

Summer March 31, 2012

# SISTEMAS POSESORIOS CON REFERENCIA DEL CÓDIGO CIVIL DEL PERU

Nikolay Mosquera Rojas

## SISTEMAS POSESORIOS CON REFERENCIA AL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ

Nikolay Mosquera Rojas<sup>(\*)</sup>

---

Fecha de publicación: 31/03/2012

*“Ser propietario de una cosa y no tener la posesión de ella es lo mismo que no serlo, es tener una propiedad lítica, desprovista de todo interés práctico.”*

IHERING

**Sumario:** I. Aspectos Generales .II .Teorías de la Posesión (Elementos de la Posesión).1. Teoría de Savigny. 1.1.-El Animus de Savigny 1.2.-El Corpus de Savigny. 2. Teoría Objetiva de Ihering .2.1.-El Animus de Ihering .2.2.-El Corpus de Ihering .2.3.-El Problema del Animus Domini en la Teoría de Ihering .3.La Posesión.

**Resumen:** El presente estudio tiene como propósito remarcar la importancia de la teoría de la posesión como marco conceptual de indudable aplicación a la usucapión.

**Palabras clave:** Posesión, Tenencia, Animus Domini, Animus Rem Sibi habendi, Iuspossessionis, Iuspossidendi, Ihering, Savigny.

---

<sup>(\*)</sup> Abogado por la Universidad San Luis Gonzaga de Ica.  
Correo Electrónico: [nikolaymcivilaw@hotmail.com](mailto:nikolaymcivilaw@hotmail.com)

## I. ASPECTOS GENERALES

La posesión<sup>1</sup> puede ser el sustrato material de ciertos derechos reales o bien puede servir para que opere la adquisición originaria de un derecho real. El modo originario y el derivativo son medios mediante el cual se adquiere el derecho, el primero requiere que no existe una relación preexistente entre el anterior titular y el nuevo en cambio en el segundo si, por ende son hechos ambos que permiten la adquisición de un derecho donde la relevancia de la diferencia entre título y modo cobra importancia<sup>2</sup>.

Al tocar el tema de la posesión se hace referencia a la diferencia entre el *Ius possessionis* (Derecho de Posesión) del poseedor inmediato y el *Ius possidendi* (Derecho a la Posesión) del poseedor mediato, ambos poseedores en diferentes ámbitos (Superposición de posesiones, figura

---

<sup>1</sup>La posesión tiene dos efectos jurídicos que todos los ordenamientos protegen que son los interdictos y la usucapión. Los cuales plantean problemas prácticos a decir ; a quien le corresponde la legitimación activa en el interdicto , segundo quien está legitimado a usucapir “(...) No existe en el derecho romano más que dos efectos que puedan atribuirse a la posesión considerada en si misma independientemente de la propiedad: la usucapión y los interdictos.(...).Es, pues, la posesión misma independientemente de toda otra relación legal, la que produce la usucapión y por consiguiente la adquisición de la propiedad. Después vino a unirse como suplemento la prescripción de largo tiempo (*longitemporis prescriptio*), es decir una escepcion contra la acción reivindicatoria (*reivindicatio*), cuyas condiciones eran en gran parte las mismas que las de la usucapión, y en la cual la posesión era tratada de la misma manera, de suerte que ya en el antiguo derecho no es necesario considerar la posesión con respecto a la usucapión bajo otro punto de vista que con respecto a la prescripción de largo tiempo .En todos estos casos Justiniano ha concedido una verdadera propiedad ,no se puede hablar ya en derecho romano nuevo más que de la usucapión ,ya se exijan tres años , ó diez , o´ veinte , ó treinta. Verdad es que no se da en ninguna parte el nombre de usucapión a prescripción de treinta años ; pero es muy conveniente darle también este nombre porque como cualquier otra , produce la propiedad .No existe tampoco otro título con que designarla , ni aun en el tiempo de los jurisconsultos que vivieron en la época de Justiniano .El segundo efecto producido por la posesión es el derecho a los interdictos, los cuales están con la posesión en la relación siguiente: no constituyendo la posesión por sí misma una razón legal, las alteraciones que experimenta no son la lesión de un derecho, ni pueden serlo sino cuando perjudican a otro derecho al mismo tiempo que la posesión.(...)” .SAVIGNY, Frederic Charles de, Tratado de la Posesión (según los Principios del Derecho Romano ), Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid , 1846, pág. (7-8)

<sup>2</sup> Nicola Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, Traducción al Castellano de la 4ed.Italiana por Felipe J. Tena, Licenciado en Derecho y Revisada por el prof. Leonardo Coviello, Perú: Ara Editores, 2007, pag.369.La adquisición del derecho puede ser originaria o derivativa, distinción importante para la aplicación de la *regla nemo plus iuris in alium transferre , quam ipse habet* , que se refiere únicamente a las adquisiciones derivativas. Por adquisición originaria ya no debe entenderse la adquisición de un derecho que no existía antes a favor de otro, como por adquisición derivativa tampoco debe entenderse exclusivamente la adquisición de un derecho preexistente.

admitida en sistemas posesorios como el nuestro). Debemos dejar en claro que el *Ius possessionis* es motivo de protección (por medio de los interdictos), al margen que exista un derecho real que le asista al que la detenta. Lo que se protege es a la posesión considerada en sí misma sea que el que la reclamase fuese el propietario o un usurpador.<sup>3</sup>

El código Civil Peruano en el libro de Derechos reales no regula la tenencia como si lo hace el Código Argentino la razón de ello, es que el primero desecha la tenencia y se acoge a la clasificación germana de posesión mediata e inmediata

“(…) Otros Códigos, como el alemán, suizo (…) borran esta distinción [entre tenencia y posesión] y llaman poseedores a los que tienen un poder de hecho sobre la cosa [Art.896 del Código civil peruano]. En consecuencia, eliminado el animus domini, para estos cuerpos legales, el locatario es poseedor, pues tiene ese poder de hecho. Mas recurren a otras clasificaciones (…) y, en materia de usucapión exigen que el poder de hecho se tenga "a título de propietario" o "como propietario", es decir, hacen reaparecer el animus domini [Es el caso del ordenamiento peruano que en materia posesoria se inspira en el sistema posesorio Germánico]<sup>4</sup>”

La diferencia entre posesión y tenencia en sistemas posesorios inspirados en Savigny es el conocido animus domini o sea la intención de comportarse como señor de la cosa no reconociendo en otro señorío superior. Los comentaristas del código civil Argentino que en materia posesoria reciben la influencia de Savigny; establecen de 3 a 4 tipos de clasificaciones que surgen de la relación del hombre con las cosas, en estas líneas que siguen hablaremos de dos ellas<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Esta diferencia cobra relevancia práctica en la distinción entre interdictos y acciones posesorias. Exp. N° 645-90-La Libertad, Primera Sala Civil de la Corte Suprema de la República: "En materia de defensa posesoria se distinguen las acciones posesorias que corresponden a quienes tienen derecho a la posesión, de los interdictos que corresponden a los poseedores inmediatos, para defender su posesión, sin entrar a considerar si tienen derecho o no a la posesión". Savigny desde sus épocas nos habla de esta dicotomía entre *ius possessionis* y *ius possidendi* al empezar su obra esto es importante en nuestro ordenamiento para diferenciar las acciones posesorias y los interdictos “De ahí que en esta obra en que establecemos una teoría jurídica de la posesión no se tratara más de los derechos de posesión (*ius possessionis*) y de ningún modo del derecho de poseer (llamado por los jurisconsultos modernos *ius possidendi*) que pertenece a la teoría de la propiedad.” SAVIGNY, ob.cit, pág. 6.

<sup>4</sup>Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, Buenos Aires, Editorial Zavalia, Séptima Edición Actualizada, 2004, Tomo I, pag115.

<sup>5</sup>Mayoritariamente, los juristas contemporáneos coinciden en afirmar que las relaciones de hecho son las siguientes: a) posesión; b) tenencia; c) las que se establecen en razón de vínculos de dependencia, de hospitalidad u hospedaje (llamados servidores de la posesión), y d) yuxtaposición local. Kipper( Director) y Leandro S.Picado (Autor), Código Civil Comentado, Derechos Reales, Buenos Aires –Argentina , Rubinzal-Culzoni Editores , 2004, Tomo I ( Art.2311 a 2360), pág. (147-148).

Para evitar confusiones nuestro sistema posesorio, da por sentado que el animus está mezclado en el corpus, por ende la posesión en nuestro ordenamiento positivo no exige un animus domini para calificarla como tal, por ello estas clasificaciones que hago a modo ejemplificativo tienen como finalidad un mayor entendimiento de la fenomenología posesoria.

La primera de ellas:

#### A. Yuxtaposición Local

- Es toda relación que se establece con la cosa en la que hay ausencia de voluntad
- Bien se carece de un mínimo de voluntad.
- No es normado por el derecho positivo

Ejemplos:

- El preso que se encuentra respecto de las cadenas o grilletes que lo atan
- Cuando a una persona se le coloca un objeto estando está dormida
- El caso del niño, demente o cualquier persona que carezca de voluntad relevante para ser calificada como merecedora de efectos jurídicos

#### B) Tenencia<sup>6</sup>

- Se tiene el corpus más no el animus:
- Se ejerce un poder efectivo sobre la cosa
- Aquí se encuentra el locatario y el comodatario que reconocen la posesión en nombre de otro en virtud de un derecho personal (tenencia con interés por parte del tenedor).

Aquí se encuentra el depositario y el mandatario (tenencia desinteresada)  
[Hacemos referencia al ordenamiento jurídico argentino, que se adhiere a la

---

<sup>6</sup>Caracterizada como el poder efectivo sobre la cosa, pero reconociendo que la posesión se ejerce en nombre de otro, admite distintos grados: i) cuando se tiene la cosa en virtud de un vínculo de dependencia, como el obrero respecto de las herramientas de su principal o el encargado de un edificio, respecto del departamento para su vivienda y los muebles que se le suministran; 2) en el contrato de hospedaje es la posición de quien se aloja en un hotel, por ejemplo, respecto de los muebles y útiles de la habitación, toallas, sábanas, etc., y 3) contacto con la cosa, con voluntad de utilizarla o servirse de ella en forma circunstancial(...).Néstor Jorge Musto , Derechos Reales ,Editorial Astrea ,Ciudad de Buenos Aires , 2000,Tomo I, pág. 146.

El Art.2352 del código civil argentino contiene la definición de tenencia en los siguientes términos “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho.”

postura subjetiva de la posesión (Savigny) a diferencia del nuestro ordenamiento de corte objetivista<sup>7</sup> ].

En la tenencia la cosa se encuentra sometida al poder de hecho de una persona que tiene la posibilidad de disponer físicamente de ella, pero en los hechos reconoce en otro sujeto una potestad o señorío superior, ergo no hay *animus domini*<sup>8</sup> .Si la persona tiene el bien en su poder pero en interés ajeno, es decir, por encargo o siguiendo instrucciones de otro, estaremos frente a la tenencia. La doctrina la identifica como servidor de la posesión algunos autores la identifican como tenencia relativa, en razón de que se tiene el bien, no obstante no se posee por la relación de dependencia -o de autoridad y subordinación-, que tiene con determinada persona, que es precisamente el poseedor; es el caso de la relación generada por el arma entregada al soldado, el inmueble entregado al guardián, el negocio entregado al administrador, etc.<sup>9</sup>

Ihering<sup>10</sup> al hablar de tenencia las clasifica en:

Absoluta: Aquí por esta fuera del comercio no puede ser adquirida por nadie

Relativa: El tenedor<sup>11</sup> reconoce la posesión de otra persona en la cosa que el detiene

---

<sup>7</sup>Avendaño Valdez, Jorge. “Exposición de Motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales”. En Comisión Reformadora Del Código Civil De 1936. Proyectos y anteproyectos en la reforma del Código civil, Tomo I, pág. 823-824. “El Código de 1936 introduce respecto a su precedente una innovación , que será mantenida en el Anteproyecto y que se afilia a la Teoría objetiva de la Posesión de Ihering que es la seguida por muchos códigos modernos ,entre ellos : el alemán , artículo 854 ; el Suizo, artículo 919 ; el Mexicano ,Artículo 790 y el brasileño ,artículo 485 , que es precisamente fuente del Artículo 824 del Código civil Peruano.”

<sup>8</sup> Claudio Kipper (Director) y Leandro S.Picado (Autor), op.cit, pág. 162.

<sup>9</sup> Héctor lama More, El Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano, [http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=168](http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=168)

<sup>10</sup> Cit. Eugenio Ramírez Cruz ,Tratado de Derechos Reales ( Exposición y critica al Sistema Universal Dominante ) ,Lima –Perú ,Editorial Rodas ,Primera Edición , 1996,Tomo I pág.(466)

<sup>11</sup>En nuestro ordenamiento positivo el único caso de tenencia lo tenemos en el servidor de la posesión (de origen germánico), aquel dependiente que por razones laborales, domesticas o cualquier otra, detenta el corpus por instrucciones de otro que es el poseedor y al que si le asiste los interdictos. Pero en nuestra opinión nada obsta para que el servidor se vea defendido en el ejercicio del corpus (Concepción Savigny) por medio de la defensa extrajudicial, pero no por ello va ser llamado poseedor. Ya que ante una situación de un inminente despojo, sería ilógico pedir defensa al poseedor , por ejemplo piénsese que el poseedor se encuentra radicado en el extranjero o por ejemplo supongamos un contrato de arrendamiento en donde el cónyuge que no ha sido titular de la relación jurídica del arrendamiento ocupa el bien por anuencia de su otro cónyuge .¿Que pasaría ante una situación de despojo en la que no se encuentra el cónyuge titular en posesión , debería

a) Interesada: Donde el tenedor tiene ciertos beneficios o ventajas con la cosa

b) Desinteresada o “*por procuración*”: Cuando el tenedor no obtiene provecho directo de la cosa, pues la tiene en interés del poseedor. Llegado a este punto merece detenernos en los estudios de Savigny para después estudiar a Ihering lo cual nos ayudara de mucho en el estudio del tema posesorio .Debemos de recordar que en el Perú la posesión es considerada como el ejercicio de hecho de ciertos poderes (de ordinario el uso y disfrute) que le corresponden a la propiedad <sup>12</sup>

---

defender el cónyuge no titular por la vía extrajudicial la posesión ?La solución parte de cómo calificar al cónyuge no titular, como precario o como un simple servidor de la posesión.

<sup>12</sup> Así lo ha entendido la jurisprudencia peruana en algunas casaciones

“La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes de la propiedad, estos son el uso, el disfrute y la disposición, por tanto quien ejerce de hecho uno o cualquiera de estos atributos, en estricto posee”.(Cas.Nº282-96.Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial).

Cas. Nº877-2003 .La Merced Junín , publicada en el Diario Oficial el Peruano el 30 de Junio del 2005 –Boletín de Sentencias de Casación (pág. 14348 )-, La Sala Civil de la Corte suprema señaló “ Que el Art 896 del Código civil define a la posesión como el ejercicio factico de uno de los poderes inherentes a la propiedad independientemente del animus domini de quien lo ejerza ; en ese sentido , según la teoría de la posesión de Ihering a la que se afilia nuestro código sustantivo , en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica , no requiriéndose el animus “. La posesión es un hecho que si coincide con la titularidad del domino el poseedor es a título de dueño, pero si coincide con la titularidad de un derecho personal piénsese en un arrendamiento, el arrendatario no tiene intención de poseedor a título de dueño si no solo tiene un animus posesorio. En puridad toda relación que se tenga con la cosa en nuestro ordenamiento es posesión por eso es correcta tal afirmación “ en nuestro sistema patrimonial será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad , como es el caso del arrendatario , el comodatario , el usufructuario , etc , sino además quien no reconozca en otro la propiedad , como lo es el actual precario Art.911 del C.C ; el usurpador , el ladrón , quien se considere propietario del bien , si serlo realmente , entre otros .”Héctor Lama More, La posesión y la Posesión precaria en el derecho civil peruano, en tesis PUCP, <http://tesis.pucp.edu.pe/tesis/ver/224>, (recuperado el 19 de Diciembre del 2011 , 22:45 hs),Publicada bajo licencia CreativeCommoms

## II.-TEORÍAS <sup>13</sup>DE LA POSESIÓN (ELEMENTOS DE LA POSESIÓN)

### 1-TEORÍA SUBJETIVA DE SAVIGNY.

Savigny<sup>14</sup>, partiendo de sus estudios del Derecho Romano, concluyó que la posesión requiere, para lograr su existencia, de la necesaria concurrencia de dos elementos: el corpus y el animus domini o animus rem sibi habendi<sup>15</sup>.

#### 1.1.-EL ANIMUS DE SAVIGNY

Es “el animus lo que distingue al poseedor del tenedor; el otro elemento, el corpus no permite por sí distinguirlos, ya que tanto el poseedor como el detentador tienen la cosa de la misma manera”.<sup>16</sup>El poseedor es aquella persona que se comporta como señor de la cosa (Poseedor ad usucapionem) o que sabiendo que no lo es no reconocen en otro señorío superior (usurpador, ladrón). EL animus domini no sería otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad; animus que dejaría de existir cuando el poseedor reconociese la propiedad de la cosa que posee (rectius: detenta o tiene) en otro<sup>17</sup>.

La intención de tener la cosa –animus possidendi –supone prever ejercer el derecho de propiedad en sus dos modalidades: al modo del propietario (animus domini) o para el mismo (*animus rem sibi habendi*); si por el contrario, tiene la voluntad de ejercer la propiedad para otro, será tenedor

---

<sup>13</sup> La Teoría que tiene mayor influencia entre los autores españoles es la mantenida por la de Savigny, que sostuvo la necesidad de que en la posesión concurrieran estos dos requisitos, debiendo destacarse en este punto, que el animus se refería al concepto de dueño. Esta parece ser la inicial exigencia del Derecho Romano, aunque luego se amplió la protección posesoria a otros tenedores que no tenían animo de dueño: el acreedor pignoraticio, el enfiteuta, el superficiario, el secuestratario y el precarista. Autores V.L. Montes Penades, J. Domínguez Platas, F. Blasco Gascó, E. Roca I Trias, Á.M. López y López, L. Prats Albertosa, C. López Beltrán de Heredia, F. Capilla Roncero, M. Clemente Meoro, J. Estruch Estruch, M.R. Valpuesta Fernández, Coordinador M. Clemente Meoro. Derecho Civil Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral, Editorial Tirant Lo Blach, Valencia –España, Segunda Edición, 2001, pág. (108-109).

<sup>14</sup>Savigny, Jurista Alemán de una familia de origen francés, emigrada de resultas de revocación del edicto de Nantes (debería ser más adelante enemigo Jurado del Código de Napoleón), publicó en 1803 su Tratado de la Posesión. Sostiene en él la idea de que la intención que anima al poseedor debe ser el animus domini, es decir la intención de comportarse como un propietario. MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen IV, Traducción de Luis Alcalá –Zamora y Castillo, pág. 140

<sup>15</sup> Claudio Kipper (Director) y Leandro S. Picado (Autor), op.cit, pág. 150.

<sup>16</sup> Borda, Guillermo A, Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales, Abeledo-Perrot, 1992, Tomo I, pág. 33

<sup>17</sup> Cit. Néstor Jorge Musto, op.cit, pág. 151.



.En el primer caso, el animus possidendi se transforma en animus domini, resultando sinónimos y se contrapone al *animus detinendi* del detentador.<sup>18</sup>

Para que una conducta posesoria tenga el rango de posesión se necesita un elemento que la configure como tal y es precisamente el animus rem sibi habendi o animus domini la que la califica caso contrario sería una mera relación de lugar (yuxtaposición local); si falta esa voluntad necesaria o será tenencia si se ejerce actos posesorios reconociendo un derecho de propiedad en otro.

## **1.2.-EL CORPUS DE SAVIGNY**

El corpus supone un acto externo y visible que revela la existencia de una dominación de hecho sobre la cosa misma; pero las condiciones de hecho que han de engendrar esta toma de posesión en sentido moral, son:

1. La disponibilidad de la cosa.
2. La posibilidad física directa e inmediata de someterla a su poder físico;
- 3, y por último, la de excluir toda intromisión de extraños.<sup>19</sup>

La posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento a la sola voluntad fue concebida de otra manera por Ihering que tiene otra concepción de corpus que la de Savigny<sup>20</sup>

Ihering procura despojar al corpus de sus atributos materiales para convertirlo en un factor jurídico y práctico que varía según las circunstancias: "Por exterioridad del dominio entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres".<sup>21</sup>

En Ihering se requiere que el corpus se ha ejercido de una manera cualificada, como puedo saber que un persona es poseedora si no ejerce actos que manifiesten exterioridad del dominio; solo de esa manera se podrá decir que se es poseedor o no y además que dicha relación sea calificada por el ordenamiento como tal. Lo que sucede es que el legislador

---

<sup>18</sup>Eugenio Ramírez Cruz ,op.cit pág.(435-436)

<sup>19</sup> Cit. Eugenio Ramírez Cruz ,op.cit pág.(428)

<sup>20</sup>Highton, Elena, <http://www.scribd.com/doc/19422535/Posesion-y-tenencia-Highton>, ob.cit, pág. 1 citando a Savigny dice "Este contacto físico no es lo esencial, sino el poder hacer de la cosa lo que se quiera y evitar toda acción extraña. Aquel que a cada instante puede tomar una cosa puesta delante de él es completamente el amo, como si él la hubiera realmente tomado. Esta posibilidad física constituye por consiguiente el hecho que debemos reconocer. La posesión existe mientras se pueda reproducir a voluntad el estado de hecho que permite disponer de la cosa poseída. Por otra parte, quien estuviese atado está en contacto físico con sus ligaduras, y sin embargo no las posee, sino más bien que lo poseen a él. "

<sup>21</sup> Claudio Kipper (Director) y Leandro S.Picado (Autor), op.cit, pág. 152

al hacer valoraciones de conductas de ordinario económicas establece cuales deben ser calificadas como tenencia y que otras como posesión.

Ergo la diferencia ente posesión y tenencia lo establece la ley no el animus domini.<sup>22</sup> Ihering, si alego ser poseedor, debo probar sólo el "corpus"; si existe, quien niega ese carácter y sostiene que soy tenedor, deberá a su vez probar que se originó en una causa detentionis, es decir, que conforme al título por el cual entró en relación con la cosa, la ley me priva de acciones posesorias. Ejemplo: alego ser poseedor, y pruebo que he cultivado un campo, que lo he cercado, edificado en él, etc., es decir, que me he comportado exteriormente como normalmente lo haría un propietario. Seré considerado poseedor a menos que la contraria pruebe que existe un contrato de locación (causa detentionis), ya que a los locatarios la ley les niega acciones posesorias<sup>23</sup>

Ihering en la Teoría de la causa<sup>24</sup> nos dice que solo basta probar el corpus más no el animus, ahora si esto lo trasladamos al terreno práctico luego de

---

<sup>22</sup>En el Perú se ha establecido que debe entenderse por animus domini "El animus domini, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario. Si bien el fundamento de la prescripción es la posesión, también es fundamento la propiedad o la simple tenencia. La posesión inmediata o precaria no convierte al titular del derecho, a quien no ha poseído el bien como propietario por el tiempo que establece la norma, en propietario del bien –Casación N° 58-1998. Lima: 17-06-1998. Como se puede notar se hace referencia en materia de prescripción adquisitiva a esa conducta de comportarse como propietario que no es otra cosa que el animus domini lo que Mariani de Vidal decía al referirse a sistemas posesorios como el nuestro .

<sup>23</sup> Mariani de Vidal, Marina, Tomo I, op.cit, pág. 123.

<sup>24</sup> La primera de las aproximaciones al tema, procurando prescindir de todo elemento subjetivo y formular su postura de manera positiva, lo desarrolló a través de la teoría de la causa (causal theorie), que luego abandonara por encontrarla totalmente inadecuada. Postulaba que lo determinante era la causa de la relación posesoria —de ahí el nombre de la teoría—, por lo que se vio obligado a afirmar que la posesión debía ser presumida legalmente, asignándole, entonces, una función positiva a la causa possessionis. Sólo de esta manera, es decir estableciéndose legalmente una PRESUNCIÓN PROCESAL EN FAVOR DE LA POSESIÓN, el demandante quedaba librado de probar su causa possessionis en el posesorio. Para evadirse- de este brete modificó su teoría sustituyendo la función positiva atribuida a la causa possessionis por una función negativa, consistente en la exclusión de la posesión mediante una causa detentionis. Planteado así su nuevo esquema teórico, la posesión debe ser la regla, de manera tal que la ley debe proteger a todo aquel que tenga una cosa en su poder, salvo excepción legal. En este caso, sólo cuando la propia ley excepcionalmente resta su amparo es que se está en presencia de tenencia y no de posesión. De esta forma, la voluntad o intención del sujeto (animus domini) es eliminada y reemplazada por otra voluntad: la del legislador, quien tendrá competencia para acordar o denegar en cada caso la protección posesoria, fundado en diversos motivos: prácticos, económicos, históricos, el equilibrio de los conflictos de intereses o en las relaciones jurídicas. Desde su punto de vista, la diferencia entre posesión y tenencia no radica en la voluntad de poseer, porque ésta existe idéntica tanto en el poseedor como en el tenedor (en ambos existe el corpus y el animus); por el contrario, la única razón de determinar que un sujeto sea tenedor en vez de poseedor estriba en que el Derecho ha restado a esa relación los

avanzada su teoría basta demostrar hechos materiales posesorios que no necesitarían de presunciones legales; si el contradictor objeta ello la carga de la prueba le corresponde a él consistente en demostrar la causa detentionis.

Supuestos donde existe posesión derivada en Savigny donde a estos se les otorga acciones posesorias

- El del enfiteuta
- El acreedor prendario,
- El secuestrario
- El precarista

## **2.-TEORIA OBJETIVA DE IHERING**

### **2.1-EL ANIMUS EN IHERING**

El elemento intencional está determinado en la ley no en la conciencia del hombre.<sup>25</sup> Esa voluntad de poseer<sup>26</sup> esta dentro del mismo concepto de posesión y de tenencia, y como ya lo hemos dicho es una norma legal la que diferencia ambas categorías.

### **2.2.-EL CORPUS EN IHERING**

El corpus<sup>27</sup> es el elemento según el cual, se manifiesta la exterioridad del dominio .Ihering sostiene que el lenguaje moderno tiene una noción amplia del corpus.

---

efectos de la posesión, con fundamento en los motivos que antes hemos mencionado. Claudio Kipper (Director) y Leandro S. Picado (Autor), op.cit, pág. 153

<sup>25</sup> Eugenio Ramírez Cruz ,op.cit pág.(438)

<sup>26</sup> Avanzando en su elaboración llega a sostener que la teoría posesoria [Ihering], en el derecho romano, es de una sencillez extraordinaria en la que la voluntad del sujeto que posee no tiene importancia o es indiferente. En todos los casos en que se den las condiciones exteriores de la relación posesoria existe posesión, a menos que la ley le niegue la existencia por mediar una causa detentionis. La ventaja de esta teoría que él llama "objetiva", es que el poseedor no tiene que probar la causa de la posesión, ni tampoco el animus, ni prevalerse el legislador de un sistema de presunciones para facilitar su demostración. A él le basta probar la exterioridad de su posesión, el corpus, y quien debe demostrar la existencia de que existe una causa que la reduce a detención es el adversario, aquel que pretenda negarle el carácter de poseedor. Néstor Jorge Musto, op.cit, pág. (202).

<sup>27</sup> No me he dedicado al examen de las fuentes con idea preconcebida de que debía encontrar en ellas lo que, según mi opinión, es la verdadera práctica. Muy al contrario, no he llegado a convencerme de que era realmente exacta, sino después de haberla aprendido en el curso de una lectura imparcial de las fuentes. El primer impulso hacia la formación de mi teoría, fue obra de la consideración de ciertos textos, que no podía conciliar con la doctrina dominante sobre la voluntad en la posesión, y a los cuales, al fin, hubieron de juntarse poco a poco, según iba distinguiéndose en mí la confianza en la exactitud de la indicada doctrina, todas las razones de que voy a servirme en este escrito para combatirla. Fuéme, en verdad, difícil formular mi teoría de una manera positiva, aunque durante varios años le he dado una forma que, si bien se acercaba bastante a la verdad, sin embargo, tuve que abandonarla como totalmente inadecuada. Creía yo que lo que debía inclinar la balanza

a) corpus: la mera relación de lugar con la cosa

b) animus: el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, y hace de ella una relación de posesión. Colocándose de este modo el corpus y el animus en una sola y única posición, como dos elementos completamente independientes, a riesgo de caer en el error de creer que el corpus sería posible sin el animus, al modo como el animus es posible sin el corpus.<sup>28</sup>

Por eso es errado afirmar que en Ihering la no existe del animus, ya que es todo lo contrario es imprescindible su existencia por ser copulativo con el corpus en toda relación fáctica ;el hecho de que títule a su teoría de objetiva es preponderar la importancia de elementos objetivos como es la ley en sustitución del animus domini o rem sibi habendi según sea el caso de Savigny y al corpus como elemento probatorio en toda relación posesoria .De ahí que llegue a la conclusión que lo primero es la posesión como relación fáctica que surge a primera a vista con las cosas y otorgue acciones posesorias a todo tipos de sujetos , por ende aquel que niegue el carácter de posesión a dicha relación deberá demostrar la existencia de una norma legal que degrade dicha relación a una mera tenencia .<sup>29</sup>

Y expresa su Teoría mediante variables algebraicas contraponiéndola con la de Savigny:

En Savigny:

## **POSESION**

---

era la causa de la relación posesoria, por lo que en mis lecciones la denominaba como teoría de la causa (Causal-Theorie). A consecuencia de una lógica aplicación de este punto de vista, me veía obligado, para librar al demandante, en el posesorio, de la prueba de su causa possessionis, a acudir a una presunción procesal en favor de la posesión. La modificación que he introducido en mi teoría, y que puedo resumir en la sustitución de la función positiva atribuida a la causa possessionis, con la función negativa—exclusión de la posesión mediante una causa detentionis—, me ha dispensado de acudir a este expediente. IHERING , ob .Cit , pág. 270

<sup>28</sup> Eugenio Ramírez Cruz ,op.cit pág.(441)

<sup>29</sup> En el CODE de 1804 los Mazeud comentan la diferencia del distinto tratamiento de considerar a un sujeto poseedor y a otro tenedor en relación a las acciones posesorias ; expresan “Cuando exista detentación el poseedor es ,por lo tanto, no el detentador , sino la persona de la que el detentador tenga su derecho (arrendador , depositante , etc.) , esta posee corpore alieno , y ella es la que se beneficia de la protección posesoria .Por el contrario el derecho alemán y el derecho suizo que han sufrido la influencia de las Teorías de Ihering , conceden la protección de las acciones posesorias a los simples detentadores , (...) en el derecho francés , lo mismo que en el derecho alemán , el detentador no está favorecido ni con la presunción de propiedad ni con la adquisición de la propiedad por la usucapión ; por estar reservadas estas prerrogativas tan solo para el poseedor .Pero mientras que el detentador dispone en el derecho alemán o suizo , de todas las acciones posesorias , el derecho francés no le concede sino la acción de recobrar la posesión [entiéndase por esta última como interdicto de recobrar . MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, obcit, pág. (142-143). (*“el subrayado es nuestro”*)

X = Posesión

C= Corpus

a<sup>30</sup> = Mínimo de Voluntad

A = Animus domini

Por ende :

## **POSESION:**

---

<sup>30</sup> “(...) el elemento que Ihering indica con la letra "a" y que considera como algo distinto del corpus, se halla subsumido en el corpus de Savigny, quien exige un mínimo de voluntad para que el corpus sea tal y no un mero contacto físico (...) . Mariani de Vidal, Marina, Tomo I, op.cit, pág. 123.

En el mismo sentido se pronuncia esta autora argentina, referente a la variable a “(...) Es obvio entonces, que este animus ya está implícito en el corpus de Savigny“.

Elena Highton, <http://www.scribd.com/doc/19422535/Posesion-y-tenencia-Highton>, ob .cit, pág. 5. Esto quiere decir que es erróneo en Ihering graficar una variable(a)[animus] como independiente de la otra variable(A)[animus domini ], sino que en Savigny la fórmula para definir a la posesión sería  $x = c + A$ , donde x es posesión .

Coincido plenamente con la opinión expuesta por esta autora en el sentido de que “(...) el corpus de Ihering lleva implícito el animus domini de Savigny, pues si se relee lo dicho por cada uno de estos grandes juristas, para Ihering el corpus significa actuar como lo haría un propietario y para Savigny el animus domini significa actuar como lo haría un propietario (...)”. Ibid., Elena Highton ,pág. 5

Pero estoy de acuerdo con la doctrina de Ihering en afirmar que toda relación fáctica debe ser titulada como posesión, y que aquellos ordenamientos como el Francés de 1804 en lo referente a la prueba del animus domini se referían a un animus –tipo (abstracto) al igual que el Argentino de Vélez buscaban superar el animus in concreto o sea la voluntad interna de un sujeto en concreto. Por lo cual en materia de inversión de la calidad posesoria no se busca la indagación de la voluntad interna del sujeto; si no para que ello se produzca debe haber conductas posesorias concluyentes que indiquen la inversión del título posesorio esto es posible en Argentina. En Argentina se han dado reformas con la Ley N17.711 consistente en el hecho de otorgar acciones posesorias a aquellos que antes no les correspondía , lo cual inclina la balanza hacia Ihering en cuanto a los efectos de la posesión(interdictos , uno de ellos el otro es la usucapión) se refiere “En el Derecho argentino con la reforma del Código civil por la Ley N 17.711 se ha traducido en el reconocimiento pleno de acciones posesorias tanto al tenedor como el poseedor Art.2490 Lo mismo ocurre con los interdictos de retener , de recobrar y de obra nueva (arts: 610 -620 , Código Procesal argentino .).Cit. Eugenio Ramírez Cruz, op.cit pág. (467).

“Si aplicamos la teoría de Savigny, con la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1799) no ha variado la concepción de posesión y tenencia. Pero si quisiéramos interpretar el Código de acuerdo a la teoría de Ihering, los agregados o modificaciones a los arts. 2469 y 2490 del Cód. Civil harían que la que llamamos "tenencia" fuera "posesión" (o por lo menos lo sería la tenencia interesada) ya que ambos artículos otorgan acciones posesorias de carácter policial a los tenedores. Art. 2469: "La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas."Art. 2490: "Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso."(...) Es decir que en un sistema normativo como el nuestro reformado por ley 17.711, la ley no le quita los efectos de posesión, al no quitar la protección posesoria, al tenedor interesado, que en consecuencia -según esta posición- es poseedor ”.Ibid, Elena Highton, pág. 5.

$X = c + a + A$

### **TENENCIA**

Y = Tenencia

C= corpus

a = Mínimo de Voluntad

TENENCIA ES:

$Y = C + a$

En Ihering

### **POSESION**

X= Posesión

C= corpus

a= Mínimo de Voluntad

$X = C + a$

### **TENENCIA**

Y= Tenencia

C= Corpus

a = Mínimo de Voluntad

n = Causa detentionis

$Y = C + a + n$

Por su parte la teoría de Ihering ha tenido sus críticas “La teoría de Ihering -a su vez- ha sido impugnada desde el punto de vista dogmático, porque no responde estrictamente a los textos romanos que en numerosos pasajes hacen referencia al elemento animus (...)”<sup>31</sup>.

### **2.3.- EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ANIMUS DOMINI EN SAVIGNY**

Ihering califica de "subjetiva" la posición de Savigny y la crítica acerbamente, puesto que, según dice, la intención de ejercer el dominio que exige aquél como configurativa del animus domini convierte la prueba de la posesión en diabólica; de allí que en los sistemas que la habían adoptado, como el Código francés, tuvieron que elaborarse verdaderos catálogos de actos posesorios (cultivar, edificar, sembrar, talar árboles, demoler, etc.), que hicieran presumir ese elemento subjetivo, desplazando la carga de la

---

<sup>31</sup> Cit. Néstor Jorge Musto, op.cit, pág. 158.

prueba hacia el que negara el carácter de poseedor<sup>32</sup>. En cuanto al animus que requiere SAVIGNY, muchas veces será imposible probar, puesto que se trata de un elemento intencional. ¿Y qué ocurre cuando la persona cambia de ánimo y la tiene hoy como dueño, mañana como representante de él, luego nuevamente como dueño? Finalmente, las leyes reconocen el carácter de poseedores a quienes no son propietarios (en nuestro derecho lo son el usufructuario, el usuario, el acreedor anticresista, el titular de una servidumbre). [Derecho Argentino]<sup>33</sup>. Para ello “Ihering opone, en primer lugar, lo que él llama la teoría de la voluntad abstracta, según la cual, en lugar de que en cada caso sea necesario determinar y probar cuál es el ánimo o la intención del sujeto, para determinar si existe posesión o detención, basta establecerla en base a la naturaleza de la relación que le sirve de sustento o antecedente. No importa indagar si tal arrendatario tiene la cosa con animus detinendi, porque ese ánimo existe en el arrendamiento tipo (en abstracto) y la ley no toma en cuenta la voluntad individual sino tal voluntad abstracta. Pero esta doctrina, como lo admite el propio Ihering, conduce a la investigación de la causa possessionis, por lo que –expresa podría denominarse "teoría de la causa"<sup>34</sup>

En doctrina es pacífica esta afirmación en Ihering que la diferencia entre tenencia y posesión es la ley<sup>35</sup> la que va a señalar que es posesión y que es

---

<sup>32</sup> Cit. Mariani de Vidal, Marina, Tomo I, op.cit, pág. 121. [La autora cita al propio Ihering]

<sup>33</sup> Borda, op.cit, pág. 33.

<sup>34</sup> Néstor Jorge Musto, op.cit, pág. (153-154).

<sup>35</sup> En el derecho argentino la prueba del animus se establece de la siguiente manera :

A) La ocupación de un inmueble en forma continua, no interrumpida, pública y pacífica, hace presumir la existencia del animus domini ; por lo cual corresponde a quien pretenda que se trata de simple tenencia, el acreditar que quien tiene la cosa lo hace en virtud de un título que implica reconocer a otro el dominio de ella . No siendo excluyente del animus domini la circunstancia de que el poseedor sepa quién es el verdadero dueño del inmueble

B) Pero tal solución no es unánimemente admitida, habiéndose también negado que el corpus haga

presumir la intención de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad

C) Se ha observado, sin embargo, que el carácter equívoco que pueden tener los actos materiales de ocupación y explotación, en cuanto también pueden ser realizados por simples tenedores, ha sido despejado por esta norma en favor de la posesión. Así, se ha resuelto que los pagos oportunos de impuestos y tasas, si bien no constituyen actos posesorios propiamente dichos, y no acreditan suficientemente el "corpus posesorio", sí exteriorizan, en cambio, el "animus rem sibi habendi"

En cambio, carece de animus domini quien ocupa precariamente el bien como sirvienta, o como concubina del dueño de casa. En cuanto al apoderamiento de tierras aparentemente vacuas, sin alambrado, casa ni mejoras, por un vecino de un campo aledaño, no es generalmente un acto instantáneo en que se den coetáneamente el hecho material de la ocupación y el animus rem sibi habendi; por lo cual no puede admitirse la existencia de posesión con ánimo de dueño, sino desde el momento en que se la exteriorizó mediante un

tenencia, prima facie todos actos posesorios van a ser calificados como posesión; aquel que desvirtuó ello deberá probar que existe una causa detentionis

Ihering se pregunta “¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny, y con él la doctrina imperante, responde que depende de la voluntad del que tiene la cosa. Si tiene la voluntad de poseer para él (animus rem sibi), o al modo del propietario (animus domini) hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia”

Y más adelante señala “(...) Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus- y el animus, concurren, se tiene siempre posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia. Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación Posesoria (el corpus), que, como tal, implica el animus, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia absoluta, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y sí se trata de tenencia relativa, la existencia de una de las causas detentionis, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa.(...)” “(...) deberás admitir la posesión donde quiera y cuando las condiciones exteriores existan, a menos que por otra parte resulte, en la persona del supuesto poseedor, la existencia de una relación de aquéllas a las cuales el derecho romano sólo concede la tenencia; esto es, una de las causas detentionis alieno nomine, cuya enumeración se encuentra en cualquier tratado de Pandectas. (...)”<sup>36</sup>

Al respecto Ihering nos habla de dos tipos de voluntades la voluntad en concreto (la voluntad individual) que tiene el sujeto en su relación con la

---

acto de indudable sentido posesorio, considerándose en el caso que esa voluntad posesoria no se manifestó por el hecho de echarse haciendas en el campo lindero para aprovechar los pastos naturales de esa tierra, sino en la construcción del primer alambrado de cerramiento

D) Mediando justo título, el animus domini debe presumirse. Y así se ha resuelto que tratándose de un inmueble en trámite de afectación al régimen de la propiedad horizontal, cualquiera de los copropietarios puede ejercer actos de posesión sobre un departamento de él, ya que la posesión funciona independientemente de la propiedad exclusiva. Código Civil Anotado de la República de Argentina, Tomo II, Art 1137 a 3261, LexisNexis - Depalma, 1999, pág. (725-726) [Copia Privada para uso Didáctico y Científico, Material de BJA, <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>] Animus domini": Prueba.

<sup>36</sup> IHERING, Rodolfo, "La posesión, Editorial REUS (S.A) 2ª ed, Madrid, 1926, versión española de Adolfo Posada. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Pág. (275)



cosa y por otro lado la voluntad en abstracto, la voluntad tipo según la relación que exista con la cosa.<sup>37</sup>

Más adelante Ihering expresa:

Acerca de la cuestión de si, en un caso dado, hay posesión o tenencia, decide:

1. En el Aspecto jurídico fundamental o material.

a) La voluntad individual (teoría de la voluntad concreta).

b) La regla de derecho, esto es:

1. Según el principio legalmente establecido y sin excepción, salvo los casos de posesión derivada, de la conformidad de la voluntad individual, con la voluntad tipo (teoría de la voluntad abstracta).

2. Según la regla jurídica de que hay siempre posesión, a menos que el derecho haya negado los efectos de las condiciones legales o positivas de la misma, colocando en su lugar la detentio alieno nomine (teoría objetiva).

2. En el Aspecto procesal.

a) El poseedor tiene la obligación de la prueba, la cual recaerá:

1. Sobre la existencia del animus individual (teoría de la voluntad concreta).

2. Sobre la causa possessionis (teoría de la voluntad abstracta).

b) El contrario debe probar da causa detentionis existente en su caso (teoría objetiva).<sup>38</sup>

En el derecho del CODE de 1804 <sup>39</sup>los hermanos MAZEUD.

---

<sup>37</sup> En el terreno teórico, la oposición no es apenas más radical. Es cierto que no puede intentarse ninguna conciliación si el animus tal como lo exige Savigny , se aprecia in concreto es decir de acuerdo con la voluntad real del ocupante , por un análisis de su estado espiritual .Por el contrario si se admite ,como en derecho francés , que la apreciación del animus debe hacerse in abstracto , indagando la intención por un tipo de comparación colocado en una misma situación que el ocupante (arrendatario -tipo , inquilino-tipo , ladrón-tipo ) se advierte que no existe ya diferencia sería entre ambas tesis . MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, ob .cit , pág. 142

<sup>38</sup> IHERING , ob .Cit , pág. 278

<sup>39</sup> (...) Siguiendo la Teoría subjetiva de la posesión, sostenida en Francia por Domat y Pothier, los redactores del CODE (1804) coincidiendo con la sostenida por Savigny en sus trabajos publicados en 1803 (...).Héctor Lama More ,La posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano, En Tesis PUCP, ob.cit ,pág. 47..("el subrayado es nuestro")

Sin embargo los propios Mazeud Sostienen “ Los redactores del código civil de 1804 ignoraban los trabajos publicados en Alemania en 1803 .Siguieron a sus guías habituales Domat y Pothier , para los que la posesión suponía la voluntad de conducirse como propietario (...).MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, obcit , pág. 142 (“el subrayado es nuestro”)

1. El animus domini se presume que existe siempre, por lo tanto, se presume que todo ocupante, hasta la prueba en contrario, es poseedor y no detentador
2. El animus se aprecia in abstracto , por referencia a un ocupante típico que se encontrara en la misma situación que el ocupante efectivo [TEORIA DE LA VOLUNTAD ABSTRACTA]<sup>40</sup>
3. Se presume que se conserva , en el curso de la ocupación , el animus que tenía en un principio
4. Esa presunción se destruye ante la prueba de una modificación de título proveniente de un tercero o resultante de una contradicción manifiesta con los derechos del propietario

Mientras que el corpus puede ser adquirido y ejercido por medio de otro, el animus debe existir en la persona del poseedor, no se admite excepción salvo para el infanz y el loco <sup>41</sup>

Frente a estas críticas según sus palabras [Savigny], "para ser considerado verdadero poseedor de una cosa se requiere necesariamente que aquel que la detenta se conduzca a su respecto como propietario; en otros términos, que él pretenda disponer de ella en el hecho, como un propietario tendría la facultad legal de hacerlo en virtud de su derecho, lo que implica también en particular rehusarse a reconocer en otro un derecho cualquiera superior al suyo". Y para clarificar aún más su postura agrega: "Empleamos la expresión animus domini para designar lo que debe entenderse por voluntad necesaria para ser poseedor, relacionándola con lo que haría un propietario y no para afirmar que el pensamiento del poseedor debe tender hacia la idea jurídica de la propiedad, lo que, por ejemplo, sería absurdo en el caso del ladrón. Sin embargo, parece que algunos escritores han entendido mal lo que he afirmado sobre la «voluntad de comportarse como propietario»".<sup>42</sup>

En ese mismo sentido “ La intención del poseedor, el animus possidendi no implica creerse propietario, ni siquiera pensar que se va a llegar a ser propietario, sino sólo actuar con prescindencia de la existencia de un

---

<sup>40</sup> Los hermanos MAZEUD, al hablar de animus domini hablan de voluntad abstracta y de esa manera ven como el problema de la probanza del animus domini desaparece. Al hacer la diferencia entre detentación y posesión en base elementos puramente objetivos como la voluntad-tipo .Ellos aceptan el otro lado de la teoría de Ihering que más adelante desecho la de la Causa possessionis. Así los MAZEUD dicen “Los efectos diferentes de la detentación y de la posesión obligan a distinguir cuidadosamente una y otra .Ahora bien, esta distinción aparece como muy delicada, porque no se basa sino en el animus, sobre la intención del que ejerce el corpus”. MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, obcit, pág. 143-144.

<sup>41</sup> MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, ob.cit , pág. 128

<sup>42</sup> Cit. Claudio Kipper (Director) y Leandro S.Picado (Autor), op.cit, pág. 151.[El autor cita al propio Savigny]

propietario, sometiendo la cosa a su poder y excluyendo la intromisión de extraños . Así, son poseedores el usurpador y el ladrón, aun sabiendo que no son propietarios. El que encuentra un terreno desocupado o despoja violentamente a quien lo ocupa y se instala en él, lo cerca y lo cultiva sin pedir permiso y sin consultar a nadie es poseedor, independientemente de que conozca o no quién es el propietario.”

Es decir que para ser considerada como posesión, toda detentación debe ser intencional. No es suficiente detentar, es necesario querer detentar la cosa. Al precisar este querer detentarla, Savigny dice que no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad o tratar la cosa como que nos perteneciera por derecho. Para ser considerado como verdadero poseedor de la cosa, es preciso que aquel que la detenta se comporte a su respecto como propietario, en otras palabras, que pretenda disponer de hecho como tendría la facultad de hacerlo el propietario en virtud de su derecho, lo que implica especialmente la negativa a reconocer en cabeza de otro un derecho cualquiera superior al suyo (...) <sup>43</sup>

Por su parte Marina Mariani de Vidal expresa defendiendo la postura de Savigny entorno a la probanza del animus domini “a poco que se ahonde el pensamiento de Savigny, en la última etapa de su obra, se verá que su tesis es también objetiva y la dificultad probatoria prácticamente inexistente, por lo menos en la magnitud que señala Ihering. En efecto: si edifico, cerco, cultivo, etc. un campo, tengo el corpus, y también el animus domini, porque con ellos evidencio que no reconozco en otro un mejor derecho. Si alguien alega que soy en verdad tenedor, deberá demostrar que mediante algún acto he reconocido en otra persona un derecho superior al que pretendo ejercer. Así, podría probar que he pedido autorización a otro para edificar, que he abonado el alquiler, etcétera”<sup>44</sup>

### **3.-LA POSESIÓN**

El derecho no puede permanecer indiferente en presencia de una situación de hecho tan importante como la posesión. Pero podría creerse que, si el legislador debe intervenir, es para combatir la posesión; puesto que constituye usurpación siempre que el poseedor no es el propietario. Ahora bien, la intervención del legislador consiste en hacerle producir sus efectos a la posesión, en proteger al poseedor como tal, con independencia de la

---

<sup>43</sup>Highton Elena , Posesión y Tenencia , extraído de <http://www.scribd.com/doc/19422535/Posesion-y-tenencia-Highton> (recuperado el 16 de Diciembre del 2011 , 22:45 hs),pág. 3

<sup>44</sup> Mariani de Vidal, Marina, Tomo I, op.cit, pág. (124-125)

cuestión de determinar si el poseedor es titular de un derecho real sobre la cosa, e incluso cuando está seguro que no lo es.<sup>45</sup>

La posesión como tal es protegida al margen que exista un derecho real que la fundamente. La usucapión<sup>46</sup> como uno de los efectos más controvertidos de la posesión permite a un sujeto hacerse propietario aun contra la voluntad del antiguo propietario (lo cual conlleva un consentimiento tácito y un dejar hacer a favor del usucapiente)<sup>47</sup>. La posesión<sup>48</sup> no siempre importa el ejercicio de un señorío efectivo sobre las cosas<sup>49</sup> también admite un señorío espiritualizado<sup>50</sup> aunado a ello a un ánimo de servirse de la misma o en el caso de la usucapión con un animus de comportarse como lo haría un propietario. La sola posibilidad física de disponer de la cosa a sola voluntad una vez adquirida las misma no es lo configurativo en algunas casos<sup>51</sup>, lo es en otros ; que a través de conductas exteriorizadas en el

---

<sup>45</sup>MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, *obcit* , pág. 130

<sup>46</sup> Coincido con la presente opinión “(...) la prescripción, cualquiera sea su justificación, responde a una exigencia social ; y así la encontramos admitida en el derecho de todos los países (...)” .Alberto Trabucchi , *Instituciones del Derecho Civil (Parte General. Negocio Jurídico, Familia .Empresas y Sociedades .Derechos Reales)* , Traducción de la Decimo Quinta Edición Italiana con notas y concordancias al Derecho Español , por Luis Martínez Calcerrada Doctor en Derecho , Editorial Revista De Derecho Privado , Madrid-España, 1967, pág. 333

<sup>47</sup> Pero no cualquier posesión permite llegar al dominio solo la posesión cualificada en el tiempo

<sup>48</sup> En sede nacional:

La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes de la propiedad, estos son el uso, el disfrute y la disposición, por tanto quien ejerce de uno o cualquiera de esos atributos en estricto posee. (Cas .N 282-96-Ica.)

<sup>49</sup> El caso del agricultor que durante sus faenas diarias cosecha y cultiva sus parcelas de tierra

<sup>50</sup> El caso del arrendatario que se va de viaje y deja su apartamento cerrado con llaves, posee aunque el corpus se encuentre ausente.

<sup>51</sup> El caso del prisionero de guerra cuya posibilidad de habitar su casa que compro antes de caer en dicho estado es remota (por lo general son hechos de naturaleza no pasajera, estamos restringiendo nuestro ejemplo a esto, puede no serlo). Es configurativo en otros cuando arriendo un apartamento de un edificio para que me sirva de depósito de material bibliográfico y el dueño me da el manojito de llaves para entrar. El único que sabe de ello es el dueño y yo, puedo que ese apartamento este al costado de otros y los dueños o arrendatarios de los otros apartamentos ni estén enterados. Es poseedor tanto el arrendatario ( aunque en el arrendamiento lo único con que cuenta el arrendatario es con el uso mas no el disfrute ) como lo es el campesino que siembra sus tierras .Dado que nuestro sistema admite la figura alemana del poseedor mediato e inmediato para no acoger la diferencia entre el poseedor y el tenedor. Puedo entrar cuando quiera y a la hora que quiera .Se me transfirió la posesión por medio de la tradición que hice con su dueño. El poseedor mediato es aquel que confirió el título que permite que el poseedor inmediato tenga derecho a la posesión, en doctrina nacional se admite que el poseedor en calidad de inmediata no puede usucapir al ser un poseedor no apto para ello. Es un poseedor que por ejemplo en el caso del arrendamiento, debe cumplir con una obligación de pagar una suma

tiempo generen en terceros una apariencia de tal magnitud que según los estándares sociales y de uso vigentes en un determinado modelo de sociedad<sup>52</sup> se le califique a dicha conducta como posesoria aunque esta última no signifique siempre un uso cualificado de las cosas. Pero por motivos prácticos y de conveniencia se permite que la posesión no se pierda aunque su ejercicio este impedido por hechos de naturaleza pasajera.<sup>53</sup> La regla no es rígida. No siempre se va necesitar de una conducta notoria continuada en el tiempo que de ordinario califica a la posesión. Según la visión objetiva admite supuestos excepcionales.<sup>54</sup> Si un

---

de dinero mensual para seguir poseyendo, porque no cuenta con el ánimo de hacerse de la cosa como dueño dado que existe una relación jurídica con el propietario. (no se confunda con el servidor de la posesión) Puede que para ello el arrendador no sea propietario del bien materia de arrendamiento o sea que el título de posesión del poseedor inmediato no sea válido (Por ende es perfectamente admisible que el poseedor mediato que no es propietario y que no tiene contacto físico con la cosa se haga propietaria de ella en mérito de la posesión del poseedor inmediato pero no al revés). A esta figura se le conoce como la concurrencia horizontal de posesiones figura del derecho alemán, que como sabemos influye en gran medida en los articulados del código civil peruano en torno a la posesión. En la legislación argentina es viable que un poseedor inmediato mute su título posesorio a uno de rango mayor (propietario) con anuencia u oposición a la posesión del poseedor mediato, figura conocida como interversión y llegue a usucapir.

<sup>52</sup> Cumple al Derecho fijar las condiciones para el reconocimiento y modalidades del poder de hecho de la posesión. La ley dirá en cada época y en cada país, quiénes pueden poseer, qué cosas pueden ser poseídas, en qué situaciones se admite que una persona está ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, qué alcance tiene ese poder, etc. El poder de hecho de la posesión se reconoce en fin, no conforme a condiciones fijadas en abstracto, sino según las condiciones concretas que cada legislación y en cada época impongan, teniendo en cuenta las consecuencias sociales, económicas e históricas, la costumbre, etc. Así, un determinado estado de hecho será un "poder de hecho sobre la cosa" en un país y en un momento determinados; pero podrá no serlo en otra época o para otra legislación

<sup>53</sup> "(...) predomina el concepto de la posesión como un derecho subjetivo, pues si bien establece que "la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad", sin embargo, de un estudio sistemático de la ley sustantiva peruana, se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, (...) Dentro de esta idea, a nadie se le ocurriría, en nuestro país, pensar o sostener de quien tiene una "casa de playa" que ocupa sólo los meses de verano (enero a marzo de cada año), pierde la posesión por el hecho de no tener contacto con ella durante los otros nueve meses del año; en este caso, resulta válido establecer que aquél sólo perderá la posesión cuando otro individuo ocupe el bien sin su autorización, produciéndose un despojo de la posesión, en cuyo caso le corresponderá ejercitar el derecho subjetivo que le asiste, a través de la defensa posesoria, en la forma de acción interdictal, u otra de naturaleza posesoria. "

<http://lawiuris.wordpress.com/2007/09/16/la-posesion-precaria/>

<sup>54</sup> Al respecto según la visión subjetivista MARIANA DE VIDAL expresa "... Corpus es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, independientemente del poder de disponer por actos jurídicos de ella. Esta posibilidad fáctica de disponer de la cosa, no requiere necesariamente que se esté permanentemente en contacto con ella, y que aquélla se pierda cuando dicho contacto cesa por propia voluntad (...) los dos elementos de la posesión sólo deben encontrarse reunidos ambos en el momento de la adquisición.(...).El[animus] parecería puramente subjetivo, intencional, se transformaría así en objetivo, de relativamente fácil prueba, pues bastará demostrar los actos exteriores de los cuales resulte esa manifestación de señorío exclusivo, independiente de toda otra

tercero usurpa la posesión de otro este adquiere la posesión (hago referencia a la posesión que no es contenido de un derecho real) si dentro del año el anterior dueño no la recupera.

El plazo de la usucapión favor del tercero se computa teniendo al año como termino de inicio siempre que el poseedor anterior no recupere la posesión. Pienso que se crea un surte de ficción jurídica en el plazo del año; recuérdese que si el propietario recupera dentro del año, seguirá siendo poseedor y si no recupera el que será poseedor será el tercero, pero computándolo el plazo del año (a efectos de la usucapión), en la que el antiguo dominus fue llamado poseedor.<sup>55</sup> A lo que quiero llegar es que el anterior dueño no podrá recuperar la posesión por medio de la vía interdictal, al haberse vencido el plazo y yo creo que se crea una suerte de una protección de la posesión con abstracción del sujeto (protege al hecho más que nada) ; me explico el sujeto favorito dentro del año era el antiguo propietario pasado dicho plazo el panorama cambia de una manera tenue a favor del sujeto que viene ejerciendo poderes inherentes al dominio ; el plazo le servirá para usucapir .

El ordenamiento al hacer valoraciones, realiza una ponderación de intereses; privilegia a aquel que se encuentra en una situación de hecho encuadrada en el tiempo sin desproteger al antiguo propietario concediéndole los remedios más efectivos; para hacer cesar dicha situación dentro del año a través de una vía sumaria y pasado el mismo a través de una vía más lata en la que el magistrado con mayores elementos de prueba que aporten los sujetos en conflicto decidirá.<sup>56</sup> Este plazo después del año

---

voluntad que no sea la propia, de no reconocimiento en otro de un derecho superior . Mariani De Vidal, Marina .ob .cit pág. (114-115).”Si bien el corpus no requiere, para su configuración, del contacto físico o material con la cosa, sí debe existir la posibilidad de disponer físicamente de ella a voluntad del poseedor.” Leandro S.Picado, op.cit. pág. (148) El “control independiente” la solo posibilidad de disponer en cualquier momento estando dentro de mi esfera de sujeción es lo esencial. Usucapión .Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio ,op.cit pág.(86-87)

<sup>55</sup> Se señala que se permite la defensa extrajudicial de la posesión dentro de las 24 horas de acaecido el hecho según práctica cotidiana y después se tendrá que recurrir al poder judicial.

<sup>56</sup> El Código Civil se pone en el supuesto que el poseedor actual haya despojado al poseedor anterior. Si la posesión del despojante es mayor de un año, puede rechazar el interdicto que le promueva el despojado. El Código Procesal Civil se refiere también al caso del poseedor despojado, pero se plantea la duda con respecto al poseedor actual que ve perturbada su posesión. Como veremos más adelante, en nuestra opinión el artículo 601 del Código Procesal no comprende las perturbaciones. No se requiere un plazo de posesión determinado para utilizar el interdicto. En algunos países se exige que el poseedor tenga un año de posesión para que quede habilitado para plantear el interdicto. En el Perú esto no es así. El año es para rechazar el interdicto y no para plantearlo ¿Desde cuándo se computa el año? El artículo 601 del Código Procesal Civil nos da la respuesta: desde que se inicia el hecho que fundamenta la demanda. En el caso del despojo, el plazo para plantear el interdicto de recobrar corre desde que se produjo el despojo. . (...) De todo lo anterior se

no podrá exceder al plazo legal que se le concede al tercero para usucapir .Dentro de dicho plazo después y también antes del año (por medio de los interdictos),el antiguo propietario tiene todos los remedios a su disposición para hacer valer su pretensión .Tema distinto es el siguiente que transcurrido el plazo legal (para la usucapión)el propietario pueda hacer valer su pretensión si el sujeto de la relación de hecho no cuenta con un pronunciamiento a su favor y se le prefiera aquel .

---

concluye que el artículo 601 del Código Procesal Civil no incluye las perturbaciones. Cuando se produce una perturbación no hay plazo para plantear el interdicto. <http://lawiuris.wordpress.com/2008/12/13/los-interdictos/>