que cometieren los miembros de su familia, sus huéspedes, criados, obreros y subarrendatarios o cesionarios de su contrato.- Responde también de los perjuicios que se sigan al arrendador, por USURPACIONES de terceros de que no hubiere dado cuenta a aquel en tiempo oportuno.-

(66) Artículos del Código de Procedimientos Civiles: Artículo 660.- Procede este interdicto cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y manifiesten la intención de DESPOJO, siempre que el responsable de los hechos que se denuncian haya conocido o debido conocer sus consecuencias lesivas del derecho ajeno.- Artículo 664.- Corresponde este interdicto al que estando en posesión pacífica de una cosa, ha sido des-

to Española.- (67)

OTRAS LEGISLACIONES.-

En la doctrina y jurisprudencia argentina se ha discutido mucho el alcance de la palabra despojo, unos au -

---

pojado de ella.- Cuando hubiere duda acerca de si ha habido DESPOJO, simple perturbación de la posesión o alteración de mojones, y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, el Juez, con vista de la situación de hecho que resultó de las probanzas, declarará con lugar el que proceda, según que haya habido DESPOJO, simple perturbación o alteración de mojones.-

(67) Artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: Artículo 724.- El que solicite que se le restituya la posesión de que haya sido DESPOJADO, debe ofrecer información sobre los hechos siguientes: 1º.- Hallarse él o su causante en posesión o tenencia de la cosa de que haya sido DESPOJADO.- 2º.- Haber sido DESPOJADO de esta posesión o tenencia designando al autor del DESPOJO.- Deberá además, expresar en la demanda si se conforma con que se dé audiencia al DESPOJANTE, o si quiere que sin ella el Juez falle sobre el DESPOJO.- En este último caso al mismo tiempo que solicite la información, propondrá fianza a satisfacción del Juez para responder de cualquier perjuicio que puedan resultar de la restitución.- Artículo 1651.- El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o DESPOJARLE, o cuando hayasido ya DESPOJADO de dicha posesión o tenencia.-

tores le dan un sentido restringido, así por ejemplo LISANDRO SEGOVIA dice: "Despojo es la desposesión completa por - medios violentos". (68) RAIMUNDO SALVAT expone: "para que - haya despojo es indispensable el concurso de dos requisitos 1º Que haya desposesión, es decir desapoderamiento real y - material del inmueble y 2º Que la desposesión se haya pro - ducido por violencia (69).- HECTOR LAFAILLE escribe: "Para que haya despojo es menester el desapoderamiento efectivo - del inmueble, total o parcialmente", agregando, "Pero tam - bién se impone que dicho resultado sea efecto de la violen - cia y no de cualquiera otro procedimiento, como por ejemplo la clandestinidad",- (70) En cambio nos dice GUILLERMO ALLEN DE, "a pesar la discrepancia grande existente en nuestra - doctrina y jurisprudencia sobre la amplitud del término des - pojo, sostengo rotundamente que el criterio no es otro que - el sostenido en la leyenda de este título, o sea que el des - pojo es equivalente a posición viciosa, la que a su vez com - prende, tanto a la violencia, como a la clandestinidad y -

---

(68) LISANDRO SEGOVIA.- El Código Civil de la Repúbli - ca Argentina.-

(69) tratado de Derecho Civil Argentino.- Derechos Rea - les, Buenos Aires, actualizada por SOPANOR MURILLO CORVALAN pag. 486.-

(70) Tratado de los Derechos Reales.- Buenos Aires - 1943, T.I., pag. 340

al abuso de confianza. (71)

Para algunas legislaciones como la italiana, la distinción entre despojo simple y calificado, siendo este último el que se realiza por medio de violencia y clandestinidad, si tiene mucha importancia, porque da lugar a acciones distintas, en la legislación italiana, quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión puede, dentro del año contado a partir del despojo, ejercer la acción de reintegro. La acción se concede también a quien tiene la detentación de la cosa -según BARASSI en virtud del deber de cortesía entre coasociados (72)-. También se da la acción de mantenimiento contra las molestias (73) si la posesión tiene más de un año en forma continua, no interrumpida y no ha sido adquirida de - -

---

(71) La posesión, Buenos Aires, 1959, pag.93.

(72) LODOVICO BARASSI, Instituciones de Derecho civil. Traducción de RAMON GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO, Barcelona, 1955, vol II, pag. 103.

(73) Molestia es la amenaza determinada por la pretensión de un derecho, que tendrá por consecuencia, la pérdida o disminución aun no ocurrida de la posesión. BARASSI OB/ cit. pag. 103.

un modo violento o clandestino.- Cuando la posesión haya sido adquirida violenta o clandestinamente, la acción puede no obstante ejercitarse, transcurrido un año desde el día en que la violencia o la clandestinidad haya cesado.- También quien ha sufrido un despojo más violento o clandestino puede pedir ser puesto de nuevo en la posesión, si concurren las condiciones indicadas anteriormente.- (Artículos 1168 y 1170 del Código Italiano),-

También el Código de El Salvador, distingue despojo violento y clandestino, del que no lo es, así quien injustamente ha sido privado de la posesión tendrá derecho para pedir se le restituya, con indemnización de perjuicios, sin que para esto necesite probar más que su posesión y el despojo violento y clandestino.- (Artículo 927).-

En los diccionarios de derecho encontramos las siguientes definiciones: EDUARDO PALLARES, en cuanto a despojar dice que es "privar a una persona de su propiedad o posesión por medio de la violencia o vías de hecho.- Las leyes de Partidada la definen como " el acto violento o clandestino por el cual se priva a alguna persona de un inmueble o de un bien raíz ",- (72) La definición de PALLARES, parece -

---

(72) Diccionario de Derecho Procesal Civil, tercera edición, México 1960.-

coincidir, con el concepto que del despojo tiene la legislación francesa para conceder la acción de reintegro (73)- (infra pág. ).- GUILLERMO CABANELLAS define el despojo como "Privación de lo que uno tiene o goza desposesión violenta",.- En las Partidas y leyes de TORO, por despojo se entendía "l acto violento o clandestino por el cual se privaba a otro de una cosa mueble o inmueble que poseía o del ejercicio de un derecho que gozaba". (74)

DOCTRINA ESPAÑOLA Y COSTARRICENSE .-

En la doctrina costarricense, al igual que en la española el concepto de despojo adquiere toda su amplitud, cuando a los medios con que se realiza, quizás influenciada en mayor grado por el derecho canónico (supra pág.30) PEREZ -

---

(73) PLANIOL Y RIPERT, Traducción española de MARIO DIAS CRUZ, Habana, 1930, tomo III, pag. 194.-

(74) Diccionario de Derecho Usual, 5ª Edición, Madrid - 1963.-

GONZALEZ Y ALGER, en sus anotaciones al ENNECERUS, dicen que "El concepto del despojo en nuestro derecho coincide con el texto (75) en el sentido de privación consumada.- En el artículo 1652 se habla del que "ha sido despojado de dicha posesión o tenencia" aunque no se especifican en qué ha de consistir los actos de despojo, sino que se obliga al que entabla interdicto de recobrar a expresar con toda claridad los actos exteriores en que consista el despojo.- Pero comoquiera que "en la sentencia que declara haber lugar al interdicto por haber sido despojado el demandante de la posesión o de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella (artículo 1658 ap. 2 L. - Enj. Civ.) se deduce que los actos del demandado han de consistir en unaprivación consumada de la posesión, es decir, actos que tengan eficiencia para que cese en el actor la situación de hecho que la Ley califica de posesión "(76) GUILLERMO GARCIA VALDECASAS, (77) -

---

(75) WOLF, en el Tratado (veáse nota 48), que es el texto a que se refieren los anotadores, nos da la siguiente definición de despojo "es todo acto en virtud del cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial." Pág. 86.-

(76) Ob. cit. pág. 90.-

(77) Ob. cit. pág. 429.-

nos dice también que "No exigiendo la ley (cc art.446; L.E.C. art. 1652) que este último sea cualificado (violento, clandestino) debe entenderse que hay despojo - siempre que otro priva al poseedor sin o contra su voluntad de la posesión corporal".- PRIETO CASTRO (78),- define el despojo como "el acto que hace admisible el interdicto de recobrar, consiste para la L.E.C. en el despojo o privación consumada de la posesión o tenencia, mediante el apoderamiento de la cosa, ocupación del fundo, distracción de las aguas, producción de humos, asunción del cargo del despojado, etc.".- HERNANDEZ GIL, (79) apunta con sobrada razón, que en el Derecho español el despojo no es una privación de la posesión, sino una privación de la situación posesoria

---

(78) PRIETO CASTRO FERRANDIZ, Derecho Procesal Civil, segunda parte, Madrid, 1965, t. II, pág. 110. -

(79) La cita de este autor sin nota bibliográfica se refieren a sus explicaciones dadas en la cátedra de Derecho Civil, curso 1967-1968, Universidad de Madrid, a las que tuvimos el privilegio de asistir.-

tal y como viene manifestándose o sea de un modo de estar establecida, porque la pérdida de la posesión se realiza por la posesión de otro, si la nueva posesión hubiese durado más de un año (art. 460.Nº.4). La clasificación entre el despojo simple y el cualificado la acoge SENTIAS BALLESTER, "El despojo simple, dice, debe considerarse siempre realizado, nec vi, nec clam, es decir sin fuerza o violencia y sin clandestinidad o engaño.- No precisa la concurrencia de dolo específico y basta con la simple de la culpa y puede ejercitarse sobre bienes muebles, sobre inmuebles o sobre una universalidad de bienes.- (80)

PRIVACION ILEGAL.-(art.318 cc de CR)

El Código de Costa Rica, usa el concepto de privación ilegal, en el artículo 318 del Código Civil, cuando dice: "Para ser restituido en el goce de un

---

(80) SENTIAS BALLESTER CESAR, Tratado práctico de interdictos, colección Nereo, 1962, pag. 155.-

derecho basta que el poseedor pruebe el hecho de la posesión y de haber sido privado de ella ilegalmente".-

El problema que se plantea en el siguiente: ¿Privación ilegal significa privación sin derecho? Debe ser así, quien actuó con derecho, aunque de propia autoridad no comete despojo.- Ahora bien, ¿privación ilegal, significa no privación sin derecho sino, por el contrario, privación por propia autoridad, sin recurrir a los Tribunales?

En favor de la primera tesis se pueden dar los siguientes argumentos: 1º.- Que el artículo 318 hay que relacionarlo con el artículo 319 que dice: "no será atendible el reclamo del poseedor, si se dirigiere contra otro que tenga mejor derecho de poseer, salvo que se le hubiere despojado de la posesión con fuerza o violencia.-" Luego el juez debe examinar el mejor derecho de poseer que tiene el despojante, y se debe declarar sin lugar la acción, si el despojante tiene mejor derecho que el despojado, se llega a la conclusión que, despojo significa, privación sin derecho; lo que da por resultado que hay una privación de posesión con derecho que no constituye despojo, una especie de especie de despojo legal.- 2º.- Que el artículo 318 también hay que relacionarlo con el artículo 306 que dice: "el poseedor de mala fe no puede emplear la fuerza contra aquél a quien corresponda un mejor derecho de poseer la cosa, y sin con conocimiento de ese derecho empleare la fuerza para mantener la posesión, quedará

sujeto a la misma responsabilidad civil y criminal que aquel que con violencia despoja a otro de lo que legalmente le pertenece.- De ello se concluye, que, el mejor derecho garantiza a una persona para ir en procura de su posesión y castiga a quien sin tener mejor derecho pretenda mantenerse por la fuerza en su posesión; fuerza que si está permitida por el art. anterior al 306, - o sea el 305 que dice " El propietario y el poseedor - de cualquiera clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza - o recurriendo a la autoridad competente.-" Luego de esa facultad, puede hacer uso cualquier poseedor, pero no puede hacer uso el poseedor de mala fe, que sabe, - tiene un pero derecho frente al despojante.- De todo lo cual también se deduce, que la ley no considera despojante a quien actúa con derecho, solo a quien actúa sin derecho, y en consecuencia permite actuar por propia autoridad y castigo a quien se oponga a esa actuación propia si no tiene derecho.- 3º.- El tercer argumento se encuentra en el artículo 307 que dice: " Para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor, salvo que el reclamo sea contra el que inmediatamente y anteriormente poseyó como dueño; en este caso, debe quien solicite la protección, -

probar también, o que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer". La ley brinda protección frente a terceros con solo probar el hecho de la posesión pero frente a quien anteriormente poseyó como dueño, le exige una posesión fundada en un título, este título puede ser posesión por un año en forma quieta, pública, pacífica y a título de dueño, o sea una posesión no ya ad-interdicta, una posesión mínima como la llama HERNANDEZ GIL sino una posesión ud-usucapione, una posesión a título de dueño; si quien pretende ser protegido en la posesión no prueba esos requisitos, o que tiene otro cualquiera título legítimo para poseer, la ley no le brinda protección.- En consecuencia, quien lo ha privado de la posesión no estará obligado a restituirla si ha probado ser quien inmediata y anteriormente poseyó como dueño y el despojado no ha podido probar que tenía derecho para poseer.-

La segunda tesis, de que privación por propia autoridad, sin recurrir a los tribunales de justicia, y no privación sin derecho, tiene a su favor los siguientes argumentos; 1º.- Ninguna legislación que se precie de civilizada, puede permitir, que los ciudadanos se hagan justicia por su propia mano.- 2º.- Que el artículo 317 dice " que no puede tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde; mientras el ac-

tual poseedor se oponga, debe reclamarse judicialmente.-" De manera que basta la simple oposición del poseedor para que quien pretende la posesión aunque tenga derecho, se vea obligado a acudir a los tribunales.- Pero ¿cómo armonizar este artículo con 319, que dice que no será atendible el reclamo del poseedor, si se dirigiere contra otro que tenga mejor derecho de poseer, salvo que se hubiere despojado con fuerza o violencia? La contradicción es manifiesta puesto que si por un lado la ley dice que aunque se crea con derecho debe acudir a los tribunales y si por otro lado la ley dice que el tribunal no debe reintegrar al despojado, si el despojante tiene un mejor derecho, salvo fuerza o violencia, se le ha permitido una actuación al margen del tribunal, que luego éste viene a legalizar. Para buscar la armonía hay dos caminos: a) considerar que toda actuación contra la voluntad del poseedor es violencia, con lo que se llegaría a la conclusión de que todo despojo es violento, que es la tesis al parecer dominante (infra pág.75) o bien escalonar la violencia penal una -- violencia civil e incluso varias clases de violencia dentro del propio Código Civil de acuerdo con lo dispuesto en cada artículo y así para el 319, en especial cualquier actuación de propia autoridad sería violenta, con lo que fácilmente se salvó el escollo.- Pero cabe argumentar que entonces la salvedad, que es la fuerza o violencia, viene

a adquirir tal magnitud, que la excepción enerva la regla general.- Cabe sin embargo, buscar una tercera solución para armonizar los dos artículos y es que el 319 se refiere únicamente a la acción publiciana, no se refiere ni a la acción interdictal, ni a la acción reivindicatoria de manera que al decir el artículo 317 que no podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde, mientras el actual poseedor se oponga, debe reclamarse judicialmente, se refiere a toda clase de acciones, tenga o no derecho, siempre debe recurrir a los tribunales ejercitando ya una acción interdictal, ya una acción posesoria, ya una acción reivindicatoria, el 319 que obliga a examinar el mejor derecho se refiere a la acción publiciana, de manera que en cualquier caso al despojado se le reintegra por medio de la acción interdictal, de suerte que, si el despojado no ejercitó la acción interdictal, si después ejercita la acción publiciana ya allí, si se le va a examinar su mejor o peor derecho, no tanto porque se le permita actuar por propia autoridad sino por el carácter definitivo de la acción publiciana misma, y no puede decirse que entonces la salvedad de actuar por fuerza o violencia, esté castigada en exceso al significar la pérdida de la acción aún cuando se tenga mejor --

derecho, porque la verdad es que bien merecido está ese castigo y porque por otro lado esa pérdida no se daría en el caso de la acción reivindicatoria.- 3ª.- En cuanto al segundo argumento que se funda en que el artículo 306 ordena el castigo civil y criminal del poseedor de mala fe que se oponga con la fuerza a que recobre la posesión quien tenga un mejor derecho, se le opone el siguiente contra argumento: No es cierto que ello signifique una autorización para recobrar por propia autoridad la posesión perdida, tan solo porque se castigue a quien se oponga teniendo un derecho de peor calidad, sino que es una proscripción de la violencia en todas sus formas ya que el que trate de recobrar la posesión por propia autoridad aunque tenga derecho también tiene responsabilidad civil y criminal, ya que el artículo 300 del Código Penal castiga al perturbador o despojador de la posesión que hubiere obrado en virtud de título con la pena ordinaria, si bien se faculta al tribunal para rebajar la pena en un tercio si su título fuere cuestionable o contravertido y hasta en dos tercios si su título no fuere contestable ni estuviere en litigio.- De manera que, en tal caso, ambas partes, saldrían condenadas con una única diferencia; a quien desafiando su posesión de mala fe contra quien tiene mejor-

mejor derecho se le castiga solo si emplea fuerza o violencia mientras quien despoja o perturba sin tener derecho se le castiga si emplea cualquier otro medio como es el abuso de confianza y el engaño.- 4º.- El argumento - que se funda en el artículo 307, o sea que puede proceder por propia autoridad quien poseyendo como dueño se - vea despojado porque la ley no le brindará protección al despojante cuando interponga el interdicto porque le exigirá a este despojante que pruebe haber poseído, pública, pacíficamente, y a título de dueño por más de un año, - tiene como contra argumento que este artículo 307 no tiene un alcance más allá que el de proteger la posesión contra la perturbación no contra el despojo y para ello se funda en que el artículo 662 del Código de Procedimientos Civiles se refiere al interdicto de amparo y no al de despojo cuando dice "Si la demanda se dirigiere contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño, la prueba que se rinda deberá extenderse a uno de los extremos del art. 307 del Código Civil.- "Ninguna disposición semejante la encontramos en el interdicto de despojo, y - en el Código de Costa Rica están ambos interdictos regulados en capítulos aparte.- Sin embargo esto no es suficiente porque queda por ver qué razón tuvo el legislador para exigir tal clase de prueba cuando se trate de simple perturbación y no cuando se trate de despojo, la razón, bien puede ser el preferir que no funcione el inter

dicto de amparo de posesión en posesiones no consolidadas, porque en principio, las posesiones tienen una etapa de lucha y perturbación hasta llegar a su consolidación, y no hay razón de estar interviniendo en esos simples roces propios de la consolidación, en cambio si hay despojo si debe intervenir porque no se trata de una simple tentativa sino de una acción consumada.- Por otro lado y como argumento de mayor fuerza está la sanción penal que establece el artículo 300 del Código Represivo.- Además de los contra argumentos que hemos expuesto para combatir la tesis anterior, existen argumentos de carácter positivo como son los siguientes: a) que el artículo 653 del Código de Procedimientos Civiles dice que en los interdictos no se admitirá discusiones acerca de propiedad o posesión definitiva.- Luego, si no se admite discusión sobre posesión definitiva no se puede admitir discusión sobre mejor derecho de poseer.- b) que el art. 658 del Código de Procedimientos Civiles dice que las pruebas se limitarán a poner en claro los hechos incurridos.- De manera que la prueba está limitada al despojo a la perturbación, no pudiendo admitirse pruebas de dominio o mejor derecho de poseer.- c) que el artículo 665 para el caso de despojo ordena la aplicación del 661 o sea que la prueba de posesión basta con que se contraiga el mero hecho de poseer, a la posesión

como dice el propio artículo; no cabe pues tampoco examinar la localidad de las posesiones o los títulos porque se posee.- c) que la brevedad del plazo, tres meses, - indica que la acción interdictal debe ser reducida casi a una simple medida de policía lo cual no sería posible si hubiera quien entrara en el examen de títulos o derecho de poseer de los litigantes.-

Puede construirse todavía una tercera tesis que - reduce en realidad el problema y es que el artículo - 318 no se refiere al despojo que produce la acción interdictal sino al despojo que se discute la acción publiciana por eso se dice, "privación ilegal" o sea privación sin derecho y por eso se dice también "Para ser restituído en el goce de un derecho" no se dice para ser restituído en el goce de la posesión.- Esta tesis, tiene como apoyo que el artículo 323 se refiere al despojo que produce la acción interdictal propiamente - y así dice "la acción sumarísima para recobrar la posesión puede dirigirse contra quien indebidamente hubiere privado de ella al poseedor y contra el que actualmente posea la cosa o derecho de que se trata" aquí el artículo usa no el término ilegal sino el término indebido, o sea ya no quien sin derecho despoja, sino - quien despoja de una manera no autorizada, no debida.-

Todavía cabe una última hipótesis y es reducir - el artículo 318 al caso de las servidumbres continuas

y no aparentes que de acuerdo con el artículo 308 para ser atendible el reclamo debe fundarse en título que provenga del propietario del fundo sirviente, o de aquello de quienes éstelo hubo.- Pero tal tesis, dejaría sin explicar el contenido de todo el artículo, pues en él mismo se ofrece que basta con probar el hecho de la posesión.

También surge la duda de si este artículo excluye la posesión de la cosa y se refiere solo al goce de los derechos, pero ello sería objeto más bien de otro estudio sobre la naturaleza de la posesión en nuestro Código Civil (infra nota 195) baste recordar aquí que un autor de la categoría de ANDREAS VON TUHR, dice: "Entre los derechos reales debe incluirse también la posesión, no obstante no haberlo hecho el Código... Un señorío reconocido y protegido por la ley no es otra cosa que un derecho subjetivo y, como se trata de señoríos sobre una cosa, un derecho real. (81)

---

(81) Derecho Civil, Teoría general del Derecho civil alemán, Trad. de T. Ravá, Buenos Aires, 1946, pag. 174.

DESPOJO POR INVASION Y DESPOJO POR EXCLUSION

Tratándose de bienes inmuebles, el despojo, se realiza generalmente por invasión, ya sea expulsando al poseedor, a sus representantes o a quienes se en cuentren en el inmueble, o bien, si el poseedor es tá ausente, no dejándolo entrar, pero puede suceder que el despojante no invada el inmueble, no lo ocupe, sino que simplemente excluya al poseedor, por ejemplo cuando estando ausente se clausur<sup>e</sup> con candado u otra forma violenta las entradas; nos parece que esta forma de exclusión puede hacerse solo cuando quien clausura tiene algún derecho en el inmue - ble, por ejemplo, quien arrienda el inmueble le clau - sura la entrada al arrendatario, o el propietario - del inmueble al poseedor de la servidumbre, de suer - te que el despojante con ese acto afirme un poder - de hecho sobre la cosa, porque de otra manera no - podría darse el despojo.- Si algún si algún día no - sotros llegamos a nuestra casa y la encontramos ce - rrada con un candado, que alguien ha puesto allí, - simplemente lo quitamos sin ningún temor, solo pues nos ocasiona una molestia, pero si sabemos que el - candado lo puso el dueño de la finca por donde no - sotros pasamos en ejercicio de un derecho de servi-

dumbre, el hecho adquiere, otras características.- Dice, RAMIRO ANTONIO PARRA, que tres elementos importantes - constituyen el despojo, 1º violencia o clandestinidad, - 2º privación real o efectiva del inmueble, y 3º que el - despojador releve al despojado en el goce de la posesión o tenencia (81) .- A nuestro modo de ver la privación real y efectiva del inmueble, es no ya un elemento del - despojo sino el despojo en sí, si el despojante con haber colocado el candado en la puerta, logra la privación real del inmueble, estamos en presencia de un despojo de la posesión (82) sin que sea necesario que el despojador releve al despojado en el goce de la posesión o tenencia,

---

(81) RAMIRO ANTONIO PARRA, Acciones Posesorias, Caracas, 1.956, pag. 159.-

(82) La solución nos parece distinta, si se trata de un caso penal en que lo que se juzgue es el delito de usurpación, porque los jueces penales deben ser muy cuidadosos al calificar el delito, pues puede tratarse de una simple tentativa, o bien que la violencia no turbe la posesión sino la tenencia que es la calificación que le da el Código penal a la posesión mediata que tiene el arrendatario, en cambio si la sentencia que se dicta es en materia civil, lo prudente, por el contrario es calificar de despojo y obligar la restitución de la posesión a efecto de evitar dudas y problemas al momento de la ejecución.- El código penal costarricense sigue la legislación argentina y CARLOS J. RUBIANES y HECTOR F. ROJAS el Delito de Usurpación, Buenos Aires, 1960, pag. 53 citan un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones, que -

como dice WOLF, al darnos el concepto de despojo (supra pág. 44) no es esencial que el despojante se apodere de la posesión misma; puede coger la cosa para - tirarla después.- (83) La Audiencia Territorial de - Cáceres, en Sentencia del ocho de noviembre del 1957, resolvió que "En cuanto al acto de despojo -que aquí no se niega- el demandado se limita a considerarlo in - trascendente y sin consecuencia vitales, por lo que - en su sentir- carece de categoría para ser denuncia - do en un proceso civil; pero la verdad es que la colocación del candado en el portillo que cerraba la ventana de acceso al pozo -sin entregar la llave- ha privado a la demandante del aprovechamiento del agua, lo que representa un evidente despojo comprendido sin duda dentro del concepto general del artículo 1651 de -

---

dijo "No comete usurpación quien, ante la actitud del comodatario de un inmueble de su propiedad, reafirma simbólicamente su posesión incurriendo al terreno con un escribano público, en cuyo acto cambia el candado de una de las puertas de acceso, pero sin impedir que dicho comodatario entrara por una puerta y siguiera - utilizando el lugar, pues tal conducta, al no constituir un desapoderamiento real y material del inmueble, no importa despojo.-"

(83) Ob. cit. pág. 36.

la Ley de Enjuiciamiento Civil.- (84)

DISTINCION ENTRE INQUIETACION Y DESPOJO.-

Se hace necesario distinguir entre lo que es la simple inquietación y lo que es el despojo, pues esto, que parece tan sencillo y en la práctica ofrece dudas (85) y tiene importancia sobre todo para el juez a la hora de dictar la sentencia tanto en la legislación española como en la costarricense; en la primera AL VAREZ ABUNDANCIA, pone de relieve que el equívoco en la elección de la acción posesoria, determina el fracaso de la demanda, y así dice: "Claro está que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1899, admite la posibilidad de que se actúen acumuladamente ambas acciones interdictales.- Mas lo que ya no resulta tan claro, a pesar de la tesis que deja traslucir en su primer considerando la mencionada resolución-tesis no reiterada ulteriormente- es que ejercitada erróneamente la una, si resultan acreditados los hechos que son base de la otra, pueda prosperar ésta, porque a ello evidentemente se opone el principio dispositivo que domina, ciertamente con exceso, en la -

---

(84) Citada por JOSE SALAMERO CARDO.-Artículo 41 de la Ley Hipotecaria, su teoría práctica procesal, Barcelona, 1963, pág. 194.-

(85) JAIME GUASP, Derecho Procesal Civil, Madrid,

mencionada ley y la necesidad de que el fallo no adolezca de incongruencia (art. 359 de la misma).- Además pudiera admitirse violentando tales principios, que ejercitada la acción de recobrar prosperase la de retener, que naturalmente, es de menor entidad, no explica, procesalmente la hipótesis contraria. Piénsese en los distintos y por cierto típicos -pronunciamientos que ha de contener la sentencia que se dicte en cada uno de estos procesos interdictales (artículo 1568 de la aludida ley procesal).- ¿Cómo pidiéndose una sentencia jurisdiccionalmente admonitoria, en función de una pretensión interdictal de retener, podía dictarse una sentencia restitutoria que forzosamente había de tener por base la pretensión de recobrar la litis?" Nosotros estamos de acuerdo en que, el acto de despojo general el interdicto de restituir y el acto in quietación de retener o recobrar.- El artículo 1651 de la Ley de enjuiciamiento civil dice que el interdicto de retener o de recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia.- Observa HERNANDEZ GIL que el artículo mencionado toma en consideración la intención como suficiente para generar la situación interdictal, de -

1958, pág. 1095, dice que ello es sin duda, una de las razones que han inspirado a la ley su régimen unificador.

manera que con solo la intención hay por lo tanto una perturbación antes de que se produzca el acto de inquietación.- Tres son por lo tanto los actos generadores de los interdictos: 1º Intención de despojar. - 2º La inquietación.- 3º El despojo.- Si los interdictos son dos y los actos generadores son tres, es claro que dos de esos supuestos habrán de determinar un interdicto.- Los dos primeros determinarán el interdicto de retener y el último el de recobrar.- La inquietación representa un entorpecimiento en la actividad posesoria, pero no un desplazamiento de esa actividad, es una simple tentativa de despojo.- )86) El artículo 660 del Código de procedimientos civiles de Costa Rica dice que procede el interdicto de amparo cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y manifiesten la intención de despojarlo, de manera, que nos basta con la simple intención de despojarlo, y mucho menos la simple intención de inquietarlo, sino que esa intención tiene que ir acompañada de actos que le inquieten, de suerte que se diferencia en grado sumo, de la disposición del artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.- La distinción es importante porque en Costa Rica, si existe el acto

---

(86) Véase nota 79.

perturbador sin la intención de despojar, podrá dar lugar a una acción por daños y perjuicios, pero no a una acción interdictal, tal sería el caso de quien destruye las cercas de una finca con ánimo de dañar y no de despojar.- El Código Civil de la República Argentina, que se distingue por la minuciosidad con que trata todos los problemas -baste observar que tiene 4051 artículos- trata específicamente la cuestión en los artículos 2496 y 2497.- El primero dice que, - solo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere que con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor, y el segundo expresa que si el acto de la turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización de daño y no como acción posesoria.- (87) Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión la acción será juzgada como despojo.- Las Audiencias Territoriales, de España, al resolver sobre la procedencia de los interdictos de retener o recobrar, según haya

---

(87) La simple turbación de la posesión de un inmueble, cuando ella se comete con violencias o ame-

habido inquietación o despojo, tiene distintos criterios, así por ejemplo, la Audiencia Territorial de Valencia en sentencia de veintinueve de marzo de 1955 resolvió "Tanto el interdicto de retener como el de recobrar se basan en razones de orden público tendientes a evitar que nadie se tome la justicia por su mano, debiendo solicitar el amparo judicial quien habiendo sido perturbado o despojado en la posesión o tenencia de la cosa o derecho ejercita la acción interdicial de retener en el primer caso y de recobrar

---

nanzas está castigada por el Código Penal de Costa Rica como delito de usurpación, lo que no sucede en la legislación penal española.- Dicen RUBIANES y ROJAS (ob.cit, pag.394) que el verbo turbar, es sustento de la acción descriptiva en el artículo 181 inc. 3º del C.P. (argentino) no significa molestar a la persona del poseedor, sino que tiene un sentido técnico de que no es posible apartarse, y que surge no solo de la redacción de la ley penal sino también de las nociones básicas civiles.- En efecto observese que su concepto no cabe considerarlo aisladamente sino en referencia a la postura frente al inmueble hacia la cual se dirige.- Si el legislador habló de turbación de la posesión ha querido significar que los actos han de ser idóneos para producir ese efecto y como la posesión entraña relación con un inmueble, es claro que al obrar tenga que orientarse a perturbarla o alterarla.- Solo es posible que esto ocurra como se ha dicho, mediante actos adecuados que no son otros que los posesorios.- Nuestro legislador, podemos afirmar copio este inciso del Código Penal argentino, la única diferencia estriba en que el nuestro dice: "turbare la posesión".- Más técnicamente está redactado el argentino porque despersonaliza la acción, así por ejemplo pueden ser otro u otros.- CABANELLAS (ob.cit) define la turbación de la posesión como "toda pertur-

en el segundo, que es trascendental al distinguir entre una y otra acción posesoria, pues si bien se trata de procedimientos idénticos, no lo son en cuanto a su finalidad, ya que mientras en la sentencia en que se declara haber lugar al primero ha de ordenarse por imperativo legal se mantenga al demandante en la posesión de -

---

bación de ésta o ataque contra ella, consiste en actos y no en el intento de ejercer o de usurpar el derecho de propiedad. SEBASTIAN SOLER, (Tratado de Derecho Penal - Argentino, Buenos Aires, 1956, tomo IV, pag. 489) dice al respecto que la acción violenta o la amenaza objetiva y subjetivamente deben orientarse en el sentido de - turbar la posesión y no ya simplemente en el de molestar a la persona del poseedor.- A tan claros razonamientos solo nos resta agregar que parece incongruencia de - nuestro sistema jurídico, establecer una caducidad de - tres meses en materia civil para el establecimiento de los interdictos y sancionar los mismos hechos como delito. Dice SOLER que no es fácil explicar el motivo por el cual la ley, en este inciso, se refiere solamente a la posesión, siendo que, en principio, el primero abarcaba la mera tenencia. La comisión de 1891, que lo redactó en la forma actual, de como fuente, el artículo - 432 del Código Italiano; pero habiéndose apartado del -

la cosa o derecho discutido y se requiera al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer los actos de perturbación denunciados u otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo a derecho, en la sentencia en que

---

sistema italiano en el primer inciso, resulta imposible darle la misma extensión que la doctrina que le sirvió de fuente.- Por lo tanto los derechos reales estarán protegidos en la medida en que se exterioricen en una posesión; pero parece que ha quedado exclusiva la protección de la mera tenencia.- Nosotros pensamos que en realidad quedó exclusiva la mera tenencia, y la protección a los derechos reales, de uso, usufructo y habitación - en su estricto sentido, pues no es lícito distinguir - donde la ley no distingue y menos interpretar por motivo de analogía, ni paridad, ni mayoría de razón, así lo establece expresamente el artículo 1º del Código Penal.- RUBIANES Y ROJAS (ob. cit. pag. 395) abogan por suprimir este inciso, con base en que no es más que una tentativa del despojo de la posesión. Estamos de acuerdo con que es una tentativa de despojo, pero no estamos de acuerdo en suprimirlo, porque considerándolo, como lo consideramos, referido única y exclusivamente a la posesión, viene a tener diferencia sustancial con los otros incisos del artículo 299 del Código Penal de Costa Rica.

se dé lugar al segundo es preceptivo la reposición inmediata del actor en la posesión o tenencia de la cosa o derecho y la condena del despojante al pago de los daños y perjuicios causados y devolución de los frutos que hubiera percibido; presentando, no obstante, de común dichas sentencias la necesidad de contener en las mismas la fórmula mencionada en el último párrafo del artículo 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la expresa imposición de las costas de primera instancia al demandado vencido en estos procedimientos. Por lo expuesto se deduce claramente la imposibilidad de ejercer conjuntamente ambas acciones sobre una misma cosa o derecho por tratarse de grados distintos de la defensa posesoria, productores de dispares consecuencias al ser estimada". En cambio, la Audiencia Territorial de Valladolid, sostiene un criterio diametralmente opuesto, y así, en sentencia de 25 de mayo del 1955 expuso: "Habiendo sido alegada por la parte demandada, por entablarse simultáneamente en el mismo procedimiento los interdictos de retener y recobrar la posesión, es indudable en el presente caso litigioso la improcedencia de tal excepción, pues parte de la impropiedad de tal denominación, que desde luego pudiera incidir a confusionismos jurídicos, no cabe duda que

si con ello ha querido referirse a la de defecto legal a que se refiere el número sexto del artículo 533 de la Ley adjetiva civil, cae por su base por haberse cumpki do totalmente los requisitos exigidos por el artículo 534 del mismo cuerpo legal, y si con tal denominación quiere aludirse a una especie de nulidad procesal por ejercitarse simultáneamente las acciones de retener o recobrar la posesión, igualmente se revela con claridad meridiana la inadmisión de tal excepción, pues no existe precepto legal alguno prohibitivo de tal ejercicio simultáneo, antes al contrario, de la renta interpretación del artículo 153 de la Ley de Enjuicia -- miento Civil se deduce todo lo contrario, evidencián- dolo a mayor abundamiento la práctica judicial, y si además se tiene en cuenta que tales acciones se han - ejercitado con carácter altemativo, según expresamen- te se pide en el suplico de la demanda, ya que se so- licita se declare haber lugar al interdicto derecobrar o en su caso de retener la posesión," aún más aparece - manifiesta la improcedencia de tal excepción alegada. En sentencia de 5 de febrero de 1957 la Audiencia Territo- rial de Sevilla resolvió que: "En ocasiones los carac- teres de una determinada acción interdictal se entremez- clan con los de otra...por ello siempre conviene ate -

nerse a lo que en la demanda se suplicó." La Audiencia Territorial de Granada se pronuncia admitiendo el ejercicio alternativo de las acciones (sentencia de 9 de febrero de 1955.- La Audiencia Territorial de Madrid dice que "Siendo la acción la actuación procesal de un derecho, al calificarse y juzgarse por la petición deducida, poco importa que la parte accionante hubiese interpuesto el interdicto de recobrar la posesión si el pedimento se contrae al llamado interdicto de retener, ya que dada la identidad procesal de ambos interdictos no puede deducirse que se quebrantan las formas de juicio cuando propuesto uno de ellos se falla sobre otro, porque así lo establece la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que en su sentencia del 26 de Abril de 1889, pero cuando el despojo ha tenido lugar y así consta demostrado en los autos, al despojado, ante todo se le restituye en la posesión, sin permitir al que despoja alegación alguna de derecho.-" (Sentencia de 10 de junio de 1954.- (88)

---

(88) Citadas por SALAMERO CARDO, ob. cit. págs. 243, 249, 250, 251, 253.-

En la legislación costarricense, el artículo 664 - del Código de Procedimientos civiles, dispone un régimen de unidad y así dice en su apartado segundo "Cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo, simple perturbación de la posesión, o alteración de mojones, y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto - por otro, o todos a la vez, el Juez, con vista de la situación de hecho que resulte de las probanzas declarará con lugar el que proceda, según haya habido despojo, simple perturbación, o alteración de mojones". De manera - que para el Juez, que debe declarar "con lugar el que - proceda" es indispensable el distingo que se examina. -

Para que haya despojo, nos dice GARCIA VALDECASAS que es preciso que la lesión posesoria alcance una posesión, es decir, un poder de hecho estable sobre la cosa (89), WOLF dice que nunca se trata de mera inquietación, si el autor constituye para sí mismo una posesión (total o parcial, posesión de cosa o derecho), y pone el siguiente ejemplo "El que coloque en la finca de vecino un espantapájaros para proteger su propio campo sólo -

---

(89) La posesión, 1953, pág. 66.-

es inquietador (pues no constituye para sí una posesión parcial) quien edifique más allá de su solar comete despojo.- El que pase con su carruaje por la finca de su vecino es generalmente inquietador, pero si lo hace en ejercicio de un derecho de paso inscrito será despojante puesto que entonces ha obtenido la posesión de un de recho." 90)

El artículo 1170 del Código italiano confiere la acción de mantenimiento a quien ha sido molestado en la posesión y también a quien ha sufrido un despojo no violento o clandestino, de manera que ha reunido lo que en nuestro derecho significarían dos interdictos, y deja la acción de reintegración para el despojo violento o clandestino (supra pág.41).- Con ello vino a resolverse la cuestión planteada en la doctrina italiana con el Có digo de 1865 porque algunos autores negaban que la acción de mantenimiento pudiera prosperar en actos de despojo simple ya que su función era mantener y no reintegrar. Para el despojo violento o clandestino sí había la acción de reintegrarlo.- Sin embargo la mayoría de los -

---

(9) Ob, cit. pág. 87

autores se inclinaron por conceder la acción de mantenimiento aunque hubiera un despojo simple, llenando la laguna que eso significaba (91).-

En el derecho francés la acción de queja se concede a quien ha sido perturbado en la posesión a fin de mantenerse.- PLANIOL Y RIPERT dicen que debe entenderse por perturbación tanto la desposesión total o parcial como la simple ofensa (92).-

La legislación argentina si hace la distinción entre turbación y despojo; el artículo 1496 del Código civil dice que solo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, al -- quien ejerce, con intención de poseer, actos de los que no resultase una exclusión absoluta y el artículo 2497 agrega en un último párrafo: "Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la -- posesión, la acción será juzgada como despojo".

---

(91) ROBERTO DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho civil, traducción de la cuarta edición por RAMON SERRANO y JOSE SANTA CRUZ, págs. 839 y 840.-

(92) PLANIOL Y RIPERT, ob. cit. pág. 186.-

El Código de Chile hace también el distinguo, sobre todo para los efectos de la prescripción así el artículo 920 dice que las acciones que tienen por objeto conservar la posesión prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella y las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.- En igual sentido se expresa el artículo 921 del Código de El Salvador.- En la legislación de Alemania, importa fijar el criterio porque el derecho a proceder por propia autoridad que concede el artículo 859, ap. 2 y 3 del Bürgerliche Gesetzbuch sólo se refiere al despojo, lo mismo que es distinta la legitimación pasiva por despojo que por simple inquietación, (artículos 18 y 19).- (93)

---

(93) WOLF, ob. cit. pág. 87.-

## CAPITULO V

### DESPOJO VIOLENTO.-

#### CONCEPTO E IMPORTANCIA.-

El despojo violento consiste en la privación del inmueble por medio de la fuerza física o moral.- Su estudio tiene importancia, no sólo porque esa forma de despojo - tiene trascendencia desde el punto de vista del nacimiento de distintas acciones interdictales en algunas legislaciones como en Italia, y Francia (supra págs. 41, 42), si no también en cuanto a la protección que merece la posesión viciosa, por la violencia, y el obstáculo que supone en cuanto a la usurpación. CESAR SENTIAS BALLESTER, dice que últimamente la doctrina se declara abiertamente - por la existencia de una especial violencia posesoria, basada sobre la simple arbitrariedad del acto realizado - contra la voluntad aunque sea presunta del poseedor, concluyendo que en la mayoría de los casos de despojo posesorio, se encuentra la figura del despojo violento (94).- Nosotros consideramos que no es necesario hablar de un ti

---

(94) Tratado práctico de los Interdictos, Colección Nereo, 1962, pag. 155.-

po especial de violencia, y mucho menos llegar a es-

---

En Argentina, los tribunales al parecer dan distinta extensión al concepto de violencia en lo penal que en lo civil.- En ese país, una de las formas más frecuentes de cometer el delito de usurpación, dada la escasez de vivienda, es cambiar la cerradura a la puerta, y es unánime la jurisprudencia en el sentido de que tal modo de despojo implica violencia constitutiva del delito de usurpación.- Entre las razones que hay para considerar tal cosa como violencia, está en la que al efectuarse el cambio de cerradura, se está creando un obstáculo, al que para vencerlo es necesario el empleo de la fuerza y se está destruyendo el medio defensivo, puesto por el tenedor, creándole otro que, por el contrario, le impide al titular el goce de la cosa.- Así también, importaría violencia colocar un pestillo en la puerta, por la parte interior de manera que no pueda ser abierta.- En este caso el Juez de primera instancia, sostuvo que tal proceder no importaba violencia; sin embargo, las mismas razones dadas en el caso anterior, son válidas para el presente.- Otro de los casos que se puede presentar en la penetración al inmueble con llave en contrada, falsa o utilizando ganzúa. Consideran RUBIANES Y ROJAS, en su obra, citada, pág. 98, que en todos los casos no constituye el medio de violencia que se requiere para que se de el delito de usurpación, para ello se fundan en que debe darse al Código Penal una interpretación unitaria, y que en tales casos no están considerados como fuerza en las cosas, en cuanto al robo, sino que constituyen una agravante de hurto.- Pero en esto, el Código de Costa Rica se separa del argentino y sigue al español, considerando fuerzas en las cosas el uso de ganzúa, llave falsa y otro instrumento semejante (artículo 271, inciso 4º del Código de Costa Rica y 504, inciso 4º del Código español).- Así como el cambiar de cerradura, o poner un pestillo, constituye la creación de un medio defensivo interpuesto contra el titular del inmueble, la destrucción de los medios defensivos que el titular ha puesto, pueden constituir violencia física so-

piritualizarla, pues eso significa desantualizar los

---

sobre las cosas como medio de realizar el despojo del inmueble.- Por ejemplo hay usurpacion si para penetrar hubo de romper las cerraduras, violentar la puerta, - destruir un alambrado.- Un caso resuelto curiosamente por la jurisprudencia argentina, es el siguiente: El sujeto activo rompio las tablas que habia puesto la policia y ocupó la habitacion alegando que su concubina estaba en estado de gravidez, y fue absuelto: 2por - cuanto no media violencia, toda vez que el desclavado de las tablas es la forma normal de la apertura de la habitacion ocupada en la forma que estaba clausurada".- Se nota en esta solucion al problema que probablemente los jueces tomaron en cuenta mas que nada las razones morales y el estado de necesidad del delincuente, y trataron de absolver a quien aunque cayó dentro de los hechos previstos como constitutivos de delito por el - Código, habia cumplido con las normas de derecho normal, que hay innatas en todo hombre.- Probablemente se dijeron "busquemos la justicia que no faltaran elementos de derecho en que fundarla".- Pero a decir verdad la solucion no fue acertada, porque existio fuerza en las cosas, como medio de despojo, toda vez que se rompieron los medios defensivos puestos por el titular, - en el presente caso, por la policia- y no se ve cual es la diferencia, entre despegar las armellas de un candado y despegar las tablas, incluso el titular de la tenencia, puede perder las llaves del candado y verse precisado a romperlo, y no por eso se puede decir que desde el momento que se extravía la llave, el primero que pasa por la calle tiene derecho de arreglarle por que esa sería la forma normal de su apertura.- Los - Tribunales Civiles en cambio, segun nos dice VALIENTE - NOAILLES, en su libro Derechos Reales y Privilegios, - Buenos Aires, 1956, pag. 126, han admitido la existencia de violencia en casos como el cortar arboles de un campo ajeno y su ocupacion parcial y el enclavamiento de un fundo rural, previo desalojo de la caballada perteneciente al verdadero propietario que lo ocupaba.- Resulta en realidad dificil, en algunos casos, trazar la línea divisoria, entre lo ilicito civil y lo ilicito penal, vease al respecto SILVA MELERO VALENTIN, Ilicitud civil y penal, R.G. de L.J. enero 1946, pag. 5 ss.- TERUEL CORRALERO DOMINGO, Infraccion Penal y responsabilidad civil, Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1958, LOPEZ HERNANDEZ GERARDO, Sobre la tutela penal del patrimonio, Madrid 1965 misma revista.

los términos, aunque si es hace necesario estudiar la violencia en relación con la posesión.- Costa Rica, - España, Francia, Italia, El Salvador, no definen lo - que es la posesión violenta.- (95) El artículo 2365 - del Código de Argentina dice que la posesión es vio - lenta, cuando es adquirida o tenida por vías de hecho acompañadas de violencias materiales o morales y por el mismo que causa la violación, sea por sus agentes.- El Código de Chile, (artículo 710) es muy preciso al - definir la posesión violenta, dice que es la que se ad quiere por la fuerza.- La fuerza puede ser actual o - inminente, en el mismo sentido la define el Código de - Guatamela y Colombia.-

---

(95) El Código español define la violencia el - tratar de los contratos, en el artículo 1267 que dice: "Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento - se emplea una fuerza irresistible.- Hay intimidación - cuando se inspira a uno de los contratantes y el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su conyuge, descendientes o ascendientes.- Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona.- El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y repeo no anu lara el contrato.-

ELEMENTOS DE VIOLENCIA.-

La violencia, en relación con el despojo de la posesión contiene dos elementos, un elemento externo que son los actos materiales: quitar la cerradura, romper un candado o un cercado, amenazar con un revólver, etc. y un elemento subjetivo que es la intención de que esos actos materiales vayan encaminados a despojar la posesión, porque si no fuera así, el perturbado con los actos materiales tendría una acción de indemnización por los daños y perjuicios contra el perturbador, pero no una acción posesoria.-

CARACTERISTICAS DE LA VIOLENCIA.-

Tres características muy importantes tiene la violencia, 1ª es inicial, o sea al momento de entrar en posesión, de manera que la violencia en el curso de la posesión no la vicia (96) porque se ejerce para rechazar una agresión

---

(96) PLANIOL Y RIPERT, ob. cit. pág. 157.- LOUIS JOSSEERAND, Derecho Civil, t. II, vol. III, Buenos Aires, 1950, pag. 70.- ROBERTO DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, traducción de la 4ª Edición italiana, anotada y concordada con la legislación española, por RAMON SERRANO SUÑER y JOSE SANTA CRUZ TEJERO, Madrid, pag. 822.- F. LAURENT, -

y responde al principio de legítima defensa.- (97) 2ª es relativa porque solo se da en relación con la víctima, es decir que C no puede alegar que A posee viciosamente por que despojó a B con violencia.- (98) y 3ª es temporal - porque cuando la violencia cesa, la posesión vuelve a ser sana, normal.- El artículo 233 del Código francés dice que la posesión útil no comienza hasta que la violencia ha cesado.- Tampoco en nuestro código, dice DEMOFILO DE BUEN, en las anotaciones a COLIN y CAPITAN, refiriéndose a la legislación española, hay obstáculo para que la posesión de origen violento se transforme en posesión pa -

---

Principes de Droit Français, tercera edición, 1878, tomo 32, pág. 294.-

Tampoco se podría admitir que a más de una adquisición no violenta, el poseedor no se vea molestado en su posesión como sostienen algunos autores con fundamento - en que las legislaciones exigen para la usucapión una - posesión pacífica, (artículos 2229 Código francés, 1941 Código español, 156 del Código de Costa Rica, 1151 del de México),-

(97) La legislación de Costa Rica acoge el principio de legítima defensa en el artículo 305 del Código Civil - que autoriza al propietario y al poseedor de cualquier - clase que sea a defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza.- El Código Civil de España no tiene un principio semejante, sino el muy restringido del inciso 4º del artículo 8, del Código Penal -legítima de - fensa- solo en caso de agresión ilegítima, reputándose como tal el ataque de los bienes que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes, necesidad racional del medio empleado, para impedir la o - respelerla y falta de provocación suficiente.-

(98) Autores y obras citadas en la nota 83

cífica, y por tanto hábil para la usucapión.- El influjo del tiempo pugna, con arreglo a nuestro derecho, el acto originario de la violencia.- (99) El artículo 857 del Código civil de Costa Rica dice que la posesión adquirida o mantenida con violencia no es útil para la prescripción positiva, sino desde que cesa la violencia. En el derecho romano, el problema se resolvía en forma distinta, y la posesión continuaba viciada aún después de cesar la violencia; para purgar el vicio era necesario que la cosa volviera a manos de su legítimo poseedor.- Comentando esta diferencia, dicen COLIN y CAPITAN que en el sistema francés habrá pocas veces ocasión de oponer el vicio de violencia.- El perjudicado solo podrá hacerlo en el momento mismo que los actos de violencia son realizados.- Que el sistema romano era más equitativo pero el francés más práctico.- ¿Cómo demostrar -preguntan- que en el origen de una posesión que puede ser muy larga, han existido actos de

---

(99) DEMOFOLIO DE BUEN, notas sobre el derecho civil español, traducción de la última edición francesa - por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia - al Curso Elemental de Derecho Civil de AMBROSIO COLIN - y H. CAPITAN, - T II, vol. III, 1923, pág. 986.-

violencia ? (100).- CARMELO DE DIEGO LORA sostiene que si la violencia contribuyó a tipificar un delito sólo desaparece frente a cualquiera, igual que frente al Es tado, cuando el delito prescribió.- Hasta ese momento -escribe- no puede decirse que la violencia haya dejado de existir.- Y más que por la naturalización del acto -originario, por el olvido que el tiempo impone cuando -éste es considerado por el derecho como fenómeno originante de mutaciones jurídicas.- (101) Generalmente, al mediar despojo violento de la posesión, la forma más -probable, de llegar a adquirir el dominio, en la legislación española es por prescripción extraordinaria, al cabo de treinta años, en que no se requiere ni buena fe ni justo título.- (102) Basta que transcurra el plazo -

---

(100) AMBROSIO COLIN y H. CAPITAN, Curso elemental de Derecho Civil, Editorial, Reus, S.A., 1923, pag. 986.

(101) La posesión y los procesos posesorios, Madrid, 1952, vol. I. pag. 65, nota 55.

Sobre la protección que merece la posesión despojada o violenta, vease FEDERICO RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, La posesión como objeto de los interdictos de Retener y Recobrar Cenetnario de la Ley de Notariado, Sec. 3ª vol II, Madrid 1962 pag. 272 y ss.

(102) GIMENEZ ARNAU, La Inscripción de posesión.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1944, - pag. 235, refiriéndose a uno de los subtítulos de su mérito trabajo dice: "Puede parecer inadecuada la rubrica de este epígrafe ("La posesión del usurpador") que

como dice NUÑEZ LAGOS , esto no es de difícil prueba en los supuestos que el poseedor ha vivido o cultivado la finca por sí o por sus ascendientes (accessio temporis)-

---

muchos entenderán debiéramos haber titulado "De la posesión del usucapiente", pero creemos más expresivamente la otra denominación porque con ella, al emplear la expresión usurpador, sin expresión peyorativa, queremos designar a quien posee con buena fe o sin ella, a título de dueño, pero sin justo título, (que a los efectos de la prescripción no se presume, art. 1954 del Código civil, que rectifica la presunción general del art. - - 448).- Poco importa el dato de buena o mala fe, porque si el poseedor usucapiente carece de justo título no puede usucapir sino con la usucapición extraordinaria." - Resulta difícil -aunque tal vez no imposible- que se pueda carecer de título y haber buena fe, dentro de los principios de la legislación española, porque el artículo 1950 dice: "La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio.- El artículo 1951 obliga a que se den también las condiciones de buena fe exigidas para la posesión en el artículo 433 y este artículo dice que se reputa poseedor de buena fe - al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.- El Código de Costa Rica es menos estricta el artículo 285 dice que se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión cree tener el derecho de poseer.- Puede haber desde luego despojo violento y justo título, como en el caso siguiente: A tiene justo título por haber comprado a B, pero B. al darse cuenta de que hizo un mal negocio, se niega a entregarle la posesión de la finca.- A puede haber actuado con justo título y buena fe, sobre todo en la legislación costarricense, porque en la española se presenta la dificultad de que el artículo 433 exige para que haya buena fe, ignorancia no solo en el título sino también en el modo.- Esto unido a que la jurisprudencia española es muy estricta en materia de usucapición.- Así el Tribunal Supremo, en sentencia del tres de octubre de 1962 dijo "Para que pueda originarse la prescripción adquisi-

masías, haciendas, caseríos, etc.) (103) En Costa Rica, al menos en cuanto, a fundos rurales, parece ser más fá-  
cil el adquirir por usucapión, aunque sea habiendo me-  
diado el despojo violento (después de cesar la violen-  
cia) por no exigirse justo título.- El artículo 101 de  
la Ley de Tierras y Colonización, dice que "No se inclui-  
rá en el avalúo, las parcelas respecto de los cuales de-  
ba admitirse como procedente la excepción de prescrip-  
ción positiva.- Estarán en este caso aquellas poseídas  
en forma continua, pública y pacífica por más de diez -  
años, ya sea que la posesión la haya ejercido directa -  
mente el ocupante o sus transmitentes.- Es decir, que -

---

tiva, incluso extraordinaria, comomediode adquirir el -  
dominio, es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo -  
a la legislación histórica cuanto a la vigente en la ac-  
tualidad que se requiere no solo el transcurso de los -  
treinta años sin interrupción en la posesión sino tam-  
bién, que esta posesión no sea la simple tenencia mate-  
rial o la posesión material, sino que ha de ser la ci-  
vil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber  
la cosa como suya "en concepto de dueño" por cuya razón  
se ha excluído de la posibilidad de prescribir a los ...  
precaristas... y en suma, todos aquellos que según las -  
partidas "no son tenedores por sí más por aquellos de -  
quien la cosa tienen". Y ha reiterado después el artícu-  
lo 430 del Código civil.-

(103) Realidad y Registro, Revista General de Legis-  
lación y Jurisprudencia, 1945, pag. 428.-

para los efectos de la prescripción positiva de que este artículo trata, no será necesario el título de traslación de dominio que exige el Código Civil.-" (10) VALVERDE, en cuanto a la adquisición por prescripción, mediando violencia, y luego, cesando ésta, escribe: "La posesión que se tiene violentamente de otro poseedor es una posesión con vicio, pero esa misma posesión, nacida u organizada ilícitamente con la continuidad en ella, puede convertirse en posesión real y efectiva y llegar con el transcurso del tiempo a constituir un modo de adquirir el dominio de

---

(104) El Código Civil pareciera -lo que no debe ser así- que representa la tradición, la costumbre, lo dado, un mantener las cosas como están, pero como existen otros problemas que resolver como son los de gran cantidad de hombres trabajadores que se han medido en las entrañas de los bosques para cultivarlos y hacer producir tierras inmensamente fecundas, que permanecen ociosas, porque su dueño "el señor" de la ciudad a quien pertenecen hace muchos años no las cultiva, se dio la Ley de Tierras y Colonización.- Esta ley tiene por objeto; Determinar que la propiedad de la tierra se debe promover para el aumento gradual de su productividad y para una justa distribución del su producto, elevando la condición social del campesino y social de la Nación; contribuir al florecimiento de las virtudes republicanas, privadas y públicas, vinculando al ciudadano a un régimen sano de posesión de la tierra; contribuir a una más justa distribución de la riqueza; evitar la concentración de tierras nacionales en manos de quienes las utilicen para la especulación o explotación en perjuicio de los intereses de la nación. Las tierras en manos de esos intereses deben volver al estado. - Determinar que la tierra no debe utilizarse para la explotación del trabajador agrícola.- La tierra pues, ha de constituir para el hombre que la trabaja la garantía de su bienestar económico, de su libertad y de su dignidad y

las cosas en virtud de la prescripción.- De aquí deducimos que toda posesión viciosa, al ser originada por violencia, por clandestinidad o por mera tolerancia, puede ser rechazada o mejor contradicha en los tribunales por aquel que ha sido privado de ella; pero esto no quiere decir que tal posesión no pueda convertirse en real y efectiva, y por tanto amparada por el derecho mediante la continuidad de la misma sin oposición de nadie. Creo que así es como debe entenderse la doctrina relativa a los vicios de la posesión porque de otra manera habrían muy pocas relaciones posesorias que pudieran recibir el nombre de tales, fuera de aquellas que tuvieran por causa un título válido y una transmisión informan, por lo mismo que la posesión es un estado de hecho que puede ser un derecho o que bien puede tan solo aspirar a él (105).

---

por lo tanto, base del bienestar, de la libertad y de la dignidad de la nación,-(artículos 1º y 3º de la Ley de Tierras y Colonización)-

(105) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, Tratado de Derecho Civil Español, 3ª Edición tomo II, 1925, pág. 332. -

CLASIFICACIONES DE LA VIOLENCIA.-

La primera distinción, es entre violencia FISICA y violencia MORAL, es física cuando se realiza por medios materiales sobre el cuerpo del poseedor, sus representantes o cualquier persona que ocupe el inmueble y es moral cuando la acción recae sobre la voluntad de las personas mencionadas.- Los autores también hablan de violencia ACTIVA y violencia PASIVA, la primera es cuando la violencia la comete el poseedor mismo para conservar su posesión, dicen PLANIOL y RIPERT que estos actos son indiferentes si se realizan muy de tarde en tarde.- (106) y la segunda es cuando el poseedor es objeto de coacciones de hecho sin cometerlas él, esta clase de violencia no vicia la posesión, (si no llega a realizarse una efectiva desposesión), porque no se puede admitir que dependa de un tercero, el convertir en viciosa una posesión (107).- También se distingue entre violencia DIRECTA y violencia INDIRECTA; la violencia directa recae contra la posesión, (108), nosotros diríamos que es causa inmediata de la adquisición, en cambio la indirecta es causa remota (109) o sea mediata como es la

---

(106) Ob. cit. pág. 157.-

(107) PLANIOL Y RIPERT, ob. cit. pág. 157.-

(108) ROBERTO DE RUGGIERO, ob. cit. pág. 822.-

(109) RUGGIERO, ob. cit. pág. 822.-

que se ejerce para que se otorgue el acto co contrato que implique obligación de entregar alguna cosa.- El artículo 2492 del Código argentino, en cuanto a las acciones posesorias proscribte expresamente esta clase de violencia al decir "No compete la acción de despojo al poseedor de inmuebles que perdiera la posesión de ellos por otros medios que no sean despojo; aunque la perdiera por violencia cometida en el contrato o en la tradición.-" (10) La violencia puede efectuarse CONTRA LAS COSAS y CONTRA LAS PERSONAS, según se ejerza contra una u otras, RICCI, cita un fallo de un tribunal de Nápoles (Consul.cas.) de 21 de abril de 1871, que la violencia ha de efectuarse solo contra la persona del poseedor, y otra sentencia del tribunal de Palermo (Consul.cas.) de 29 de enero de 1876 en que se sostiene basta para constituir el despojo que se haya verificado actos violentos sobre la cosa, (11) desde luego nosotros creemos que es indiferente que la violencia se ejercite contra uno u otra; tanto para efectos interdictales, como para efectos del vicio posesorio.-

---

(110) LEONARDO CERTAD, La protección posesoria, Caracas, 1964, cita un fallo de un tribunal de Venezuela (J. sup. 3ª de la 1ª C.J. de 1-3-55), en que se dice que el despojo "no se compagina con el derecho contractual, no es posible confundir un ataque a la posesión con el incumplimiento de obligaciones contractuales.)"

(111) FRANCISCO RICCI, traducción por ADOLFO POSASA, - Tomo XI, Madrid pág. 251.-

FUNDAMENTO DE LA LIGITIMIDAD DE LA VIOLENCIA.-

La violencia, en todas las legislaciones, está prohibida, es contrario a todo ordenamiento jurídico, ello en base a que es causa grave de perturbación social.- Dice MANRESA que la ley 4ª título 29, partida 3 y la 1ª título 8 libro II de la Novísima Recopilación, condenaron la adquisición violenta, pero que no siempre ha imperado la misma doctrina en todas sus partes, que decaído el principio de autoridad en la Edad Medina y tardía o ineficaz la acción de la justicia por los reyes y señores jurisdiccionales, siempre enajenados en luchas y conquistas, no es de extrañar que se permitiese en ciertos casos la justicia privada (112), pero estas excepciones, en realidad casi han pasado a la historia, la recuperación violenta de la posesión cuando se realiza inmediatamente, es un derecho reconocido por muy pocas legislaciones (Alemania, Portugal, Argentina), la mayoría lo prescriben y todas lo rechazan si no hay inmediatividad y otras circunstancias.- (113) Ello tiene varios fundamentos a más de la gravedad que supone la perturbación del orden social, es

---

(112) JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO.- Comentarios al Código Civil Español, 5ª edición, Reus, Madrid, 1931, Tomo IV, pág. 152.-

(113) El artículo 859 del Código Alemán dice: "El -

del todo inadmisibles la sustitución de la Ley por el poder privado, siendo universal el principio que prohíbe el hacer se justicia por sí mismo.- RICCI fundamenta la ilegítimi -

---

poseedor podrá repeler por la fuerza las vías de hecho ilícitas.- Cuando por vía de hecho ilícita se arrebatase al poseedor una cosa mueble, si sorprendiese o persiguiese en el acto al autor podrá recobrar la cosa por la fuerza.- Cuando por vía de hecho ilícito se haya privado de la posesión al poseedor de un precio podrá recobrar inmediatamente después de la sustracción expulsando de él al usurpador.- Los mismos derechos pertenecerán al poseedor contra la persona a la cual puede oponerse el vicio de la posesión.-" El artículo 486 del Código portugués dice que "El poseedor que sea perturbado o despojado puede mantenerse o restituirse en su posesión por su propia fuerza y autoridad, con tal que lo verifique por actos inmediatos o consecutivos a la agresión.-" El artículo 2470 del Código de Argentina dice: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en el caso de que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde y el que fuese desposeído podrá recobrarla de su propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda de los límites de la propia defensa.-" El derecho a recobrar la posesión -dice WOLFF, ob. cit. pag.94- volver a apoderarse de ella a la fuerza, lo tiene el poseedor en caso de despojo consumado.- Puede ejercerlo contra todo el que frente a él posea viciosamente y, por tanto contra los herederos y los encubridores del autor.- A diferencia de lo que dispone el número 229, es indiferente si el auxilio de la autoridad puede o no obtenerse a tiempo y si existe o no el temor de frustrarse un derecho.- Inmediatamente no quiere decir sin demora incluso la tardanza no culpable, por ejemplo, debida a ignorar la privación, destruye el derecho de recuperación. Por otra parte inmediatamente tampoco quiere decir "instantáneamente".- Obra "inmediatamente" todo el que obra con la rapidez posible, según un criterio objetivo. Así - por ejemplo en la servidumbre de paso en que hay que esperar muchas veces largo tiempo para que se vuelva a verificar el hecho.- Si se verifica fuera de tiempo, el acto de de autoridad propia será ilícito y entonces el poseedor vicioso se hallará a su vez en situación de proceder a la -

dad de la violencia además en una presunción de falta de animus domini, así expone: "Por otro lado, la índice mis

---

defensa o a la recuperación de la posesión". BALDOMERO - LLERENA, Comentarios y concordancias del Código Civil - argentino, tercera edición, Buenos Aires, 1931 t.VII, pág. 268, refiriéndose al artículo 2470, se pronuncia en igual sentido que WOLFF, y pone el siguiente ejemplo: "supongase que Pedro me hecha violentamente de mi heredad y que yo inmediatamente reúno mayores fuerzas, ataco y recupero mi posesión.- Pedro se queja de que le despojo ¿Se me mandara devolver la posesión a Pedro, aunque alegue que la posesión de éste es violencia respecto a mí? Indudablemente, no, puesto que el artículo 2470 me ha autorizado a recuperar inmediatamente mi posesión y mal podría quedar sin efecto una medida que la misma ley me autoriza a tomar.-" Este artículo del Código argentino, tiene como antecedente la ley 3, número 9, libro 43 del Digesto, interdicto de vi, y de vi armata (supra pag.17).- Tampoco las palabras in intervalo de tiempo que usa el artículo, hay que tomarlas, en sentido de que sean en el mismo acto para LLERENA, ob. cit. pag.269, uno o dos días que el despojante haya tenido la cosa no es suficiente para que éste adquiera una posesión que a su vez pueda protegerse.- Es necesario que esa posesión adquiera certeza respecto a terceros y que se vea que la lucha ha cesado.- En la doctrina española, quien ha defendido la tesis de que es permitida la recuperación violenta de la posesión es MARTI Y MIRALLES, Spoliatus ante omnia restituendus, Conferencias dadas en la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona durante el curso de 1909 a 1910, publicadas en la Revista Jurídica de Cataluña 1911.- Dicho autor llega a las siguientes conclusiones; 1ª "El despojo violento - justifica la recuperación violenta de la cosa objeto de - el, mientras se realice incontinenti, o sea sin intervalo; porque es visto que la última actuación, no puede calificarse de ataque, sino de defensa y ésta, como en derecho natural no puede entenderse abrogada por el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento, mayormente después de sancionado el artículo 444 del Código Civil, en cuanto al alcance de la palabra o concepto incontinenti, entiendo - que mientras las leyes o jurisprudencia modernas no precisen este alcance lo mas seguro es interpretarla en sentido literal y estricto o en terminos que se limite la fa

ma de la posesión se opone a la legitimidad de lo adquirido con violencia.- En efecto aún cuando ésta pue-

---

cultad de recuperar violentamente la posesión perdida por actos también violentos o los que se realizan inmediatamente sin solución de continuidad, o de manera que constituyan un solo acto la invasión y la recuperación de lo invadido desde el momento en que por actos u omisiones del desposeído se dé por terminada la lucha; el despojante no podrá ser objeto de otro ataque o violencia personal, nótese bien: ataque o violencia personal que determinan su lanzamiento de la cosa sin que el primitivo poseedor o detentor incurran en las responsabilidades legales.- 2º En el supuesto de dos actos de la índole de los antes indicados, el primero despojante incurrirá en la responsabilidad penal... salvo en la responsabilidad penal en que podría incurrir por la violencia misma, no incurrirá en ninguna otra de índole civil, por cuanto el demandado por despojo, podría alegar, dentro del año el despojo anterior al interdictante, como excepción, porque lo que puede alegarse como acción puede alegarse con mayor motivo como excepción... ello siempre en el supuesto que no haya dejado transcurrir el año de la desposesión primera.- 3º En caso de desposesión violenta, el desposeído puede, sin responsabilidad de ninguna clase alguna, ni la penal ni la civil de despojo, recuperar por autoridad privada (dentro siempre del año) la cosa objeto del despojo, mientras para lograrlo no realiza actos de violencia en la persona del despojante anterior.- 4º En caso de recuperación clandestina el verdadero poseedor puede al volver a la heredad, lanzar al ocupante clandestino por su propia autoridad, lanzar al ocupante clandestino por su propia autoridad, y aun empleando la fuerza o violencia personal si aquel se resiste a desamparar la cosa objeto de la ocupación; y en caso de que el dueño o poseedor legítimo no encuentre resistencia por parte del ocupante furtivo, puede actuar en la cosa efímeramente ocupada del mismo modo que si tal ocupación no hubiese existido jamás. 5º En caso de una concesión precaria de todo el inmueble, el concedente puede ocupar la -

pueda usarse creyendo ejercitar un derecho propio, sin embargo, estando los tribunales constituidos para con-

---

cosa concedida, de su propia autoridad, si el precarista si el precarista se niega a desemparrarla y ello sin incurrir en responsabilidad civil inherente al despojo, pero no podrá emplear para realizar estos actos de autoridad privada violencia personal con el precarista; porque entonces incurriría en responsabilidad de índole civil.- 6\* Cuando la concesión precaria no sea plena, es decir, cuando se limita a consentir o tolerar actos sobre la cosa que el dueño se retiene, éste podrá hacerse cesar dichos actos en el momento que quiera e impedir su realización etiam violenter, sin incurrir en responsabilidad alguna, ni en lo penal ni en lo civil de despojo.- 7\* Y, por último, son inaplicables, en el estado actual de nuestro Derecho, la excepción de dominio y todas las demás con que el derecho canónico puso limitaciones a aquel principio, que erróneamente se ha supuesto que promulgó con carácter absoluto aquella disciplina.- " Aparecida conclusión, pero con otro fundamento llega JUAN B. VALET DE GOYTISOLO para quien la violencia nunca es lícita, pero el usurpador violento no puede hacer valer los interdictos contra la recuperación que de propia autoridad realice a quien el mismo esposeyó, porque al haber dos actos violentos se neutralizan y es absurdo proteger siempre al último desposeído pues así se castiga una injusticia pero se absuelve y protege otra (La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.947, pág.707) La tesis de MARTI Y MIRALLES ha sido muy criticada por la mayoría de la doctrina española, PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, ob. cit. pág.95, refiriéndose a este autor dicen: "Semejante tesis podría suscribirse sin reservas si no cupiere duda alguna que el artículo 444 puede representar una excepción del 441, más sería en extremo forzado cuando el legislador jamás pronuncia frase alguna de concesión de empleo de la propia autoridad por los particulares.- Antes bien, en materia posesoria, prescribe siempre el respeto a la posesión actual, cual -

ceder protección a los derechos de todos, se puede presumir que recurre a la violencia quien no ve demasiado bien fundadas sus presunciones y teme que las mismas - sean rechazadas por el juez por injustas, por lo que en la mayoría de los casos, la violencia empleada es indicio de que se tiene el ánimo de ejercitar una usurpación y no un derecho y puede estimarse que quien emplea violencia no tiene el animus domini.- Por otro lado aquel

---

quiera que sea su jerarquía y fundamento a la exclusión de toda violencia contra semejante situación, incluso - la de mera tenencia (arts. 441, 445 y 446).- Con este espíritu bien patente es incompatible una interpretación expansiva y fragmentaria de un precepto aislado como el artículo 444, cuya vaguedad de expresión y de concepto se prestaría a las versiones más dispares.- Por esta misma imprecisión parece más adecuado explicarlo a tono con el sentido general del sistema que no en contraste con el mismo.- Incluso en el art. 444 hay una prescripción de la violencia y resulta en extremo aventurado - buscar un margen para la acción directa.- DE LOS MOZOS, ob. cit. pag. 144 a 156, rebate apasionadamente la tesis de MARTÍ Y MIRALLES, desde el punto de vista histórico y de derecho comparado.-

que cediendo a la violencia se deja quitar la posesión de la cosa, no tiene ciertamente la intención de renunciar a su posesión y abandonar los derechos que le corresponde sobre la cosa de que ha sido despojado; en su virtud, no puede ganarse contra él la prescripción - quien ha ejercitado la violencia y así debe estimarse la posesión resultante como ilegítima.- (114).

---

(114) RICCI, ob. cit. pág. 105.- Esta tesis le sirve también para explicar por qué cuando la violencia cesa la posesión vuelve a ser legítima, son dos caras de una misma moneda por eso escribe: "pero cesando la violencia o la clandestinidad con que la posesión se hubiere adquirido puede la misma a comenzar a ser legítima según dispone el citado artículo 689 (Código Italiano de 1865) y la disposición legal se armoniza perfectamente con los principios de derecho.- En efecto, cuando la violencia o clandestinidad que ha servido de medio para la adquisición de la posesión ha cesado, el poseedor anterior que echa de menos la adquisición de la cosa por él tenida, se encuentra en situación de hacer valer sus derechos y proponer las acciones posesorias que la ley concede contra el usurpador, si pues nada de esto hace y deja que otro continúe teniendo y gozando la cosa por él antes poseída, demuestra que no tiene gran fe en su derecho y por otra parte, el que ha adquirido la posesión y sigue teniéndola no obstante que el poseedor precedente puede libremente obrar contra él, demuestra una cierta seguridad en sus pretensiones respecto de la cosa poseída y esto basta para que pueda concurrir a su favor el elemento institucional para constituir la posesión legítima." (Ob. cit. pags. 106 y 107)

Nosotros apuntamos a la anterior opinión de RICCI, no solo que resulta innecesario recurrir a ese argumento para fundamentar la ilegitimidad de la violencia, - sino también que no encontraría apoyo para la ilegitimidad de la misma cuando se trata de un despojo violento, tendiendo, no a adquirir por usucapión, sino a la adquisición de una posesión a nombre de otro, que no requiere animo domini.- Por otro lado, presumir que quien recurre a la violencia, es porque no ve bien fundada su pretensión jurídica y teme que el juez se la redhace, tiene como contra argumento, que en la mayoría de los casos, más que temor al rechazo de la demanda, quien recurre a la violencia, lo es por cuestiones temperamentales irrespeto o menosprecio a la ley, o a lo sumo, en el mejor de los casos, impaciencia ante la lentitud con que se administra justicia.-

## CAPITULO VI

### DESPOJO CLANDESTINO.-

#### CONCEPTO.-

Despojo clandestino es el realizado ocultamente, ejerciendo el despojante en forma no pública la nueva posesión, con ignorancia de la persona a quien se despoja, excepto, cuando ésta ignorancia se deba a descuido, negligencia o culpabilidad del despojado.-

#### CARACTERISTICAS.-

Todo despojo clandestino vicia la posesión, (115) - sin embargo algunos poseedores estiman que el poseedor - puede incurrir posteriormente en el vicio de clandestinidad, si siendo una posesión sana inicialmente , luego

---

(115) RUGGIERO, ob.cit. pág.843, distingue entre clandestinidad como medio de despojo y como vicio; la clandestinidad como vicio, es objetiva, implica una ocultación frente a todos en tanto que como medio de despojo basta con que se halle ocultado al despojado.-

la oculta, o se ejerce secretamente (116), al igual que la violencia es un vicio temporal, pues cesando la clandestinidad la posesión se torna legítima y apta para la usucapión (117).- Establecer cuando es o no pública la posesión dicen ALAS, DE BUEN y RAMOS- trae grandes dificultades si se desea formular una serie de reglas generales.- Lo que hay que hacer es dejar al arbitrio del juez el determinar en cada caso el carácter de la posesión alegada como base para adquirir el dominio.- (118).

---

(116) JOSSERAND, ob. cit. pág. 71.- ALBERTO BRENES CORDOBA, Tratato de los Bienes, Editorial Costa Rica, - pág. 42.- RUGGIERO, ob. cit, pag. 843 dice: "Debe repetirse aquí lo dicho en orden al precedente requisito, - cesa el vicio de clandestinidad si ocurrida ocultamente la adquisición, el ejercicio de la posesión se hace luego público (art.689) pero viceversa, no basten a hacer clandestinamente la posesión, publicamente adquirida el que se realice ocultamente cualquier acto de ejercicio".

(117) JOSSERAND, ob. cit. pág.71.- RICCI, ob.cit.- pág. 106.- PLANIOL y RIPERT, ob. cit. pág. 158.- BRENES CORDOBA, ob. cit. pag. 42.- RUGGIERO, ob. cit. pág.842.

(118) LEOPOLDO ALAS, DEMÓFILO DE BUEN, ENRIQUE R.- RAMOS, De la Usucapión, Madrid 1916, pág. 171.-

Más bien podríamos decir que la nota de publicidad o de clandestinidad de las cosas lo es función de su carácter económico social.-

LEGISLACIONES, COSTARRICENSE Y ESPAÑOLA.-

El Código de Costa Rica hace referencia a la posesión clandestina en tres artículos cuando se refiere al derecho de posesión en que dice que este se adquiere por el hecho de conservar la posesión por más de un año.- El año corre desde que se tome públicamente la posesión, o si fuere tomada clandestinamente desde que eso conste al despojado (art. 279, nº 2). en el capítulo referente a la prescripción positiva, en que a más de exigirse que la posesión ha de ser pública, (art. 856) es decir lo contrario a clandestina, el artículo 858 expresa que la posesión oculta impide la prescripción, mientras no haya sido debidamente registrada o no pueda ser conocida de los que tengan interés en interrumpirla (119).- El Código español, se refiere a la clandestinidad en el artí-

---

(119) En el Registro de la Propiedad en Costa Rica, -igual que en la actualidad en España- no se inscribe la

culo 444 al expresar que no afectan a la posesión los actos clandestinos y sin conocimiento del poseedor de una cosa (120).- Se discute en la doctrina española, si al exi

---

posesión, sino los títulos de dominio sobre inmuebles, - sin embargo el propietario que careciere de título escrito de dominio, podrá inscribir su derecho, justificando - previamente su posesión por mas de diez años a esto se - les llama informaciones posesorias.- El escrito en que se promueva la justificación de la posesión deberá contener entre otros requisitos, una descripción de la naturaleza, situación, medida superficial y lineal de los frentes de las calles públicas, linderos, debiendo indicarse los nombres y apellidos de los colindantes y el domicilio de éstos, las cargas reales que pesan sobre el inmueble cuya posesión se trata de acreditar, en que acto o actos consiste la posesión que ha tenido; que cultivo y otras mejoras hay en el fundo y en el caso de que se trate de un inmueble dedicado a la cría de ganado, deberá expresar el número de hectáreas de potreros, sitios o repastos y además el número de cabezas de ganado que tuviere el solicitante, y un plano catastrado de la finca.- Siendo satisfactoria la información recibida, de acuerdo con la prueba testimonial, peritazgo, inspecciones oculares, etc. y no habiendo oposición, o en caso de que esta sea declarada infundada por resolución firme, el juez, publicado el edicto a efecto de que se apersonen los que se crean con derecho y vencido su término, aprobará la información y mandará a practicar en el Registro Público de la Propiedad la inscripción solicitada.- Ninguna información posesoria ni rectificación de medida perjudicará a terceros, - sino después de transcurrido el término de prescripción de tres años a contar desde el día de su presentación en el Registro Público.- A esta posesión comprendida más bien en el dominio de la cosa es a la que se refiere el artículo 258 al hablar de posesión registrada.-

(120) También en el artículo 1941 al exigir que para la prescripción ordinaria de dominio la posesión ha de ser pública.- Como dice RICCI, ob. cit. pag. 106, la clandestinidad en el sentido que la ley la considera, no es más que lo opuesto a la publicidad.

gir el código que los actos sean clandestinos y sin conocimiento del dueño, se están repitiendo conceptos, o bien si son dos requisitos distintos el que los actos sean clandestinos y a su vez sean sin conocimiento del dueño.- MARTI Y MIRALLES dice, "sobra el pleonazgo que cometió nuestro legislador al hablar de actos "ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor", "como si pudiese haber clandestinidad en los actos conocidos.-" (121) SANCHEZ ROMAN, sostiene lo contrario, con base en que es buena regla de hermenéutica el atribuir a cada una de las palabras de un precepto legal significación propia para que no resulten inútiles y exige la conjunción de las dos circunstancias.- (122) En igual sentido lo interpreta MANRESA, pero con otro fundamento, no ya por aplicación de una buena regla de hermenéutica legal, sino porque son dos conceptos distintos que dicho autor explica de la siguiente manera: "La clandestinidad, la ocultación, el disimulo,

---

(121) Ob. cit. pág. 140.- En igual sentido CARLOS VIADA LOPEZ PUIGCERVER.- Legitimación activa y pasiva en los interdictos, Anuarios de derecho civil, 1955, pag.822.-

(122) FELIPE SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, segunda edición, Madrid, 1900, tomo III, pag. 456.

el misterio de que se rodea la posesión, debe impedir que llegue a conocimiento del dueño de la cosa o del derecho, porque a ese fin tiende el tenedor pero no es requisito indispensable en ella esa facultad de conocimiento.- A pesar de todo el disimulo y ocultación del tenedor, el dueño puede llegar a saber que otro posee lo que es suyo, como a pesar de todo el misterio de un crimen puede llegar a descubrirse su autor.- De aquí que el artículo 444 exija la existencia de actos ejecutivos clandestinamente y sin conocimiento del dueño, si pues, el dueño prueba que los actos del poseedor no eran públicos, quedará probada la clandestinidad y con ello establecida una presunción de ignorancia del dueño pero si el tenedor prueba a su vez que, a pesar de todo, dicho dueño tuvo conocimiento de los actos posesorios faltará uno de los requisitos del artículo 444 y el dueño será perjudicado por los expresados actos.-" (123) En igual sentido se pronuncia VALVERDE (124), DE BUEN (125) y BORREL Y SOLER (126).- U-

---

(123) Ob. cit. pág. 174.-

(124) Ob. cit. pág. 333.-

(125) Ob. cit. pág. 987.-

(126) ANTONIO M. BORREL Y SOLER, Derecho Civil Español.- Derechos reales.- Barcelona, 1955, t.II pág.

na tercera posición es la de SCAEVOLA para quien el legislador lo que ha pretendido es esclarecer el concepto de clandestinidad, de suerte que el artículo nose contenta con tacharlo con la nota de clandestinidad, sino que agrega un requisito de hecho cualificativo al parecer de su condición jurídica, en tal forma que en el artículo podría leerse "actos clandestinos o sea sin conocimiento del poseedor.-" Como manifiesta el propio autor, ello será distinto, y agrega, "pero para convencernos de lo contrario fuera preciso que se nos demostrase que el acto cometido a sabiendas del poseedor legítimo es clandestino.- (127) Nosotros pensamos que el código da al término clandestinidad un sentido amplio, oculto al público, oculto a la generalidad de la gente, y la frase "y sin conocimiento del poseedor," se refiere al caso concreto del poseedor, lo oculto al poseedor y que efectivamente no ha llegado a su conocimiento.

---

(127) MUCIUS SCAEVOLA.- Código Civil, comentado y concordado extensamente 1893, t VIII, pags. 341 y 342.-

Así pues es muy frecuente el caso de que el público no ignore el despojo pero si el poseedor como es el caso de fincas que son poco visitadas por el poseedor cuando éste vive en un lugar distinto y viciversa, que el despojo lo ignore el público pero no el poseedor, como podría ser el caso, de una bodega construida subterráneamente y que invada el terreno ajeno, aquí, el poseedor podría haberlo sabido por un trabajador de las bodegas privadamente lo contó solo a pel y no a los demás.- (128) Otra cosa a resolver, se

---

(128) RICCI, ob. cit. pág. 106, expone: "No se debe confundir la clandestinidad de la posesión con la ignorancia de aquel que de ella ha sido privado y considerar que hay clandestinidad, siempre que el poseedor anterior hubiere sido privado de la posesión sin saberlo. La clandestinidad en el sentido que la ley la consdiera no es más que lo puesto a la publicidad y como la publicidad de la posesión consiste en ejercitarla de modo que todo interesado pueda tener de ella conocimiento cuando quiera, debe considerarse como posesión así adquirida la originada sustrayéndose el poseedor de las miradas ajenas e impidiendo que los interesados pudieren fácilmente tener noticia de la posesión por el adquirida. Por tanto, pues, cuando la posesión se ha adquirido de modo que cualquiera pueda tener noticia de ella, no habiéndose el adquirente ocultado, ni habiéndose sustraído sus acciones a la vista del público, no puede decirse que la cosa por él poseída ha pasado a la posesión de otro; si hubiera querido conocer lo que ocurría con sus cosas, fácilmente lo hubiera podido conseguir y esto basta para rechazar que la adquisicon por otro sea clandestina".

ría si esa ignorancia que padece el poseedor despojado, es o no excusable.- Debe llegarse a resolver que aunque el poseedor ignore el despojo, si su ignorancia es a tal punto producto de su negligencia y descuido, el despojo no es clandestino.- La misma doctrina debe aplicarse a la legislación costarricense, pues al decir el Código que el año para adquirir el derecho de posesión corre desde que se tome públicamente la posesión o si fuere tomada clandestinamente desde que eso conste al despojado, quiere decir que "publicamente" se opone a "clandestinamente, la "O" es disyuntiva, lo uno o lo otro, pero además cuando es clandestina, es decir no pública, ese despojo no debe constar al despojado, excepto, agregamos, cuando e a ignorancia del despojo se deba a descuido, negligencia o culpabilidad del despojado.-

EL DESPOJO CLANDESTINO Y LA ACCION INTERDICTAL.-

El artículo 279 del Código civil de Costa Rica, nos dice que independientemente del derecho de propiedad se adquiere el de posesión, por el hecho de conservar la posesión por más de un año y que el año corre desde que se tome públicamente la posesión y se fuere tomada clandestinamente, desde que eso conste al despojado, según hemos visto.- Pero ese -

punto de partida, en cuanto comienza a correr el plazo, lo es para adquirir el derecho de posesión (129), no para el establecimiento de la acción interdictal, que se reduce a tres meses "desde el comienzo de los hechos u obras contra

---

(129) Se usan indistintamente por el código de Costa Rica los términos derecho de posesión y derecho de poseer -- que según parece, en la doctrina cobraban significación distinta.-- (CASTAN, refiriéndose a la ley de bases de 11 de mayo de 1888 dice que quizá aludían sus oscuras palabras " a la distinción entre el derecho de poseer, anejo al dominio (que las escuelas llaman iuspossidendi), y el derecho de posesión como poder de hecho, independientemente del dominio (ius possessionis). También se hace distinción entre derecho de posesión y derecho a la posesión.-- Así MESSINEO, explica que "por lo general una terminología antigua, pero siempre actual, distingue entre el derecho de posesión (ius possessionis) esto es, posesión considerada en sí misma, en cuanto ejercicio efectivo, independiente de la circunstancia de que, como base de la posesión este un fundamento o título, y que puede corresponderle a quien quiera, y el derecho a la posesión (ius possidendi) esto es, la potestad de tener la posesión, a la cual puede corresponder en acto la posesión efectiva, pero puede también no corresponder, y que, de todos modos, se funda sobre un título, el cual consiste en un derecho de alcance más amplio, (FRANCESCO MESSINEO, - Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Melendo, 1954, T.III, p.g. 203).-- CLEMENTE DE DIEGO nos da los siguientes conceptos de jus possessionis y del jus possidendi y así dice: "comportarse respecto del contenido de un derecho real como si fuera su titular, en eso consiste la posesión, la cual como ya decía IHERING, es la exterioridad y visibilidad de la propiedad, ahora bien si la exterioridad corresponde al fondo y se ejerce el derecho porque se tiene, entonces la posesión aparece absorbida y dominada por el derecho mismo y sigue sus reglas y se ampara de sus defensas.-- Si ese no es el caso porque se ejercita un derecho que no se tiene cual si se tuviera, entonces la posesión se destaca con figura propia, sigue sus propias reglas y se ampara de sus defensas.-- De esas dos posibili -

las cuales se reclama" según expresa literalmente el artículo 653 del Código de Procedimientos Civiles.- (130).- ¿Cabe aplicar por analogía lo dispuesto por el número 2 del artículo 279 al 653 del Código de Procedimientos Civiles ? Si así se hiciera, el término de tres meses, se comenzaría a

---

dades es que dan origen respectivamente el jus possidendi y el jus possessionis, la última es la que en sentido técnico merece el nombre de posesión y así lo reconocieron las fuentes romanas.- (Dig.lib.50, tit.16, pag. 115.- CLEMENTE DE DIEGO, sobre la idea de la posesión en el jesuita Luis Molina Revista de Derecho Privado, 1921, Tomo VIII, págs. 294 y 295.-

(130) El Código Civil de Costa Rica es de 1886.- En esa época, el Código de Procedimientos Civiles, establecía el plazo de un año para la interposición de las acciones, con la reforma de 1937, se redujo el plazo a tres meses, por eso explicando BRENES CORDOBA, el derecho de posesión a que se refieren el artículo 279 número 2 y 280 que dice que el derecho de posesión se prescribe por la posesión de un año, expone: "La posesión pública ejercida durante un año, confiere al poseedor el derecho de ser mantenido en ella mientras otro no demuestre en la vía declarativa, que le asistió derecho precedente para poseer la cosa de que se trate.- De modo que si se trata de un inmueble, los procedimientos sumarios para desposeer al que está en la tenencia de él, son de todo punto ineficaces.- No dicen nuestras leyes que significa el

contaraa partir de que el despojado tuvo conocimiento del despojo; sin embargo, tal forma de resolver llevaría a que el término para interponer el interdicte pudiera prolongar

---

derecho de poseer a que se refieren los artículos 279 n.º. - 279 n.º 2 y 860 del Código.- Pero no hay duda de que la interpretación que conviene dar a esos artículos es la que queda consignada.- Con ella están de acuerdo tanto nuestros antecesores legales, como la doctrina de los expositores del derecho civil español, francés e italiano, al comentar disposiciones análogas a las nuestras... Análogamente el Código alemán establece (artículo 884 que el derecho a promover las acciones posesorias (interdicte) se extingue por el transcurso de un año.- ROGENIO SOTELA en la nota n.º, 54 a la obra de BRENES CORDOBA hace la observación del Código de Procedimientos Civiles.- (Ob. cit. pag. 44 y 45).- Nosotros creemos que en la actualidad ese derecho de poseer cobra un nuevo sentido puesto que si al reformar el Código de Procedimientos no se reformó el Código Civil, debe presumirse no un simple descuido y que tales artículos quedaron sin efecto, sino que se previó otro aspecto del derecho de posesión como es su relación con la acción publiciana prevista expresamente por el art. 322 cuando dice: "la acción ordinaria sobre el derecho de posesión puede dirigirse contra cualquiera que pretenda tener mejor derecho de poseer" Así el despojante, por el transcurso del año adquiere el derecho de poseer, y no cabe contra él ninguna otra acción salvo la reivindicatoria, para ello nos valemos de los siguientes razonamientos de MANRESA, cuando examinando el artículo 460 n.º. 4 del Código Civil español que dice " El poseedor puede perder la posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.- "se pregunta ¿Puede ejercitarse después de un año la acción publiciana? y contesta "...Se pierde la posesión y una vez perdida, difícil es sostener que aun queda derecho, en el poseedor para reclamarla; se adquiere la posesión por otro y una vez adquirida, difícil es empeñarse en afirmar que no la ha adquirido.- Se necesitaba un artículo o disposición aclaratoria que lo perdido y adquirido es el derecho a utilizar los interdictos y que aun queda al que

se indefinidamente, lo que va contra el espíritu de la ley que al reducir el término a tres meses, quiso ser lo más breve posible.- Por otro lado, chocaría contra lo dispuesto por el artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica que dice que al impedido por justa causa no le corre término, agregando que serán siempre motivos -

---

perdió esa facultad, el derecho real de posesión.- El artículo 466 prueba; que para utilizar los interdictos basta poseer; aunque la posesión sea menos de un año; basta poseer de hecho.- El 460 prueba que lo que se pierde es la posesión, y no ciertamente como hecho sino como derecho.- La consecuencia es ineludible. Después de poseer otro por más de un año, solo puede reclamar el propietario por acción reivindicatoria.- Esto se halla conforme con el fundamento de la prescripción de la posesión.- No hallamos fundamento a las distinciones entre la posesión de menos de un año, mero hecho, posesión de un año, al efecto de los interdictos, derecho real de posesión, que al amparo de la acción puede subsistir sin ejercicio durante el tiempo de las acciones reales y derecho de poseer en el propietario.- No negamos con esto que la posesión sea derecho; lo que se adquiere al año de poseer no es la posesión como hecho; lo que hay es que se trata de un derecho de naturaleza especial, que requiere actividad, ejercicio, vida a diferencia de otros que existen verticalmente, y aun perdiéndose su ejercicio subsisten.- Por eso la acción que ese derecho produce, aun real y eficaz, por tanto contra terceros adquirentes se extingue con el derecho al año y con el derecho se adquiere al mismo tiempo.-" (Ob. cit. pág. -

) De tal manera que tanto para el derecho español, según criterio del tratadista citado como para el derecho costarricense según nuestra opinión, la acción publiciana debe ser ejercitada dentro de un año a partir del despojo. Durante ese lapso quien tenga mejor derecho de poseer puede recobrarlo sin necesidad de recurrir a la vía interdictal ni a la acción reivindicatoria.-

justos los señalados por la ley expresamente para determinados casos y los que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, ocurridos independientemente de la voluntad de las partes.- De suerte que la ley habla de casos expresamente previstos y sería demasiado forzado sostener que - en el caso de despojo clandestino del despojado.- El artículo 2493 del Código de Argentina dice que la acción - de despojo dura solo un año desde el día del despojo hecho al poseedor, o desde el día que pudo saber el despojo hecho al que poseía por él, parece entonces que solo en el caso de que haya una tercera persona que posea a nombre del despojado es que se le permite que el término corra a partir del momento en que llegue a su conocimiento.- Sin embargo BALDOMERO LLERENA (131) dice que es necesario para que corra el término, que el poseedor conozca o haya podido conocer los actos posesorios del ocupante, y para ello se fundamenta en que el antiguo poseedor no pierde su posesión conforme al artículo 2479 que dice:- "que para que la acción dé lugar a las acciones posesorias debe ser pública.-" Como Costa Rica no existe ningún artículo semejante al 2479 del Código argentino, preferimos fundarnos más bien en uno de los argumentos de - RICCI, quien al respecto dice: "El artículo 695 dispone

---

(131) Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino, 3ª edición, Buenos Aires, 1931, t. VII pag.- 194.-

que la acción debe proponerse dentro del año de sufrir el despojo; el punto de partida para el cómputo del año útil, en el ejercicio de la acción de que se trata está en el acto del despojo.- Pero si este fuere oculto y el poseedor lo ignora, ¿transcurrirá contra él, no obstante su ignorancia, el término para obrar establecido por la ley? Al pronto parece que consultada la equidad y el principio de justicia, se me debe permitir obrar en este caso, toda vez que no he podido obrar antes de ignorar el despojo que se me ha hecho; sin embargo, seguimos una opinión contraria por respeto al texto es tan claro que no admite duda; dice que el año hábil para proponer la acción, corre desde que sufre el despojo; así pues, el intérprete sin caer en lo arbitrario, no puede señalar otro punto de partida distinto del fijado por la ley.- Por otra parte si el legislador hubiera querido que en el caso de despojo oculto el término corriera, no desde la fecha del mismo, sino desde el día que se hubiere tenido noticia fácil, le hubiera sido expresar este concepto.-" (132) Así también resulta difícil sostener que el comienzo del término es otro cuando el Código de Procedimientos civiles dice - que no puede establecerse el interdicto si han transcu-

---

(132) RICCI, ob. cit. pág. 253.- RUGGIERO, ob. cit. 845, mantiene una opinión contraria.

rrido tres meses desde el comienzo de los hechos.- Pareciera que esta misma solución debe darse en cuanto a la legislación española pues el artículo 1653 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el Juez admitirá la demanda y acordará recibir la información si aparece presentada aquella - antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto que la ocasione.- Pero esta solución como lo hemos expuesto se refiere únicamente a la acción interdictal. En tal - virtud no se causa un perjuicio irreparable a quien ha sido despojado en forma clandestina, siempre que tenga un - mejor derecho de poseer porque en tal caso le queda en su favor la acción publiciana según la tesis que hemos sustentado en la nota 130 y funcionaría el nº 2 del art. 279 - puesto que al no poder adquirir el despojante el derecho - de posesión si no que desde que eso conste al despojado - ese derecho pertenece al despojado durante todo el tiempo de su ignorancia, por lo que no podría entrar a funcionar la prescripción establecida por el art. 260 del Código Ci - vil.-

#### DESPOJO CLANDESTINO Y ADOUSICION DE LA POSESION.-

Hemos visto que la posesión se conserva solo animo en el derecho romano, por vía de excepción, de manera que si alguien, clandestin mente, en su ausencia, tomaba la pose-

sión el despojado no perdía la posesión, esto hay que relacionarlo quizás con el artículo 444 del Código Civil español que dice que los actos clandestinos y sin conocimiento del poseedor no afectan a la posesión, disposición alabada por MARTI Y MIRALLES, quien sostiene que en tal caso el poseedor, puede repeler al ocupante sin necesidad del auxilio de la autoridad pública y sin que el ocupante furtivo pueda acogerse al interdicto de recobrar (133) situación no compartida por la doctrina puesto que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, pero aparte de este problema, existe el de determinar si en realidad se ha conservado la posesión y si no la ha perdido por abandono; porque no es lo mismo que el usurpador se apodere de un predio abandonado, por nadie poseído, porque en este caso no comete despojo, que si lo hiciera de un inmueble en que el poseedor sí conservaba la posesión.- No es necesario, dice SALEILLES, que el predio esté sin dueño, basta con que el propietario de él haya perdido la posesión, como por ejemplo un saltus a estivus por el cual no haya aparecido el propietario durante muchas estaciones; en este caso el usurpador adquirirá inmediatamente la posesión aún cuando fuese clandestina la posesión.- (134)

---

(133) Ob. cit. pág. 140.-

(134) Ob. cit. pág. 15 y 16.-

CAPITULO VII.-

EL DESPOJO POR ABUSO DE CONFIANZA O INVERSION

DEL TITULO.-

El artículo 299 del Código Penal de Costa Rica dice que será castigado con prisión de seis meses a dos años o multa de trescientas sesenta a mil quinientos colones al que usando de violencia, abuso o engaño despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación o servidumbre.- Esto nos ha hecho pensar, que el abuso, es un medio de realizar el despojo de la posesión, al igual que la clandestinidad o la violencia, pero ¿dónde se encuentra ubicado ese medio en la legislación civil? El minucioso código civil argentino, en el artículo 2372 dice que "La posesión es por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla.-" Vimos como ALLENDE, considera a la posesión por abuso de confianza comouna posesión viciosa.- (supra pág. 140). En igual sentido se pronuncia RODOLFO RIVAROLA (135). El artículo 181 del Código Civil argentino inciso 1º sí tiene correlación con el 2372 del Código Civil de ese país.- (136) Un punto de

---

(135) Instituciones de Derecho Civil Argentino 2ª Edición Buenos Aires, 1941 T. I pag. 313 EUSEBIO GOMEZ que sigue a los civilistas que estiman despojo solo al violento (SEGOVIA LAFAILLE, SALVAT, supra pag. ) dice que "El derecho penal tiene un concepto mas amplio del despojo, puesto que lo reprime no solo cuando se lleva a cabo por violencia, sino tambien cuando se ha cometido por engaño o abuso de confianza.-" Tratado de Derecho Penal, tome IV, Buenos Aires, 1941, pág. 370.

(136) En Argentina el artículo 2372, hay que relacionar

apoyo en la legislación civil, tal vez nos lo da el inciso 2º del artículo 200 del Código de Procedimientos Civiles - cuando dice que procede el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca o parte de la misma con el consentimiento o por pura tolerancia de cualquiera de las personas enumeradas en el artículo anterior, o sea los que comprueben tener derecho de poseer la finca por cualquier título legítimo.-

El Tribunal Supremo de España ha fijado en varias resoluciones lo que se entiende por precario, así en sentencia de doce de noviembre de 1962 dijo: "Como síntesis de la doctrina elaborada en torno al concepto de precario, puede llegarse a la conclusión de que merece ese calificativo para todos los efectos civiles, una situación de hecho que impli

---

lo con el artículo 2473 que dice "el poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviera a lo menos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina".- La buena fe no es requerida para las acciones posesorias, y el 2429 que dice que "La posesión parada dar derecho a las acciones posesorias no debe ser precaria, sino a título de propietario".- La -

ca la utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos corresponde aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda, o también porque nos otorgue una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho, concepción natural que ha superado la romana y que se revela entre otras muchas sentencias en las del 12 de febrero de 1927, 4 de diciembre de 1933, 5 de octubre de 1935, 11 de noviembre de 1944, 23 de febrero de 1957, 7 de octubre del 1935, 7 de noviembre de 1961".- La sentencia número 37 de 26 de junio de 1947 dijo: "El concepto romano del precario por el que una persona concede a otra el uso gratuito de una cosa con facultad de revocarlo a su arbitrio no reviste la amplitud del admitido en la doctrina española".- Esta concepción del precario en la doctrina española, no coincide

---

anotación que tiene este artículo 2480 del Código dice - "La palabra precario tiene hoy una significación mas extensa que le daba el derecho romano, porque no sólo significa una concepción revocable a voluntad del propietario, sino que se aplica a toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia o posesión de la cosa. - Se dirá que el usufructuario sin ser propietario, tiene las acciones posesorias, pero el usufructuario es *juris possessor*: es un poseedor precario respecto a la cosa que posee a nombre de otro, y no precario en su calidad de *juris possessor*, pues que

con la concepción que del mismo tiene la doctrina francesa para la cual son poseedores precarios los arrendatarios, los colonos, los aparceros, el infiteuta, los acreedores de bienes ajenos, los ticsesistas, los administradores de bienes ajenos, los comodatarios, quienes detentan en virtud de un título regular, si bien se les reconoce una doble condición a quienes ejerciten sobre la cosa, en nombre propio, un derecho real como el usufructuario, el infiteuta, el usuario pues en tal caso son verdaderos poseedores en lo tocante al derecho real que ejercitan y precaristas con respecto al propietario.- De tal suerte que el usuario y el usufructuario pueden ejercitar las acciones (137).- Pero en general, el precarista no podría ejercitar las acciones posesorias toda vez que se reputa poseedor al mismo propietario, ni tal situación lo conduce a adquirir por usucapión, esto es explicable porque carece de animus domini.- "No quiere esto decir -dice PLANIOL- que el detentador no pueda proteger su propia situación, pero lo alcanza sin apoyarse jurídicamente sobre su detentación.- Así podrá intentar la acción restitutoria, repeler los actos de garantía de lo que puede adeudársele; pero, son éstos efectos, no de la propia detentación, sino del orden público,-

---

ejerce su derecho como un derecho distinto, como una fracción de la propiedad, que para el constituye un dominum jūris.-MOLITOR n.º104.- PROUDHON, Dominio Privado, n.º 474.-

(137) PLANIOL y RIPERT.- Ob. cit. pág. 163

de acuerdo con la máxima "spoliatus ante omnia restituen-  
dus" y del derecho de legítima defensa y del derecho de -  
retención.-" (138) ALBERTO BRENES CORDOBA, divide la po -  
sesión en tres grados: posesión de primer grado la que se  
ejerce personalmente, o por medio de otro, en calidad de  
propietario; posesión normal.- De segundo grado, la que -  
se tiene a nombre del dueño y con un título transitorio -  
como sucede en el arrendamiento; posesión precaria; y de  
tercer grado, la que se ejerce sin título alguno y en nom  
bre propio; detentación.- (139) como ya le hace notar SO -  
TELA (140), esta terminología no coincide con la doctrina

---

(138) PLANIOL Y RIPERT, ob. cit. pág. 163.-

La acción de reintegro se concede a quien ha sido des  
pojado por violencia o por vías de hecho de un inmueble -  
o del disfrute de un derecho real de un inmueble sucepti -  
ble de acción posesoria.- Sólo ha de probar el actor que -  
al momento del despojo detentaba el inmueble pacífica y -  
publicamente, sin que sea necesario probar la posesión -  
anual anterior a las vías de hecho como en la acción de -  
queja, y puede ser entablada por aquellos que no tienen -  
el animus domini, como los detentadores en precario, inqui -  
linos, colonos y los que ejerciten posesión a título de -  
pura tolerancia.- La acción de queja en cambio, es la ac -  
ción posesoria por excelencia, se concede al poseedor que  
ha sido perturbado en el ejercicio de la posesión a fin de  
que sean mantenidos en ella.- (PLANIOL Y RIPERT, ob. cit.-  
pags. 183, 194 y 195).-

(139) Ob. cit. pág. 45.-

(140) Nota nº 55 a BRENES CORDOBA.-

general que tiende a asimilar la detentación con la posesión precaria.- VITORIO PESCIO, nos habla de posesión y tenencia esta última tiene menores aspectos, se presenta como un derecho real en cosa ajena, (Ususfructo), como un derecho personal que confiere el goce de la cosa (el arrendamiento) y lo que él reduce a precario es la manifestación más débil y tenue que consiste en la tenencia de una cosa sin previo contrato y por ignorancia o por mera tolerancia del dueño.- Pero, aparte de esto, la viduaria o la convivencia social ofrecen una inmensa variedad de tipos de contacto que no pueden constituir ni posesión ni tenencia. (141) El artículo 691 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, dice que "No se entenderá que ejercen posesión precaria ni de ninguna especie los administradores, encargados, porteros, guardas, empleados públicos o particulares, peo -

---

(141) Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, 1958, pag. 125.-

Para PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona, 1953, tomo III, pag. 69, la mera tenencia o el mero estado de disfrute de un derecho responde, en el derecho español al concepto de posesión (cf. 430, 431, 432) parece entonces que aquí el concepto de tenencia cobra un nuevo significado.-

nes, pensionistas o pasajeros en relación con las casas de habitación, departamentos, locales, oficinas o finca que ocupe por razón de los servicios que prestan o que paguen. - En estos casos, u otros de igual índole, no habrá necesidad de promover juicio de desahucio, las personas indicadas de ben abandonar las ofincas, casas, departamentos o locales tan luego como cesen los servicios que presten o se les - comunique que no se les suministrará hospedaje.- Si hubiere oposición, el dueño o la persona con derecho a poseer - podrá recurrir a la autoridad de policía correspondiente,- la que sin trámites alguno proceda al desalojamiento, pero esta, en casos especiales, a su juicio, podrá conceder ver balmente un plazo prudencial con ese fin.-" (142)

---

(142) La idea del legislador fue lade que no era innecesario, en estos casos recurrir al juicio de desahucio y - la autoridad de policía con una simple acta, y sin que mediara proceso ni sentencia desalojaba al ocupante (ANTONIO PICADO.- Explicaciones a las reformas del Código de Procedimientos Civiles, San José, 1945,-) Sin embargo tiene que - ser muy evidente la situación planteada para que se proceda al desalojamiento en la forma dicha, aun mas en la practica, a las autoridades de policía les da temor el desalojamiento,- y levantan una información, reciben testigos y dictan sen -

Ahora bien, si posesión por abuso de confianza es cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla, en todos los casos de precaridad, ya sea tomando el amplio concepto del derecho francés, que es el que sigue la legislación argentina, o la concepción que del precario tiene la doctrina española y aún los casos de mero contacto, con los guardas, porteros, peones, etc., que hemos citado, cuando estas personas sustituyen la tenencia de la cosa por posesión en realidad lo que hacen es despojar de la posesión al verdadero poseedor, y lo que antes se poseía en nombre ajeno ahora se posee el nombre propio, o lo que ni siquiera se poseía, como el caso del guarda, ahora se posee, incluso podría darse el caso de que quien era guarda y no tiene posesión, y luego se dice arrendador, y actúa como arrendador, ha despoja-

---

tencia -y en algunos casos- se ha visto, a Alcaldes, confirmar esas resoluciones dictadas por jefes políticos. Ello obedece sin lugar a dudas, al lógico temor de no ver luego respaldada su actuación, en caso de acusación por abuso de autoridad.

do no de la posesión en nombre propio sino de una posesión en nombre ajeno.- Hay un despojo por intervención del título.- - Peronobasta con que cambie el tenedor de intención.- (143) es necesario, que su actuación exterior sea inequívoca, y que el propietario no pueda engañarse ante esa actitud, no basta con dejar de pagar simplemente los alquileres, puesto que muchos no pagan por falta de dinero o por negligencia, hace falta actuar como propietario.- (144)

---

(143) De otra manera se necesitaría un detector jurídico como el de que habla JOSE LUIS ESTEVEZ) (Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico, Anuario de Derecho Civil, 1953, T.VI, pag. 460), producto de su imaginación, y que es una especie de proyecto que puede registrar lo que una persona piensa y ha hecho en su vida, como dato curioso el autor llega a la conclusión de que con tal instrumento de la posesión quedaría solo un mero recuerdo histórico, sólo la propiedad estaría jurídicamente protegida.- La simple posesión sería inconcebible y, en todas partes se trataría como una usurpación.- Por demás sería decir que no compartimos el criterio.-

(144) HENRI, LEON Y JEAN MAZEAUD,- Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda, vol. II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, pag. 146.-

La legislación francesa distingue la modificación del título proveniente de un tercero y la modificación del título proveniente del propietario, (Artículo 2238) la primera se refiere a quien detenta un inmueble de un tercero, a quien cree verdadero propietario, posee en virtud de un título que de emanar del propietario de la cosa le hubiera transmitido la propiedad (145) por ejemplo un inquilino compra a persona distinta del arrendador el inmueble que ocupa.- La adquisición es un título proveniente de un tercero (146) y la segunda, surge entre el propietario y el detentador y se relaciona con el artículo 2231 del Código civil que dice que cuando se ha comenzado a poseer el nombre de otro, se presume siempre que se posee con el mismo título salvo pruebas en contrario.- El Código español en su artículo 486, dice que se presume que la posesión se sigue disfrutando el mismo concepto que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario, de lo cual deduce VALET de GOYTIA -

---

(145) PLANIOL Y RIPERT, ob. cit. pág. 163

(146) MAZEAU, ob. cit. pág. 145.-

SOLO, que la inversión debe ser realizada en forma no equívoca y no se podrán alegar conforme al artículo 444 del código - español, los actos que puedan catalogarse como meramente tolerados, que deberá ser realizada públicamente, que no basta la mera declaración unilateral, ni el cumplimiento de prestaciones y que hace falta actuar de hecho contra el propietario.- (147) Nosotros creemos que si la posesión se ejerce por simple tolerancia, hay inversión del título, si se sustituye esa tenencia por una posesión, de acuerdo con los demás requisitos.- El artículo 283 del Código de Costa Rica dice que en caso de duda, se presume que el tenedor de la cosa, posee en nombre propio y que la posesión continua en nombre de quien la comenzó.- Este artículo guarda similitud, con el 2230 del Código Civil francés que dice, se presume siempre que se posee por sí y a título de propietario, si no se prueba que se ha comenzado a poseer por otro.- Pero la legislación costarricense no tiene el correspondiente al número 2231, que hemos citado y -

---

(147) Ob. cit. pág. 574.- El vicio del equivoco -dice Bon necasse se refiere a la situación de quien realiza los actos materiales de posesión, pero respecto a los cuales existe duda sobre el animus. (Elementos de Derecho Civil, trad. Cajicá jr. T I, Puebla Mexico, 1975 pág. 636).

que cuando se ha comenzado a poseer por otro, en que casualmente se establece lo contrario, o sea que se presume que se sigue poseyendo por otro.- En realidad el Código Español si viene a resumir ambos conceptos en uno solo, en el 436 citado, en que se establece la presunción para que se siga disfrutando la posesión en el mismo concepto que se adquirió. - Esto parece que nos lleva a la conclusión de que la inversión del título puede darse con más facilidad en la legislación costarricense porque la presunción de que se posee en nombre propio más bien facilita la prueba del tenedor y aunque después se diga de que la posesión continua en nombre de quien la comenzó, y esto parezca favorecer al propietario, que es el que primero tenía la posesión, es lo cierto, que al hablarse de comienzo de posesión no se sabe si ese comienzo de posesión se refiere al que en la actualidad posee, o a quien poseía, no se sabe si se refiere al despojante o al despojado, si esto se relaciona con el artículo 101 de la ley de Tierras y Colonización que exige que la posesión, para adquirirse por prescripción positiva sea continua, pública, pacífica por más de diez años, sin que se requiera título traslativo de dominio, ni se hace mención siquiera a que debe poseerse el título de propietario, tenemos en realidad una peligrosa laguna que deben llenar los tribunales.- Ahora bien, ¿cuál es la defensa que en realidad se tiene contra esta situación? En la -

legislación española el arrendador tiene el juicio de desahucio porque el artículo 1569 nº 3 del Código Civil autoriza el desahucio por infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato y la inversión del título tiene que implicar una infracción al contrato de arrendamiento, también tiene el juicio de desahucio por precario que autoriza el inciso 3º del artículo 1565. (148) Pero en Costa Rica solocabría el juicio de desahucio por precario y no el desahucio del arrendatario por infracción de condiciones porque el artículo 692 del Código de Procedimientos Civiles dice que salvo que el demandante pueda por su sola voluntad, poner fin a la ocupación de la finca por parte del demandado, no será admisible la acción de desahucio -

---

(148) La acción de precario dice DANIEL FERRER MARTI, como acción restitutoria guarda semejanza con la acción reivindicatoria, de la que no obstante se diferencia en que así como esta procede contra quien desprovisto de derecho o con derecho que haya de ceder ante el propietario, tenga o posea en oposición de éste la cosa reivindicable, aquella ha de dirigirse contra las personas que ocupen o disfruten bienes inmuebles en precario, diferencia que desaparece si se tiene en cuenta que en la moderna concepción del precario éste se da cuando se ocupa el inmueble sin título o derecho... es decir que son las mismas circunstancias que califican al sujeto paciente, salvo cuando el precarista lo sea, en el sentido romano, por concesión graciosa y a su ruego, de ahí que la diferencia entre ambas cla -

que no se funde en una de las causales siguientes: 1ª haberse resuelto el contrato o cumplido su término, y 2ª no haberse pagado una o más rentas en los términos y formas a que estaba obligado el locatario.- De tal manera que, aparte del juicio ordinario no se encuentra otra protección que la sanción que se establece en el artículo 299 del Código Penal, porque el despojo de la posesión por inversión de título no es otra cosa que el despojo -

---

ses de acciones dádique más bien en el sujeto activo, que en la reivindicatoria lo será quien ostente título dominical sobre la finca reivindicable, y en el de desahucio en precario el del poseedor real, algunas veces coincidente y en consecuencia de aquel y otras independiente de usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a usufructuarla.- "El precario y el juicio de desahucio por precario" - Revista de Derecho Privado 1952, págs. 303 y 313.- Véase también JUAN LATOUR BROTONS, El desahucio por precario, - Revista de Derecho Judicial, 1960, Num. 4, pág. 115 y ss.- Véase también el valioso trabajo de CESAR ALVAREZ-LINERARIA, Notas sobre el precario y los interdictos. "Revista de Derecho Procesal", 1961, págs. 233 y ss.

de la posesión por abuso de confianza que establece la legislación argentina en los artículos 2372 del Código Civil y 181 inciso 1º del Código Penal, que sirvió de modelo al nuestro con la diferencia que mientras el argentino dice abuso de confianza, el nuestro dijo solo abuso.- De acuerdo con la jurisprudencia argentina el delito de usurpación por abuso de confianza, se comete sobre todo por quien se sirve del inmueble y ejerce derechos más allá de los límites que le corresponden.- Así por ejemplo, si el tenedor cambia su estado por el de poseedor o cuasi-poseedor atribuyéndose alguno o algunos derechos reales de uso, usufructo, habitación o servidumbre a que se refiere el inciso 1º del artículo 299 del Código Penal.- Lo mismo sucedería si quien posee a nombre de otro, como depositario, el cuidador, administrador o dependiente trata de transformar su estado en el de poseedor.- Es necesario hacer notar que desde luego no hay delito, si lo que existe es una prolongación de la tenencia o de la posesión por haber estado ocupando el inmueble bajo este o aquel título, que ha caducado o dejado de tener efecto por cualquier circunstancia.- -  
(149).

---

(149) RUBIANES Y ROJAS, ob. cit. pág. 153 ss.

CAPITULO VIII.-

LOS SUJETOS DEL DESPOJO.-

SUJETO ACTIVO.- SUJETO PASIVO EN ORDEN A SU ACTUACION

Los términos despojante y despojado nos indican que el primero es el que actúa, el sujeto activo, y que el segundo es el sujeto pasivo, que se limita a soportar la acción del primero.- Siempre habrá desde luego dos sujetos uno activo y otro pasivo, despojante y despojado, pero esa actividad no puede confundirse con actuar.- Algunas veces, la parte despojada es la que ha hecho entrega de la posesión y el sujeto activo o despojante se ha limitado a no actuar, a no entregar.- El artículo 323 dice que "La acción sumarísima para recobrar la posesión puede dirigirse contra quien indebidamente hubiere privado de ella al poseedor, y contra el que actualmente posea la cosa o derecho de que se trata". Observemos que en el artículo transcrito, despojo se realiza con la simple privación de la posesión, pero esa privación se puede realizar estando ya el sujeto con la tenencia de la cosa, tal es el caso de quien recibe en precario, en depósito, en administración u otro título que le produzca la obligación de entregar o devolver y debiendo hacerlo no lo entrega o no lo devuelve.- ¿Qué razón de orden legal existe para sostener que no hay privación ilegítima de la posesión? Nosotros estimamos que ninguna.- Ahora bien lo que

es preciso aclarar es que en muchos casos no procede la acción interdic tal aunque haya despojo, una cosa es el acto de despojo y otra es la acción que nazca de esa privación.- (150) Puede haber despojo de la posesión y lo que precede es una acción de desahucio, ( 151 ) una acción publiciana, (152), una ac -

---

(150) En la legislación costarricense el artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles dice que corresponde el interdicto de restitución al que estando en posesión pacífica de una cosa ha sido despojado de ella.-La redacción del artículo, -estar en posesión- indica una posesión actual, que en muchos casos de los citados se da, al haber sido entregada la cosa. - También los artículos 661 y 665 exigen expresamente que la posesión sea actual.- El artículo 664 citado, corresponde al 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que dice: "El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia.- El sentido de posesión actual de este artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento en que debe previamente ofrecerse información, sobre el hecho de hallarse el despojado o su causante en posesión o tenencia de una cosa.- Lo que también da la idea de posesión actual.-"

(151) Como dice MIGUEL MORBO MOCHOLI, en "El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la ley Hipotecaria", Revista de Derecho Privado, 1948, t.XXXII, pag. 1075, la naturaleza de la acción de desahucio es de marcado matiz posesorio, por cuanto su fin consiste en la restitución del contenido material o disfrute de la cosa que tiene por objeto, destacándose más este carácter cuando la acción se funda en la situación de precario.- El artículo 690 del Código de Procedimientos Civiles dice que serán partes legítimas para promover el juicio de desahucio, los que comprueben tener derecho de poseer la finca por cualquiera título legítimo y que corresponde al artículo 1564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que dice: "Serán parte legítima para promover el juicio los que tengan la posesión real de la finca a títulos de dueños, de usufructuarios o cualquiera que les dé derecho a disfrutarla, y sus causahabientes.-"

(152) La acción publiciana en el Derecho Romano protegía al poseedor con justo título y buena fe, a nuestro modo de ver,

ción reivindicatoria (153) y en el derecho español el proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

---

por en la legislación costarricense se encuentra prevista el artículo 322 al decir que "la acción ordinaria sobre el derecho de posesión puede dirigirse contra cualquiera que pretenda tener mejor derecho de poseer." En el derecho español se ha discutido su subsistencia, VALVERDE dice que - aun cuando nose denomine así en el Código Civil, ello no importa, puesto que tampoco importa ejercitar ante los tribunales las acciones por su nombre técnico, pero que implícitamente está admitida en varias disposiciones del Código español, (ob. cit. pag. 291) en el mismo sentido se pronuncia MANRESA para quien la acción publiciana existe no por equidad, sino "porque forzosamente tiene que existir si es verdad que existe o puede existir derecho a la posesión como expresa el artículo 445 y se deduce de todos los artículos que de la materia se ocupan." (Ob. cit. pag. 281) También admite la acción publiciana, BUON GARCIA, Derecho civil español, 1.900, t. II pag. 291.- DE DIEGO LORA, se muestra en contra diciendo que en el derecho español no hay más derecho que el que venga contenido en una titularidad que lo comprenda, ya sea propiedad, servidumbre, usufructo, etc.- (Ob. cit. pag. 200. CASTAN, la admite pero embebida en la acción de dominio, no siendo precisa la prueba plena de éste, de manera que basta con acreditar el derecho del propietario sobre el poseedor.- Ob. cit. pag. 153.- En igual sentido PUIG PEÑA.- Tratado de Derecho Civil Español, T.III vol. I, pag. 50.- GUILLERMO GARCIA VALDECASAS distingue entre la simple facilitación de la prueba del dominio y el principio de que el reivindicante le basta comprobar un derecho mejor más probable que el de demandado, y llega a la conclusión de que si el juez adquiere el convencimiento de que si el actor no es verdadero propietario aunque haya probado tener un mejor derecho de poseer debe desestimarse la acción, pues de lo contrario habría una jerarquía de derechos, hasta llegar al propietario y no existe en el derecho español esa jerarquía.-" La acción publiciana en nuestro derecho vigente, Anuario de derecho civil, 1.948, enero-marzo, pag. 22.-

(153) La acción reivindicatoria, no es propiamente una acción posesoria.- Las acciones posesorias, las reducen la mayoría de los autores a la acción publiciana y a los interdictos.- (Así SANCHO SERAL, Derecho Patrimonial Bibliográfica universitaria, pag. 271, equipara también este autor estas acciones a las presunciones), por que tratan de resolver quien es el que debe poseer, con independencia de la

(154) Así, pues, de acuerdo con lo expuesto no se requiere una acción por parte del despojante, sino que la tenencia puede haber sido entregada voluntariamente por el poseedor y si por razones legales la pose -

---

propiedad, pero indudablemente es una acción que nace también del despojo, o al menos tiene como antecedente un despojo anterior, puesto que por ella, el propietario recupera la posesión.- SOHM dice que es la acción mediante la cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario (ob. cit. pág. 281.- Quien ejercita la acción debe probar el derecho de propiedad que le pertenece, que el demandado posee la cosa, (en Costa Rica también procede la acción reivindicatoria contra el que poseía de mala fe y ha dejado de poseer -artículo 321-) e identificar la cosa reclamada.- La Sala de Casación de la Corte Suprema de Costa Rica en sentencias de las 2.30 de 27 de julio de 1933 y de las 15 hrs. del 19 de diciembre de 1951, exige que el derecho de propiedad se acredite con título inscrito.- Asimismo declaró, en sentencia de las 10,50 horas del 21 de diciembre de 1.956 que las fincas se distinguen no solo por los datos de instrucción y extensión sino también por los linderos.- Dice JOSE SANTACRUZ TEIJERO, que el poseedor de la cosa tiene posición privilegiada en el proceso reivindicatorio porque el demandante es el que ha de probar su derecho de propiedad y el demandado tiene un papel meramente pasivo.- Lo mismo ocurría en el derecho griego.- (Manual elemental de Instituciones de derecho romano, Madrid, 1946, pág. 272).-

(154) Por la ley de 16 de diciembre de 1909 -reformado por 13 de junio de 1927- se creó un procedimiento más fácil para el propietario con título inscrito, que el interdicto recuperatorio, y era una presunción que establecía la ley en su favor del que se hallaba en posesión de la cosa y sería mantenido en ella por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, de manera que si el titular inscrito tenía la posesión real de la finca podía obtener el lanzamiento inmediato del poseedor.-

sión debe volver a manos del poseedor y quien la ha recibido no la devuelve, hay despojo.- Claro es que podría decirse que la acción se produce en el momento en que debiendo devolver, el despojante se niega a hacerlo, que es realmente el momento en que se comete el des

---

En 1927 se reforma a efecto de desvirtuar la presunción con prueba en contrario pendiente a que los tribunales puedan declarar que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición y de virtuar así la presunción. En 1944, se crea el nuevo procedimiento; la acción se dirige contra quienes sin título se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio quienes serán emplazados para que dentro del término de seis días se apersonen, si lo hacen, prestaran caución adecuada para responder a la devolución de frutos, daños y perjuicios y costas, una vez rendida la caución se le conceden diez días para formular demanda de contradicción y si no comparecen, no prestan caución o no formulan la demanda dentro de dicho término se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito.- Este procedimiento, dice; IGNACIO DE CASSO ROMERO, puede considerarse doble; uno a favor del inscribiente para apartar la oposición o la perturbación del ejercicio de sus derechos inscritos, otro a favor del "causante del despojo o perturbación" para contradecir el proceso de ejecución.- El primero es de carácter ejecutivo, el segundo demanda de contradicción manifiestamente declarativo.- Derecho Hipotecario del Registro de la Propiedad, Madrid 1946, pag. 619.- El procedimiento tiene como finalidad u objetivo que el titular inscrito expresa ROCA SASTRE del dominio de inmuebles o derechos reales pueda conseguir el mismo resultado que lograría con la ejecución de la sentencia que hubiera obtenido de haber ejercitado con éxito por la vía ordinaria una acción reivindicatoria, confesoria negativa u otra analoga de carac

pojo, pero el hecho de devolver más bien requeriría una nueva acción por parte de quien tiene la tenencia, en este caso se despoja con una omisión, con un no actuar, con un no devolver.-

---

ter real, Derecho Hipotecario, Barcelona, 1948, t.I, pág. 288.- Vease RAFAEL GIMENO GAMARRA, La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, Revista Crítica de Derecho 1947, pag. 673 y ss. FUENTES - TORRE-ISUNZA, El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en Revista General de legislación y Jurisprudencia, 1949, pag. 568.

EL SUJETO ACTIVO.-

El sujeto activo es la persona o personas que realizan el despojo, el despojo lo puede ejecutar el despojante personalmente o mandar a realizarlo por medio de otras personas, muchas veces en la práctica se hace difícil distinguir quien fue el que realizó el despojo sobre todo cuando se trata de familiares, padre e hijo, o hermanos, con los mismos intereses, de vecindad, socios que forman sociedades de hecho.- Es de notar, que el despojo de inmuebles se da en la mayoría de las veces entre vecinos pues la ambición de los hombres, los lleva a ampliar los límites de los predios que en verdad le corresponden a cada uno.- Sin embargo en Costa Rica, se da frecuentemente, por sus grandes extensiones de bosques, no entre vecinos, sino entre campesinos y propietarios-semi-poseedores.- Llamamos propietarios semi-poseedores, aquellos propietarios que sí tienen alguna vinculación con la finca de que son dueños; ejercen algunos actos posesorios, algunas veces reducidos a la simple labor de vigilancia, pero muy poco y si no fueras su título de propiedad no serían poseedores.(155) . El sujeto activo del despojo en estos casos mu-

---

(155) Dice VALET que cabe, sin alcanzarlos límites de la prescripción, un propietario que no ejercite su derecho, in -

chas veces son campesinos honrados con grandes deseos de trabajar tierra de bosques, algunas veces mal sana, en donde pierden la salud, y la familia, aquí, estos poseedores no propietarios si tienen el sabor robinsoniano de que nos habla HERNANDEZ GIL (156).— No podemos hablar de despojo de la posesión, sin fijarnos en este despojante, si así lo hiciéramos sería deshumanizar el derecho, andar en abstracciones, elevarnos en disquisiciones jurídicas; no, el derecho es vida, el derecho es realidad. — La experiencia de haber sido juez en esas tierras, es distinta a la que puede tener el juez de segunda instancia a quien le llega el expediente ya fallado, los considerandos están formados por líneas de letras escritas a máquina, casaciones, leyes, doctrinas y si conversa con "la parte", encontrará un campesino limpio, con zapatos

---

concedible es sin embargo un poseedor sin un mínimum de ejercicio, porque lo que allí es consecuencia aquí es causa. Ob. cit. pag. 552.-

(156) La función social de la posesión, ed. cit. pág. 83.-

y ropa en buen estado.- Es que se ha vestido con lo único que tiene para ir a la ciudad.- El juez de primera instancia lo ha visto sin camisa, roto, descalzo, sucio, sudoroso, cansado; ha visto sus hijos panzones de lombrices, pálidos, raquíticos, y a su mujer morir en el quinto alumbramiento.- Se nos dirá que eso es "política social" que eso no es derecho.- No podemos pensar que no es derecho, cuando tenemos en nuestro escritorio el expediente, muchas veces con una sola parte, el demandante pues el demandado no tenía dinero para pagar un abogado, cuando sabemos que nuestro fallo, lo dejará sin lo que ha cultivado, sin su casa, o mejor dicho sin su rancho, sin sus animales.- ¿Puede un juez honrado, decir, este no me corresponde? ¿Será acaso, que nos hemos preguntado muchas veces, que son los interdictos, que es el delito de usurpación, cual es la naturaleza de la posesión, pero no quien es el despojante? Fijarnos en el despojo de la posesión sin fijarnos en el despojante, es caer en la crítica que le hizo la escuela positiva a la escuela clásica en el derecho penal; hay que centrar la atención en el delincuente, no solo en el delito.- Como dice HERNANDEZ GIL al contestarse la pregunta ¿Cuál es lo nuevo en la posesión? "No se trata de repudiar los esquemas tradicionales romano germano canónicos.- Se trata

tan solo de ver hasta que punto siguen siendo receptores de la realidad social.- Y sobre todo apuntar hacia un - más allá que es el presente mismo en cuanto la institu - ción posesoria no se ha plegado aún a sus exigencias.- - Sorprende que la posesión, con tan fuerte contenido de - hecho es decir de acontecer vital, se muestre como esta - tificada en los libros y en los Códigos.- De siempre tie - ne hundidad sus raíces en las más elementales manifesta - ciones de la convivencia social, y sin embargo no se han obtenido las consecuencias indispensables... Es, en fin, el individuo entregado al conformismo de un existir pa - cífico al que en nombre del orden se le prohíben las cua - rentas reacciones a cambio de concederle el arma incruen - ta de los interdictos.- Pero ¿cómo repercute en la pose - sión el inconformismo de los "desposeídos"? Poseedor es el que llega o está, el que se preocupa del cuidado suyo.- ¿Y el acceso a la posesión? ¿Y el asalto a la muralla por los no poseedores? ¿puede seguir el derecho desempeñando el papel de simple policía y declarar acto de guerra toda reivindicación social? La posesión está organizada partien - do de una distribución de los bienes con la que se encuen - tra y a la que inmoviliza.- Justamente hay que pensar en un cometido inverso.- La autonomía de la voluntad como - principio rector del poder incorporado a los derechos sub

jetivos ha remitido en grandes sectores del derecho civil, mientras en la posesión sigue imperando.- Evidentemente - hay razones para inquirir otro significado de la posesión, el cual solo puede obtenerse a impulsos de la función social.-" (157) Muchas veces nos hemos puesto a pensar, por qué en Costa Rica una persona comienza a trabajar una tierra inculta, y al cabo de los años el estado le otorga - título de propietario y otro que pretende hacer lo mismo, el mismo estado lo manda a la cárcel. La respuesta vista en el Código es muy fácil.- Vista en la realidad de una selva, no es tan fácil.- Como dice MIGUEL ANGEL ASTURIAS (158) "Era fácil desorientarse en un terreno sin puntos de referencia, donde la tierra recubierta por un bejuco de preciosas flores húmedas la hace aparecer siempre igual - bajo esa maya de pescar insectos rumorosos.-" La casa del guardia que tenía el propietario-poseedor.- Eso no lo sabía el despojante.- La finca estaba deslindada por carriles visibles, pero pasaban a muchos kilómetros.- Eso tampoco lo sabía el despojante.- El despojante sabía que había tierra fértil y que a fulano de tal que también se había metido en la montaña hacía más de diez años le habían dado título de

---

(157) La función social de la posesión, ob. cit. págs. 83 y 84.-

(158) Guatemalteco, premio Nobel de literatura 1967.

Propietario. ¿cómo explicarle que debía abandonar esa tierra porque tenía un propietario-poseedor, a quien él nunca había visto, un propietario-poseedor que nunca cultivaba esa finca no porque fuera estéril, antes, por el contrario era exuberante.- De esa tierra dice ASTURIAS "Todo callaba, pero no en silencio, porque materialmente se oía el brotar de las hojas, en las ramas, de las ramas en los troncos brotones, de los troncos que se iban separando de las raíces al asomar sobre el terreno, crecer con ruido hasta tener alto de arbusto o de árbol.-" Esto no es para literatura, estos son realidades, que tenemos que tomar en cuenta, que tenemos que resolver.- (159) El legislador español de 1927 ya se había

---

(159) No queremos sostener que todos los despojantes tengan la rectitud de intención del que nos hemos referido, ni que se den las mismas circunstancias en todos los países, por la objetividad con que debe estudiarse el derecho transcribimos lo que al respecto expone MANUEL VILLARES PICO, "Pero dicen los autores del artículo 36 que la situación del poseedor es la realidad sobre la forma, la vida sobre la ficción, que mantiene viva y constante su relación con la tierra y la trabaja y la cultiva.- Yo me permito decir a los señores que le definen y le ponen como símbolo del labrador español que estas frases hubieran tenido una nutrida salva de aplausos en Extremadura cuando el Frente Popular; pero carecen de suficiente verdad para emplearlas en la discusión de una ley.- No se puede admitir que el labrador español esté simbolizado por el ganador de fincas por prescripción, poseedor que no es símbolo sino una persona real, viva, existente.- Los señores que le defendieron parece que no le conocen pueden no haber pisado el pueblo donde vive, y él no va a las grandes capitales por-

preocupado por el problema y dijo "la acción agraria de innegable intensidad en estos últimos tiempos, sin desconocer el derecho del propietario, vuelve su vista a las familias que han laborado la tierra y procura armonizar las contradictorias pretensiones apoyadas en el título desvirtuado y en la posesión viva y fecunda.-" resulta así, "anticuada toda norma jurídica que permita romper la relación entre el dueño y la tierra, resucitar pretensiones extinguidas y ampara frente al cultivador del suelo, los derechos secularmente dormidos sobre la almohada de la inscripción en las Contadurías y Registros." (160) También el legislador mexicano se ha visto en la obligación de tomar cartas en el asunto.- Nos dice RAFAEL DE PINA que de acuerdo con el código, los llamados detentadores son poseedores en vista de la necesidad de proteger un estado de hecho que tiene un valor económico y social por sí mismo.- La posesión sin título, es decir el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño.- Esa posesión es garantizada cuando el poseedor hacía producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita que se reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos.- Así la comisión redactora -

---

que es muy bruto.- Yo le conozco y mucho y lo trado.-Es un granuja, un ganador de dominios por la posesion, que generalmente tiene una mala causa de origen.-Es un ducho litigante. Yo le conocí varios pleitos, ganando unos y perdiendo otros" "La posesión y el registro", Revista crítica de derecho inmobiliario, 1947, pág. 443.-

(160) Exposición de motivos, citada por ROCA SASTRE,

del código estableció la posesión útil, es decir, la de -  
aquel que hace producir la cosa, rodeando a esta posesión  
de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídi-  
cos , porque merece mayor protección el individuo que, aun  
sin ser el propietario tiene una cosa en su poder, la be-  
neficia debidamente y la hace producir para satisfacer ne-  
cesidades sociales, que el propietario indolente que man-  
tiene ociosa la propiedad, la abandona o impide que la -  
sociedad obtenga el aprovechamiento que la sociedad recla-  
ma.- (161) Todo esto, parece muy bien, pero aquí ese nos

---

(161) Elementos de Derecho Civil Mexicano, vol. II, -  
2ª edición, México, 1962, págs. 45 y 46.-

Dice RENE ROGGIO, Fundamentos de Derecho Rural, Lima  
1943, que si para ser propietario de una cosa basta con co-  
brar los arrendamientos o tener un administrador, para tra-  
bajar la tierra, directamente se entiende, se necesita un -  
tipo de hombre con especiales condiciones físicas y psíqui-  
cas, además de un determinado número de conocimientos tec-  
nicos.-

habla de poseedor no de despojante, sin embargo, resulta que este poseedor es un despojante, tiene su posesión porque se la ha quitado a otro, que muchas veces no solo es propietario, con algo de poseedor, este algo no sería suficiente para que por sí mismo, se convirtiera en poseedor, pero, unido al título, es un propietario que posee, observése que para la adquisición de la posesión se requieren actos materiales, - una aprehensión efectiva, pero para conservar la posesión pareciera que el corpus se diluye un tanto, se hace algo más - etéreo, menos preceptible, y aquí es en donde se le forma la trampa al despojante, poseedor de hecho alabado muchas veces, pero condenando por los tribunales, no ha podido percibir actos posesorios del propietario.-

#### LOS AGENTES DEL DESPOJANTE.-

Decíamos que el despojante no siempre actúa por sí mismo, muchas veces, o en su mayoría se vale de otras personas encargadas de ejecutar el despojo, simples peones o empleados de ella; son lo que llamamos agentes del despojante.- Estas personas, no son el sujeto activo, son simples instrumentos, y en consecuencia no están legitimados pasivamente para ser demandados en juicio (162). Una de sus características -

---

(162) "Así como el servidor de la posesión -mero instrumento posesorio- que ostenta sobre la cosa una tenencia de -"

principales es que ellos no reciben beneficio directo alguno con el despojo, sin embargo no siempre que el sujeto no recibe beneficio es un agente, puede no recibir beneficio y ser despojante, como en el caso de quien ordena el despojo para que le entreguen la cosa a un tercero ya sea que el sujeto personalmente despoje para entregar a otra persona.-

---

limitadísimo contenido, perfectamente delineado en otros códigos y al que equivale la categoría configurada en el art. 431 del nuestro no está legitimado para promover la acción interdictal de la propia manera, el simple instrumento de la perturbación o privación posesoria tampoco está legitimado pasivamente en el interdicto, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de agosto de 1898 y 16 de febrero de 1934.-" dijo la Audiencia territorial de Cáceres en sentencia de 21 de diciembre de 1954, cit. por SALAMERO CARDO, ob. cit. pag. 240.-

TERCEROS DE BUENA Y MALA FE.-

Algunas veces, el sujeto despojante, actúa de común acuerdo con una tercera persona, a quien transmite inmediatamente — la posesión despojada, esta tercera persona tiene las características de un cómplice, (163) pero puede suceder que esta persona no haya entrado propiamente en colisión con el primer despojante, pero es de mala fe porque supo del despojo con posterioridad a haberse realizado, o bien que sea un tercer poseedor de buena fe.— El artículo 323 del Código de Costa Rica dice que "La acción sumárisima para recobrar la posesión puede dirigirse contra quien indebidamente hubiere privado de ella al poseedor, y contra el que actualmente posea la cosa o derecho de que se trata".— El problema que se presenta en la interpretación de este artículo es si la acción debe dirigirse al mismo tiempo contra el despojante y contra el tercer poseedor al mismo tiempo, contra uno u otro en forma indiferente, o contra el que posea efectivamente la cosa, según sea despojante, o tercer poseedor.— En favor del primer argumento existe lo que podríamos llamar claridad procesal, pues al ser demandados ambos, se pone en mayor evidencia la realidad de los hechos.— Los dos, tendrán que contestar la demanda y se evitarán subterfugios y —

---

(163) El artículo 3491 del Código de Argentina lo denomina así y dice: "será considerado cómplice del despojante, quien sabiendo el despojo obtuvo el inmueble usurpado".—

escapatorias, que siembran dudas.- En la práctica los abogados demandan tanto al despojante como al tercer poseedor a efecto de "cerrar cualquier portillo" que pudiera presentarse.- El único problema sería una condenatoria en costas a favor del despojante, si éste sabe absuelto al declarar sin lugar el interdicto de restitución, por tener el tercer poseedor la cosa, y ser éste, quien debe restituir, pero esta posibilidad, en realidad, es muy remota, toda vez que siendo el punto discutible, siempre se considera que ha litigado con evidente buena fe, además de que no hay motivo para favorecer a quien ha actuado ilícitamente aunque no posea la cosa, en la actualidad, por haberla transmitido al tercer poseedor.- La segunda tesis de que puede dirigirse la acción indistintamente contra uno u otro, tiene la ventaja que en algunos casos el despojante ha transmitido la cosa sin que se entere el demandante y éste se encuentra con que ha demandado a quien ya no tenía la cosa, o viciversa, demandar al tercer poseedor y éste ya había devuelto la cosa al despojante, el problema que se presenta está en ejecutar la sentencia contra quien no ha sido parte en el juicio, sin embargo esta no es una objeción de tanto peso como en principio en la práctica los tribunales ejecutan la sentencia aún contra terceros poseedores cuando hay indicios de que han entrado en colusión con el demandado, de otra manera, constantemente, se burlaría la ejecución de los fallos.- Lo mismo sucede con la eje-

cución de los fallos.- Lo mismo sucede con la ejecución de un fallo penal con la consecuencia accesoria de restituir el párrafo segundo del artículo 122 del Código Penal de Costa Rica dice que la restitución se ordenará aún cuando la cosa se hallare en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la Ley civil le confiera a éste, y que corresponde al párrafo segundo del artículo 102 del Código Penal español,- (164) Por otro lado esta tesis parece tener apoyo, en cuanto a la ejecución de sentencia contra quien no ha sido parte, en la opinión del distinguido jurista GUILLERMO GARCIA VALDECASAS, pues éste sostiene que "nada impide dirigir el interdicto contra el despojante aunque actualmente no posea la cosa podríamos aventurar la afirmación de que si bien el interdicto solo puede dirigirse contra el despojante y solo éste puede ser condenado (esto en la legislación española) la reposición deberá llevarse a cabo en todo caso, esto es aunque la cosa se halle actualmente en poder de un tercero.- La ejecución de la sentencia parece -

---

(164) Párrafo 2º del artículo 102 dice: "Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio ilegal, salvo su repetición contra quien corresponda.- Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable."

justa si éste conocía el despojo, pues en tal caso su posesión no merece respeto al extremo de hacer ineficaz el interdicto por lo que a la recuperación se refiere.- Pero si el tercer poseedor ignoraba el despojo, si era un poseedor de buena fe, podría parecer injusto el privarle judicialmente la posesión sin haber sido antes demandado.- Con todo nosotros nos inclinamos por la ejecución de la sentencia también en este caso.- Ha de tenerse en cuenta que el juicio de interdicto es sumarísimo, no admitiéndose al demandado escrito alguno cuyo objeto sea impugnar la demanda ni pretensión que dilate la celebración del juicio el cual se lleva a efecto aunque no concurriere el demandado.- Pruebas no se admiten más que las relativas al hecho de la posesión y al despojo.- Se comprende por tanto que aunque el tercer poseedor fuese demandado, apenas se encontraría más garantizado, ni con más medios de defensa que si no lo fuere.- Como por otra parte la sentencia solo afectaría al tercer poseedor en cuanto a la reposición en la posesión, pero no en cuanto a la condena, no podría decirse infringido el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.- Pero sin duda el argumento más fuerte nos lo suministra el artículo 1658, párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- En la sentencia que declare haber lugar al interdicto se contendrá la fórmula "sin perjuicio de tercero", y se reservará a las partes el derecho que

puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.- Por consiguiente, aunque el tercer poseedor haya sido privado de la posesión al ejecutarse la sentencia de interdicto siempre podrá reclamar en juicio ordinario la posesión si se cree asistido de su mejor derecho a la posesión que el despojado como por ejemplo, la propiedad.- Incluso también reclamar en juicio ordinario la nulidad del interdicto, fundándose en alguna de las causas que pueden determinar éstas tales como no hallarse el interdictante en la posesión, haber entablado el interdicto después del año, etc. En resumen, como la sentencia de interdicto sólo resuelve provisionalmente y momentáneamente sobre la posesión, el tercero privado de la misma siempre le quedan a salvo los derechos que pudiera tener a la posesión, los cuales podrán hacerlos valer en el juicio correspondiente". (165)

A nuestro entender, los jueces deben ser cuidadosos al tratar de ejecutar una sentencia contra un tercer poseedor cuando ha sido demandado únicamente el despojado y solo en el caso de que haya indicios de colusión, proceder a su ejecución.- La tercera tesis, es, como hemos dicho, la de que la acción debe dirigirse contra quien posea efectivamente la cosa ya sea el despojante o el tercer poseedor, esta tesis indudablemente es la más técnica

---

(165) GUILLEMO GARCIA VALDECASAS, La posesión incorporea del despojado y la posesión de Año, Revista de Derecho Privado, 1946, pag. 422.-

si el despojante tiene la posesión despojada no se presenta problema y se dirige contra él la demanda, si la tiene el tercer poseedor, nada mejor que encaminar contra él únicamente la acción y éste tercer poseedor puede citar al despojante que le transmitió la cosa de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 336, 337, 338 y 339 del Código de Procedimientos Civiles; 1034 y 1037 del Código Civil, (166) estimamos que este procedimiento puede también aplicarse a los juicios interdictales y no sólo en los ordinarios, de todas suertes, aunque no se pudiese citar al despojante, co-

---

(166) Artículos del Código de Procedimientos Civiles.- Artículo 336.- "El demandado puede en los dos primeros tercios del termino que se le hubiere concedido para contestar la demanda, pedir que se cite a aquel que le preste la garantía de que habla el capítulo IV, título I, Libro IV del Código Civil.-" (Uno de los argumentos en contra de la aplicación de este procedimiento al juicio interdictal es que esta clase de juicios no tienen emplazamiento, sino que se convoca a juicio verbal, pero basta con que se pida en tiempo la notificación).- Artículo 337.- "Recibido el escrito y si el demandado demuestra su derecho de citación con documento autentico, el juez citara al garante para que, si lo juzga conveniente, se apersonare en los autos a defender el derecho transmitido.-" Artículo 338.- "Si se apersonare, podrá coadyugar la defensa del demandado, pero debera litigar con este bajo una misma representacion.- La intervencion del garante no animora en forma alguna la responsabilidad del demandado respecto del actor, si impide que el demandado reclame sus derechos al garante en la via y forma que correspondan.-" Artículo 339.- "La intervencion del garante no concede al actor ningun derecho sobre aquel, salvo la responsabilidad consiguiente en cuanto a costas, las cuales afianzara en su oportunidad.-"

Artículos del Código Civil.- Artículo 1034.- "Todo aquel que ha transmitido a título oneroso un derecho real, garantiza su libre ejercicio a la persona a quien lo trans-

mo este tercer poseedor si está legitimado para ser demandado por expresadisposición de la ley, no le queda más que soportar la demanda.-

No sucede lo mismo en la legislación española, en que el interdicto debe dirigirse contra quien ejecutó o por cuya orden se ejecutó, el despojo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (167), y esa es la razón del esfuerzo que hace GARCIA VALDECASAS en la tesis que hemos transcrito para que la sentencia pueda -

---

mitió.- Artículo 1037.- "La obligación de garantía, en cuanto se refiere a mantener al adquirente en la pacífica posesión de la cosa, es indivisible.-"

(167) El artículo 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: En la demanda de la que se acompañará copia en papel comun, se ofrecerá información para acreditar: 1ª.- Hallarse el reclamante o su causante, en la posesión o en la tenencia de la cosa.- 2ª.- Que ha sido inquietado o perturbado en ella, o que tiene fundados motivos para creer que lo será, o que ha sido despojado de dicha posesión o tenencia, expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el conato de perpetrarla, o el despojo, y manifestando si los ejecutó las personas contra quien se dirija la acción, u otra por orden de ésta.-

La Audiencia Territorial de La Coruña, en sentencia de 13 de diciembre de 1960 resolvió: "Esto sentado, y siendo realidad tangible y manifiesta, como evidenciá y el resultado de la prueba practicada en autos, certeramente apreciada en este particular en la sentencia, apelada que la parte demandante venía en la pública y pacífica posesión de las aguas

ejecutarse contra el tercer poseedor, RIOS SARMIENTO no acepta la tesis de GARCIA VALDECASAS, en cuanto al tercero de buena fe, considera a éste tercerposeedor, cuando es de mala fe, también como despojante y dice "Como la ley no exige que el -

---

de manantial de autos, utilizándolas como anteriormente sus causantes, para obviar sus ganados bien vigilados y conducidos de la mano de cuya utilización y disfrute fueron privados por el acto conculcador que les despojo de su ejercicio en el mes de marzo de 1959, como se infiere de la testifical recibida, es notorio el cumplimiento y justificación por la parte actora de los requisitos exigidos por el artículo 1653 de la Ley Procesal en cuanto concierne al estado posesorio y a la realización de despojo en tiempo hábil para la procedencia de la sanción civil; pero como la demanda se promovió contra F.M. como coautora del acto conculcador, y como la prueba practicada pone de manifiesto su no intervención material en el hecho de autos, ya que la pregunta tercera del interrogatorio de aquella que tiende a acreditar el aserto no fue formulada exclusivamente a dos testigos de cuyo testimonio no se infiere ni su participación material ni que el acto de despojo de realizase por orden de la misma, y como esta acción interdictal para que pueda prosperar debe dirigirse, por imperio de lo dispuesto en el artículo 1625 de la Ley Procesal, contra quien ejercitó o mando ejercitar los actos de despojo, obligado es revocar en este particular la sentencia apelada, absolviendo de la demanda inicial adicha demanda, librándola del pago de las costas de primera instancia, cuya parte corresponde satisfacer a los demandantes por imperio.-" Citada por SALA MERO CARDO, ob. cit. págs. 188 y 189.-

despojante tenga pleno conocimiento jurídico de lo que hace, sino que exige tan sólo que el demandante haya sido despojado de la posesión y que el despojo no haya durado más de un año, atendemos, que, para estos efectos, tan despojante es el que lo hizo primero como el que lo hizo después, y que, dentro de las circunstancias exigidas por la ley, es decir, antes de que el poseedor primero -el demandante- haya perdido su derecho, se puede demandar a los dos despojantes o solamente al segundo de ellos, que es el que actual e ilegítimamente tiene la posesión, y que el tercer poseedor, con las costas que se le impongan, pagará su mala fe o su ligereza, sin perjuicio de que pueda reclamar contra el primer despojante si éste le había engañado.-" (168) La doctrina española se encuentra dividida: en su mayoría acepta que la acción interdictal puede dirigirse contra este tercero cuando es de mala fe, así BLAS Y ALGUER (169), MARTIN PEREZ(170)

---

(168) Manual de Interdictos, Barcelona, 1958, pág. 127.-

(169) Ob. cit. pág. 101, "El no aceptar esta solución dicen, llevaría a consecuencias lamentables.- Las dudas sobre la naturaleza real o personal del interdicto complican el problema".

(170) Ob. cit. págs. 178 y 179, este autor dice: "Atendiendo a la ponderación de intereses en pugna y teniendo en cuenta nuestro derecho histórico, parece más aconsejable admitir sobre la legitimación pasiva del sucesor spoliatus conscius, o sea el que conociera el despojo.-"

DE LOS MOZOS (171), y lo considera también legitimado pasivamente aunque sea de buena fe GARCIA VALDECASAS, según hemos dicho y conciertas reservas VALET y GOYTISOLO (172).-

---

(171) Ob. cit. pág. 246 y ss.

(172) Ob. cit. págs. 693 y ss. Este autor plantea una tesis muy interesante y dice "Los interdictos aceptando la opinión de BLAS PEREZ y ALGUER, nose dan contra terceros adquirentes a título singular de buena fe. Pero, ¿cabe aplicar, solución igualmentea todos los casos? Y principalmente ¿para la adquisición de la posesión de un derecho derivándola de un usurpador? Para contestar hace falta recordar el origen germánico del número 4 del artículo 460 y como el desposeído conserva la posesión del derecho durante un año, pese a perder instantaneamente la tendencia.- Hay que recordar también como efecto legitimador de la Gewere derivaba solo de la "ideelle Gewere".- Y como el artículo 448 debe aplicarse con el número 4 del artículo 460.- Sobre estas bases no es difícil concluir: Que el sucesor por cualquier título del despojante, no adquiere hasta el año del despojo continuo de la posesión de ningún derecho.- Porque el transferente solozaba de una simple tenencia, porque la posesión del despojado se mantiene viva, y porque la presunción del artículo 448 corresponde al despojado hasta el

Es de advertir que la legitimación activa o pasiva en los interdictos no debe confundirse con los sujetos, porque no todos los sujetos están legitimados activa o pasivamente, así el sujeto activo, no estará legitimado pasivamente si ha transmitido la cosa solo ya según la tesis que se siga y que hemos visto en cuanto a los interdictos, sino según la acción, así no estaría legitimado en la acción reivindicatoria pues uno de los requisitos en la legislación española es que el demandado posea la cosa (supra, nota 153) lo mismo puede decirse de la -

---

término de un año (conforme al número 4 del artículo 460) con lo que el adquirente no puede llegar a su favor apariencia legitimadora alguna.-

Como consecuencia de esta solución asoma otro efecto más a derivar de la regla 4ª del artículo 460.- Hemos indicado antes la opinión de BLAS PEREZ Y ALGUER de que los interdictos para recuperar la posesión perdida se tienen impotentes ante los terceros adquirentes de buena fe, aun antes de caducar el plazo de año que la ley les da de vida.- Ahora y en virtud de lo que acabamos de afirmar, tenemos que reducir la aplicabilidad de dicha regla hasta en los casos de simple tenencia. Nadie puede entregar lo que no tiene, ni por lo tanto, la posesión de lo que no posee.- Por el usurpador, que hasta cumplido un año solo ha adquirido la tenencia de la cosa, pero no la posesión del derecho, no puede entregar esta última, y como la fuerza legitimadora requiere posesión; no mera tenencia, donde aquella no existe no puede haber legitimación alguna.-

acción de desahucio (173).- Claro que todo tiene íntima relación, el problema de los sujetos, de la legitimación y de la imputación.- El Tribunal Supremo ha resuelto que: "Aun cuando la acción interdictal deba dirigirse, para que pueda prosperar contra quien ejecutó o mandó a ejecutar los actos de perturbación o despojo, aunque no sea el dueño de la finca, según lo ha declarado también el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de febrero de 1941) ello no quiere decir que la impu -

---

(173) En cuantos casos resulte probado, a juicio de la Sala de Instancia; a) la posesión real de una determinada persona.- b) que el poseedor material fue requerido por más de un mes.- c) que dicho poseedor material... al seguir ocupando la casa sin pagar merced quedó en la condición de preafista y con ello se completaron los requisitos exigidos por los artículos 1564 y 1565 de la 1ª Ley de Enjuiciamiento Civil - para la procedencia del desahucio, Tribunal Supremo, Casación número 39 de 27 de junio de 1947.-

Sobre legitimación en los interdictos, véase CARLOS-LOPEZ PUIGGERVER, Legitimación activa y pasiva.. Ob. cit. y Objeto de los Interdictos Posesorios, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1949 pág. 783. PÉREZ TEMPLADO, JUAN. La protección posesoria del arrendatario, del aparecero y del cooperado agrícola. Revista General de Derecho, 1952, pág. 625. RAFAEL GIMENO GAMARRA, La posesión de las cosas arrendadas y su defensa Interdictal. Revista General de Legislación y Jurisprudencia Junio, 1946, pág. 657. FEDERICO RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, La posesión como objeto de los interdictos de tener y recobrar. Centenario de la Ley de Notariado, Sec. 3 vol. II Madrid, 1982. FRANCISCO SOTO NIETO, La legitimación pasiva en los interdictos, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia" N° 370, año XI, 5 abril de 1957, pág. 8.

tación hecha a una persona, sea o no cierta, de haber perturbado o inquietado la posesión de otra determine para aquel a quien se dirige un carácter o condición personal que pueda resolver a priori como una cuestión de personalidad, porque constituye un elemento primordial, de la acción que se ejerce, íntimamente enlazado con el hecho cuya reparación pretenda y ambos forman la cuestión de fondo, materia del interdicto que debe alcanzar su reconocimiento o repulsión en la resolución del correspondiente juicio.- (Casación número 77 de 15 de diciembre de 1945.- T. XII pág. 421 de la Colección.- -

CAPITULO IX.-

EL DESPOJO COMO DETERMINANTE DE LA ADQUISICION  
Y PERDIDA DE LA POSESION.-

ADQUISICION DE LA POSESION.-

En algunos casos coincide una adquisición de la posesión con una pérdida de la posesión, se adquiere la posesión al momento que otro pierde la posesión; nos referimos a una adquisición y a una pérdida mediando despojo, actitud que también viene a confundirse porque cuando despojo, adquiero luego una posesión, y hago que la persona despojada, pierda la posesión.- (En forma inmediata en la legislación de Costa Rica y después de un año de verificado el despojo en la legislación española, infra pág. 183).- En algunos códigos, como el francés, italiano, costarricense, boliviano, carecen de un apartado referente a la adquisición y a la pérdida de la posesión, lo que sin duda, dificulta la materia y se hace necesario construir la doctrina, como dice BRUGI con algunas aplicaciones de la misma que hallamos en la Ley especialmente con los principios generales de Derecho que en esta materia, más que en otras, son los romanos modifica -

dos por los intérpretes y en armonía con los derechos canónicos y germánico los que más nos pueden servir de ayuda (174).- Sin embargo esto no quiere decir, que debamos aplicar esos principios ciegamente tan solo, porque así pensaron los romanos, o los germanos, etc. sino que nos puede servir tan solo como faro indicador, no como timón, porque las normas deben ser interpretadas en su momento actual racionalmente, con miras a obtener sobre todo la justicia, el precepto legislativo una vez dado, pareciera que cobra independencia del propio poder que lo emitió, hay, entonces que buscarle sentido y armonía con los demás preceptos.- El código español, al igual que los códigos de Chile, Colombia y El Salvador, si tienen capítulo aparte, en que se regulan, los modos de adquirir y perder la posesión.- Sabido es que existe dos modos de adquirir la posesión: de modo originario y de modo derivativo, en el primero se adquiere la posesión por la sola actuación del adquirente, en el segundo a impulso del anterior poseedor, de suerte

---

(174) BIAGIO BRUGI, Instituciones, Traducción de la 4ª edición italiana por JAIME SIMO, México, 1946, pag. 206.-

que se requieren dos actuaciones, la del primer poseedor que adquiere la posesión.- Por este primer modo originario de adquirir la posesión, puede ser que no haya un poseedor anterior; de manera que nace una nueva posesión o bien, que exista un poseedor anterior y surja para una determinada persona que es el caso que sucede cuando media despojo.- (175)

---

(175) Por algunos autores se niega la distinción entre modos originarios y modos derivados de adquisición.- La adquisición es siempre originaria, si se entiende como inicio de una situación de hecho, B RASSI, *Diritti reali e possesso*. T.I, - 1952, pag. 101,-

El Código de México le da otro sentido a los términos posesión originaria y posesión derivada, así, el artículo 791 dice: "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro análogo, los dos son poseedores de la cosa.- El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro, una posesión derivada".- De manera que esos conceptos corresponden más bien a los de posesión mediata e inmediata que usan en España, algunos autores, como HERNANDEZ GIL se muestran contrarios a esta denominación.- FRANCESCO SALVIO GENILE, *Il possesso nel Diritto civile*, Napoli, 1956, pag. 59, la llama posesión impropia y la califica de artificio legislativo.

Algunos legisladores tratan de prohibir la adquisición de la posesión por despojo o al menos cuando media violencia, sin embargo sucede que la posesión como derecho de fuerte contenido de hecho hace que las prohibiciones sean o en parte inefectivas, y ante la fuerza de los hechos parece que cede terreno a la larga por más que se empeña en no reconocerlo; en principio, esto parece aventurado decirlo, pero veámoslo: el artículo 317 del Código de Costa Rica dice "No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde".- La prohibición parece absoluto.- Sin embargo en el artículo 857 del mismo Código leemos "La posesión adquirida o mantenida con violencia no es útil para la prescripción sino desde que cesa la violencia".- De lo cual se deduce que la posesión se adquiere por violencia y que incluso esa posesión así adquirida es útil para la usucapción desde que cesa la violencia, lo cual es fácil que suceda, puesto que la violencia es un acto de fuerza de carácter la mayoría de las veces transitorio.- El Código español, dice en su artículo "En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello" y por si quedara alguna duda agrega en el artículo 444 "Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento

to del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión.-)" Sin embargo en el número 4º del artículo 460 - se dice que la posesión se pierde por la posesión de otro,- aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año, como dice HERNANDEZ - GIL, lo configurado por el código civil como modo de perder la posesión es, ante todo un modo de adquirirla no mencionado por el artículo 438 consagrado a la materia.- (176) - Luego veremos más en detalle este problema.- Por ahora nos interesa tan solodestacar las contradicciones, reales o - aparentes, según los autores.- Estas legislaciones mencionadas indudablemente tienden hacia un deber ser. En principio es de fuerte contenido ético.- No es que estemos en contra del principio en sí.- Sino más bien hacemos notar su ineficacia.- Más realistas, en parte, parecen ser los códigos de Chile, El Salvador y Colombia, quienes en sus respectivos - artículos dicen: "Se deja deposeer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan." (177) y otro en

---

(176) La función social... ob. cit. pág. 92.-

(177) Al parecer lo que las leyes expresamente exceptúan es la posesión inscrita.-

que se dice "Si alguien, pretendiéndose dueño se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título - no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.-"  
(178) Sin embargo, estas legislaciones no dice que se adquiera la posesión sino que el que la tenía la pierde, lo cual significa que el despojante la adquiere.- Se observa que tales preceptos tienen como fin más que nada el forzar las inscripciones de títulos puesto que la posesión inscrita adquiere más bien una excesiva protección que - va más allá de la realidad, así se dice "Si la cosa es - de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión sino por este medio.-" Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro decreto judicial.- Mientras subsista la inscripción

---

(178) Estas normas corresponden a los artículos 728 y 729 del Código de Chile, 787 y 790 del Código de Colombia y el primer precepto al artículo 764 del Código de - El Salvador, este cuerpo de leyes omitió el segundo precepto.-

el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.-" "Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, - la usurpa 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. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior.- Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.- " (179) Todo el realismo demostrado en los primeros artículos citados, se viene a bajo cuando estos códigos regulan la adquisición y la pérdida de la posesión, en relación con el Registro.- Nosotros pensamos pese a todos los preceptos en contra que se puede adquirir la posesión violentamente, por la sencilla razón de que, la violencia es un medio de someter las cosas a nuestro poder y voluntad, este medio es de carácter transitorio, bien es cierto que vicia la posesión, pero el mismo cesa al cesar la violencia, de manera que nada se obtiene con prohibirlo en la legislación civil, basta con que ya tenga su sanción penal, al igual que se sanciona cuando se usan determinados medios, como

---

(179) Estos preceptos corresponden a los artículos 724, - 728 y 730 del Código de Chile, 763 (no literal), 765 (solo en su sentido) y 766 del Código de El Salvador; 785 (no literal), 789 y 791 del Código de Colombia.-

el engaño o el abuso de confianza, El propio MANRESA expresa "no quiere decir el artículo 441, como parece que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras e -  
xista un poseedor que se oponga a ello, pues es claro que -  
poder si puede adquirirse con tal violencia.-" Aunque el mis -  
mo autor agrega "La idea, dice, es la misma que la del artí -  
culo 444 "Los actos de violencia no afectan la posesión, el -  
poseedor legítimo a quien le ha sido arrebatada no la pierde,  
el ocupante violento no la adquiere.- Legalmente no puede ad -  
quirirse violentamente la posesión.-" (180) Más radical es -  
la posición de SCAEVOLA, este autor expresa "En ningún caso  
dice el artículo 441 puede adquirirse violentamente la pose -  
sión mientras haya un poseedor que se oponga a ello.- Por -  
de contado que el precepto huelga en absoluto, salvo el ana -  
tema que deja traslucir la justicia germana y tortosina.-De -  
cir que por virtud de la violencia no puede adquirirse la po -  
sesión, equivale a sostener que los actos violentos no la -

---

(180) Ob. cit. pág. 151.-

afectan en modo alguno, y esto hallase consignado en el artículo 444 y añadir luego el inciso mientras haya un poseedor que se oponga a ello, no pasa de ser una declaración simplísima y redundante, porque es llano que solo puede existir la violencia en las personas si hay oposición por parte de éstas.- (181) Una clara definición de lo que es la adquisición de la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad.- (182) Dice HERNANDEZ GIL, la frase quedar

---

(181) Ob. cit. pág. 302.- Al exigir el artículo "mientras exista un poseedor que se oponga a ello", parece excluir la violencia sobre las cosas, sin embargo, en realidad, el poseedor puede oponerse a esa clase de violencias también, como cuando evita el rompimiento de una puerta.-

(182) SANCHEZ ROMAN, interpreta el artículo mencionado de la siguiente manera: "Que es eso de que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa? La ocupación tiene un valor técnico en el Derecho que no debe ser empleado en otro sentido para no exponerse a una rectificación del lenguaje doctrinal o prestarse a una inteligencia equivocada.- Verdad es que el artículo 438 no dice sólo que la posesión se adquiere por la ocupación, sino que expresa por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, y mal puede ser poseído cuando se adquiere entonces la posesión; pero aún así que solo habrá de referirse al "hecho" de la posesión y no al "derecho", que ape -

sujetos a la acción de nuestra voluntad" es de una laxitud tremenda.- El Código dice sujetos a la acción, no basta que queden sujetos a nuestra voluntad.- La voluntad es un querer, la acción es un obrar, se exige cierto comportamiento, la realización de algo.- Para nosotros la definición nos da un concepto total de lo que es la adquisición, siempre que se ocupe materialmente la cosa y quede sujeta a la acción de nuestra voluntad hay adquisición de la posesión sin importar los medios de que se valga el sujeto.- Estos medios pueden ser todo lo reprovable que quieran, pero para ello pueden emplearse otras sanciones y otras coacciones, pero la adquisición sufre todos sus efectos.- (183) En -

---

nas se concibe la ocupación material de ciertos derechos y que, en el caso de dar a la palabra ocupación su exacto valor jurídico, sería modo de adquirir el dominio, pero no la posesión.- Hay que estar en la inteligencia y aplicación de esta parte del artículo 438, no al valor técnico de la palabra ocupación ni a la perspectiva de la adquisición del derecho posterior, sino limitar su alcance a aquellos casos en los que lícitamente, sin contradicción de la posesión de otro pueda aplicarse la ocupación material de las cosas o derechos relativos sólo al respecto que en principio merece todo estado de posesión para los fines de los interdictos, y por la mira de interés y orden público en que se inspira semejante doctrina y, a lo sumo, como base de una larga sanción de tiempo, engendra una prescripción de la clase de las ordinarias; más deningún modo entendiéndose que la ocupación material de la cosa o derecho poseído, según lo confirma la declaración del artículo 441 de que "en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello.."Ob.cit. pág. 454.-

(183) Para AUBRY y RAU, T.II, 5ª Edición, Nº 179 pág.

esto lleva razón MARI Y MIRALLES cuando dice que al expresar el artículo 444 del código civil español que los actos violentos no afectan a la posesión, no se refiere a una desposesión consumada, sino a aquellos otros en cuya virtud se atenta a ella, ya que el acto violento que llega a arrebatar la tenencia física de la cosa inicia un período de tiempo con cuyo transcurso se puede llegar a perder la acción interdictal primero y otro período más largo puede perderse toda acción recuperatoria.- (184) Esto es cierto aunque en la legislación española y de acuerdo con la jurisprudencia existen grandes escollos (véase nota 102).- Nosotros creemos conveniente la tendencia del Código mexicano, que a nuestro modo de ver, es el que mejor sirve los intereses de los campesinos que trabajan tierras que pertenecen a personas que viven en las ciudades o a grandes terratenientes. Esto no quiere decir que lo que sea bueno para México o Costa Rica, lo sea también para España, se hace necesario poner el derecho civil al servicio de la colectividad y en función social, pero tomando en cuenta la

---

111, tales actos no deben ser constituidos de delitos contra la propiedad ni reprimirlos por una sentencia que los declare atentatorios a la posesión de un tercero.-

(184) Ob. pág. 141 de la separata.

tradición, la situación geográfica, las clases sociales y sobre todo el modo de pensar y de querer de los humildes; importar modos de pensar extraños a un país es muy peligroso y generalmente lleva al fracaso.- El derecho civil, tiene que ser un derecho eminentemente social, de pena ver como muchas veces se habla del derecho de trabajo como un derecho social, en contraposición muchas veces con el derecho civil.- Los civilistas tienen la responsabilidad de darle un giro distinto a esa común opinión y bajar, si es que lo están, de las alturas aristocráticas a las entrañas del pueblo a los humildes el código mexicano dice que cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de diez años para los inmuebles y cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia (art. 1154).- La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe. (art. 1155).- RAFAEL ROJINA VILLEGAS, explica que el código comprende una hipótesis de gran importancia y que él domina posesión animus domini por virtud de un acto ilícito, posesión que es de mala fe porque no se tiene título; pero si se tiene la intención de apropiarse la cosa como ocurre con -

la posesión del ladrón y del usurpador.- (185) Conforme al código mexicano anterior, al que en la actualidad rige en ese país, no había justo título ni objetiva ni subjetivamente válido, pero se reconocía en él la posesión del ladrón como apta para producir la prescripción cometiéndose una incongruencia con la disposición que exigía este título.- Respecto a los inmuebles el usurpador o el despojante conforme al código anterior no podía llegar a adquirir la propiedad por prescripción, toda vez que para los mismos se requería justo título y el usurpador o despojante no tenía justo título.- En cambio dice ROJINA "el código vigente al decir en concepto de propietario emplea una denominación que permite la posesión con título o sin él, pero con animus domini, no obstante que tenga su origen en un delito.-" (186) El artículo 1151 del código mexicano dice que "la posesión necesaria para rescribir debe ser: 1º.- En concepto de propietario; 2º.- Pacífica; 3º.- Continua; 4º.- Pública.-" Como puede observarse no se requiere ni buena fe ni justo título, como lo exigen el artículo 1940 del Código español y 853 del código costarricense.- Sin embargo

---

(185) Derecho Civil Mexicano, México, 1949, 2ª edición, t. III, pág. 473.-

(186) Ob. cit. pág. 474.-

el artículo 101 de la Ley de Tierras y Colonización (supra, nota nº 104), ya se vio obligada a eliminar la exigencia - del título traslativo de dominio que exige el código civil y observamos que no exige tampoco la buena fe.- Así, el artículo 101 dice: "No se incluirá en el avalúo las parcelas respecto de las cuales deba admitirse como procedente la - excepción de prescripción positiva.- Estarán en este caso - aquellas poseídas en forma continua, pública y pacífica por más de diez años, ya sea que la posesión la haya ejercido directamente el ocupante o sus transmitentes.- Es decir, - que para los efectos de la prescripción positiva que este artículo trata, no será necesario el título de traslación de dominio que exige el código civil.-" Esta ley, que en - el fondo reforma el Código civil (al menos en cuanto a los predios rústicos), parece que fue en primer lugar redactada, con el cuidado de que no produjera suspicacias en el seno de la Asamblea Legislativa, sobre todo en el bloque conservador.- El artículo es el 101 de los 185 que contiene la - ley, está en el capítulo denominado "Regulación de Conflictos entre Propietarios y Poseedores en precario" y el asunto se trata en forma si se quiere accesoria y con motivo - del avalúo de las parcelas.- Pero desde luego es de gran - trascendencia; porque lo que sencillamente dice es que se

adquiere por usucapión las parcelas poseídas en forma continua, pública y pacífica por más de diez años.- En primer lugar se elimina la buena fe, que en materia posesoria y en el derecho costarricense corresponde al que en el acto de la toma de posesión creía tener derecho de poseer.- Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe.- Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer (art.285).-

(187) En segundo lugar se elimina el título traslativo de dominio, lo que da pie a que adquieran, los usurpadores.- Y en tercer lugar se eliminó la expresión a título de propietario, esto indudablemente es un error y puede dar lugar al absurdo de que aleguen la prescripción los arrendatarios, depositarios.- La jurisprudencia será la llamada a resolver el problema, pero este punto, requiere un estudio más detenido, en un trabajo sobre usucapión.-

---

(187) La sentencia de casación de las 9,15 de 12 de junio de 1929 sostuvo que la notificación de la demanda no da al poseedor el calificativo de serlo de mala fe, por que su confianza en la solidez del título puede perderse y aun ratificarse si la demanda fuere declarada sin lugar.

PERDIDA DE LA POSESION.-

Se extingue la posesión, escribe CASTAN cuando se pierde de una manera definitiva el poder de hecho sobre la cosa.- El no ejercicio meramente transitorio del poder de hecho, subsistiendo el animus possidendi no constituye pérdida de la posesión.- (188) Como se observa no se puede hablar de la pérdida sin hablar también, de la conservación, como no se puede hablar de la adquisición sin hacer constante referencia a la pérdida.- - Todo forma parte, como expresa HERNANDEZ GIL de un ciclo vital, -comienza, vive, termina.- Los hechos dice CLEMENTE DE DIEGO que ponen fin a la posesión guardan semejanza con los adquisitivos, bien que en sentido contrario, representan la desarticulación, el desligamiento de las personas con las cosas, (189) El código español,

---

(188) CASTAN.- ob. cit. pág. 494.-

(189) Instituciones de Derecho civil español.- Madrid, 1945, t.I, pág. 384.-

en su artículo 460, nos dice que el poseedor puede perder su posesión por abandono de la cosa, por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito, - por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio y por la posesión - de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.- (190) De los modos expuestos -observa HERNANDEZ GIL- el único modo específico de perder la posesión y sólo la posesión no quedando afectada para nada la posesión es el último.- No ocurre así con los demás modos en que sí puede afectarse la propiedad como el abandono, la destrucción, la cesión.-- Desde luego el modo que nos interesa estudiar es el nº 4 del artículo 460 citado, porque es el específico de perder la posesión por medio de despojo. -

---

• (190) El artículo 2377 dice que la posesión se adquiere también por la tradición de las cosas.- Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibiese, lo cual, implica desde luego un modo más de perder la posesión en el derecho español, aunque - en algunas reservas.-

Obsérvese que aquí no se pierde la posesión inmediatamente después del despojo ni siquiera por el cese de la actividad posesoria, sino que es preciso la posesión de otro durante más de un año.- (191) Esto nos lleva a que en el derecho español, no se pueda confundir despojo con desposesión por más que el despojo tenga como finalidad una desposesión (192), pues no todo despojo implica una pérdida de la posesión, como sucede por ejemplo en Costa Rica.- Así BRENES CORDOBA, hablando del despojo dice: " De todos los ataques a la posesión el más grave es, sin duda alguna, el que trae consigo el desposeimiento total de la cosa.-" La diferencia entre despojo y pérdida de la posesión se observa muy claro en el artículo 829, nº V del

•  
\_\_\_\_\_

(191) HERNANDEZ GIL, La función social.. ob. cit. pág. 91 dice: EE legitimado con las acciones interdictales tiene que demostrar que es poseedor y que se ha cometido contra su posesión un acto de perturbación o despojo, que naturalmente no supone una pérdida de la posesión sino del modo de estar establecida.-

(192) Salvo que, por desposesión se entienda solo la pérdida de la posesión corporal.

Código de México en que se dice "La posesión se pierde... Por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año". La legislación costarricense al parecer siguió los principios romanos de que la posesión se pierde, cuando falte uno de sus dos elementos que la componen, el corpus o el animus, si bien es verdad que se conservaba la posesión solo animo esto era por vía de excepción (supra pag. 10) y dice GARCIA VALDECASAS que nunca se extendió al caso de despojo contra la voluntad del antiguo poseedor, máxime si hubo vis atrox. (193). El número 4 del artículo

---

(193) La posesión incorporal del despojado y la posesión de año. Ob. cit. pag. 418.

DIEGO ESPIN, Manual de derecho civil, Madrid, 1960, parece dar mucha importancia a las excepciones dichas, pues dice, refiriéndose a la pérdida de la posesión por perderse el corpus o el animus que "esta doctrina ya desde la última fase del Derecho romano ha sido modificada por la preponderancia concedida al animus". Igual línea parece seguir en su trabajo "La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español" Salamanca, 1935, pag. 36.

460 del Código español tiene origen, en que la Gewere subsiste sin el elemento corporal, (supra pág.21) lo muy gráficamente ha llamado GARCIA VALDECASAS, la posesión incorporeal del despojado.- En Costa Rica, hay un derecho de posesión, que nace independientemente de la posesión de hecho, con solo el transcurso de un año, sin que este año, coincida con la pérdida de la protección interdictal como sucede en España, puesto que al derecho para interponer los interdictos caduca a los tres meses (supra pág. 113), pero no podemos hablar de una pérdida de la posesión, ni de una adquisición de la misma, después de un año.- Si nos fijamos en el artículo 279 observamos que dice: Independientemente del derecho de propiedad se adquiere el de posesión:... 2º.- Por el hecho de conservar la posesión por más de un año.- Conservar la posesión significa que el despojante tiene la posesión y que el despojado la ha perdido.- Incluso el despojado puede haber perdido el derecho a recobrar la posesión por vía interdictal y le quede solo el juicio ordinario para hacer valer su derecho transcurrido ese año, solo le queda la acción reivindicatoria, (supra nota 153).-

Ahora bien, el artículo 284 dice que para que la posesión por más de un año confiera el derecho de poseer, es necesario que dicha posesión sea de buena fe.- Parece entonces que el nº 2 del artículo 279 no se puede dar en caso de despojo, puesto que el despojante, al no ser de buena fe, no adquiere ese derecho.- Sin embargo, el propio inciso que examina dice que el año corre desde que se tome públicamente la posesión y si fue re tomada clandestinamente, desde que eso conste al despojado.- Luego si hay un despojado tiene que haber mediado un despojo.- - Tratando de armonizar ambos preceptos, diremos que efectivamente el número 2 del artículo 279, admite el caso de despojo de la posesión sin que entre en conflicto con el 284 que exige que para la posesión por más de un año confiera el derecho de poseer, es necesario que dicha posesión sea de buena fe.- (194) El despojante adquiere en

---

(194) El artículo 285 del Código de Costa Rica dice: En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer.- Si había motivos suficientes para que dudara corresponderle tal derecho, no se debe considerar como poseedor de buena

este caso la posesión de hecho y puede transmitirla a un tercero que si es de buena fe, adquiere al momento la posesión de hecho y al año de conservarla en su poder el derecho de posesión.- De manera que el despojado pierde al momento del despojo la posesión de hecho y un año después de haber adquirido el tercero la posesión despojada, pierde el despojado su derecho de posesión que es adquirido por este tercero.- Esto, hay que relacionarlo con el artículo 282 del Código Civil de Costa Rica que dice "Subsiste el hecho de la posesión mientras dure la tenencia de la cosa o derecho la posibilidad de continuar una u otro.- (195) Que es lo que ha querido decir el le-

---

fe; pero si la posesión fuere de buena fe en su principio, no pierde ese caracter por el solo hecho de que el poseedor dure posteriormente de la legitimidad de su derecho.- Cesare ser de buena fe la posesion en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el derecho de poseer.-

(195) Nosotros pensamos que con la redacción del anterior artículo no es que ha tomado el legislador bande- ría en la antigua discusión acerca de la naturaleza de la posesión.- La palabra derecho se emplea tanto en el uso común como en la doctrina jurídica en dos excepciones distintas como derecho objetivo y como derecho subjetivo.- En el primer sentido tiene el significado de un conjunto de normas como por ejemplo de derecho penal, de derecho civil, de derecho público en cambio cuando decimos que tenemos derecho a algo, estamos empleando ese término en concepto de derecho subjetivo, pero dentro de este último significado podemos distinguir tres figuras típicas a sa-

gislador costarricense con "subsistir el hecho de la posesión ? A nuestro modo de ver, no es ni más ni menos que la posesión, o sea que bien pudo haber dicho el legisla -

---

ber 1º.- Cuando decimos tengo derecho a leer y a escribir sobre lo que yo quiera, se está simplemente expresando la esfera de libre actividad que tiene un sujeto en razón del deber que tienen las otras personas de observar determinada conducta. LUIS RECASENS SICHES, Vida humana, sociedad y derecho, México, 1952, pág. 227 define esta forma del derecho subjetivo como "mero" reverso material de un deber jurídico de los demás, impuesto por la norma con independencia del titular del derecho.-" Se dice que con independencia del titular del derecho porque siempre existe una norma que protege esa libertad sin tomar en cuenta si la persona está o no de acuerdo con que se le proteja.- Así por ejemplo el que redujere a otro a servidumbre será castigado aun cuando quien perdiere su libertad estuviere de acuerdo con ello.- Cuando se dice que una persona tiene derecho a desalojar a otra de un bien que ocupa, o a cobrar una deuda, estamos usando la palabra derecho en una acepción distinta a la anterior, y denota más bien que el sujeto titular del derecho tiene la facultad de exigir de otro una determinada conducta pudiendo para ello recurrir a determinados organismos que lo hagan valer coercitivamente, es lo que denomina RECASENS SICHES "el derecho subjetivo como pretensión".- Por último, tenemos el de la palabra derecho en el sentido de crear, modificar o extinguir determinadas relaciones jurídicas, así cuando se dice que se tiene derecho a vender determinada finca, o a contraer matrimonio o hacer un testamento, se está empleando este vocablo como poder de formación jurídica, para usar la denominación del autor español citado.- Ob. cit. pags. 229, 230 y 231.- Es indiscutible que la posesión es un derecho cuando se refiere a la esfera de libre actividad que tiene un sujeto, en virtud del deber jurídico que pesa sobre otros decomprotegerse de tal manera que

dor "subsiste la posesión mientras dure la tenencia de la cosa o derecho o la posibilidad de continuar una u otro.-"

La palabra hecho viene a resaltar el contenido fáctico de la posesión, pero no define su naturaleza, como se expone -

---

no lesione el ámbito libre de su conducta.- Es decir que - todo aquel que posee, tiene derecho a no ser desposeído si - no por los medios que la ley establece; nadie puede ser - inquietado ni desposeído por otro.- El Código penal incluir el delito de usurpación como delito de acción pública - - no hace otra cosa que proteger al poseedor, independien te - mente de su voluntad, puesto que el órgano jurisdiccional puede actuar de oficio, aún con simple noticia, para - - proteger al poseedor que ha sido desposeído de la posesión por medio de violencia abuso o engaño, castigando al cul - pable.- También la posesión es un derecho desde el punto - de vista de poder jurídico, pues el poseedor puede vender - su posesión, cederla, donarla, transmitirla por testa - mento, etc.- En tales casos los actos del titular son - un elemento productor de los preceptos jurídicos concre - tos.- Aquí cabe lo dicho por MOLITOR de que en todo dere - cho existe un elemento de carácter personal, representado por la libre voluntad del sujeto, de tal modo que se encuen - tra entonces en la posesión no solamente una tenencia si - no también una intención, que sirve para definirla como - derecho (citado por VALIENTE NOALLES, Derechos Reales Bue - nos Aires, 1958, pag.40).- Ahora bien, cuando el código - habla del hecho de la posesión, se refiere no a la natura - leza jurídica de la posesión sino a lo que llama VILLARES - PICO, el tener señorío de hecho sobre una cosa, sometida - a las posibilidades jurídicamente reconocida de nuestra vo - luntad, que determina una situación de la cosa en relación con la persona y que tiene conexión con ella.- (La posesión y el Registro, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1947, pag. 409).- De manera que se es poseedor aunque se haya usurpado o robado se tenga o no buena fe, podríamos - decir que se posee porque se posee, por eso dice PLANIOL - que el que posee que actúa din derecho queda asimilado - desde el punto de vista de la posesión exclusivamente - - al que ejercita un derecho realmente

en la nota 195.- BRENES CORDOBA, parece que se refiere a este artículo cuando en el N.º.57 dice: "La posesión cesa desde que deja de existir la posibilidad presente de ac-

---

existente.- (Ob. cit. pág. 147).- Esto no quiere decir que tal característica sea suficiente para negarle a la posesión la naturaleza de derecho, sino simplemente que esa situación fáctica no se corresponde a la acepción de derecho como pretensión jurídica.- Sin embargo, esto también es discutible y lo pone de relieve OSCAR MORINEAU (El estudio del Derecho, México, 1953, pag. 384) quien comentando la tesis de JOSE GOMEZ y LUIS MUNOZ (Elementos de Derecho Civil Mexicano, 1943, t.II, pág. 352 para quienes la resolución judicial de los interdictos afecta al hecho de la posesión y no extraña una declaración sobre el derecho posesorio, dice "Esta doctrina no se da cuenta de que precisamente por haberse realizado el hecho jurídico, el sujeto del interdicto lo es del derecho de posesión y que al por-

tuar de manera material sobre el objeto.- Pero adviértase que siempre que no se impida por otro de un modo eficaz - el ejercicio de la posesión, ésta no se pierde porque dejen de ejercitarse actos que la determinen.- Así, aunque haga mucho tiempo que uno no se constituya en su terreno, no lo cultive, ni lo cuide siquiera, se le considera poseedor mientras otra persona no se apodere del inmueble e im

---

bar el hecho prueba que es titular del derecho.- Es inconcedible que un jurista sostenga la tesis de que cuando el juez declara que el poseedor de hecho debe ser mantenido - o restituído no le está reconociendo ningún derecho, precisamente el de ser mantenido o restituído en la posesión de hecho.- (pág. 334) HERNANDEZ GIL expresa que todo derecho real está constituído por dos elementos uno interno o poder sobre la cosa y otro externo, que es la protección que merece ese derecho, y la posesión, participa de - ambos elementos, si bien con mucho contenido de hecho. Sobre la polémica existente vease la magnífica conferencia - de HERNANDEZ GIL, algunos problemas en torno a la posesión Información Jurídica, 1951, pag. 606.- El Trabajo de GUI - LLERMO GARCIA VALDECASAS, La doble naturaleza de la posesión, Anuario de Derecho Civil, 1954, pag. 309.- y de MA - NUEL IGLESIAS CUBRIA. "De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión" Revista de Derecho ,949, pag. 630. -

pida al propietario el ejercicio de actos posesorios." -

(196) En estos casos, diríamos nosotros, no es que se conserva la posesión solo animo, sino que el corpus se reduce a esa posibilidad de actuación, hay muchas cosas que nosotros tenemos en nuestro poder y que no usamos, pero estamos en la posibilidad de hacerlo, como algunos libros de la biblioteca, algunos trajes, etc., y a nadie se le ocurriría decir que no las poseemos, pero hay que tener mucho cuidado en no extremar las cosas al punto de confundirlas con las abandonadas, el abandono de la cosa determina una pérdida voluntaria de la posesión, pero no se refiere a una declaración de voluntad, sino a un dejar la cosa, con intención de desprenderse de ella, pero sin exigirse manifestación alguna.- Dice IHERING que: "Si la posesión es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla perdida cuando la cosa ha llegado a encontrarse en una posición en desacuerdo con la manera y formas regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella.- Aquí también puede ser posible reproducir el estado originario; para nuestra teoría no basta eso porque un propietario -

---

(196) Ob. cit. págs. 37 y 38.-

que tiene algún precio por la cosa no se contenta con esta simple posibilidad, y se cruza de brazos, sino que se mueve y restablece lo más pronto posible la relación perturbada.- Omnia ut dominum fecisse.- He aquí la línea de conducta del poseedor que quiere conservar la posesión.- Lo que tiene que hacer su interés se lo dicta, y está circunstancia precisamente es la que hace que se le reconozca como aquel a quien la cosa pertenece ad quem ea res pertinet. El interés atestiguado en el hecho por la manera de servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y asegurarla, es el indicio del verdadero propietario.- Quienquiera que no muestre este interés y se desligue de algún modo de la cosa, pierde la posesión porque aunque él sea y permanezca propietario no es activo y visible como tal, y la posesión consiste precisamente en esto, la parte visible de la propiedad.- La diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión.- La divergencia que existe en este punto, entre mi teoría y la de SAVIGNY, salta a la vista.- El poseedor, según SAVIGNY puede tranquilamente dejar en el bosque o en pleno campo los objetos que en ellos ha abandonado mientras quede la posibilidad de ir a recogerlos, conserva la posesión.- En mi opinión, al contrario la pierde enseguida, porque el propietario diligente no abandona así una cosa.- El poseedor se -

gún SAVIGNY puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos a nadie; conserva la posesión, porque puede que vuelva algún día, dentro de diez o veinte años.- Según mi teoría pierde la posesión.- La conducta personal del poseedor, su diligencia, su abandono, su incuria, su indiferencia, no tiene importancia según la doctrina de SAVIGNY, que funda la posesión en la idea de vis inertiae; según la regla mía, por el contrario, tiene una importancia decisiva.- Dejemos ahora a las fuentes inclinar la Balanza". (197) Nosotros pensamos que hay que dotar a la posesión de autonomía, independizarla de ese ser un reflejo de la propiedad, la apariencia de la propiedad, pero estamos de acuerdo que quien abandona una cosa pierde la posesión aunque mantenga la intención subjetiva de no abandonarla, y atenerse más que a la intención a la actitud. Quien tiene una finca lejana y no la cultiva, ni explota racionalmente sus bosques, pierde la posesión sobre la finca, es propietario pero no posee, ahora bien, cuando ejerce algún acto mínimo de vigilancia sí ejerce posesión, sobre todo si es propietario y que anteriormente hemos llamado propietario-cuasiposeedor, porque manifiesta su intención de no abandonarla, pero no debe confundirse con el caso de quien sin título alguno, ni toma efectiva de posesión, ejer-

---

(197) IHERING, ob. cit. pág.

ce una vigilancia tan mínima que ni siquiera puede darle el carácter de poseedor por ejemplo quien se dice poseedor de una finca-eso se da con frecuencia en Costa Rica- y cuyo único acto posesorio ir a ella muy de vez en cuando, cada tres meses o cuatro meses.- Esta finca en realidad pertenece a la compañía xx, con título inscrito pero que no realiza ningún acto posesorio.- Si un tercero invade efectivamente esa finca y la cultiva, a nuestro modo de ver el invasor ha obtenido una finca no poseída.- Distinto sería el caso - de que la compañía propietaria con título inscrito mandara - a uno de sus representantes cada tres o cuatro meses a realizar esa labor de vigilancia.- (198) Lo expuesto es muy im -

---

(198) ALFREDO FEDELE.- Possesso ed esercizio del diritto -citado por HERNANDEZ GIL, sostiene que para adquirir la posesión la posesión no es necesario una actividad representativa del ejercicio del derecho de la propiedad y que por sí una pérdida de la posesión, a ello responde HERNANDEZ GIL que "Si con la aseveración de que el no ejercicio del derecho de propiedad no implica una pérdida de la posesión quiere significarse que para la subsistencia de esta no es indispensable el constante mantenimiento de una actividad, la tesis es correcta. No lo sería si además se pensara que el no ejercicio de la propiedad trajera consigo su pérdida y no la de la posesión.- POR MUCHO QUE SE ESPIRITUALICE EL CONTENIDO DE ESTA, SIEMPRE SE REQUIRIRA UN GRADO DE PRESENCIA SOBRE LA COSA MAS ACUSADO.- Lo demuestra así la interpretación sistemática de los artículos 460, 461 y 610. El abandono de la cosa es, según el artículo 460, apartado 1º un modo de perder la posesión de las cosas.- También el abandono es un modo de perder la posesión de los bienes muebles, según se infiere del artículo 610.- Mientras el abandono con alcance respecto de la propiedad traerá consigo el

portante para no considerar despojado, a quien ya ha sufrido una pérdida de la posesión por abandono.- El Código de España en esto es muy claro y el inciso 1º del artículo 460 es digno de alabanza por exacto y por concreto.- Así simplemente dice: "El poseedor puede perder su posesión 1º.- por abandono de la cosa.-" El Abandono implica una pérdida voluntaria de la posesión, pero no una declaración de voluntad, como desde luego, no hay ningún instrumento capaz de medir la intención de las personas, hay que atenerse a la actitud de ese poseedor, a su modo de comportarse, y quien no cuida de sus cosas ha de presumirse que no tiene interés en mantenerlas en su poder.- Para que exista despojo el sujeto pasivo debe estar poseyendo efectivamente el inmueble pues nadie puede ser despojado de lo que no tiene.- Desde un punto de vista práctico podemos intentar aplicar aquí, la teoría de

---

de la posesión, no ocurre otro tanto con el abandono referido a la posesión, el cual no incorpora necesariamente una pérdida del derecho de propiedad.- Con arreglo al artículo 461, la posesión de la cosa no se entiende perdida mientras se hable bajo el poder del poseedor, aunque se ignore accidentalmente su paradero.- O sea, esta ignorancia accidental respecto adonde se encuentra la cosa no es pérdida de la posesión mientras se encuentra bajo el poder del poseedor.- Lo decisivo a tal fin no es la comunicación intelectual con la cosa a través del conocimiento, sino el hecho de hallarse la cosa en poder del poseedor puede provocar la pérdida de la posesión, dando lugar a un abandono, que carece de entidad para la pérdida del derecho de propiedad.-" La función social, ob. cit. págs. 43 y 44.

la esfera de custodia y la esfera de poder.- (199) La esfera de custodia la podemos definir como la capacidad de vigilancia que tiene de determinada persona con respecto de las cosas que posee o detenta, y esfera de poderes la posibili-

---

(199) Vease SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal argentino, Buenos Aires, 1956, tomo IV, pág. 185.- La idea de aprovechar la teoría para explicar el delito de usurpación corresponde a RUBIANES Y ROJAS, ob. cit. pero ellos trabajan solo con la esfera de custodia, en la cual distinguen dos elementos, uno material, y otro subjetivo.- Validos del elemento material, explican la esfera de custodia y validos del elemento subjetivo la esfera de poder.- Cuando explican el elemento material dice: "En sustancia consiste en la ocupación del inmueble, pero ello no significa exigir que el titular se encuentre personalmente en su interior.-" "El modo más elemental de la custodia, es el que se efectúa directamente sobre el inmueble, cuando el titular lo ocupa personalmente, como ocurre en los casos en que vive con su familia o desarrolla en el sitio alguna actividad comercial o de otra índole.-" "En inmuebles de mayor amplitud la custodia se presenta de diferentes maneras, pues si el titular lo ocupa en parte, no se ejercita en forma tan inmediata y directa como en los casos anteriores." Como puede verse las anteriores explicaciones resultan muy bien y claras, si las entendemos referidas a la esfera de custodia, no como elemento material de esta sino a su totalidad.- Es lógico pensar que el propietario de una finca de recreo, que pasa en ella todos los fines de semana, ejerce mayor vigilancia que aquel que tiene la finca a gran distancia, y con difícil acceso, tan solo la visita una vez que otra vez al año, y ejerce uno que otro acto de posesión aisladamente.- De manera que la esfera de custodia no disminuye en razón de la distancia material sino en razón de la posibilidad de vigilancia por parte del dueño, tenedor o poseedor del objeto.- Dicen RUBIANES Y ROJAS; "El elemento material no basta para dar a una persona la esfera de custodia, pues es necesario la concurrencia del elemento subjetivo que significa en términos generales, la posibilidad de ejercer poder de hecho sobre el inmueble.-" Esto que ellos

dad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos  
dispositivos, posibilidad de la que carecía antes de la ac-  
ción porque la cosa estaba en poder de otra persona fuese -

---

llaman "Elemento subjetivo de la esfera de custodia" noso -  
tros lo llamamos esfera de poder, por considerarla distinta  
a la esfera de custodia; reducir la esfera de poder a la -  
esfera de custodia en el sentido de que la primera viene a  
ser un elemento de la segunda no tiene ninguna razón de ser.  
Veamos a continuación a lo que se puede prestar la confu -  
sión apuntada; Dicen los tratadistas citados "Había usurpa-  
ción si se logra que un inmueble bajo esfera de custodia a-  
jena pase a la suya propia".- Ahora bien, cabe preguntarnos,  
¿El arrendante de in inmueble, al arrendarlo ha perdido su  
esfera de custodia y la ha traspasado a su arrendatario? Pa-  
ra RUBIANES Y ROJAS habría que contestar afirmativamente -  
porque de otra manera no se explica como el arrendante pue-  
de ser sujeto pasivo de usurpación cuando se le despoja de -  
la tenencia que arrendó.- Sin embargo un razonamiento más -  
lógico nos lleva a pensar que el arrendante conserva la es-  
fera de custodia del bien arrendado y es así como de acuerdo  
con nuestra ley de inquilinato, tiene derecho a visitar una  
vez por mes su propiedad durante el día para cerciorarse de  
la forma en que trata el inquilino la propiedad arrendada.-  
El arrendante es sujeto pasivo del delito de usurpación con-  
tracualquiera otra persona que trate de despojarlo del bien  
arrendado.- Los mismos autores citan como ejemplo un fallo  
de la Corte Suprema de Tucumán, en que sostiene que si el -  
inquilino que goza de la tenencia, intenta por los actos -  
señalados convertirse en poseedor, despojando al titular de  
la posesión, comete usurpación.- No ocurren los autores  
citados, al concepto de esfera de custodia para explicar el  
caso, con la concurrencia de los elementos, porque sencilla-  
mente el arrendante conserva su esfera de custodia y trans-  
mitió a su arrendatario la esfera de poder.- Al realizarse  
la usurpación por parte del inquilino, al convertirse en po

poseedor o simple tenedor.- Así por ejemplo, el que arrienda un inmueble pierde por ello su esfera de custodia pero si su esfera de poder, porque puede cerciorarse de la forma en que la trata el inquilino.- La aplicación de la teoría de la esfera de custodia y de la esfera de poder, es un concepto jurídico que no atiende a la materialidad de los actos, ni a distancias o tiempos, específicamente medidos o determinados; una compañía angloamericana puede realizar gran vigilancia sobre terrenos en la patagonia, mientras en una misma ciudad un poseedor puede no custodiar o vigilar su inmueble.- Esta teoría tiene más carácter práctico que científico.- Así conforme se nos vayan presentando los casos, atendidas las circunstancias podemos decir si la finca se encuentra bajo la esfera de custodia y bajo la esfera de poder titular.-

---

poseedor, se despoja al arrendante la esfera de custodia, que hasta ese momento había conservado.-

LA POSESION DE MAS DE UN AÑO

Pero hay que tener siempre muy presente, que el despojo no coincide en algunas legislaciones con la pérdida de la posesión.- Así, sucede con la legislación española el número 4 del artículo 460 dice que el poseedor puede perder la posesión por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.- Este plazo, dice MANRESA, tiene antiguo abolengo en nuestra legislación, ya hablaba de los efectos de la posesión de un año y día y la ley número 9 título 4 libro 4 del Fuero Viejo y la ley 242 del Estilo.- (200) Para SCAEVOLA el código ha tratado de legalizar la mera posesión, la que no se apoya en justo título, la que no trae su origen de una causa legal, desvaneciendo la incertidumbre del estado posesorio.- Por esto, -dice este autor- no es de extrañar que la tenencia por más de un año aun contra la voluntad del antiguo poseedor se haya originado por ley, en causa de pérdida de la posesión, porque el origen vicioso se convalida en cierto modo con la pasividad del propietario o del antiguo poseedor -

---

(200) Ob. cit. pág. 279.-

que con conocimiento de los actos de usurpación, permanece - indiferente, renunciando a la protección posesoria consagrada por la ley.- (201) Para un autor no basta dejar de poseer - para que se pierda la posesión sino que es necesario que otro posea por más de un año y pone el siguiente ejemplo: A se - ausenta dejando de hecho abandonada la finca, aunque sin intención de desprenderse de ella; vuelve a los trece meses y - la ocupa nuevamente.- A pesar del precepto del artículo 1944 no hay cesación definitiva, no hay pérdida de la posesión, la presunción del artículo 459 cubre el tiempo intermedio.- No nos atrevemos a contradecir, pero resulta de difícil prueba, el comprobar una intención subjetiva de no desprenderse de la cosa, con una actitud de abandono, siendo que el inciso 1º del artículo 460, establece como causa de pérdida el abandono de la cosa, admitiendo la presunción del 459 la prueba en contrario.- A nosotros nos parece que la posesión por otro - es determinante de la pérdida, puesto que así lo dice el inciso que se examina y queda tal situación muy clara en este otro ejemplo del mismo autor; B ocupa la finca durante la ausencia de A y a los ocho meses de ésta, aunque A vuelva a los diecinueve, o sea once meses después, no ha perdido su derecho a cobrar la posesión en virtud del artículo 1968, ni B -

---

(201) Ob. cit. pág. 543.-

ha adquirido aún más ~~que~~ una posesión de hecho.- Pero aquí funciona el criterio sobre la necesidad deotro la posea sin recurrir al caso de abandono.- VALVERDE, pone de relieve la distinción cuando afirma "Mas esto no quiere decir que el - dejar de poseer un año una cosa baste para perderla, porque mientras otro nola adquiera por poseerla más de un año, el poseedor no la pierde aunque no la posea, a no ser en el caso de abandono.-" (202) Para poder comprender esto de "aunque no lo posea" es preciso tener el concepto de posesión - incorporal, o sea una posesión sin tenencia efectiva de la cosa, porque en la legislación costarricense, no sepuede ha**blar** de no poseer y de perder la posesión al mismo tiempo - que es tanto como haber estado poseyendo dice GARCIA VALDE-CASAS "Con la orientación que nos suministran los antecedentes germánicos del artículo 460 podemos pasar ahoraa su más amplia interpretación.- Ante todo podemos explicarnos, porqué la nueva posesión, cuando ha perdurado un año, destruye a laantigua.- Del mismo modo que en derecho germánico la Gewere incorporal del despojado se perdía transcurrido un año y un día por caducidad de la acción que el despojado tenía para hacer valer su Gewere, en nuestro derecho la nueva po-

---

(202) Ob. cit. pág. 348.-

sesión destruye a la antigua al término de un año, porque este es el plazo de prescripción de la acción que tiene el despojado para recobrar la posesión corporal (c.c. art.1968,num.1).- " - (SIC) (203). En cuanto a si la posesión debe conservarse por la sola intención cuando falta el elemento corporal, dicho autor expresa: "La solución de este problema no debe ser la misma para la posesión de muebles que para los inmuebles.- En cuanto a los muebles dada la dificultad de recobrarlos cuando se ha perdido debe considerarse extinguida la posesión cuando de las circunstancias del caso pueda deducirse que la búsqueda o persecución de la cosa no conducirá al éxito.- Por lo que se refiere a los inmuebles, como no varían de sitio, siempre hay la posibilidad de volverlos a ocupar; pero aún así, cuando se ha dejado pasar largo tiempo, sin ejercer ningún acto de posesión, parece lógico presumir que se ha dejado de tener la intención de poseerlos.- Cuanto tiempo sea necesario para fundar tal presunción es cosa que no debe resolverse arbitrariamente, estableciendo un plazo fijo.- Más bien podría decirse con DUSI que "Independientemente de la ocupación por otro, el poseedor pierde la posesión cuando la haya abandonado por largo tiempo o la tenga en forma incompatible con la voluntad de tenerla como propia. (204) Nos parece excelente este criterio, pues el tiempo es in-

---

(203) Ob. it, pág. 418

(204) Ob. cit. págs. 418 y 419.-

dicativo de un abandono de la posesión, y debe determinarse en cada caso concreto según las circunstancias.- Así es - necesario tomar en cuanto una finca rústica y una finca urbana, pues en éste difícilmente se puede presumir un abandono de la posesión sino más bien una falta de dinero para construir, en cambio en la finca rústica no puede existir esa excusa pues el cultivar resulta una inversión de menos dinero, siempre que se ponga trabajo y esfuerzo personal, y el mismo se puede conseguir, al menos en Costa Rica, con facilidades de pago, por medio del sistema Bancario Nacional.- Claro es que si se quiere vivir en ciudad, cómodamente, y tener abandonados los campos, que son la fuente de riqueza, quedará más que presumir es una intención de no poseer.- - La producción de la tierra, dice OSCAR F. COCCA, está encaminada a satisfacer necesidades vitales, lo que le confiere fundamentalmente el carácter social que le es propia, el abandono, o la incuria en la explotación de la propiedad urbana difícilmente ocasione otra consecuencia que no sea el daño que sufrirá el propietario negligente o desatencioso. Pero la no explotación de los campos en un país no solo empobrecerá y perjudicará a los propietarios, sino que resquebrajará los propios cimientos de la economía nacional, por-

cuanto la falta de producción agraria privará la población de los bienes necesarios para su alimentación y en gran escala por lo menos para las necesidades de vivienda y vestido, ya que la producción agraria, conjuntamente con las industrias extractivas son las proveedoras de las materias primas necesarias ala industria y a la transformación.- -

205) Esta función social de laposesión, obliga a quienes deben interpretar el derecho, tener por abandonada y perdida la posesión, en aquellos casos en que ésta no es una posesión útil, (supra pág. 146) sobre todo cuando se trata de bienes inmuebles rústicos. (206) Muchos autores ven en

---

(205) La propiedad de la tierra a la luz del derecho constitucional argentino, Córdoba, 1952.-

(206) En principio se ha hablado más que nada de función social de la propiedad, así dice HERNANDEZ GIL que muchos siglos antes de que adquirieran boga las palabras "función social", la Iglesia y su doctrina predicaba la idea: teólogos y juristas San Agustín, Francisco Suarez, Soto, Luis Molina, Luis Vives, enseñaron la función social como utilización del derecho de propiedad en el bien comun (La propiedad en el derecho y en la realidad actuales, conferencia de las jornadas sociales, Madrid, 1947, págs. 120 y 121); vease también la propiedad y sus problemas actuales, de JOSECASTAN TO BEÑAS, discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales de septiembre de 1962, pág. 15, en el que se dijo: "Mas que la verdad es que la propiedad, como las demás instituciones jurídicas y acaso mas que ellas, sufre constantes transformaciones estructurales impuestas por las variaciones sociales y por las exigencias de cada momento histórico.-" "La humanidad,-dice SEBATIER- ha adquirido conciencia de que la propiedad que es solo materia no fructifica más que por el -

el plazo que fija el número 4 del 460 una pérdida de la posesión por prescripción, entre ellos MANRESA (207), CASTAN (208), CLEMENTE DE DIEGO (209), VILLARES PICO (210), también se expresa en este sentido el Diccionario de Derecho Privado (211).- En cuanto al número 4 del 460, dicen PEREZ GONZALEZ y AGUER, debe interpretarse prácticamente, pese a todas vacilaciones de los comentaristas en el sentido escue

---

trabajo del hombre; la mano de obra toma su revancha contra la sujeción que le había impuesto la mística de la propiedad (Les methamorfoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui, 2ª edición, Paris Dalloz, 1952, pág. 204, citado por CASTAN, ob. cit.).

(207) Ob. cit. pág. 279.-

(208) Ob. cit. pág. 171.-

(209) Ob. cit. pág. 384.-

(210) Ob. cit. pág. 482.-

(211) Apendice bajo la dirección de ALFONSO GARCIA VAL DECASAS, y con la colaboración de ESTEBAN GARCIA MORENCOS, JOSE MARIA RUIZ GALLARDON, ARTURO PEREZ MARTIN, Editorial Labor, 1963.-

to de extinción dá la acción posesoria que viene a ser coincidente con el artículo 1968 número 1 que señala el término de un año a la prescripción de la acción para recobrar o retener la posesión (c.f. también el artículo 1653 de la Ley de Enjuiciamiento civil que demuestrapá entemente que se trata de un término no de prescripción sino de caducidad) (212) HERNANDEZ GIL, ve en el número 4 del 460, una adquisición de la posesión por usucapión, así explica "La pérdida de la posesión aparece subordinada a la posesión de otro en tanto subsista durante más de un año.- Posesión y tiempo - (Más de un año) son los dos factores del modo adquisitivo - que es la usucapión.- Una usucapión referida a la posesión entraña la particularidad de que la posesión no es el supuesto de la adquisición (como lo es en la usucapión de los derechos reales), sino también el efecto jurídico resultante.- Una posesión que conduce a la posesión sería un contrasentido.- Más bien hay esto otro; un estado de hecho preposesorio

---

(212) Ob. cit. pág. 79.-

que, con el transcurso del tiempo, conduce a la posesión.- Y esta adquisición de la posesión por usucapión trae como consecuencia, además, la pérdida de la posesión.- No hay una pérdida directa por prescripción extintiva, la cual deriva, en cambio del transcurso del tiempo (art.1968,1º) "El más de un año" (la clásica posesión de año y día) cuando no expresa una mera actitud de abandono, sino una actividad dirigida a la posesión, desemboca en ésta; y la posesión así adquirida extingue a la precedente." (213) -

---

(213) La función social... ob. cit. págs. 92 y 93.  
Distinto criterio sostiene CARMELO DE DIEGO LORA, - este autor expone "Es preciso dejar constancia de que el poseedor -aparte del plazo de caducidad de la acción establecida por el artículo 1653 Lec. no podrá ver satisfecha su pretensión, por extinción de su situación jurídica aparente, cuando deje transcurrir año y día desde que se consumió el despojo.- Aquella situación jurídica anterior quedó extinguida con el nuevo hecho posesorio que ha traído, como consecuencia negativa, la extinción de la posesión primera, al haber transcurrido más de un año sin que este poseedor se encuentre en su posesión.- -  
Contra el despojante no es concedible, en tal situación, que prosperen los interdictos posesorios; ahora él queda favorecido por la nueva situación jurídica aparente.- No es que adquiera un derecho de posesión, por prescripción adquisitiva de año y día, como se ha venido entendiendo, sino que ha quedado extinguida la situación anterior por virtud del número 4 del artículo 460.- Y esto ocurre independientemente de que el nuevo poseedor sea el propio despojante u otro que haya venido después. de él, pues lo que hace que el interdicto no prospere -

APARENTE CONTRADICCIÓN DE LOS ARTÍCULOS  
441 y 444 CON EL Nº 4 DEL 460 DEL CÓDIGO  
ESPAÑOL.-

En realidad a primera vista parecen contradictorios los artículos 441 del Código civil español que dice que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, el número 444 que dice que los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia no afectan a la posesión, con el número 4 del artículo 460 que permite la adquisición, aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiere durado más de un año.- MANRESA dice que "firmar que los actos -

---

es la desposesión constante de año y día.- Por ello nos encontramos ante un despojante que no puede ser demandado en proceso interdictal como justa parte; más, en rigor, ello se debe, no a una falta de aptitud para ser legítimamente demandado, sino al contrario, por una falta de aptitud en el actor, que, al perder la posesión, quedó privado de su cualidad legítima de poseedor a efectos de interponer o plantear la pretensión interdictal de recuperar frente al que actualmente posee.-

violentos no afectan a la posesión y decir a renglón seguido que el poseedor por actos violentos adquiere la posesión por el transcurso de un año, no es ni más ni menos que un contra sentido y constituiría una violencia contra el sentido común. (214) GARCIA VALDECASAS (215) niega que hay violencia al sentido común pero admite el choque entre los preceptos mencionados; también apunta la contradicción BORRELL y SOLER. (216)- La posición constante de HERNANDEZ GIL, que busca la armonía de los artículos del código civil, se manifiesta en el siguiente razonamiento; "La conclusión establecida no la contradice el artículo 441 cuando previene que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello.-" Consagra el principio de la exclusión de la violencia.- Prima Facie se advierte un antag~~o~~nismo entre la posibilidad de adquirir y perder la posesión

---

(214) Ob. cit. pág.279.- Este autor observa la contradicción, pero no pretende una armonía, sino se inclina por aplicar el 444 y así dice; "O no hay contradicción entre esos artículos y el 460 o si la hay debe resolverse en favor del art. 444 sin que por esto creamos que la resolución sea la más justa.- Así también resolvía en este caso la ley 1ª título 11 l.º o 2º del fuero real que dejamos transcrito.-" Pero como observa el propio MANRESA, si ese poseedor no adquiere en un año, cando adquiere? él contesta que si la violencia constituye delito cuando haya prescrito el mismo y cuando no existiere delito se aplicaría el 460.-

(215) La posesión incorporal.. Ob.cit. pág. 418.

(216) Ob. cit. pág. 132.-

"aún contra la voluntad" (art. 460,4<sup>o</sup>) y la imposibilidad de adquirir violentamente la posesión mientras el poseedor se oponga (art 441). El intento de distinguir entre el acto violento y el contradictorio de la voluntad, considerando aquel como de más entidad, siempre reprimido, y el meramente contradictorio, como conducente a la adquisición o pérdida, no parece suficientemente explicativo.- En el fondo la violencia siempre implica un actuar en contra de la voluntad. Cabe otra manera de resolver el conflicto. De un lado, la oposición del poseedor, capaz de aniquilar la violencia, es la que lleva al ejercicio de las acciones protectoras; así es como se conjura eficientemente el ataque a la posesión. Y de otro lado, el acto violento por sí solo no podrá generar nunca la posesión (art. 441); pero si el afectado, aun manifestando una voluntad en contrario, no acude al amparo jurisdiccional y la situación se mantiene durante más de un año, se genera una posesión extintiva de la precedente, ya que no pueden coexistir dos posesiones fuera de los casos de indivisión (art. 445). (217)

---

(217). La función social... ob. cit. pag. 93.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, llegamos a las siguientes conclusiones:

I.- Que las legislaciones no definen lo que es el despojo.

II.- Que los pocos autores que intentan una definición, limitan o extienden su concepto, según la forma en que se realiza.

III.- Que en el derecho costarricense, despojo es privación consumada de la posesión pues el mismo lleva consigo la pérdida de la posesión; mientras que en el derecho español la pérdida de la posesión no se lleva a cabo sino un año después, por la posesión de otro.

IV.- Que la redacción del artículo 318 del Código civil de Costa Rica, plantea serios problemas de interpretación en cuanto el significado de "privación ilegal", pues el mismo puede interpretarse como privación sin derecho, o como privación por propia autoridad sin recurrir a los tribunales. Nos inclinamos por esta última tesis.

V.- Que el despojo en cosa inmueble puede llevarse a cabo por invasión o por exclusión, ya sea expulsando al poseedor, a sus representantes o a quienes se encuentren en el inmueble invadiendo el usurpador el inmueble o excluyendolo, cuando éste se encuentre ausente, clausurando la entrada.

VI.- Que se debe distinguir entre inquietación y despojo pues ello tiene importancia tanto en la legislación costarricense como para la española, pues la inquietación genera el interdicto de retener y el despojo el interdicto de recobrar. Las Audiencias Territoriales de España, tienen distinto criterio, acerca de si el equívoco, en la elección interdictal puede determinar o no el fracaso de la demanda. Para la legislación costarricense que dispone un régimen de unidad expresamente, pudiéndose prácticamente establecer un interdicto por otro o todos a la vez, la distinción tiene importancia para el juez a la hora de dictar el fallo, pues debe declarar con lugar el que proceda. La inquietación representa un entorpecimiento de la actividad posesoria pero no un desplazamiento de esa actividad, mientras el despojo significa privación consumada.

VII.- Que la primera distinción que debe hacerse - del despojo es el de simple o cualificado siendo este último el que se realiza por medio de violencia o en forma clandestina.

VIII.- Que el despojo violento tiene dos elementos, uno externo que son los actos materiales y otro interno que es la intención de que esos actos materiales vayan encaminados a despojar la posesión.

IX.- Que la violencia en el despojo tiene tres características: 1ª inicial, 2ª relativa, 3ª temporal.

X.- La violencia en el despojo la podemos clasificar en física y moral, activa y pasiva, directa e indirecta, contra las cosas y contra las personas.

XI.- Que en la doctrina española se discute si al referirse el artículo 444 de que los actos han de ser clandestinos y sin conocimiento del dueño, se están repitiendo conceptos o si bien dos son los requisitos. Nosotros pensamos que podría decirse que clandestinidad se refiere lo oculto al público y la frase sin cono-  
di-

miento del poseedor se refiere al caso concreto del -  
poseedor.

XII.- Que cuando media despojo clandestino, en la legislación costarricense se plantea el problema de determinar desde que momento comienza a correr el término para establecer la acción interdictal, si desde el comienzo de los hechos o desde que el despojo conste al despojado. Nosotros nos inclinamos por la primera tesis.

XIII.- Que puede realizarse el despojo por abuso de confianza o por inversión del título, cuando quien ha recibido la cosa con obligación de restituirla se niega a hacerlo, cuando teniéndose la posesión a nombre de otro se actúa en nombre propio o cuando se sustituye la simple tenencia por posesión. La legislación española al establecer el artículo 43 la presunción de que se sigue disfrutando la posesión en el mismo concepto que se adquirió y autorizar el desahucio no solo por precario, sino por infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato, viene a resolver en mejor forma los problemas que se presentan. En la legislación de Costa Rica no se establece el desahucio por infracción de las condiciones del contrato, lo que limi

ta los casos de desahucio; el despojado en tal situación, se encuentra protegido más bien por el juicio ordinario, en el que se puede ejercer también la acción publiciana y por la acción penal de usurpación por abuso de confianza.

XV.- Que el sujeto activo es la persona que realiza el despojo, pero no requiere una acción para despojar, sino que puede despojar no actuando, como cuando teniendo que devolver no lo hace.

XVI.- Que el sujeto activo puede realizar el despojo personalmente o mandar a realizarlo, a estos últimos los denominamos agentes del despojante y no están legitimados pasivamente.

XVII.- Que el artículo 323 del Código de Costa Rica da lugar a tres interpretaciones: 1ª.- Que la acción puede dirigirse contra el despojante y el tercer poseedor al mismo tiempo. 2ª.- Que puede dirigirse contra uno u otro en forma indiferente. 3ª.- Que debe dirigirse contra el que posea efectivamente la cosa, sea despojante o tercer poseedor. Nosotros consideramos más técnica esta última posición, pero no excluimos las o-

tras dos.

XVIII.- Que en la doctrina española se discute si está o no legitimado el tercer poseedor y los autores distinguen si se trata de un poseedor de buena o mala fe.

XIX.- Que la posesión no puede adquirirse en forma violenta es un gran principio en cuanto a su contenido ético pero es lo cierto, que aunque legalmente no puede adquirirse la posesión violentamente, como ésta es de carácter temporal, y al cesar la violencia, la posesión vuelve a ser legítima, de hecho se adquiere la posesión habiéndose empleado la violencia.

XX.- Que en la legislación costarricense se pierde la posesión inmediatamente después del despojo, mientras que en la legislación española, se pierde un año después de haber ocurrido el despojo, por la posesión de otro, - lo cual tiene explicación en el origen germánico del N<sup>o</sup> 4 del artículo 460.

BIBLIOGRAFIA

(Los números se refieren a la pagina)

- ALAS, LEOPOLDO. "De la usucapión", Madrid, 1916.- 97
- ALGUER, JOSE. "Anotaciones al "Tratado ENNECERUS,- KIPP, WOLFF, "Tratado de Derecho Civil" Tomo III, derecho de cosas, Barcelona 1944.-m 27, 44, 92.
- ALVAREZ ABUNDANCIA, RICARDO. "Protección interdictal de la coposesión". Revista de Derecho Privado, pag . 437, 1950.- 60.
- ALVAREZ-LINERA URIA, CESAR. "Notas sobre el precario y los interdictos". Revista de Derecho Procesal, pag 233 y ss. 1961.- 126.
- ALVAREZ, URSICINO. "Curso de Derecho romano" tomo I Madrid, 1955.- 13, 14.
- ALLENDE, GUILLERMO L. "La posesión", Buenos Aires, Argentina, 1959.- 40.
- ARANGIO-RUIZ, VICENZO. "Istituzioni di diritto romano" 11ª ed. Napoli, 1952.- 20.
- ARIAS RAMOS, J. "Derecho Romano". Apuntes didácticos para un curso. Parte general. Procedimientos. Derechos reales. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid-1940.- 9,10, 12, 13, 16, 17, 21.
- AUBRY, C. "Droit Civil Francais" D'Apres le Methode de Zachariae. avec C. Rau. tome deuxieme. París. -- 167.
- BARASSI, LODOVICO. "Diritti reali e possesso" Milano, -

Edición Guiffre. Tomo I. 1952.- 160

BARASSI, LODOVICO. "Instituciones de Derecho Civil" Traducción y notas de comparación al Derecho español por RAMON GARCIA DE MARO DE GOYTISOLO.- Bosch. Editor. Barcelona, 1955, vol. II.- 41, 42.

BENSA, PAOLO EMILIO. Notas a WINDSCHEID, en "Diritto de le pandette", t.I, 1925.- 31.

BISCARDI, ARNALDO. "La protezione interdittale nel processo romano". CEDAN, Casa Editrice Dott. Antonio Miliani, Padova, 1938.- 14.

BOGGIO, RENE. "Fundamentos de Derecho Rural" Lima, 1943. 141.

BONNECASE, JULIEN. "Elementos de Derecho civil". Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla, Mexico, 1945. tomo I 123.

BORRELL Y SOLER, ANTONIO M. "Derecho civil español". Derechos reales. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1955, - tomo II.- 126, 202.

BRUGI, BIAGIO, "Instituciones de Derecho civil", traducción de la 4ª edición italiana por JAIME SIMO BOFARULL.- Mexico, 1946.- 159.

BRENES CORDOBA, ALBERTO.- "Tratado de los bienes". Editorial Costa Rica, San José, 1963.- 97, 106, 117, 175, 182

BUEN, DEMOFILO DE. Anotaciones a COLIN y CAPITANT, en curso Elemental de Derecho Civil, Reus, 1923, tomo II, vol - II.- 79, 80, 101.

BUEN, DEMOFILO DE. "De la Usucapión", Madrid, 1916.- 97.

- BURON GARCIA, GREGORIO. "Derecho civil español" 1900,-  
tomo II.- 132.
- CABANELLAS, GUILLERMO. "Diccionario de derecho usual"  
5ª edición, Madrid, 1963.- 64.
- CAPITANT, H. "Curso Elemental de Derecho Civil" con -  
Colin. Traducción de la Revista General de Legislación  
y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil, por  
DEMOFILO DE BUEN. Editorial Reus, S. A. 1923.- 80.
- CASSO ROMERO, IGNACIO DE. "Derecho hipotecario o del -  
Registro de la Propiedad. Tercera edición. Madrid, -  
1946.- 132.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE, "Derecho civil español, común y  
foral". Décima edición. Instituto Editorial Reus. Ma-  
drid, 1964. Tomo II. vol I.- 105, 105, 130, 173.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "La propiedad y sus problemas -  
actuales", Discurso leído en la solemne apertura de  
los tribunales, 15 de setiembre de 1962. Editorial -  
Reus, Madrid, 1962.- 197.
- CASTRO BRAVO, FEDERICO DE, "Derecho civil de España"  
Parte general, Introducción del Derecho Civil. tomo  
I.- 3ª edición. Madrid, 1955.- 23.
- CERTAD, LEONARDO. "La protección posesoria", Caraczs  
1964.- 87.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. "Instituciones de Derecho  
civil español" Librería General de Victoriano Suarez,  
Madrid, 1945. Tomo I.- 173.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. "Sobre la idea de la pose-  
sión en el jesuita LUIS MOLINA. Revista de Derecho -  
Privado. 1921. pag. 289, tomo VIII.- 105.

COCCA, OSCAR E. "La propiedad de la tierra a la luz del Derecho constitucional argentino" Imprenta de la Universidad de Córdoba. 1952.- 196.

COLIN, AMBROSIO. "Curso elemental de Derecho civil" con H. CAPITANT.- Traducción por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con Notas sobre el Derecho civil español por DEMOVILO DE BUEN. Editorial Reus. S. S. 1923. 80.

CONDE- PUMPIDO FERREIRO, CANDIDO. "El concepto de interrupción legal de la posesión" Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1952, pag. 169.

DIEGO LORA, CARMELO DE. "La posesión y los procesos posesorios. Vol. I y II. Ediciones Rialp S. A. Madrid, 1962.- 81, 130, 200.

D'ORS, ALVARO. "Elementos de Derecho privado romano" Pamplona, 1960. 3.

DUMAS, AUGUSTE, en "Dictionnaire de Droit canonique" Dalloz XXXVII, Paris, 1958. 30

ENNECCERUS, LUDWIG, "Tratado de Derecho civil" con THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF. Tomo III. Traducción de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PEREZ GONZALEZ y JOSE ALGUER. Bosch, Casa editorial. Barcelona, 1944. 27, 44.

ESPIN CANOVAS, DIEGO. "Manual de Derecho civil español" - Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, - 1960.- 176.

ESPIN CANOVAS, DIEGO. "La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español". Publicaciones de Derecho

civil de la Universidad de Salamanca, 1965.- 176.

ESPIN, DIEGO E. "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapion". Revista de Derecho Privado 1943. Tomo xxv, pag. 593.

ESTANYOL Y COLOM, JOSE. "Instituciones de Derecho canónico. Imprenta y Litografía de José Currill y Sala 1893.- 32.

FADDA, CARLO. Notas a WINDSCHEID, en "Diritto de le - pandette. Tomo I. 1925.- 31.

FEDELE, ALFREDO. "Possesso ed esercizio del diritto", Torino, 1950. G, Gapichelli Editore. 187.

FERRER MARTIN, DANIEL. "El precario y el juicio de desahucio por causa de precario". Revista de Derecho Privado. 1952. pag. 303 y ss.- 125.

FUENTES TORRE-YSUNZA, JUAN B. "El artículo 41 de la ley hipotecaria". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1949.- 133.

GARCIA VALDECASAS, ALFONSO. Director de "Apendice al Diccionario de Derecho Privado" con la colaboración de ESTEBAN GARCIA MORENCOS, JOSE MARIA RUIZ GALLARDON y ARTURO PEREZ MARIN. Editorial Labor S. A. 1963.- 198

GARCIA VLADECASAS, GUILLERMO. "La posesión incorporal del despojado y la posesión de año". Revista de Derecho Privado. Pag. 337. 1948.- 10, 11, 12, 19, 20, 21 25, 27, 29, 32, 44, 147, 149, 154, 202.

GARCIA VALDECASAS, GUILLERMO. "La posesión" Universidad de Granada, 1953.- 70.

GARCIA VALDECASAS, GUILLERMO. "La acción publiciana -

en nuestro derecho vigente". Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1948.- 130.

GARCIA VALDECASAS, GUILLERMO. "La doble naturaleza de la posesión" Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1954, - tomo VII. fasc. II. pag. 309.- 183.

GENTILE, FRANCESCO SALVIO. "Il possesso nel Diritto - civile. Napoli, 1956. 160.

GIERKE, OTTO. "Deutsches privatrecht" Leipzig, 1905. 187 y ss. ( Cit. García Valdecasas).- 24

GIMENEZ, ARNAU, ENRIQUE. "La inscripción de posesión" Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1944 , pag. 235.- 81.

GIMENO GAMARRA, RAFAEL. "La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1947, pag. 673. 133.

GIMENO GAMARRA, RAFAEL. "La posesión de las cosas arrendadas y su defensa interdictal." Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio, 1946. pag. 657 156.

GOMEZ, EUSEBIO. "Tratado de Derecho penal " Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. 1941. Tomo IV. 113

GOMEZ, JOSE. "Elementos de Derecho civil Mexicano". - Mexico 1943. Tomo II.- 182.

GUASP, JAIME, "Derecho Procesal Civil". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956.- 60.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La función social de la posesión". Discurso leído el día 17 de abril de 1967, en su recepción pública como académico de número. Madrid, 1967.- 3, 4, 135, 138, 162, 175, 199, 203.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "Algunos problemas en torno a la posesión". Información Jurídica, 1951, pag. 606.- - 183.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de "privación ilegal". Revista de Derecho Privado, 1944.- 28.-

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil. Revista de Derecho Privado, 1945 pag. 413.- 28.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad en el Derecho y en las realidades actuales". El orden social moderno. Conferencias de las jornadas sociales, organizadas por el Consejo Superior de HH de AC. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.- 197.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "El concepto del Derecho Civil" Revista de Derecho Privado 1943. pag. 393.- 1

HERNANDEZ-TEJERO, JORGE, FRANCISCO. "Derecho Romano" - Escelicer S. A. Madrid, 1959.- 9, 10, 12, 16, 17, 21

IGLESIAS CUBRÍA, MANUEL. "Evolución histórica del concepto de posesión" Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho 1955.- 4.

IGLESIAS CUBRÍA, MANUEL. "De nuevo sobre la naturaleza, jurídica de la posesión". Revista de Derecho Privado , 1949,- pag. 630.- 183.

IGLESIAS, JUAN. "Derecho romano". 4ª edición. Ediciones Ariel. Barcelona, 1958.- 9, 10, 16, 17, 18, 21.

IHERING, RODOLFO VON. "La Posesión." I. El fundamento de la protección posesoria. II. La voluntad en la posesión. Versión española de ADOLFO POSADA, Editorial Reus S. A. Madrid, 1926.- 4, 6, 7, 8, 9, 184.

JORS-KUNKEL, PAUL. "Derecho privado romano." Edición totalmente refundida por WOLFGANG KUMKEL, traducción de la 2ª edición alemana por L. PRIETO CASTRO. Barcelona, Editorial Labor, 1937.- 16.

JOSSERAND, LOUIS. "Derecho Civil." Revisado y completado por ANDRE BRUN. Traducción de SANTIAGO CHUNCHILLOS Y MANTEROLA/ Ediciones jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. 1950.- 78, 97.

KIPP, THEODOR. "Tratado de derecho civil", con ENNECERUS y WOLFF. Tomo LII. Traducción de la 32ª edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por BLAS PERZ GONZALEZ y JOSE ALGUER. 1944.- 27, 44.

LAFAILLE, HECTOR. "Derecho civil. Tratado de los derechos reales". Ediar. Buenos Aires. 1943.- 40.

LATOUR BRUTONS, JUAN. "El desahucio por precario." Revista de derecho judicial. 1960, número 4, pag. 115. 126.

LAURANT, F. "Principes de Droit Francais." Bruylant, - christophe y Cª Editeurs, 1878. Bruxelles, 3ª edición.- 78.

LENEL, OTTO. Essai de Reconstitution de "L'édit Perpétuel". Ouvrage traduit en français par FREDERIC PELTIER Tomo Deuxième. Librairie de la A Société de Recueil général Des Lois y des Arrêts.- 16, 17.

LOIS ESTEVES, JOSE. "Sobre la esencia de la posesión, - concepto jurídico." Anuario de Derecho Civil, 1953, tomo VI. Pag. 441.- 121.

LOPEZ HERNANDEZ, GERARDO. "Sobre la tutela penal del patrimonio. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales . Madrid, 1965.- 76

LLERENA, BALDOMERO. "Concordancias y comentarios del - Código civil argentino". Tercera edición. Tomo VII. Librería y Editorial "La Facultad" Buenos Aires, 1931.- - 90, 109.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. "Comentarios al Código - Civil español". 5ª Edición. Corregida y Aumentada, Madrid. Editorial Reus. S. A. 1931 tomo IV.- 88, 100, - 107, 165, 166, 192, 201.

MARTIN PEREZ, ANTONIO. "La posesión". Derechos reales - I. Doctrinas generales. Editorial Noticiero. S. A. Zaragoza, 1958.- 24, 28, 29, 31, 153.

MARTI Y MIRALLES, JUAN. "Spoliatus ante omnia restitendus". Conferencias dadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona durante el curso 1909 a 1910. Revista jurídica de Cataluña, 1911.- 32,33,34 , 35, 90, 92, 93, 100, 112, 168.

MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LEON; MAZEAUD, JEAN. "Lecciones de Derecho civil". Traducción de LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Parte segunda.- Vol IV.- 121, 122.

MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Tomo III Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.- 105,

MORENO MOCHOLI, MIGUEL. "El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria". Revista de Derecho Privado 1958, tomo 32, pag. 1062.- 129

MORINEAU, OSCAR. "Los derechos reales y el subsuelo en México. Fondo de Cultura Economica. México, 1948.

MORINEAU, OSCAR. "El estudio del Derecho". Editorial - Porrúa, México, 1953.- 182.

MOZOS, JOSE LUIS DE LOS. "Tutela interdictal de la posesión." Editorial de Revistade Derecho Privado". Madrid, 1962.- 10, 18, 21, 93, 154.

MUÑOZ, LUIS.- "Elementos de Derecho civil mexicano" - 1943, tomo II.- 182.

MUÑOZ LAGOS, RAFAEL. "Hechos y derecho en el documento público". Publicaciones del Instituto Nal. de Estudios Jurídicos. Madrid, 1960.- 25

MUÑOZ LAGOS? RAFAEL.- "Realidad y Registro". Revista - General de Legislación y Jurisprudencia.- 1945. pags . 414 - 428.- 82.

PACHIONI, JUAN. "Manual de Derecho Romano" Traducción de ISIDORO MARTIN MARTINEZ y ANTONIO REVERTE MORENO .- Librería Santaren, Valladolid, 1942.- 17, 20.

PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho procesal - civil". + 3ª Edición. Editorial Porrúa. S. A. Mexico, 1960.- 42.

PARRA, RAMIRO ANTONIO.- "Acciones posesorias". Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Caracas, 1956.- 58.

PEREZ GONZALEZ, BLAS. Anotaciones a ENNECCERUS, KIPP, y WOLFF, en "Tratado de Derecho Civil", con " JOSE ALGUER Barcelona, 1944.- 27, 44, 92, 153, 154.

PEREZ TEMPLADO, JUAN. "La proteccion posesoria del arrendatario, del Aparcero y del cooperador agrícola". Revista General del Derecho. 1952. pag. 625.- 156.

PESCIO, VITORIO. "Manual de Derecho Civil". Editorial jurídica de Chile. 1958.- 118.

PETIT, EUGENIO. "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editora Nacional S. A. México, D. F. 1952, tomo I.- 36

PICADO, ANTONIO. "Explicaciones a las reformas del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica. San José - Costa Rica, 1934.- 119.

PINA, RAFAEL DE. "Elementos de Derecho civil mexicano" - Segunda edición. Editorial Porrúa S. A. México, 1962, - Vol. II.- 140.

PLANIOL, MARCELO. "Tratado Práctico de Derecho Civil - Francés". con JORGE RIPERT. Traducción española del Dr. MARIO DIAS QUIROZ. Tomo III. Los bienes. con el concurso de MAURICIO PICAR. Editor Juan Buxo. Habana 1930.-- 43, 72, 78,83,97, 116, 117, 122, 181.

PLANITZ, HANS. "Principios de Derecho Privado Germánico" Traducción directa de la tercera edición por CARLOS MELON INFANTE. Bosch, Casa editorial. Barcelona 1957.- 23, 24 26, 27, 29.

PLAZA?, MANUEL DE LA. "Derecho Procesal Civil español" Editorial Revista de Derecho Privado. Vol. II. Madrid - 1943.

- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO. "Derecho Procesal civil" Segunda parte. Tomo II.- Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.- 45.
- PUIG BRUTAU, JOSE. "Fundamentos de Derecho civil" Derecho de cosas. Tomo III. Bosch. Casa Editorial. Barcelona 1953.- 118.
- PUIG PEÑA, FEDERICO. "Tratado de Derecho civil español" Derechos reales. Tomo III. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado.- 130
- RAMOS, ENRIQUE R. " De la usucapion" con ALAS y DE BUEN, Madrid, 1916.- 97.
- RAU, C. "Droit civil francais. D'apres la Methode de Zachariae. Tome deuxieme, Paris. avec, AUBRY.- 167
- RECASENS SICHES, LUIS. "Vida humana, sociedad y derecho" Editorial Porrúa S. A. Mexico, 1952.- 180.
- RICCI, FRANCISCO. "Derecho Civil Teórico y Práctico" Traducción de ADOLFO POSADA. Tomo XI. La España Moderna. Madrid.- 87, 89, 94, 97, 99, 103, 110 .
- RIOS SARMIENTO, JUAN. "Manual de Interdictos ". J. M<sup>a</sup> Bosch. 1958.- 2, 152.
- RIPERT, JORGE. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés con MARCELO PLAN IOL. Traducción española del Dr MARIO DIAS CRUZ. Tomo III. Los bienes. Con el concurso de MAURICIO PICAR. Editor Juan Buxo. Habana. 1930.- 43, 72, 78, 83, 97 116, 117, 122, 181.

RIVAROLA, RODOLFO. "Instituciones de Derecho Civil Argentino" " Segunda edición. Editorial Kapelusz y Cía . Buenos Aires, 1941.- 113.

ROCA SASTRE, RAMON M<sup>a</sup>. "Derecho hipotecario" tomo I - Bosch, casa editorial. Barcelona, 1948.- 132, 140

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, FEDERICO. "La posesión como objeto de los interdictos de retener y recobrar." Centenario de la Ley de Notariado. Sección tercera, vol II. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962.- 81, 156.

ROJAS PELLERANO, HECTOR F. "El delito de usurpación".- Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1960.- - 58, 64, 66, 75, 127, 189.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho civil mexicano". México, 1949. 2<sup>a</sup> ed. tomo III. - 169, 170.

ROTONDI, MARIO, "Instituciones de Derecho Civil" Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español -- por FRANCISCO F. VILLAVICENCIO. Editorial Labor S. A - 1953.

ROTONDI, G. "Possessio quae animo retinetur, Contributo alla dotrina classica e postclassica del possesso e del "animus possidendi", Bulletino dell Insituto di Diritto romano, XXX, 1921. ( cit. GARCIA V.) .- 22.

RUBIANES, CARLOS J. "El delito de usurpación" con ROJAS PELLERANO. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1960.- 58, 64, 66, 75, 127, 189.

RUFFINI. "La actio spoliee" Torino, 1889. cit GARCIA V. 30, 31.

RUGGIERO, ROBERTO DE. "Instituciones de Derecho civil" Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRA NO SUÑERA y JOSE SANTA CRUZ TEIJERO. Instituto Editorial Reus. Madrid.- 3, 72, 78, 86, 96, 97, 110.

SABATIER. "Les methamorfoses economiques et sociales - du droit civil d'aujourd'hui" Paris, Dallos, 1952. cit - por CASTAN.- 198.

SALAMERO CARDO, JOSE. "Artículo 41 de la Ley Hipotecaria". Colección Nereo, Barcelona, 1963.- 60, 69, 143 152.

SALEILLES, RAYMUNDO. "La posesión" Elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán. Traducción de J. M. NAVARRO DE PALENCIA.- Libre - ría General de Victoriano Suarez.- 1909.- 10,

SALVAT, RAIMUNDO M. "Tratado de Derecho civil argentino" Derechos reales. Actualizada por SAFANOR MURILLO CORVALAN. Tea, Buenos Aires.- 40.

SANCHEZ ROMAN, FELIPE. "Estudios de Derecho civil" tomo III. Segunda edición. Estudios tipográficos Sucesores - de Rivadeneira. 1900.- 100, 166.

SANCHO SERAL. "Derecho Patrimonial" Bibliográfica Universitaria. Sin fecha. 130.

SANZ FERNANDEZ, ANGEL. "Instituciones de Derecho hipotecario, Madrid, 1947.

SANTA CRUZ TEIJERO, JOSE. "Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.- 131.

SAVIGNI, FEDERICO CARLO DI. "El Diritto del possesso" Tradotto in italiano dal alb. PIETRO CONTICINI, 1839.- 4, 5, 6.

SCAEVOLA, Q MUCIUS. "Código civil" Comentado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial. tomo VIII. Imprenta de Ricardo Rojas. 1893.- 102, 192.

SEGOVIA, LISANDRO. "El Código civil de la república - Argentina". Buenos Aires, 1881.- 40.

SENTIAS BALLESTER, CESAR. "Tratado práctico de interdictos". Colección Nereo, 1962.-46, 74

SILVA MELERO, VALENTIN. "Ilícitud Civil y Penal" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero 1946 pag. 5.- 76.

SOHM, RODOLFO. "Instituciones de Derecho Privado Romano". Historia y sistema. 17<sup>a</sup>. Corregida por L. MITTEIS y sacada a la luz por L. WENGER. Traducción del Alemán por W. ROCES. Madrid, 1928.- 9, 13, 16, 131.

SOLER, SEBASTIAN. "Tratado de Derecho Penal Argentino" Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.- - 65, 189.

SOTELA MONTAGNE, ROGELIO. Comentarios y notas a BRENES CORDOBA, en "Tratado de los bienes" Editorial Costa Rica, San José, 1963.- 107.

SOTO NIETO, FRANCISCO. "La legitimación pasiva en los interdictos." Boletín de Información del Ministerio de Justicia. N<sup>o</sup> 370, año XI. 5 de abril de 1957, pag.8 y ss.- 156.

TERUEL CORRALERO, DOMINGO. "Infracción penal y responsabilidad civil". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1958.- 76

TUHR, ANDREAS VON. "Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Aleman". Traducción de T. Ravá. Buenos Aires, 1946. Editorial De Palma.- 56.

VALIENTE NOAILLES, LUIS M. "Derechos reales y privilegios". Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.- 76, 181.

VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. "Tratado de Derecho civil español". Derechos reales, tomo II, parte especial tercera edición, Talleres Tipográficos Cuesta, 1925.- 84, 101, 130.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B. "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre y Diciembre, 1947.- 92, 122, 134, 154.

VIADA LOPEZ- PUIGGERVER, CARLOS. "Objeto de los interdictos posesorios". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Nº 259, pag. 753, 1949.- 156.

VIADA LOPEZ- PUIGGERVER, CARLOS. "Legitimación activa y pasiva en los interdictos". Anuario de Derecho Civil 1955.- Pag. 791.- 100.

VILLARES PICO, MANUEL. "La posesión y el Registro". - Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1947. pag 409 y ss.- 138, 181

WINDSCHEID, BERNARDO. "Diritto de le Pandette" Traducción italiana de CARLO FADDA y PAOLO EMILIO BENZA. t. I. 1925.- 16.

WOLFF, MARTIN.- Tratado de Derecho Civil, con LUDWIG ENNECCERUS y THEODOR KIPP, tomo III. Traducción de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación española, por PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Bosch, 1944.- 27, 44, 59, 70, 73, 89, 90.

## INDICE

Introducción.

### CAPITULO I

#### Despojo de la posesión en el Derecho romano

Importancia de su estudio.....	1
Posesión Romana: animus y corpus.....	3
Pérdida de la posesión.....	9
Conservación de la posesión solo animo.....	10
Despojo violento, precario y clandestino.....	13
Protección posesoria.....	13
Interdicto de retener la posesión... 1.....	15
Interdicto para recuperar la posesión .....	17
Interdictum de precario.....	19
Interdictum de clandestinae possessionis.....	20
Período justineano.....	20

### CAPITULO II

#### Despojo de la posesión en el Derecho germánico

Importancia de su estudio.....	23
El despojo en la gewere.....	23
Gewere ideal y corporal.....	26

### CAPITULO III

#### Despojo en el Derecho canónico

La exceptio spolii y la actio spolii.....	30
Bienes que tutela.....	31
Contra quienes puede dirigirse.....	32
Excepciones.....	32

### CAPITULO IV

#### CONCEPTO DE DESPOJO

Simple y cualificado.....	36
Otras legislaciones.....	39
Doctrina española y costarricense.....	43
Privación ilegal.....	46
Despojo por invasión y despojo por exclusión.....	57
Distinción entre inquietacion y despojo.....	60

### CAPITULO V

#### Despojo violento

Concepto e importancia.....	74
Elementos de la violencia.....	88
Características de la violencia.....	78
Clasificaciones de la violencia .....	86
Fundamento de la ilegitimidad de la violencia....	88

## CAPITULO VI

### Despojo clandestino

Concepto.....	96
Características.....	96
Legislaciones española y costarricense.....	98
El despojo clandestino y la acción interdictal...	104
Despojo clandestino y adquisición de la posesión.	111

## CAPITULO VII

El despojo por abuso de confianza o inversión del título.....	113
--	-----

## CAPITULO VIII

### Los Sujetos del despojo

Sujetos activo y pasivo en orden a su actuación...	128
Sujeto activo.....	134
Los agentes del despojante.....	142
Terceros de buena y mala fe.....	144

## CAPITULO IX

### El despojo como determinante de la adquisición y pérdida de la posesión

Adquisición de la posesión.....	158
Pérdida de la posesión.....	173
La posesión de má de un año.....	192
Aparente contradicción de los artículos 441,y 444	

con el nº 4 del 460. del Código español.....	201.
CONCLUSIONES.....	204
BIBLIOGRAFIA.....	210