

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA USUCAPIÓN COMO MODO DERIVATIVO Y NO
ORIGINARIO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR OMAR OSORIO SOSA

Previo a conferírsele al grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo 2006

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Gloria Melgar Rojas de Aguilar
Vocal:	Licda. Silvia Marilú Solórzano
Secretaria:	Licda. Benicia Contreras Calderón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Daniel Ubaldo Ramírez Gaitán
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Ángela Aída Solares Fernández

RAZÓN:

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA USUCAPIÓN COMO MODO DERIVATIVO Y NO
ORIGINARIO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD**

OSCAR OMAR OSORIO SOSA

GUATEMALA, MAYO 2006

DEDICATORIA

A DIOS:

Gracias te doy, por haberme dado la vida, la sabiduría, la paciencia y el carácter para recorrer el camino arduo de mi carrera, asta alcanzar este triunfo.

A MIS PADRES:

Alirio Armando Osorio Valdéz, y Luz Elvira Sosa de Osorio; gracias por el amor, sus consejos y comprensión en los momentos difíciles. Gracias por el esfuerzo que hicieron, para ayudarme a superarme y así lograr este triunfo.

A MIS HERMANOS:

Ángela María, Cesia Osorio y José Aníbal, por su amor y apoyo que me han brindado en todo momento. Gracias.

A MI CUÑADO:

Moisés López por el apoyo y ayuda en los momentos mas difíciles . Gracias

A MI SOBRINO:

Henry Josué; que éste triunfo alcanzado, sea de ejemplo para su vida.

A LOS LICENCIADOS:

Homero Bosch, Claudia Ordóñez, Alvaro Villeda, y Carmen Tanchez. Gracias por los consejos y apoyo brindado para la elaboración del desarrollo de esta tesis.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

En especial, a los catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por transmitirme sus conocimientos para poder alcanzar este triunfo.

	Pág.
2.3.2.2 Evolución de la propiedad en el derecho romano.....	19
2.3.2.3 Organización de la propiedad romana.....	22
2.3.3 Época actual.....	23
2.3.4 Evolución del derecho de propiedad en España.....	24
2.3.5 Evolución del derecho de propiedad en Guatemala...	25

CAPÍTULO III

3. La posesión.....	27
3.1 Definición.....	27
3.2 Definición moderna de la posesión.....	28
3.3 Evolución histórica del derecho de posesión.....	30
3.3.1 Origen en el derecho romano.....	30
3.3.2 Aplicaciones introducidas en la doctrina romana de la posesión.....	31
3.3.2.1 Derecho germánico y canónico.....	31
3.3.2.2 Códigos modernos.....	32
3.3.3 Importancia actual de la posesión.....	33
3.3.4 Derecho español.....	33
3.3.5 Derecho guatemalteco.....	34
3.4 Elementos de la posesión.....	34
3.4.1 Teoría de Savigny.....	35
3.4.2 Teoría de Ihering.....	35
3.4.3 Doctrina de Saleilles.....	36
3.5 Naturaleza jurídica de la posesión.....	37
3.6 Fundamento de la protección posesoria.....	38
3.7 Evolución historia de la protección posesoria.....	40
3.8 Efectos jurídicos de la posesión.....	41

	Pág.
3.8.1 Cumplimiento de las relaciones jurídicas que surgen de la posesión.....	41
3.8.1.1 Por parte del poseedor.....	41
3.8.1.2 Por parte del sucesor en la posesión.....	42
3.8.1.3 Por parte de los terceros.....	43
 CAPÍTULO IV 	
4. La usucapión como modo derivativo de adquirir la propiedad.....	45
4.1 Adquisición de la propiedad en el derecho romano.....	47
4.1.1 Modos derivativos.....	47
4.1.2 Mancipatio.....	48
4.1.3 In iure cesio.....	51
4.1.4 Traditio.....	52
4.1.5 Usucapión.....	56
4.2 La prescripción adquisitiva del derecho de propiedad.....	61
4.3 Motivos de la concepción actual de la usucapión.....	65
CONCLUSIONES.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda el tema de la usucapión, conocida por algunos autores como un modo originario de adquirir la propiedad. En realidad se considera, que la usucapión, es un modo de adquirir el dominio y ciertos derechos reales en virtud de haber ejercido la posesión sobre un bien durante el tiempo que la ley establece. Se sabe que las cosas susceptibles de usucapión son todas aquellas que están en el comercio de los hombres.

Pocos saben que significa la palabra usucapión, que tiene mas que ver con el derecho romano que con el léxico que manejamos hoy. Usucapión es la institución del derecho civil por la que quien poseyó un terreno, una casa o un departamento durante cierto tiempo establecido por ley, se le premia haciéndolo propietario de esta.

El hecho que la usucapión sea considerada, en la doctrina, como un modo originaria de adquirir la propiedad de un bien inmueble que ha sido poseído por el tiempo estipulado en la legislación guatemalteca, cumpliendo los requisitos que la ley establece; ha sido un tema que ha causado mucha controversia entre los juristas a través de los tiempos, pues en virtud que la prescripción de los bienes inmuebles solo puede operar cuando existe propiedad sobre el bien, previa a la usucapión, no es concordante que se establezca a la usucapión como un modo originario de adquirir el dominio sobre el mismo, sin embargo, la doctrina aduce, que si no existe relación jurídica entre el anterior propietario con el poseedor del bien, la adquisición es originaria.

Es por lo anteriormente expuesto que en la presente investigación se desarrollan cuatro capítulos los cuales dan un análisis de la usucapión, los cuales procedo a realizar una breve descripción de la manera siguiente.

En el capítulo primero se hace un análisis de los derechos reales desde sus diferentes definiciones, así como las teorías que los sustentan, ciertas clasificaciones utilizadas en la época moderna, como se encuentra regulado en el código civil guatemalteco Decreto Ley 106 y enumerando los derechos reales según su calificación.

En el capítulo segundo se desarrolla el derecho de propiedad ya que es de suma importancia para poder de terminar cuando se es legítimo propietario de un bien. Se inicia con diferentes definiciones de este derecho, también la evolución que a tenido a través de la historia.

En el capítulo tercero se considero analizar a la posesión, por ser parte de los derechos reales y uno de los requisitos que la legislación guatemalteca regula para poder adquirir un bien a través de la usucapión; analizando así las definiciones modernas, evolución histórica, diferentes teorías que sustentan los elementos para poder poseer un bien y ciertos cumplimientos que deben surgir de la posesión.

En el capítulo cuarto se realiza un profundo análisis de la usucapión, como esta tiene sus principios o inicios en el derecho romano, efectué un estudio de la adquisición de la propiedad en dicho derecho; también en la prescripción adquisitiva del derecho de propiedad como le llaman algunos autores a la usucapión y los motivos de la concepción actual de la usucapión como un modo derivativo y no originario de adquirir la propiedad logrando con ello los objetivos planteados la inicio de esta investigación.

CAPÍTULO I

1. De los derechos reales

1.1 Definición de derecho real

Se considera al derecho real como un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona que se constituye como el sujeto activo y una cosa u objeto; una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad como sujeto pasivo, a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo, naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius praeferendi.

Analizando la definición anterior, se considera a los derechos reales como un derecho absoluto porque implica su oponibilidad contra los hombres; se establece como un derecho de contenido patrimonial porque, los derechos reales son susceptibles de valor, por lo que integran el patrimonio.

La naturaleza jurídica de sus normas son sustancialmente de orden público, pues la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares, lo que no quiere decir que todas las normas relativas a los derechos reales sean de orden público. El sujeto activo de un derecho real puede serlo una persona física o ideal; el objeto de un derecho real son las cosas ciertas, individualmente determinadas, en el comercio y actualmente existentes, no puede haber un derecho sin objeto.

En cuanto a la relación inmediata del derecho real, se entiende que, su titular, para extraer el beneficio de la cosa sobre la que recae el derecho, no necesita ningún intermediario. Otro elemento del derecho real es la publicidad, pues si el

derecho real puede oponerse a todos, es indispensable que ese derecho pueda ser conocido también por todos. Hay dos formas de cumplimentarlo, por medio de la tradición, y por la inscripción en registros especiales que es el sistema actual.

El sujeto pasivo y su deber de abstención en el derecho real es la base del concepto de la "obligación pasivamente universal". El sujeto pasivo es toda la sociedad, quien está obligada a respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa conocida como la "obligación de inercia", que establece las acciones reales, como las que protegen a los derechos reales en caso que se atente contra su existencia, plenitud o libertad. Son las acciones reivindicatorias, confesoria y negatoria; y por último el elemento del ius perseguendi y ius praeferendi: perseguir la cosa en manos de cualquiera que la tenga, claro, con las limitaciones de la propia ley, y ventajas como el privilegio o como derecho de exclusión.

Para precisar el concepto de derecho real, han surgido diversos criterios que los tratadistas consultados agrupan en tres teorías:

1.1.1 Teoría clásica

El autor Espin Canovas, resume con precisión los fundamentos de esta teoría: "la concepción clásica del derecho real es aquella que lo concibe como un señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer erga omnes; el titular del derecho real ostenta un poder inmediato sobre la cosa; hay, por tanto, una relación directa entre persona y cosa. Dos son las características esenciales del derecho real según esta teoría: la inmediatez del poder sobre la cosa, es decir, la relación directa y sin intermediario entre persona y persona, y su eficacia erga omnes, por la cual el titular puede perseguir la cosa donde quiera que éste y contra cualquiera que la posea. Concebido de esta suerte el derecho real aparece como figura contrapuesta al derecho de obligaciones o personal, ya que éste consiste en una relación entre dos personas por la que una de ellas (deudor) tiene que realizar

una prestación (dar, hacer o no hacer), y la otra (acreedor) puede exigir que se realice esta prestación”.¹

Por referirse esta teoría a la distinción, ya expresada, entre derechos reales y personales, en la actualidad a la misma se le resta o niega importancia, en razón que todo derecho relaciona a personas entre si, no existiendo, en su esencia, como relación de persona a cosa. No obstante, la mayoría de tratadistas se inclinan por mantener la distinción, no tanto por su basamento jurídico sino por utilidad en la sistemática de la legislación civil, fuertemente influenciada aún por el derecho romano.

1.1.2 Teoría personalista o anticlásica

Surgió en Europa como resultado del estudio crítico de la teoría clásica. Por ello, más que de una teoría, se trata de un conjunto de criterios doctrinarios. Fundamentalmente, parten del siguiente punto de vista: las relaciones jurídicas solo existen persona a persona, no entre persona y cosa; apartándose así del criterio clásico sobre el derecho real (señorío directo sobre la cosa), dando vida a la idea de una relación personal entre el titular del derecho real y todas las demás personas, que por razón de la existencia de ese vínculo están obligados a un no hacer, consistente en la abstención de perturbar al titular del derecho en relación a la cosa objeto del mismo (obligación pasiva universal).

Los distintos criterios en que se basa esta teoría coinciden en afirmar que existen ciertas diferencias entre el derecho real y el derecho personal, esencialmente en lo que concierne a la oponibilidad, contra todos en el primero, contra una persona, generalmente, en el segundo.

¹ Espín Canovas, Diego, **Manual de derecho civil español, Vol. II**, pág.1.

1.1.3 Teoría ecléctica

Un civilista español sintetiza esta teoría en los términos siguientes: “frente a las posiciones extremas representadas por las teorías clásica y personalista, algunos autores, observando que ambas teorías incurren en exageraciones y defectos, llegan a soluciones armónicas, que talvez se aproximen más a la verdad.

En efecto, se hace una doble crítica a dichas teorías: a la clásica se le achaca su insuficiencia al desconocer que todo derecho se da entre los hombres, y a la personalista se le imputa el error de confundir el deber jurídico general con la obligación patrimonial, al reducir el derecho real a una obligación pasiva universal. Sobre esta base crítica se construye la teoría ecléctica, que por primera vez formula Berker. El derecho real, se afirma, tiene un lado externo y otro interno, constituido éste por el poder sobre la cosa y aquel por su oponibilidad erga omnes.

Así como la teoría clásica no destacó suficientemente el lado externo, la teoría obligacionista, en cambio, desconoció el lado interno. Estos dos aspectos son en realidad propios de todo derecho, si bien en algunas se destaque mas alguno de ellas. Así, la eficacia erga omnes, característica del derecho real, existe también en la obligación solo que resalta mas en aquel. Por tanto, las diferencias entre los derechos reales y personales existen, pero no deben de ser exagerados, como hicieron algunos partidarios de la teoría clásica. A nuestro juicio, esta posición armónica es la mas exacta: ni cabe desconocer el aspecto personal de toda relación jurídica, no cabe identificar el deber general de abstención de todas las personas con la obligación patrimonial”.²

² Puig Peña, Federico, **Compendio de Derecho Civil**, Tomo II, pág. 15.

1.2 Elementos de los derechos reales

Se distinguen, generalmente, dos elementos: un elemento interno, el más intenso, que consiste en el poder inmediato que cierto derecho otorga a una o más personas sobre la cosa; y un elemento externo, que consiste en lo absoluto de ese derecho en relación a las demás personas.

1.3 Clasificación de derechos reales

En realidad las clasificaciones que se han hecho de los derechos reales, son:

1.3.1 Clasificación antigua

Distinguió el derecho real sobre la cosa propia (derecho de propiedad), y el derecho real sobre la cosa ajena (servidumbre, usufructo, etc.). O bien, partiendo del derecho de propiedad, se distinguía entre derechos reales similares al dominio (por ejemplo, la posesión) y derechos reales limitativos del dominio (por ejemplo, la servidumbre).

1.3.2 Clasificación moderna

En conjunción de la doctrina italiana y alemana, se afirma que los derechos reales pueden clasificarse en derechos de goce y disposición (propiedad), derechos de goce (por ejemplo, usufructo), derechos de garantía (por ejemplo, hipoteca), derechos reales de adquisición (por ejemplo, opción y tanteo)

1.4 Derechos reales en el código civil

El código civil trata la materia en su libro segundo de los bienes, de la propiedad y demás derechos reales. No la desarrolla conforme a un esquema de clasificación, concretándose a hacer y desarrollar una enumeración de los mismos. Así, como base, trata de los bienes, en el título primero, para ocuparse, en el título segundo, de la propiedad en sus diversos aspectos; en el título III, del usufructo, uso y habitación; en el título IV, de las servidumbres; y en el título V, de los derechos reales de garantía, incluyendo como tales la hipoteca y la prenda en sus diversas modalidades.

El actual código civil, en cuanto a los derechos reales, sigue fundamentalmente el desarrollo del código de 1933.

1.5 Enumeración de los derechos reales.

En apego al criterio seguido por el Código Civil, puede hacerse la siguiente enumeración de los derechos reales:

1.5.1 De propiedad o disposición

Como el derecho real por excelencia, otorga un poder amplio e inmediato (de goce, disposición y persecución) sobre la cosa, entre estos se pueden mencionar:

Posesión: que no implica la mera tenencia temporal de la cosa, sino el ánimo de aprovecharse de ésta, téngase o no título sobre la misma. Por ser de especial naturaleza, algunos autores tratan de la posesión antes que la propiedad. Cuando el propietario ejercita su derecho de propiedad su actuación está amparada por un título jurídico: el dominio. Sin embargo, es posible que alguien detente el poder de una cosa y se sirva de ella sin que tal actuación se encuentre respaldada por un derecho real. A esta situación de hecho en la que una persona tiene la

disponibilidad, de manera efectiva, de una cosa corporal, se le llama posesión, detente o no derecho real alguno sobre ella. Lo habitual es que la titularidad jurídica del dominio de una cosa y la posesión coincidan, sin embargo es posible que existan propietarios que no tengan la posesión de la cosa y poseedores que no sean propietarios.

Usucapión: la usucapión es un modo de adquirir la propiedad. Es una adquisición de la propiedad que se lleva a efecto mediante una posesión continuada durante el tiempo exigido por la ley. Entendida como la prescripción adquisitiva que se basa necesariamente en la previa posesión para que por el transcurso del tiempo se transforme en propiedad.

Accesión: la accesión es un método para adquirir la propiedad de una cosa que surge del hecho de que está, de alguna manera agregada a, o es el fruto de algo que ya pertenece a uno mismo. Esto puede pasar de tres maneras: naturalmente, artificialmente, del funcionamiento combinado de naturaleza e industria. Deviene en complemento de la propiedad en cuanto los frutos naturales y civiles que la cosa produce pertenecen al propietario.

1.5.2 De mero goce

Que representan el disfrute parcial o total de la cosa, acompañado o no de su posesión: usufructo, uso y habitación, servidumbre, superficie, censo.

- **Usufructo:** Según la definición atribuida por Justiniano al jurisconsulto Paulo, usufructo es el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas, salvo su sustancia; *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. El código civil español, siguiendo la orientación clásica, describe el usufructo diciendo que "da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa" en su Artículo 467. La novedad de esta fórmula radica en la salvedad contenida en sus últimos

términos de que la ley o la voluntad de las partes puedan modificar el principio legal de no poder alterarse la forma o sustancia de la cosa. En términos más precisos, el autor Castan Tobeñas, define al usufructo como "un derecho real de carácter temporal, que autoriza a su titular a disfrutar de todas las utilidades que resultan del normal aprovechamiento de una cosa ajena, con arreglo a su destino, y le impone la obtención de restituir en el momento señalado, bien la misma cosa, bien, en casos especiales, su equivalente".

- Uso: el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.
- Habitación: la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.
- Servidumbres: que crean una relación directa de dependencia entre dos o mas bienes inmuebles, o parte de estos, a favor y en beneficio de otro u otros inmuebles.

1.5.3 De garantía:

En cuya virtud el valor en venta en pública subasta del bien asegura el cumplimiento de una obligación pecuniaria: prenda con o sin desplazamiento de la posesión, hipoteca, hipoteca mobiliaria, anticresis.

Analizando las dos forma de garantizar una deuda adquirida, para poder proteger el patrimonio del acreedor, siendo estos la hipoteca y la prenda.

Hipoteca y prenda: la primera que recae sobre bienes inmuebles y la segunda sobre bienes muebles, para garantizar la obligación con preferencia respecto a

cualquier acreedor, anterior o posterior en el tiempo que no hubiese inscrito similar derecho con antelación.

CAPÍTULO II

2. Derecho de propiedad.

2.1 Generalidades

La propiedad es la más perfecta de las relaciones de hecho que el hombre pueda establecer sobre las cosas por lo que ocupa un sobresaliente lugar entre los derechos reales, y por las relaciones jurídicas que genera entre los sujetos titulares del derecho de propiedad y terceros.

Sobre la propiedad ha girado todo el desarrollo conceptual del derecho de las cosas. El dominio es la piedra angular de todo el desarrollo jurídico de este mundo que nos sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas.

Nos hemos ya dado cuenta de cómo desde tiempos remotos la propiedad fue uno de los derechos primordiales y básicos de la civilización humana. Quizás, y creemos que realmente es así, fue la civilización romana y su imperio quienes desarrollaron con mayor detenimiento un régimen específico, especializado y probablemente el más completo de la historia, tanto así que su desarrollo constituye los cimientos del derecho de la gran cultura occidental.

Los romanos desarrollaron así un despliegue teórico con figuras conceptuales que desenvuelven en la vida práctica de la época una enorme importancia a través de la adquisición de cosas y obligaciones por parte de aquellas mediante el ejercicio de estos derechos y obligaciones adquiridas. Es decir, a través de la propiedad.

La propiedad como todo derecho tiene en principio sus limitaciones; este derecho se encuentra sujeto a restricciones de diversa índole, bien por su ejercicio frente o ante otros sujetos, bien por razón de situaciones que con mayor relevancia

predominaban preferentemente al ejercicio de este. En todo caso resulta de especial trascendencia el estudio de este tema puesto que constituye un coto a una posible y total liberalidad al ejercer dicho derecho que eventualmente pudiera constituir un agravio frente a terceros.

2.2 Definiciones del derecho de propiedad

La doctrina de origen romanista fundamenta la definición del derecho de propiedad en el conjunto de facultades que lo integran. Este criterio ha hecho sentir su influencia en los códigos civiles de países latinos. Así, el Código civil lo define como “El derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes”.

La doctrina moderna tiende a concebir el derecho de propiedad con abstracción de las facultades que lo caracterizan, pero enmarcándolo en su totalidad. Así, un autor conceptúa la propiedad como “el derecho por el que una cosa pertenece a una persona y esta sujeta a esta de modo, al menos virtualmente, universal”.³

En general dice Cabanellas “Cuanto nos pertenece o es propio, ya sea de índole material o no, y jurídica o de otra índole material o no, y jurídica o de otra especie”.

Más adelante, expresa al disfrute o goce de la propiedad, en la que incluye el derecho de “disposición” de la cosa propia; es decir, acompañando a la propiedad la actitud de servirse y disponer de ella, según la conveniencia o voluntad del propietario.

Poco a poco el legislador español va circunscribiendo alrededor del concepto las connotaciones que tiene la acepción de propiedad con la relación social, cuando

³ *Íbid*, pág. 283

la define dentro de un contexto como “El derecho de gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes”... Deja aquí, limitada la acepción, o por el contrario, es una cobertura para limitar el derecho de propiedad.

La propiedad es dominio, y el dominio se ha convertido en propiedad de base jurídica, evidencia para el derecho civil de tomarlas como sinónimos. Es importante señalar que, sustentada la base jurídica, se desprenden de ella otros derechos por su propia naturaleza, como de construcción, constituyéndose en derecho real.

Justiniano, en sus Instituciones, consideró de pasada el dominio, y entonces surgió la idea de precisar cuantitativamente esa imprecisa consideración de plenitud. Los interpretes, comenzaron a formular definiciones del dominio, desde el punto de vista de las facultades que lo integran, agregando, los autores, poco a poco, mas facultades al concepto, tratando de hacer una diferencia, acabada del mismo. Pero de todas maneras, ya sea que se adoptara el criterio mas amplio, o moderno, en donde se incluían las facultades del dominio, o que se siguiera el tradicional o clásico reducido a las principales facultades de usar, disfrutar o reivindicar, siempre presidió estas definiciones clásicas del derecho propiedad, tenemos entonces, la del código de Napoleón que dice: "la propiedad es, el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera mas absoluta" . Esta definición, la siguieron todos los cuerpos legales de los países latinos.

Finalmente, podremos definir la propiedad, como el derecho real de usar, gozar y disponer de las cosas, de las cuales se es propietario, sujeto a las restricciones impuestas por la ley y defendible por acción reivindicatoria.

En las postrimerías del siglo pasado, se inicia, una reacción contra ese modo tradicional de considerar la propiedad, pues se indicaba, que siguiendo la orientación clásica, no era posible explicar como pueden separarse del dominio algunas facultades sin perder aquel, su naturaleza fundamental.

Como consecuencias de estas críticas surgen entonces, las definiciones modernas, las cuales consideran o hacen referencia a un abstracto señorío que tiene el hombre sobre las cosas sujetas a su dominio. Entre estas definiciones tenemos las siguientes:

Filomussi, un destacado civilista dice: “la propiedad es el señorío general e independiente de la persona sobre la cosa, para los fines reconocidos por el derecho, dentro de los límites por él establecidos”.

Scialoja (destacado romanista): “la propiedad es una relación de derecho privado, en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, esta completamente sujeta a la voluntad de esta, en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno”.

Dussi (expositor): “la propiedad es el señorío unitario, independiente y cuando menos, universal sobre una cosa corporal”.

Calixto Valverde (catedrático): “es el vínculo jurídico por el cual una persona tiene la facultad de obtener la generalidad de servicios de una cosa a excepción de aquellas prohibidas por la ley o bien por la concurrencia de los derechos de otra persona”.

José Castan Tobeñas: “propiedad es toda relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporal”, “el derecho de propiedad es una pertenencia y un señorío”.⁴

De tal manera se concluye que los elementos que conforman a la propiedad, es que es un derecho y que el mismo da la libre disposición del mismo con la observancia que impone la ley.

⁴ Ripert, George. **Tratado de derecho civil**. Tomo VI, pág. 87.

2.3 Evolución del derecho de propiedad

Se hará un análisis de las diferentes épocas en la cual el derecho de propiedad a ido evolucionando a lo largo de la historia:

2.3.1 Época primitiva

Se llama así aquella época de las cuales no quedan documentos escritos y que solo pueden ser conocidas por inducciones que tienen su base en los datos recogidos por la Etnografía, la Geología y la Paleontología.

La ciencia histórica que a pesar de contar con bastante tiempo de existencia se halla todavía en la infancia respecto de la prehistoria, nos presenta conclusiones, si bien muy vagas e inseguras, acerca de las industrias, habitación, ocupación, artes y creencias religiosas de aquellos pueblos que no nos han transmitido por si mismos sus análisis.

Pero, con relación a las instituciones sociales y jurídicas, nada menos dicen ni pueden decirnos las huellas arqueológicas. No obstante, se han emitido hipótesis, más o menos científicas, acerca de la propiedad en dichas épocas. Entre las riquezas que en un principio comprendía la propiedad, están en primer lugar, aquellas que precisamente desde hace mucho tiempo han cesado de ser objeto del derecho de propiedad de todos los países civilizados: las mujeres y los esclavos.

También comprendía los objetos que servían directamente a la persona: las joyas, las armas, el caballo, y cuya apropiación individual se reconoce en la particularidad de que los encerraban con su dueño en la tumba de este. El problema de los orígenes de la propiedad es oscuro. Nadie de la existencia, es todos los tiempos, de una propiedad mobiliaria, mas o menos extensa. Pero, en cambio, se discute mucho acerca de la aparición de la propiedad territorial y sobre la primitiva forma que esta pudiera revestir.

Solo coordinando las noticias y tradiciones de algunos pueblos con la observación del presente estado de los pueblos bárbaros o semicivilizados se ha llegado a reconstruir las fases y formas originales, probables, de la propiedad inmueble.

En las poblaciones nómadas no pudo conocerse apenas la propiedad. Solo existía una propiedad vaga de toda la horda, clan tribu sobre los territorios que consideraban como reservados para la caza o pastos de sus miembros, pero ni aun esa propiedad común tenía gran estabilidad, a consecuencia de los desplazamientos frecuentes que lógicamente entraña una vida nómada.

En los pueblos agrícolas aparece ya bien definido el derecho de propiedad; pero frecuentemente, en forma colectiva.

2.3.2 El derecho de propiedad en roma.

Para comenzar con el estudio de las limitaciones de la propiedad romana es fundamental conocer las diferentes acepciones de que es la propiedad.

La propiedad ha sido definida de diferentes maneras por los distintos autores, así encontraremos entre las diferentes definiciones, la de César Ramos que la citamos como la principal: "la propiedad (dominio): es el derecho real mas amplio contenido, ya que comprende todas las facultades que el titular puede ejercer sobre las cosas y es un derecho autónomo por cuanto no depende de ningún otro. Es el dominio más general que puede ejercer sobre las cosas".

Así como César Ramos existen otros autores definen: "La propiedad como una facultad que corresponde a una persona llamada propietario, de obtener directamente de una cosa determinada, toda la utilidad jurídica que esa cosa es susceptible de proporcionar".

"La propiedad es el derecho de obtener de un objetivo toda la satisfacción que éste pueda proporcionar".

"La propiedad es definida por Acarrias, como aquello "en virtud" de lo cual las ventajas que pueden procurar una cosa corporal son atribuidas totalmente a una persona".

"La propiedad Girard la concibe como el derecho real por excelencia, el mas conocido y antiguo de todos los derechos reales o el dominio completo o exclusivo que ejerce una persona sobre una cosa corporal (plena in res protesta)".

Por lo tanto podríamos decir que la propiedad es señorío más general que existe sobre la cosa. El señorío no requiere que el titular del derecho esté en contacto inmediato de ejercerlo libremente con lo cual dicho derecho conserva toda plenitud. La propiedad procura ventajas a su titular, quien, no solo usa y goza la cosa, sino que abusa y dispone de ella a voluntad, por estar sometido exclusivamente, a su poder.

El derecho de propiedad se ejerce sobre una cosa corpórea o tangible. No tiene validez en relación con las cosas incorpóreas, pues ésta no pueden entregarse, poseerse o constituir un dominio. Sólo son susceptibles de cuasi-posesión, cuasi-tradición y cuasi- dominio, aún cuando ellas forman parte del patrimonio.

Cabe mencionar en esta parte que sin embargo, el derecho de justiniano permitió la propiedad, también de las cosas incorpóreas, en razón, justamente de su susceptibilidad de cuasi- posesión o cuasi-tradición, las cuales eran medios de transmisión de derechos.

La propiedad es un derecho. Esto significa, que al titular del derecho de propiedad le asiste un título jurídico. Este es el fenómeno concreto en el cual

descansa y se legitima el derecho y el cual invoca el titular cuando, por perturbación o despojo, se lesiona su derecho.

La propiedad es el derecho real por excelencia. Es un vínculo directo entre el sujeto y el objeto. Se ejercita sin consideración a personas determinadas. La sociedad debe respetar el ejercicio legítimo de ese derecho, por lo que todos los miembros de la sociedad, sin excepción, están obligados a abstenerse de perturbarlo. Es considerado el derecho real por excelencia por cuanto todos los demás derechos reales se subordinan a él. La propiedad es, de los derechos reales, el más antiguo y reconocido. El derecho a la propiedad se define, con la actio reivindicatoria (acción reivindicatoria) o acción real, que permite al propietario perseguir la cosa, de manos de quien se encuentre.

2.3.2.1 Características de la propiedad romana

La propiedad romana posee ciertas características que son:

- Es el derecho real por excelencia.
- Es limitada, es decir, es un señorío absoluto y exclusivo y, por ende, es perpetuo e irrevocable.
- Es absorbente por cuanto todo lo unido a la cosa pertenece a su propietario.
- Es inmune, pues ésta exenta de cargas públicas o privadas. El tributo, que por ella pudiera pagarse al estado, tiene un carácter estrictamente personal. Bonfate dice, que "los caracteres de la propiedad romana nos la muestran como un derecho limitado en el tiempo y en el espacio que guarda un estrecho paralelismo con la soberanía territorial".

- Es un derecho absoluto. Su carácter del titular puede disponer de su cosa, dándole el destino que considere conveniente, sin que persona alguna pueda impedir su libre ejercicio. Por lo tanto, el titular del derecho de propiedad puede ejercer su derecho conforme a la ley, con exclusión de los demás que integran el conglomerado social, quienes están obligados a respetar el ejercicio legítimo del derecho.
- Es un derecho exclusivo, en razón de que sólo una persona puede ser propietaria de una cosa. En otras palabras, sobre cada cosa puede existir un derecho o un titular del derecho. Este principio está sometido a excepción, cual es la posibilidad de que varias personas sean propietarias de una cosa en común.
- Es perpetua e irrevocable. Ella subsiste independientemente del ejercicio que de ella puede hacerse Perpetua, por su posible transmisibilidad a través de la herencia. Es irrevocable, por que, previamente a Justiniano no se permitía constituir su derecho de propiedad ad tempus, según lo cual, vencido cierto plazo, la cosa adquirida regresaba, de pleno derecho, al enajenante y por eso no podía suponerse a condición resolutoria, pues eso significa limitarla en el tiempo, por cuanto cumplida la condición, la cosa adquirida regresaba al semejante.
- Es disponible. Pues disponerse en ella de forma definitiva y absoluta.

2.3.2.2 Evolución de la propiedad en el derecho romano

En las etapas iniciales de la historia jurídica romana carecieron los romanos de la palabra adecuada para expresar la idea abstracta del derecho de propiedad. Durante la época de Cicerón se utilizó el vocablo "mancipium" a fin de designar la propiedad romana y, posteriormente, los términos: "dominium", "dominium legitimum" y "propietas", fueron usados en igual sentido. La propiedad que era

legítima por el derecho civil, se expresaba con el vocablo "in bonis haberes; de ahí surgió la denominación "dominium bonitarium" opuesta al "dominium quiritarium" que hacía referencia a la propiedad amparada por el derecho civil.

En roma la única propiedad conocida por los romanos era la propiedad quiritaria que se le denominaba, "dominium ex iure quiritium", por estar sancionada por el derecho civil, como se menciona anteriormente requiriéndose para ser propietario:

- Que se tratara de una cosa mancipi.
- Que el propietario fuera ciudadano romano.
- Que el dominio se hubiera adquirido por "mancipatio" o por "in jure cessio".

El término propiedad proviene del vocablo latino "propietas", derivado, a su vez de propierum, o sea "lo que pertenece a una persona o es propia de ella, locución que viene de la raíz prope, que significa cerca con lo que quiera anotar cierta unidad o adherencias no físicas sino moral de la cosa o de la persona".

La propiedad para los romanos indicaba la facultad que corresponde a una persona, el propietario de obtener directamente de una cosa determinada toda la utilidad jurídica que esta cosa es susceptible de proporcionar. El concepto de propiedad se ha desarrollado paulatinamente desde la época arcaica con características diversas que han llevado a diferentes concepciones.

Primero fue un concepto de señorío, en interés del grupo familiar, indiferenciado, nucleado en cabeza del pater familiares al que estaban sujetos personas (alieni juris: libres o esclavos) y cosas. Es entonces, desde las XII Tablas, que se comenzó a distinguir el poder del pater sobre las personas libres, mujer in manu e hijos de familia por una parte y otra propiedad autónoma sobre esclavos y cosas. Fue esta última la que se consideró propiedad en tiempos históricos.

Para la edad republicana, el concepto de propiedad es eminentemente individual: pertenece al Pater familias la titularidad sobre el patrimonio y es el único capacitado para ejercer cualquier clase de negocio en su inmediato interés y el de la familia. Sólo a su muerte, quien estaba inmediatamente en su potestad, entrarían como herederos de lo suyo en el patrimonio-herencia (Heredes sui).

Pero, en una época indeterminada se opera una evolución en el régimen de la propiedad. En efecto, en la época anterior la tradición, o sea la entrega de la cosa de manos del propietario a un tercero, no importaba la traslación de la propiedad; pues, el adquirente sólo recibía la posesión de la cosa y el enajenante conservaba la propiedad quiritaria de la cosa hasta tanto aquel la adquiriera por usucapión; para lo cual era necesario, que hubiera estado poseyendo esa cosa durante un año si se trataba de una cosa mueble o durante dos años si se trataba de un inmueble; pero, mientras transcurría ese lapso ocurría lo siguiente:

- Que el vendedor continuaba siendo propietario quiritario de la cosa.
- Que el comprador era sólo propietario bonitario, reconocido por el derecho natural.

Paulatinamente el pretor, en defensa de este poseedor, fue acordando prerrogativas para beneficiar al adquirente, semejantes a las que el derecho de propiedad confería a su titular; y así le concedió:

La llamada "acción publiciana", para cuando el propietario quiritario le arrebatara la posesión de la cosa transmitida pudiera recuperarla ejerciendo esta acción reivindicatoria concedida por el derecho civil a propietario quiritario.

La "exceptio dolí", pues como los frutos de las cosas pertenecían al propietario bonitario, puede oponerse esta excepción al enajenante en caso de que esta pretenda la propiedad de estos frutos.

La "exceptio rei venditae et traditae", para el caso en que el vendedor pretenda, haciendo valer su título que le otorga el derecho civil, ejercer la acción reivindicatoria; en cuyo caso, el adquirente, puede oponerle esta excepción, paralizando así la acción reivindicatoria del propietario quirritario.

2.3.2.3 Organización de la propiedad romana.

Según Petit, desde los primeros siglos de Roma, la propiedad estuvo organizada por el derecho civil siguiendo reglas precisas a ejemplos de otros pueblos. Los romanos solo reconocen una clase de propiedad, el dominium ex iure quirritium, que se adquiere por modos determinados fuera de los cuales no podrían constituirse: se es propietario o no se es.

Todo propietario desposeído de su cosa puede reivindicarla contra aquél que la retiene para hacer reconocer su derecho y obtener su restitución.

El derecho romano conoció una doble reglamentación de la propiedad; la primaria es la que establecía el derecho civil y se llama propiedad quirritaria (dominium ex iure quirritium), como hemos dicho anteriormente; y la otra, que apareció con posterioridad, fue establecida por el derecho honorario y se denomina propiedad bonaria. Con el tiempo, y al darse la fusión entre el derecho civil y el derecho honorario, encontramos un instituto unitario; Justiniano, por ejemplo sólo habla de propietas, sin hacer ya ninguna distinción.

Es muy discutido hasta que punto el derecho romano más antiguo conoció la propiedad individual. La teoría más generalizada afirma que el patrimonio mueble o por lo menos, ciertas cosas muebles y la caza y el huerto, eran propiedad privada del padre de familia, pero que la tierra fue propiedad colectiva de la gens.

En la época de las doce tablas la propiedad se muestra individualizada por completo. La propiedad pasa en Roma por dos fases comunes a las demás

instituciones jurídicas: la del Derecho de ciudad (*ius civile*) y la del Derecho universal (*ius gentium*). En la primera de ellas, la propiedad era una institución del derecho civil. El dominio quiritalio (entendiéndose por dominio quiritalio, la propiedad romana que gozaba de privilegiada consideración jurídica. Para contar con ella se necesitaba el concurso de diversas circunstancias materiales, personales y de concepto legal), no podía pertenecer más sobre una cosa romana, estando excluidos, por consiguiente, los predios provinciales; no podía ser transmitido más que por un modo romano como la usucapión. Pero al influjo del *ius gentium*, fue apareciendo, al lado del derecho formal de propiedad, de hecho que el pretor tutelaba. En la época de Justiniano, el régimen de la propiedad quedó unificado a base del derecho pretorio, llegándose al concepto moderno. En definitiva, a los jurisconsultos romanos les es debida la construcción sistemática de este derecho.

2.3.3 Época actual.

En sentido general caracterizan a esta época los siguientes fenómenos: a) la importancia adquirida por la propiedad mobiliaria. b) La organización de la propiedad inmueble bajo un régimen individualista análogo, en cierto modo, al del derecho romano, con proscripción de las desmembraciones propias de la época feudal. c) El vigoroso desarrollo, al lado de la propiedad individual, de variadas formas de propiedad colectiva y aun de tipo familiar. d) La multiplicación creciente de las limitaciones que rodean y socavan el derecho de propiedad, impuestas tanto por el derecho privado como por el derecho público. e) La redistribución, de la propiedad de la tierra, en algunos países a través de la reforma agraria, que tienen como finalidad el parcelamiento de latifundios, la conversión en propietarios de los trabajos de la tierra, etc.

Las leyes modernas dictadas en las postrimerías del siglo XIX y en el actual, sobre todo a partir de la guerra europea de 1914 a 1918, recogen esos hechos y

esas tendencias. En general, casi todas las aceptan la orientación social de la propiedad, aunque con matices muy diferentes.

2.3.4 Evolución del derecho de propiedad en España:

Se considera muy importante, hacer un breve análisis de la evolución del derecho de propiedad en España, por ser este el derecho que ha influenciado en una forma muy directa nuestra legislación guatemalteca.

De la época primitiva los datos que se poseen son muy incompletos y poco seguros. Unos demuestran la existencia de la propiedad familiar de la tierra la que podría ser una forma de propiedad individual y otros revelan la propiedad colectiva de la tribu.

Le sigue a esta época, la visigoda, en la cual se llevo a cabo un reparto de tierras entre godos y romanos.

La organización de la propiedad en la época visigoda puede considerarse como antecedente y preparación del régimen feudal, cuyo desarrollo tuvo lugar en la época de la reconquista.

El régimen de la propiedad, en las leyes fundamentales españolas, queda establecido sobre las siguientes bases:

- “La propiedad privada se considera reconocida y amparada por el Estado, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales” (Fuero del trabajo, declaración 12; Fuero de los Españoles, Artículo 30).
- “El Estado asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana, el hogar familiar, la heredad de tierra y los instrumentos o bien de trabajo

para uso cotidiano”. (Fuero del trabajo, declaración 12; Fuero de los Españoles, artículo 30).

- “Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la nación, cuyo interprete es el Estado”. (Fuero del trabajo, declaración 12; Fuero de los Españoles, artículo 30).

2.3.5 Evolución del derecho de propiedad en Guatemala.

Antes de la conquista únicamente se tenía propiedad comunal y únicamente poseían la propiedad individual, los jefes y los caciques. La propiedad de tipo comunal era trabajada bajo el sistema de división del trabajo. Este orden se rompe en la época colonial en que el Papa cede al rey de España las tierras que se descubrieran, razón por la cual los españoles se adueñan de las tierras.

Este sistema no sufre mayor transformación sino hasta en la época independiente en 1825 con leyes de tipo liberal emitidas por o bajo el gobierno de Mariano Gálvez.

Las bases para la regulación de la propiedad las encontramos en los Artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala y la Exposición de motivos del Código Civil, el cual nos indica que en el libro II del referido código se encuentra regulado todo lo referido a los bienes y a la propiedad y demás derechos reales, considerando a la propiedad como el tratado de mayor importancia del libro II. El libro II esta dividido en cinco títulos, siendo el segundo el que regula la propiedad.

CAPÍTULO III

3. La posesión.

En su acepción estricta, la posesión, es una situación jurídicamente tutelada, por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho, de tal forma que actúa sobre los mismos como si fuera titular verdadero.

La posesión no requiere una permanente inmediatez física. Es una institución jurídica que no requiere necesariamente la aprehensión, el contacto físico, este en el alma de la institución y sobre todo en su origen histórico. La tenencia física le da la posesión, su sentido profundo.

3.1 Definición:

El Código de Napoleón define la posesión así: “la detención o el disfrute de una cosa o un derecho que tenemos o que ejercitamos por nosotros mismos o por medio de otro que la tiene o que lo ejerce en nuestro nombre”. Considero que el Código Napoleónico, define la posesión, con gran generalidad.

Para Planiol y Ripert “se trata del ejercicio de un simple poder de hecho sobre una cosa, que corresponde exteriormente al ejercicio de un derecho”⁵

Para Castan Tobeñas: la posesión es “un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder y que es apariencia o imagen normal y natural del derecho de propiedad”.⁶

Para Guillermo Borda “poseer es tener una cosa en su poder, usarla, gozarla y aprovecharla”⁷

⁵ Ibid, pág. 265.

⁶ Castan Tobeñas, Jose. **Derecho civil español, comun y floral**, Vol. 2 Tomo I, pág. 107.

⁷ Borda, Guillermo. **Tratado de derecho civil**, pág. 57.

La definición clásica de la posesión era: “una relación de hecho con la cosa, que llevaba consigo su dominación real y efectiva, unida a la intención de tener la cosa como propiedad”.

Modernamente se define a la posesión como: el ejercicio intencional y en nombre propio de un derecho real, abstracción hecha de si el que lo verifica tiene o no facultad para ello”.

Alcubilla, manifiesta que debe de distinguirse entre la mera detención la detención legal y la posesión, que en último termino viene a ser la doctrina del código civil español. Valdría la pena, pues explicar en que consiste cada una de ellas.

Federico Puig Peña, define a la posesión así: “es una situación jurídicamente tutelada, por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho de tal forma que actúa sobre los mismos como si fuera su titular verdadero”.⁸

Espín Canovas la define: “la posesión es el poder de mero hecho ejercicio sobre la cosa, que encuentra la protección del ordenamiento jurídico con independencia de su legitimidad”.⁹

3.2 Definición moderna de la posesión.

En el derecho moderno, la doctrina ha construido el concepto de la posesión sobre los principios del derecho romano y las aportaciones científicas de los citados tratadistas Savigny, Ihering y sus continuadores.

Las distintas legislaciones se han inclinado hacia la aceptación de una u otra de dichas doctrinas, o bien han resultado en una combinación de las mismas, y los

⁸ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 78

⁹ Espín Canovas, **Ob. Cit**; pág. 116.

autores generalmente enfocan el tema siguiendo las directrices que les marca la legislación vigente en sus respectivos países.

“La teoría subjetiva o clásica ha predominado durante siglos, tanto en las antiguas como en las modernas legislaciones, inclusive la nuestra, y en la doctrina de los jurisconsultos. Pero la tendencia predominante en las legislaciones, no es en el sentido de la teoría subjetiva pura, diremos así, tal cual la enseñaban Savigny y sus discípulos, sino con la rectificación de la teoría de la causa, encaminada a superar de aquella los graves inconvenientes practicados a que da lugar la prueba del “animus domini”. El código civil alemán establece, en este orden de ideas, que “la posesión de una cosa se obtiene por la obtención de un poder de hecho sobre esta cosa”. El suizo dice que “aquel que tiene el señorío de la cosa tiene la posesión de ella”. El código civil brasileño, por último, inspirándose directamente en la doctrina de Ihering, establece: “se considera poseedor todo aquel que tiene de hecho el ejercicio pleno o no, de alguno de los poderes inherentes al dominio o propiedad”¹⁰

De la misma manera, Federico Puig Peña dice: “no cabe duda que la definición básica de toda posesión es un estado de hecho, o lo que es lo mismo, que en toda posesión, ante todo y sobre todo, vemos una relación o potestad hecho del hombre sobre una cosa determinada.

Por su parte, Diego Espin Canovas a cuya definición adherimos por parecernos completa y adecuada a las disposiciones de nuestro código afirma: “la posesión es el ejercicio en nombre propio del contenido de un derecho real, abstracción hecha de si el que lo verifica tiene o no facultad para ello”.

Esta realización fáctica, con los caracteres que hemos venido considerando es la que da vida la instituto jurídico de la posesión en la ley y en la doctrina.

¹⁰ Salvat, Raymundo. Tratado de derecho civil argentino. Volumen III, Tomo I, págs. 12 y 19.

3.3 Evolución histórica del derecho de posesión

Se realizara un breve análisis de la evolución histórica del derecho de posesión.

3.3.1 Origen en el derecho romano

No ha de haber existido en las sociedades primitivas una relación posesionaría distinta del derecho de propiedad. Con el tiempo apareció la distinción con respecto a los bienes muebles, en los cuales se pudo ver que se podía detentar la cosa, y aun así, no tener la propiedad sobre ella. Luego en las etapas plenamente conocidas del derecho romano, cuando surge la propiedad quiritaria, y cuando frente a ellas se comenzó a tutelar la posesión como institución autónoma, ambas instituciones la posesión y la propiedad quedan perfectamente separadas y se basan en principios totalmente diferentes, probablemente por esto cada una era el complemento de la otra.

De la significación que tuvo la posesión romana como imagen de la propiedad y representación de su pleno contenido se desprendieron dos consecuencias importantes:

Que los romanos a la única posesión que se les atribuían consecuencias jurídicas, era la que estaba integrada no solo por ese elemento material o físico, sino también por el elemento psíquico o intelectual, consistente en la voluntad de tener la cosa sometida a la propia disposición y a la satisfacción de los propios fines.

Que la posesión solo se daba sobre cosas corporales, quedando fuera de su concepto no solo aquellas relaciones que no tienen como objeto inmediato las cosas, como por ejemplo los derechos de obligación, sino también los mismos de

derechos reales distintos de la propiedad, en los que la cosa no se halla en su integridad sujeta al señorío del titular.

No obstante, poco a poco, se fue reconociendo por analogía con la posesión de cosas, una posesión de derechos, cuyo objeto no es la cosa misma, sino el derecho correspondiente.

3.3.2 Aplicaciones introducidas en la doctrina romana de la posesión.

Son varias las aplicaciones introducidas a la doctrina romana de la posesión entre ellas enumeraremos las mas importantes:

3.3.2.1 Derecho germánico y canónico.

Durante los siglos medios, la doctrina romana de la posesión, sufre una doble modificación: primero, la ampliación de la protección posesoria a la simple detención; segundo, la ampliación del concepto de la posesión a todos los derechos, las cuales fueron obra de los derechos germánico y canónico.

- La posesión en el derecho germánico: la idea de la posesión sobre las cosas, va englobada, en los derechos germánicos de la Edad Media, en una institución única: La Gewere. Etimológicamente, la palabra Gewere, de origen gótico, significa tanto como vestidura o investidura. Primitivamente se expreso con ella el acto por medio del cual se transmitía el señorío jurídico sobre los inmuebles o sea, la toma de posesión. Después se designo también con este terminó, el poder que se adquiría y tenia sobre la cosa (o sea la posesión misma). Se hablaba por ello de vestidura, pues era toda relación entre una persona y una cosa, a la que era concedida la tutela jurídica.

- La posesión en el derecho canónico: la tendencia, tan general en la edad media, a extender el ámbito de la protección posesoria, fue fecundada por el derecho canónico, llevado de la necesidad de amparar contra las expoliaciones, muy frecuentes en las sociedades de aquel tiempo numerosas relaciones que había desconocido el derecho romano.

En una doble dirección llevo a cabo el derecho canónico esta ampliación de la tutela posesoria y del concepto mismo de la posesión:

Mediante la extensión del reconocimiento jurídico de la posesión de los bienes incorporales, ampliando considerablemente la doctrina romana de la quasi possessio. Paulatinamente fue aplicando el derecho canónico la protección posesoria de los oficios, dignidades eclesiásticas, diezmos, estado matrimonial y en general a los derechos honoríficos y los de la familia y estado.

A través de la mayor extensión de la protección posesoria recuperatoria.

En ambos aspectos, el derecho canónico ha contribuido al perfeccionamiento de la teoría posesoria y ha influido considerablemente sobre las legislaciones actuales.

3.3.2.2 Códigos modernos:

El derecho moderno en materia de posesión está basado en una combinación de principios del derecho romano, del germánico y del canónico.

Aunque sean muy variadas las regulaciones a los Códigos Civiles, se pueden reducir a dos los tipos de posesión diferenciados sobre todo, por la mayor o menor acogida que tiene en ellos el concepto romano de la posesión con el elemento de voluntad propio del mismo.

El primer grupo es el de las legislaciones latinas: Francesa, portuguesa, italiana, española, que en principio se informan en la doctrina tradicional de la posesión, pero aceptando muchos matices de origen germánico y canónico, que la modifican profundamente, lo cual hace que las normas no siempre sean claras. El otro grupo está constituido por las legislaciones germánicas (código alemán y suizo) que han resucitado el concepto germánico de la posesión. El código alemán y suizo, constituyen la posesión eliminando de su concepción más general el requisito de la voluntad.

3.3.3 Importancia actual de la posesión.

La posesión, que en materia de muebles conserva toda su importancia y significación, ha perdido en cuanto a los inmuebles, un poco de interés. Stolfi, habla de la tendencia de las legislaciones más recientes y progresivas, a dar tal eficacia al registro territorial que llegue a arrebatar al instituto de la posesión su razón de ser. Parece en este sentido que el término de la evolución jurídica sea volver al punto de partida, haciendo coincidir otra vez la posesión y la propiedad, pero ahora sobre la base de subsumir en la posesión el poder jurídico sobre los bienes muebles en la propiedad el que recaiga sobre los inmuebles. Esta evolución, sin embargo, se manifiesta todavía muy lenta e indecisa.

3.3.4 Derecho español

Al igual que sucedió en las demás legislaciones, han moldeado la regulación de la posesión en el ordenamiento histórico-jurídico español, elementos mezclados del derecho romano y del derecho canónico.

El código civil ha querido, sin duda, mantener la tónica de la posesión romana; pero en el fondo, sus normas acusan influencias diversas y no llegan a resultados perfectamente claros. La regulación de la posesión es un conglomerado de principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos no siempre conexos

entre sí y no todos recogidos de fuentes directas, sino a través de los códigos franceses, austriacos, italianos y portugués, sin faltar tampoco ideas y construcciones con propósito de superación original.

3.3.5 Derecho guatemalteco

El código civil, en su exposición de motivos, nos manifiesta que el concepto de posesión del código de 1933, en su 479 es el tradicional. Toma en cuenta los elementos de la posesión, ya que requiere de la tenencia y goce de un bien y el ánimo de conservarlo para sí. El código de 1877, se encontraba también inspirado por la doctrina clásica, y es por ello que mencionan los elementos de la posesión, o sea el animus y el corpus. El actual Código en su Artículo 612, indica que es “poseedor, el que ejerce sobre un bien, todas o algunas de las facultades inherentes al dominio”. Como vemos, nuestra legislación guatemalteca, no nos da un concepto de posesión, sino que define al poseedor.

3.4 Elementos de la posesión.

Una de las cuestiones clásicas del derecho civil es la controversia en torno a la naturaleza y elementos de la posesión. Para quien se aproxima desprevenidamente al tema, la posesión es tener una cosa en su poder, usarla, gozarla, aprovecharla. El ejemplo más típico es la cosa que se hace, que se tiene físicamente en la mano, y este es indudablemente el origen histórico de la institución, pero a medida que la civilización se hace más compleja, también por natural lógica complican los concepto. Por lo tanto, es claro que la posesión no requiere una permanente inmediatez física, así por ejemplo, yo poseo las macetas de mi casa, aunque esté ausente, o talvez a muchos kilómetros de distancia.

Del mismo modo hay que admitir, si yo entrego la cosa a un representante mío, conservo la posesión de la cosa. Hay posesión en estos casos, no obstante que la cosa ya no se tiene en mano, que no hay aprehensión física.

Entonces, pues resulta claro que la posesión no es una mera situación de hecho. En estos supuestos que hemos dado como ejemplo, resulta indispensable elevarse por encima de que es una mera aprehensión física y pensar la posesión como una institución jurídica; pues solamente por una conceptualización jurídica podemos llamar posesión a lo que físicamente no se detenta.

Para no confundir las ideas sumergiéndonos, en una serie de doctrinas estériles, expondré las teorías de mayor relieve científico y trascendencia legislativa, siendo ellos Savigny, Ihering.

3.4.1 Teoría de Savigny:

La teoría de savigny expresa que la posesión supone la existencia de dos elementos esenciales: el corpus y el animus.

No se puede concebir la posesión, sin el corpus, ya que este es considerado como el elemento físico de la misma. En su forma típica, supone el contacto material o manual, en la práctica, ese contacto no es indispensable. Considera también, Savigny que la posesión, sólo se produce accidentalmente, porque una persona puede ser poseedora de múltiples bienes y solo tiene posibilidad de tener contacto directo e inmediato con muy pocos de ellos. Lo que realmente define el corpus es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiera, impidiendo toda ingerencia extraña.

3.4.2 Teoría de Ihering.

Empezó por negar que el corpus esté caracterizado por la posibilidad material de disponer de la cosa, porque no siempre el poseedor tiene la posibilidad física de disponer. Este impugna vivamente la teoría de Savigny.

Inhering considera, que en la posesión, se trata de comportarse respecto de la cosa como lo haría el propietario o las personas a las cuales la ley reconoce el derecho de posesión. En cuanto al animus, Ihering, prescinde de él. La posesión basta por sí, de modo que cada vez que alguien tiene una cosa en su poder, corresponde ampararla legalmente.

3.4.3 Doctrina de Saleilles

Define el Corpus “como el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una permanente relación de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo”. “En el poseedor no hay una pretensión de apropiación jurídica de la cosa, sino un propósito de apropiación económica”.

Podemos finalizar, diciendo que se han reconocido tradicionalmente dos elementos en la Posesión: uno objetivo llamado corpus, y otro subjetivo llamado “animus”.

- Corpus: comprende el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, para retenerla en forma exclusiva. Este elemento da origen al estado de detención o tenencia que constituye la base de la posesión; pero este no implica la posesión, ahí que puede existir la tenencia pero si no existe el elemento psicológico, llamado ánimo, no hay posesión, ya que debe de existir el ánimo para que la posesión sea plena.
- Animus: es el que constituye el segundo elemento de la posesión y es de carácter psicológico y consiste en ejercer los actos materiales de la detención con la intención de conducirse como propietario a título de dominio.

También podemos entender por *ánimus* la intención por parte del que posee, de actuar por su propia cuenta. Nuestra legislación, en la exposición de motivos manifiesta respecto al *corpus* y el *ánimus*, “que el *corpus* supone el *ánimus* y por consiguiente no es necesario recurrir a un elemento subjetivo difícil de probar. Continúa manifestando, la exposición de motivos, que la manifestación del *ánimus* por actos externos, como el aprovechamiento del bien sin dependencia de otra persona, o lo que es lo mismo, con independencia económica, es suficiente para proteger la posesión. Sin embargo, aunque la ley se atiene a la relación material del sujeto sobre la cosa, exceptúa los casos en que el que ejerce el poder sobre la cosa, lo hace en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de la misma y la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las instrucciones que de él ha recibido; y el que goza del bien o disfruta del derecho por actos meramente facultativos o de simple tolerancia concedidos o permitidos por el propietario”.

3.5 Naturaleza jurídica de la posesión

Desde el momento en que existe una relación material consciente y querida del hombre sobre una cosa, o por una cosa, el derecho empieza a protegerla, por medio de las diferentes leyes que se establecieron para defender al poseedor. En este momento, estamos pues, frente a una situación de derecho. Ihering y otros varios tratadistas así, lo consideran, ya que ellos afirman “siempre que existe un interés tutelado jurídicamente, existe un derecho”.

Otros autores en cambio, consideran que la posesión es un simple hecho. De acuerdo con la más reciente doctrina, se nos indicia que la posesión, no es un simple hecho, no es sólo una relación material, sino que también es un derecho. Se afirma que también es un derecho, por las consecuencias jurídicas de la posesión, entre ellas: a) el derecho del poseedor a los frutos; b) derecho del poseedor para el reintegro de las mejoras y gastos causados; c) la responsabilidad del poseedor por los deterioros sufridos en la cosa.

Algunos autores, también han discutido si la posesión se refiere a un derecho personal, o a un derecho real, pero resulta más aceptada la doctrina, que considera que la posesión, es un derecho real, por la inmediatez del hombre con la cosa. Nuestra legislación en el Artículo 625 habla de los frutos percibidos y dice así: “se entiende percibidos los frutos naturales desde que se separan o levantan.

Los frutos civiles se producen día por día y pertenecen al poseedor en esta proporción, luego que le son debidos, aunque no los haya recibido”. En el Artículo 625 del Código Civil el poseedor debe justificar el importe de los gastos a que tenga derecho, o sea que habla de la comprobación de gastos. Y, en el Artículo 627 habla específicamente de lo que se debe entender por gastos, y hace una división o clasificación en el mismo artículo de lo que son gastos necesarios, útiles y voluntarios, así : “son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los cuales la cosa pierde o desmejora. Gastos útiles, los que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa; y voluntarios, los que sirven sólo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor”.

3.6 Fundamento de la protección posesoria.

Preguntarse cuál es el fundamento de la protección posesoria, equivale a indagar por qué razones el derecho dispensa su protección, aunque sea provisional, a situaciones de hecho (la detención material de la cosa o derecho poseído), sin adentrarse a averiguar previamente si quien demanda el amparo judicial, es titular verdadero de un derecho que legitime su pretensión. Es evidente, -y aunque sea con el carácter de “por ahora” a quienes pudieron haber obtenido su posesión por medios francamente contrarios, dice J. Arias Ramos, implica un problema que los romanos no se plantearon nunca, y que actualmente ha trascendido al campo de la Filosofía Jurídica.

Las dos teorías más importantes a este respecto, son también la clásica de Savigny, y la teoría de Ihering. El primero funda la protección posesoria, en la

necesidad de prohibir la violencia; en la imperatividad del principio según el cual en la sociedad jurídicamente organizada, ningún particular puede ser autorizado por hacer justicia por su propia mano, suplantando la función de los órganos públicos arbitrados para el efecto. Incluso el propietario, dice, está en la obligación de acudir a la protección judicial para recobrar su posesión, no importa por qué medios haya sido desposeído. Afirmar literalmente: “en la posesión, el motivo de la protección es la conexión íntima que existe entre el hecho de la posesión y el poseedor. El respeto debido a la persona se refleja directamente sobre el hecho. La persona en efecto, debe ser garantizada contra toda violencia; hay en su posición algo que ha cambiado en su perjuicio cuando se ataca la posesión que tiene, y el agravio que le es causado por la violencia no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado”.¹¹

La justificación dada por Savigny, le parece a Inhering injusta y contraria a la razón, pues considera que conforme a la misma se favorece, en principio antes el usurpador que al propietario. De acuerdo con su concepción de la posesión como la “posición más avanzada de la propiedad”, como la manera mediante la tutela que se dispensa a la apariencia jurídica que la posesión implica en virtud de que el dueño es generalmente poseedor.

Eso no aparta, indica, que en ocasiones se proteja a quien posee ilegalmente, contra derecho, a la mayoría que son propietarios, quienes, para amparar sus derechos de propiedad, no tendrán que recurrir a la prueba de su título de dominio, bastándoles acreditar el hecho posesorio.

Lo mismo sucede en los títulos de crédito, dice, en que, respetando la apariencia jurídica, se concede al tenedor derecho de exigir la prestación, sin inquirir sobre la legitimidad de la tenencia; así se protege al poseedor, por suponerlo dueño en tanto no se pruebe lo contrario.

¹¹ Castan Tobeñas, **Ob. Cit**; pág 462.

Considero que nuestros legisladores tuvieron en cuenta las dos teorías aludidas, aceptando los puntos de vista de ambas, que nada tienen de irreconciliables; dado que en la exposición de motivos del código, se asienta: “la protección que se concede al poseedor atiende a una doble necesidad: la de asegurar el orden público y la de proteger al que presume propietario”. El poseedor goza de las acciones procesales respectivas entre tanto no se demuestre el mejor derecho del que reclama la posesión. El reclamante deberá respetar la posesión del que la tenga, sin privarlo de ella por su propia mano, sino acudiendo a los tribunales para probar su derecho.

3.7 Evolución historia de la protección posesoria.

Ha sido muy discutida entre los historiadores del derecho romano la determinación del cómo y cuándo comenzó el Pretor a dispensar una tutela independiente a la posesión. Sobre este asunto, existen dos teorías: una de ellas afirma que el origen del amparo posesorio debe buscarse en los medios con que se empezó a proteger a los poseedores del *ager publicus*. Estos fundos eran propiedad del Estado romano, quien los dio a los particulares en cultivo mediante el pago de un canon o “vectigal”. Pues bien, el Estado romano no podía permitir los despojos o violencias de que pudieran ser objeto los tenedores de estas tierras; pero como los mismos no eran propietarios, sino meros poseedores al *ager publicus*.

La otra teoría arranca de la atribución interna de la cosa discutida que el Magistrado romano hacía a uno de los litigantes, mientras se dilucidaba la cuestión referente a la propiedad de la misma.

3.8 Efectos jurídicos de la posesión

Para el estudio de los efectos jurídicos de la posesión, y para la mejor comprensión del mismo, lo dividiremos en dos incisos:

- Cumplimiento de las relaciones jurídicas que surgen de la posesión.
- Incumplimiento

3.8.1 Cumplimiento de las relaciones jurídicas que surgen de la posesión.

Las relaciones jurídicas que surgen por parte del poseedor son las siguientes:

3.8.1.1 Por parte del poseedor

En orden de la posesión en sí misma considerada, el poseedor tiene en principio, los deberes siguientes:

- Las obligaciones que se determinan y se deberán cumplir en relación con las cosas mismas y que no gravan a una o mas personas determinadas sino, indeterminadamente, al poseedor de una cosa determinada.
- La obligación de exhibir la cosa mueble ante el Juez, en la forma que dispongan las leyes, siempre que fuese requerido por otro que tenga interés en la cosa, fundado sobre un derecho.
- El poseedor de la cosa inmueble tendrá, respecto de sus colindantes y terceros las restricciones y limitaciones del dominio establecidas para el propietario.
- Deberá el poseedor cumplir con las obligaciones que correspondan a algunas cosas inmuebles en particular, como las cargas de dar, hacer o no hacer impuestas por el poseedor precedente.

La posesión puede no ser, una situación definitiva, ya que en determinado momento, el poseedor, deberá ceder ante un derecho más justificado, como el de dominio o ante un poseedor de mejor condición.

3.8.1.2 Por parte del sucesor en la posesión

De aquí se desprenden los gastos hechos en la cosa. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor. Los gastos se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Gastos útiles: los gastos útiles se abonan solo al poseedor de buena fe. El de mala fe no tiene derecho a su reembolso.
- Gastos de puro lujo: los gastos de puro lujo no son abonables a ningún poseedor, pero el de buena fe podrá llevarse los adornos con que hubiere embellecido la cosa principal.
- Mejoras: las mejoras pueden proceder de los gastos útiles o de recreo invertidos en la cosa o de circunstancias completamente extrañas a la voluntad del primer poseedor.
- Gastos de cultivo y abono de frutos: “al tiempo en que cesase la buena fe, se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiere hecho para la producción total y además, a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión”.¹²

¹² Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 445

3.8.1.3 Por parte de los terceros.

Los terceros frente a una situación posesoria establecida deberán abstenerse de realizar cualquier acto que perturbe o llegue a determinar el despojo de la posesión ejercitada. Los efectos legales de la posesión de inmuebles, están vinculados a forma y circunstancia en que se posea.

A este respecto, estimamos que se pueden distinguir en nuestro Código los siguientes:

- Los efectos comunes a toda posesión en general, pero en nombre propio.
- Los efectos de la posesión de buena fe y tenida en virtud de título traslativo de dominio.
- Los de la posesión de mala fe; y
- Los de la posesión que se tiene en virtud de un derecho.

CAPÍTULO IV

4. La usucapión como modo derivativo de adquirir la propiedad.

La usucapión es un modo de adquirir la propiedad. Es una adquisición de la propiedad que se lleva a efecto mediante una posesión continuada durante el tiempo exigido por la ley. Las cosas susceptibles de usucapión son todas aquellas que están en el comercio de los hombres. Para que la usucapión se produzca es preciso que la posesión reúna unos determinados requisitos.

Para que un poseedor se convierta en dueño, en virtud de la usucapión es necesario que en su posesión se den una serie de circunstancias muy especiales, que son las que hacen que esta posesión sea digna de la especial tutela que la usucapión otorga; y así, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

- Posesión en concepto de dueño: si la posesión se inició en un concepto diferente del de dueño, la usucapión sólo podrá comenzar a partir del momento en que se haya producido. No puede usucapir el arrendatario y ello aun cuando terminado el arrendamiento hubiera continuado poseyendo.
- Posesión pública y pacífica: de forma que no adquiere por usucapión aquella persona cuya posesión hubiera sido violenta o de forma oculta o clandestina.
- Posesión continuada: es requisito o presupuesto para que la posesión sea hábil que la usucapión sea continuada, lo que se deduce de la exigencia legal de que no haya sido interrumpida.

No son usucapibles el nombre y los apellidos como tampoco los estados civiles y las condiciones de la persona. Ello se debe a que no son cosas en sentido

estricto y, además, no tiene la persona disponibilidad sobre ellos, sentido en el cual es claro que no están en el comercio.

En la usucapión mobiliaria el tiempo que ha de durar la posesión es de tres o seis años, según se trate de una usucapión ordinaria o extraordinaria. En la usucapión inmobiliaria el tiempo es de diez o veinte años si la usucapión es ordinaria y de treinta si es extraordinaria. La usucapión ordinaria se consuma por la posesión de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, entendiéndose por ausente el que reside o ha residido, durante el tiempo que la usucapión ha durado, en país extranjero o en ultramar. La usucapión extraordinaria se consuma por el transcurso de treinta años sin necesidad de título o de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes.

El jurista romano Modestino define la usucapión como: “la adquisición de la propiedad por la posesión continua durante el tiempo señalado por la ley”. Al ser la usucapión, como los dos anteriores, un modo de adquirir del derecho civil, solo era aplicable a los ciudadanos romanos y en relación con aquellas cosas sobre las cuales se pudiera tener la propiedad quiritaria.

Para la usucapión deben reunirse cinco requisitos: *res habilis*, *titulus*, *fides*, *possessio* y *tempus*.

- *Res habilis*. Este requisito tiene que ver con la cosa que se va a usucapir, que debería estar *in commercum*, puesto que las cosas que estaban fuera del comercio no podían ser apropiadas por los particulares.
- *Titulus*. El justo título es aquel que justifica la posesión; en otras palabras, esto quiere decir que la posesión debe estar fundamentada en una justa causa de adquisición. Estas causas son: *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro soluto*, *pro derelicto*; es decir, que se

debe poseer como comprador, donatario, en virtud de la dote; como legatario, por haber recibido un pago o por haber ocupado una cosa que se pensó estaba abandonada.

En todos los casos anteriores existió un título que debió haber sido suficiente para justificar la adquisición y, en su caso, la propiedad, pero por un vicio de fondo que el transmitente no fuera el propietario de la cosa, o de forma no haber realizado la *mancipatio* o la *in iure cesio* no se adquirió la propiedad y solo se justificó el comienzo de la posesión.

Fides. Existe la buena fe cuando el poseedor cree tener derecho a la posesión. Solo el poseedor de buena fe puede convertirse en propietario por usucapión; en el derecho romano, el ladrón no podía usucapir.

Possessio. La posesión debería ser continuada, pues una interrupción hacía necesaria el comienzo de una nueva usucapión con todos sus requisitos.

Tempus. La Ley de las XII Tablas fijó el plazo necesario para la usucapión, que debía ser de un año para cosas muebles y dos años para inmuebles.

4.1 Adquisición de la propiedad en el derecho romano

Las formas de adquirir la propiedad en el derecho romano son las siguientes:

4.1.1 Modos derivativos

El nudo pacto, el simple consentimiento, no es suficiente para transmitir la propiedad. La máxima *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, que se lee en el Código, rige por igual en los derechos clásico y Justiniano.

Fuente de obligación, y nada más que esto, es el contrato. En una compraventa, por ejemplo, las partes solo se obligan a realizar sus respectivas prestaciones. Para que haya adquisición de propiedad será menester llevar a cabo alguno de los actos a los que la ley atribuye eficacia transmisora.

La propiedad se transmite, en la época clásica, por *mancipatio*, *in iure cesio* y *traditio*. De tales modos, el primero y el último se aplican, respectivamente, a las *res mancipi* y a las *res nec mancipi*; el segundo, a ambas clases de cosas.

La transmisión de la propiedad sólo tiene lugar cuando el enajenante es dueño o se cumple aquella por encargo del dueño *voluntate domini*. Además, es preciso que la cosa no esté gravada con prohibición de enajenar, por voluntad del testador. Cuando menos, ésta es la regla imperante en el Derecho justinianeo. En la época clásica, la enajenación hecha contra lo prohibido y aquí nos referimos a la prohibición voluntaria, no a la legal, produce sus efectos, y la persona que se considere perjudicada sólo puede intentar una acción personal contra el enajenante.

4.1.2 Mancipatio.

Se conoce como *mancipatio* al negocio de enajenación de las *res mancipi* cumplido en la forma solemne del *gestum per aes et libram*. Las características de la misma, tal como las describe Gayo, son las siguientes: en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y púberes, y de otra persona que sostiene una balanza y actúa de pesador o fiel *contrastae libripens*, el adquirente *mancipio accipiens*, teniendo en la mano un trozo de cobre *raudusculum* hace la ritual y categórica afirmación de que le pertenece de conformidad con el derecho de los *quirites*, y que la compra mediante el cobre y la balanza de cobre: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*; después golpea la balanza con el trozo de cobre y da éste como precio. Con la declaración unilateral del adquirente termina el acto.

La mancipatio de los primeros tiempos es una compraventa real, que se sustancia en el cambio inmediato de la cosa y el precio. La cosa debe estar presente, y hasta es necesario que el comprador la coja en la mano, si es mueble. Sólo en época posterior es posible enajenar las fincas distantes, sustituyéndose la toma de posesión por un objeto simbólico: una piedra, un terrón, etc. El trozo de cobre aes rude sirve de precio, cuando todavía no existe moneda acuñada, contante pecunia numerata.

La mancipatio, figura comercial típica –de compraventa real, al contado o de presente-, asume después fisonomía abstracta y, como tal, es susceptible de varias aplicaciones. Contribuye a ello, de una parte, la acuñación de la moneda, y de otra, las exigencias de un tráfico comercial expeditivo. Libripens, balanza y cobre subsisten, pero lo que aquél pesa ahora no es más que un símbolo: el pago del precio queda fuera del acto mancipatorio. El mancipio accipiens declara el precio a que adquiere. Si adquiere, a título de donación, declara que compra por un solo sestercio –mancipatio nummo uno. Desde el punto de vista formal, la mancipatio es siempre una venta, pero puede ser una imaginaria- imaginaria venditio.

La mancipatio se aplica: a) a la transmisión o constitución de derechos reales; b) a la constitución de estatutos familiares: adopción emancipación, convenio in manum por coemptio; c) a la venta del hijo de mancipium; d) a la constitución de una dote, o al otorgamiento de una donación; e) a la enajenación de una cosa con fin de garantía –fiducia-; f) a la venta del deudor o de persona sometida a la potestad para asegurar el cumplimiento de una obligación –nexum-; g) a la liberación de un vínculo obligatorio –nexi liberatio, solutio per aes et libram-; h) a la disposición testamentaria –mancipatio familiae, testamentum per aes et libram. Si se exceptúan la venta de la mujer por coemptio y la venta del hijo en mancipium, que responden a la verdadera intención de las partes, los demás casos se traducen en una venta fingida.

El formulario de la *mancipatio* puede ser modificado o ampliado, en consonancia con el fin particular que persiguen las partes. En la fórmula pronunciada por el adquiriente se indica, por ejemplo, que el enajenante se reserva el usufructo u otro derecho real: *aio hunc fundum meum ese deducto usu fructu*. Como puede indicarse la causa del negocio: *aio hanc rem mean ese ex iure Quiritium donationis causa, fiduciae causa, etc.* Si la adquisición se verifica por persona in potestate patris, se hace la oportuna advertencia: *hanc rem ex iure Quiritium . Titti domini mei esse aio, eaque ei empta esto, etc.* Fórmulas especiales se emplean para la *coemptio* y el *testamentum per aes et libram*.

Ninguna declaración del enajenante es exigida. Sin embargo, es frecuente que antes de que el adquiriente haga su declaración, pronuncie aquél, en tono imperativo determinadas frases sobre las particulares condiciones en que se encuentra la cosa vendida: vicios o defectos, extensión de la finca, existencia o inexistencia de gravámenes, etc. Las *leges private* –*dicta in mancipio, leges mancipi-* que entrañan semejantes expresiones orales –*muncupatio, legum dictio-* tiene fuerza obligatoria, a tenor de lo dispuesto en las XII Tablas: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasit, ita ius esto.*

Si el enajenante no declara la verdadera extensión de la finca, el adquiriente puede entablar contra él la *actio de modo agri*, para pedir el doble del valor de la medida que falta.

El efecto traslativo de la *mancipatio* se hace depender de que el *mancipio* dans sea propietario –*dominus ex iure Quiritium*. En otro caso el *mancipio accipiens* sólo adquiere el *usus* o *possessio* de la cosa, para hacerse dueño por el transcurso del tiempo que marca la ley- *usucapio*. Si entretanto el verdadero propietario entabla una *rei vindicatio*, puede el adquiriente reclamar contra él por el doble del precio. La acción concedida a tal respecto se llama *actio auctoritatis*. La ayuda –*auctoritas*-del enajenante –*auctor-* dura hasta tanto el simple *usus* o *possessio* se convierte en propiedad por *usucapio*.

La *actio auctoritatis* se concede también al adquirente cuando el enajenante afirma la inexistencia de una servidumbre, y ésta es luego reivindicada por su titular. Vencido el adquirente, viene obligado el enajenante a pagar el doble del valor.

A finales de la república se acostumbra redactar un documento escrito, firmado por las partes y los testigos, con la finalidad exclusiva de servir como medio de prueba. En cualquier caso, si se llega a demostrar que ha habido omisión de las palabras y ceremonias de ritual, el documento en cuestión carece a todo valor. A lo largo de la época clásica, *mancipatio* conserva su importancia práctica, pero pronto comienza a caer en desuso. Poco a poco la escritura tiende a sustituir el acto *mancipatorio*. Utilizada todavía en el siglo IV después de Cristo, la *mancipatio* es abolida formalmente por Justiniano.

4.1.3 In iure cesio

Institución ya conocida en el régimen de las XII Tablas, pero posterior a la *mancipatio*, es la *iure cesio*. Consiste en un proceso aparente de reivindicación, en el que sólo toman parte *cives romani*, y se aplica a la constitución o extinción de derechos de señorío sobre persona o cosas –*mancipi* o *nec mancipi*. Si lo que se quiere transmitir es la propiedad, el adquirente se presenta ante el magistrado –el pretor urbano o el gobernador provincial-, reivindicando la cosa de que se trate, estando ante él –*in iure*-, sujeta la cosa –u objeto que la represente-, y pronuncia la fórmula de la *vindicatio*: *aiō hanc rem (hunc fundum, hunc hominen, etc.) meā esse ex iure Quiritium* (afirmo que esta cosa, -este fundo, este esclavo- me pertenece por derecho quiritario); el enajenante no contesta a la afirmación del adquirente y, en vista de ello, es decir, en vista de que se evita la *lis* por el abandono –que esto significa *in ius cedere*-, el magistrado adjudica la cosa –*eam rem addicit*- al que la reclama como propia. De tal abandono deriva la atribución del dominio; la *addictio* se limita a confirmar este resultado.

La *in iure cessio* se aplica a todos los negocios que versan sobre derechos reales o personales sancionados por la *vindicatio*: a) transmisión del dominio que tiene por objeto *res Mancipi* o *nec Mancipi*, importando poco que se trate de la propiedad íntegra, o de la *nuda Propietas*, o de cuotas de condominio; b) constitución de usufructo y derechos análogos; c) constitución de servidumbres rústicas y urbanas; d) emancipación; e) adopción; f) transmisión de la tutela legítima sobre las mujeres; g) transmisión de los derechos inherentes a la legítima hereditas; h) manumisión –*manumissio vindicta*-. Algunos de los negocios indicados –la *manumissio vindicta*, la *in iure cessio tutelae*, la *in iure cessio hereditatis* y la constitución de usufructo y de servidumbres urbanas-, no podía realizarse mediante *mancipatio*.

Durante la época clásica la *in iure cessio* es poco utilizada para la enajenación de *res Mancipi*, sea por la dificultad que representa el tener que acudir ante el magistrado, sea porque tampoco proporciona las garantías que ofrece la *mancipatio*: la *actio auctoritatis* y la *actio de modo agri*. Otras razones, tales como el desvanecimiento del viejo sistema de las *legis actiones* y el reconocimiento de un medio tan expeditivo a transmitir la propiedad, como es la *traditio*, determinaron su desaparición. En la compilación justiniana, las palabras *in iure* son suprimidas sistemáticamente, y el verbo *cedere* asume el significado de transmitir o constituir que hoy tiene.

4.1.4 Traditio

Traditio significa entrega. La entrega de la cosa es el modo más antiguo y natural de enajenación de *res nec Mancipi*. Su eficacia traslativa depende de que se cumplan los siguientes requisitos:

- La entrega misma.
- La voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad.

- El fin práctico que, de modo inmediato, motiva la entrega, y es reconocido por el derecho como fundamento de la adquisición: *iusta causa traditionis*.

El tradens puede ser el propietario de la cosa, el acreedor pignoraticio no pagado, cuando media pacto; el tutor del impúber, el curator del loco y el procurator, administrador o representante estable del propietario, el fisco, el emperador y la emperatriz respecto de cosas pertenecientes a otro. El marido asistido de poder especial; el filius o el servus a quien se le ha concedido la administración del peculio.

Aunque sean propietarios, no pueden enajenar: los infantes, los locos y los pródigos; los pupilos, sino cuentan con el concurso del tutor.

El adquirente –accipiens- debe tener la *commercium*. Cabe adquirir por personas sometidas, o por medio de persona libre. No es preciso que el accipiens sea un sujeto determinado: el *iactus missilium*, el arrojamiento de monedas y otros presentes hecho por los magistrados al pueblo en ciertas ocasiones, se considera como *traditio in incertan personam*.

En cuanto a la cosa, ha de ser corporal, -*nec mancipi*- en derecho clásico. Además, no debe estar afectada a una cláusula prohibitoria de enajenación.

La entrega tiene en la época antigua una pura expresión material: si la cosa es mueble, ha de pasar de una a otra mano; si se trata de un fundo, precísase entrar en él. Ya en la época clásica, según parece probable, se inicia una tendencia que, afianzándose luego en el derecho posclásico y justiniano, dará al traste con la rigidez de semejante principio. De una parte, se espiritualizan ciertos modos de tradición; de otra, se regulan situaciones en las que la exigencia de la entrega efectiva no tendría sentido. Tal ocurre en los casos que los intérpretes medievales agrupan bajo el denominador común de *traditio ficta*, con lo que se expresa que la tradición se hace sin entrega de la cosa, para producir los mismos efectos que la tradición verdadera.

Los efectos son los siguientes:

La traditio simbólica, que consiste en la entrega de un símbolo o en la realización de un acto simbólico: a) entrega de las llaves de un almacén de mercancías, que sirve como entrega de las mercancías mismas –traditio clavium-; b) entrega del instrumento o escrito justificativo de la propiedad del enajenante –traditio instrumentorum-; c) señalamiento de la cosa con signos convencionales; d) encargo de la custodia de la cosa a un guarda –appositio custodis.

La traditio longa manu, o entrega de la cosa situada a distancia por su indicación o señalamiento in conspectu.

La traditio brevi manu, por la cual el que se halla detentando la cosa, como arrendatario depositario, comodatario, etc., se convierte, con el consentimiento de la otra parte, en poseedor jurídico.

El constitutum possessorium, que tiene lugar en el caso contrario, es decir, cuando el que posee la cosa en nombre propio la enajena a otro, pero conservándola a su poder como usufructuario, arrendatario, etc.

Aun cuando el derecho justinianeo hace suya la regla de que “la propiedad se transmite por tradición y usucapión, y no por simple pacto”, la verdad es que lo más que aquí se exige es la presencia del símbolo de la traditio.

La corriente que desemboca en la compilación ha admitido la traditio ficta en gran número de casos, y aun ha dejado vía libre para una ampliación analógica. De esta traditio ficta, que puede decirse elevada a categoría de principio general, arranca la norma civilística según la cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento.

En las épocas antigua y clásica por completo un derecho inmobiliario público, es decir, una publicidad en la adquisición de la propiedad inmueble. Ni tampoco se consideró necesario, ya que publicidad había en la *mancipatio*, con la presencia de los cinco testigos y del *libripens*, en la *in iure cessio*, con la intervención del magistrado, y en la *traditio*, con el hecho notorio e indubitado de la posesión.

El derecho posterior rodea la tradición inmobiliaria de ciertas formalidades accesorias, dictadas con el fin principal de garantizar los intereses de las partes y de terceros. En el siglo IV se impone como obligatoria la insinuación del acto en los *gesta municipalia*. Justiniano mantiene tal exigencia de publicidad en el caso de la donación, y fija el requisito de la *scriptura* para la transmisión de bienes inmuebles.

En Egipto romano existen registros inmobiliarios, creados hacia el año 60 después de Cristo, que ofrecen ciertas garantías a los dueños de bienes privados unívocos que en ellos figuran, y sirven al Estado quizá sea éste su fin principal y verdadero para asegurarse un control de las propiedades con miras a la tributación.

La *iusta causa traditionis*, a la que hicimos referencia en un principio, consiste en el fin práctico económico social que. De modo inmediato, motiva la entrega, y sirve de fundamento, según determinación de la ley, a la adquisición de la propiedad. Normalmente, la *causa traditionis* se subsume o absorbe en la causa de un negocio jurídico concreto. Si éste es de los que se cumplen en el acto, la causa se sustancia en el acuerdo de las partes sobre el fin la entrega, existente en el momento de realizarla.

- Los contratos reales.
- La compraventa en el contrato mismo y la donación.

Tratándose de un negocio de carácter obligatorio, la cuestión cambia de aspecto. Si la *traditio* se realiza, en cumplimiento o ejecución de una estipulación,

de una promesa de donación, la causa justificadora del traspaso de propiedad no es el negocio obligatorio, sino el acuerdo sobre el carácter liberatorio de la prestación causa solvendi. En el caso, por ejemplo, de que yo entregue determinados bienes a título de dote, por haberme comprometido a ello en virtud de una anterior promesa, la causa de la entrega no es otra que la solutio; si no media tal promesa, se hablará de justa causa dotis dandae.

Las iustae causae traditionis son figuras típicas donación, compraventa, dos solutio, etc. Pero no están disciplinadas positivamente. Determinación positiva tienen, en cambio, las iniustae causae, que impiden el traspaso de la propiedad. Así ocurre en el caso de las donaciones entre cónyuges.

Para que la simple entrega implique adquisición de propiedad, es menester que descansa en una causa a la que el ordenamiento jurídico atribuya eficacia transmisora. Ahora bien, si toda transmisión de propiedad debe tener una causa que la justifique, y si entre las voluntades causales de ambas partes, esto es, entre la causa dandi y la causa accipiendi, ha de haber pleno acuerdo, el disenso sobre un elemento imprescindible esencial para la existencia del negocio, cual es su propia causa, impide el traspaso del dominio. Del disenso en la causa derivada de la falta causa, y de aquí la imposibilidad de la transmisión.

Éste es, a nuestro entender, el principio dominante en la época clásica.

4.1.5 Usucapión

Es la adquisición del dominio por la posesión continuada de una cosa durante un cierto tiempo. En la época antigua y clásica, esta institución responde a la necesidad de convertir en propietario a quien no es tal, sea porque el transmitente carece de derecho, sea porque no se ha observado la forma requerida para la transmisión. Desaparecida luego la distinción entre adquisiciones formales y no

formales, la usucapión tiene por fin único el de transformar en verdadera la situación jurídica aparente del que adquiere de buena fe.

Según el régimen de las XII tablas la propiedad se adquiere por el estado posesorio continuado durante dos años, si la cosa es inmueble, o de uno, si es mueble: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*. Por *usus* se entiende la posesión, por *auctoritas*, la ayuda que debe prestar el enajenante al adquirente. *Usus* y *auctoritas* duran el mismo tiempo, es decir, el necesario para que se consolide la propiedad. Afirmada ésta por la usucapión, uno y otra desaparecen, y el adquirente tiene a su favor un título jurídico autónomo e inatacable. El deber de prestar ayuda no tiene límites de tiempo cuando el que pretende usucapir es un extranjero, ya que a los extranjeros no les alcanzan los beneficios de la usucapión.

Aparte del tiempo marcado para la usucapio –dos años a uno-, las XII Tablas no establecen otro requisito que el de la ausencia de hurto: las cosas furtivas –*res furtivae*- no pueden ser usucapidas. La *lex Atina*, del siglo II antes de Cristo, abunda en la misma norma, si bien establece la posibilidad de usucapir, en el caso de la *reversio ad dominum*, es decir, la vuelta de la cosa furtiva al despojado, aunque sólo sea por un instante. La *lex Plautia de vi*, del siglo I antes de Cristo, prohíbe la usucapión de la *res vi possessae*. El derecho clásico da un nuevo paso, al fijar otros dos fundamentales requisitos: uno objetivo, la posesión fundada una *iusta causa* o *iustus titulus*; y otro subjetivo, la *bona fides* del poseedor usucapiente.

La usucapio es un modo de adquisición *iuris civilis*. Como tal, sólo beneficia a los *cives romani* –y a los latinos-, y recae exclusivamente sobre cosas susceptibles de propiedad *quiritaria*. La usucapio no se aplica, por tanto, a los fundos situados en las provincias. En éstas y durante la época imperial, hay otro medio jurídico –de origen griego, según parece lo más probable- para proteger la larga posesión de un fundo. Se trata de la *praescriptio longae possessionis*, o *longi temporis*, que atribuye al poseedor de largo tiempo la facultad de oponerse, mediante un procedimiento semejo al de la *exceptio romana*, a la reivindicación del propietario.

En un principio, se limita a los inmuebles, siendo sujetos beneficiarios tanto los ciudadanos romanos como los peregrinos. Más tarde, se extiende a los muebles, pero como derecho que sólo alcanza a los peregrinos.

Requisitos de la praescriptio longi temporis son: el iustum initium possessionis o iusta causa; la buena fe del poseedor prescribiente, y el estado posesorio continuado durante diez años entre presentes –inter praesentes- o veinte entre ausentes – Inter. Absentes-. Presencia y ausencia se entiende en el sentido de que el prescribiente y el propietario habiten en el mismo municipio o en municipio distinto.

Durante la época clásica, la usucapio y la longi temporis praescriptio tienen esferas de aplicación netamente diferenciadas. Muy pronto, sin embargo, se inicia un proceso que acabará por extender a la segunda la estructura fundamental de la primera. A ello contribuye, sobre todo, la acentuación cada día más fuerte de las notas que les son comunes. Sancionada por Justiniano la eficacia adquisitiva de la longi temporis praescriptio, sólo existe, a la postre, una institución: la usucapio o prescripción ordinaria.

Los requisitos de la usucapio, gradualmente desenvueltos en el curso del derecho romano, se resumen en el famoso exámetro que los juristas medievales aplican a la prescripción ordinaria de la época justiniana: res habilis titulus fides possessio tempus.

Res habilis. No son susceptibles de usucapio: a) las res extra commercium; b) las res furtivae y vi possidae; c) las cosas donadas al magistrado en la provincia de su cargo; d) las res mancipi enajenadas por la mujer sometida a tutela legítima sin las auctoritas tutoris; e) el fundo dotal; f) las cosas del Estado, del príncipe y de las iglesias y obras pías; g) las cosas de los menores; h) las cosas de los ausentes; i) las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe; j) todas las cosas respecto de las cuales está prohibida la enajenación.

El justo título: como dicen los juristas, o *iusta causa*, como prefieren decir los clásicos, es la condición objetiva que hubiera sido suficiente por sí misma para justificar la adquisición inmediata de la propiedad, pero que, por haber mediado un vicio de fondo –adquisición a non domino- o de forma –falta de *mancipatio* o *in iure cesio*-, legítima tan sólo el comienzo de la posesión.

Además de las causas o títulos derivativos, cuyos principios reguladores coinciden fundamentalmente con los de la *traditio*, existen algunos originarios: ocupación de la cosa abandonada por quien no es propietario. Los títulos o *iustae causae* suelen ser indicados en las fuentes con la preposición *pro* y el nombre de la relación de que se trate. He aquí las principales causas justas, referidas a uno de los dos supuestos antes dichos, esto es, al de la adquisición a con vicio de fondo:

- *Pro soluto*, cuando se ha dado en pago, a fin de cumplir una obligación precedente, una cosa –la cosa prometida, o la cosa *data in solutum*- que no pertenece al *solvens*. La usucapión *pro soluto* se verifica, por ejemplo, en los casos en que la ejecución o pago se ha hecho por razón de un legado, obligación o *damnatorio*, de una promesa de donación o de una promesa de dote. De advertir es que la *solutio* se constituye en causa propia, suficiente por sí misma para justificar la usucapión. En tal sentido, no importa que la obligación precedente, esto es, la causa remota de la *solutio* o pago, exista o no exista, sea válida o inválida.
- *Pro emptore*, cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena, dado que la compraventa es un contrato obligatorio, la causa *pro emptore* debería identificarse con la causa *pro soluto*, importando poco, en consecuencia, la validez o invalidez de tal contrato. Sin embargo, la causa *pro emptore* se refiere a la relación obligatoria precedente, en términos de ser necesaria para la usucapión una compraventa válida. Este régimen singular –anormal- puede explicarse teniendo en cuenta que el vendedor no viene obligado a transmitir al comprador la propiedad, sino tan sólo a procurarle el *habere licere*, y que la *solutio* o pago no implica enajenación de la cosa vendida.

- Pro donato, cuando se han donado una cosa por quien no es dueño, sin que haya mediado una precedente obligación.
- Pro dote, cuando se ha entregado en dote –constitución real de dote- una cosa perteneciente a otro.
- Pro legato, cuando se ha entregado la cosa de la que el testador sólo es posesor bonae fidei, en ejecución de un legado de propiedad –legatum per vindicationem-.
- Pro derelicto, cuando se ha ocupado una cosa abandonada –res derelicta- por quien no era propietario, si bien se comportaba como tal.

Un título genérico, integrador de los anteriormente expuestos, es el título pro uso. Sirve para indicar toda causa, pero especialmente las iustae causae no designadas con un nombre propio. Se trata también de causae que pueden procurar la propiedad civil, sea por carencia de derecho en el transmítente, por defecto formal en la transmisión. A estas causae se suman las que tienen su fundamento en la decisión del magistrado o del juez que sólo asegura la inmediata adquisición de la posesión: litis aestimatio, adjudicatio, missio in possessionem ex secundo decreto, noxae deditio y ductio noxalis, etc.

Cuestión discutida entre los juristas clásicos es la de si es precisa una causa o título real y efectivo, o bien si basta la creencia por parte del posesor en la existencia de éste –título putativo-. La mayoría considera necesario el título real. Justiniano acoge en la compilación las opiniones encontradas, si bien es posible advertir, por las mismas interpolaciones efectuadas, su inclinación a favor de los mantenedores del título putativo.

Fides: el concepto ético de la fides o bona fides, tomando en cuenta por el derecho, sin retoques o modificaciones de ningún género, significa la creencia leal,

la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa. De ordinario, la buena fe se basa en el error de creer que el precedente poseedor era propietario de la cosa. No es preciso, sin embargo, que se trate de un error de tal naturaleza y así, cabe que se sepa que se adquiere del no propietario, pero con la persuasión de que no se lesiona al propietario. Por lo demás, los juristas romanos no exigen que el error en que se basa la buena fe sea excusable. Basta que la bona fides exista al iniciarse la posesión. La buena fe se presume, y toca a la parte contraria probar su falta.

Possessio: en lugar de usus, o también possessio civilis, possessio bona fide, o con más exactitud, possessio de usucapionem, es la señoría de hecho, no la simple detentación sobre la cosa. La posesión debe ser continuada: la interrupción, por momentánea que sea, impide que se alcance el fin perseguido, y se hace necesaria una nueva usucapición con todos los requisitos.

4.2 La prescripción adquisitiva del derecho de propiedad.

En sentido jurídico se habla de «causa» para referirse al hecho antecedente que determina la eficacia o la ineficacia de un acto subsiguiente: en el primer caso se habla de justa causa y en el segundo de injusta causa. Relación íntima con el concepto de justa causa tiene el de traditio, que es el modo más frecuente de adquisición de la propiedad civil de las res nec mancipi y bonitaria de las res mancipi todo ello siempre que el que realiza la traditio sea efectivamente propietario, puesto que ésta es un modo derivativo, y no originario, de adquirir.

En derecho romano clásico la traditio consiste principalmente en que al accipiens le es permitido que tome posesión de la cosa, sin que haya prescindido nunca del acto de entrega como modo de adquirir la propiedad, pues ni siquiera se admitió la sustitución de la entrega de la cosa por la entrega del documento en el derecho romano vulgar.

De todos modos, la traditio es un mero acto material, que no implica por sí misma el que se produzca la consecuencia de la adquisición de la propiedad, sino que, para que tenga lugar ésta, es necesario que la traditio esté basada en una justa causa suficiente. La función de la traditio es, pues, completiva de un acto causal anterior.

Cuando falta la justa causa, la traditio no produce la consecuencia de la adquisición de la propiedad sino que tiene un efecto meramente posesorio. En la medida en que el derecho romano no conoció como causa el convenio abstracto de transmitir la propiedad, reconoció unas causas típicas legitimadoras del efecto adquisitivo.

Se consideran causas justas y típicas de la tradición los convenios de: credere (es decir, de prestar dinero o ceder de otro modo la propiedad con obligación de restituirla), de solvere (es decir, de pagar una obligación cuyo objeto es un dare), de emere (por compra de una cosa), de donare (es decir, de dar sin recibir contraprestación), de dar como dote. Si falta alguna de estas causas, el tradens continúa siendo propietario y, por tanto, está legitimado para emplear la acción reivindicatoria.

Las causas de la traditio pueden operar también como causas derivativas de la usucapión. Consiste ésta en una adquisición de la propiedad por la posesión continuada de la cosa. La usucapio es una forma de derecho civil, que empezó siendo complementaria de la mancipatio, ya que cuando había pasado un año de posesión de cosas muebles o dos, de cosas inmuebles, el mancipante quedaba liberado de una eventual responsabilidad por auctoritas respecto del accidente que había completado el tiempo necesario de usucapión, de modo que la auctoritas terminaba con el transcurso del plazo de posesión. Aprovechando el mismo principio se excluía en algunos casos la usucapión, pues la ley declaraba que la auctoritas no tenía límite de tiempo, como ocurría en el caso de las cosas hurtadas, o de las cosas que pertenecían a los extranjeros, o de las cosas enajenadas por

una mujer sin la auctoritas de su tutor, el limes que se dejaba entre las fincas rústicas y el lugar de incineración.

La posesión continuada que sirve para consolidar la adquisición ha de ser civilis y no interrumpida por la pérdida de la misma, si bien con la importante excepción de que el heredero-poseedor continúa la posesión de su causante, de modo que el tiempo que éste se haya poseído se computa a efectos de la usucapión (*successio possessionis*). Pero, además de la posesión civil, la jurisprudencia clásica exigió que el poseedor tuviese buena fe. Son, sin embargo, excepciones, la usucapión de la herencia yacente (v. *hereditas*), la *usureceptio fideiuciae* (v. *contractus*), la *usureceptio ex praediatu* (recuperación de los predios dados en garantía cuando eran poseídos durante un año) y *usureceptio servitutis* (v. *iura praediorum*). por lo demás, la buena fe se presumía una vez que se daba la justa causa de la posesión, y estaba referida únicamente al momento de la toma de posesión (*mala fides superveniens non nocet*).

Las justas causas de la usucapión (también llamadas «títulos» en la terminología de los autores posclásicos) son: en primer lugar, las mismas de la traditio, aunque ésta no hubiese tenido lugar con la excepción del *creditum*, pues éste presupone una *datio* (v. *creditum*) y suele ser temporal, de modo que excluye la posibilidad de una adquisición por posesión continuada; en segundo lugar: el abandono de una cosa (*pro derelicto*), el legado per *vindicationem* (*pro legato*), la delación de una herencia (*pro haerede*) y algunos supuestos de posesión de buena fe, erróneamente fundada en un título inexistente (*pro suo*).

La usucapión servía principalmente para asegurar situaciones de adquisición no consolidadas, tanto porque el enajenante no era propietario de la cosa transmitida (adquisición a *non domino*), como porque se había adquirido la propiedad de una *res Mancipi* sin cumplir los trámites respectivos (v. *per aes et libram*). La usucapión tuvo mucha utilidad en derecho romano clásico porque constituye el modo más fácil de probar, que puede ser utilizado incluso por el que haya adquirido la propiedad

de otra forma. De todos modos, el plazo de tiempo era un requisito imprescindible para la consolidación de la situación adquisitiva. La excepción a la necesidad del plazo completo se introdujo por vía pretoria, precisamente mediante la acción publiciana, acción ficticia, en la que el pretor ordena al juez que finja que ya ha transcurrido el tiempo necesario para la usucapión, en beneficio del demandante que hubiese perdido la posesión. Sin embargo, esta acción goza de una eficacia diversa según sea el demandado.

Es decir, que si éste es el auténtico propietario civil puede rechazar la acción publiciana mediante la *exceptio iusti dominii*; pero si, aun teniendo esta condición, incumplió porque no entregó la cosa según la forma exigida por su naturaleza.

También contra el vendedor que ejercitase contra el poseedor demandado la reivindicatoria.

En todos estos supuestos citados hemos visto que era el propietario civil el que había hecho entrega de la cosa; pero, cuando el que -ejercitando la acción publiciana o siendo demandado por el propietario -recibió la cosa de uno que no era propietario (*a non domino*), en este caso no hay posibilidad de defensa ante la reclamación. También podía darse el caso de que dos personas hubiesen comprado lo mismo a idéntico vendedor: en este caso prevalecía el que hubiese recibido por *traditio* y, en caso de que el comprador hubiese perdido la posesión y ésta, recuperada por el vendedor, hubiese sido traspasada al segundo comprador, prevalecía el beneficiado por la primera *traditio*, incluso en el caso de que entonces el vendedor todavía no fuera propietario y se hubiese hecho luego.

El que la usucapión fuese una institución «civil» quiere decir que no podía afectar a los extranjeros ni podía recaer sobre fundos no-*itálicos*. Pues bien, en provincias se llegó a admitir que el que hubiese poseído pacíficamente durante 10 años o durante 20 (cuando el propietario de la cosa poseída habitaba en otra

ciudad diversa) gozaba de una especie de excepción que podía oponer a la reclamación del verdadero propietario: praescriptio longi temporis.

La prescripción se daba principalmente en beneficio de los poseedores de bienes inmuebles, pero también se hizo aplicable a los muebles poseídos por peregrinos o por ciudadanos romanos cuando no podía darse la usucapio civilis, por lo demás, se consideran inherentes los requisitos de iusta causa y buena fe y respecto al cómputo del tiempo de posesión se considera no sólo el caso de successio possessionis, sino también la accessio possessionis, es decir, la unión del tiempo que tuvo la cosa en posesión aquel sujeto que la transmitió inter vivos al que utiliza la prescripción. Estas similitudes entre esta institución y la usucapión permitieron que en el derecho vulgar se configurara la prescripción como un tipo más de usucapión, con efecto adquisitivo y no ya con el puramente negativo.

4.3 Motivos de la concepción actual de la usucapión.

Pocos saben el significado real de la palabra usucapión, que tiene más que ver con el derecho romano que con el léxico que manejamos hoy. Usucapión es la institución del derecho civil por la que quien poseyó un terreno, una casa o un departamento durante cierto tiempo establecido por la ley, se le premia haciéndolo dueño de esta.

Sin embargo, es el objeto de la presente investigación, externar una crítica a las teorías que a través de los tiempos han explicado la naturaleza jurídica de esta institución, pues algunas de ellas la han definido y encuadrado como un modo originario de adquirir la propiedad, como si el poseedor se hubiera encontrado una concha o una piedra preciosa, como sucede en el caso de la ocupación.

Se considera que la naturaleza de la usucapión va mas allá de ser un modo originario de adquirir la propiedad de un bien inmueble por lo que, esta teoría debate totalmente en el presente trabajo de tesis; por motivo que si bien no existe

una relación jurídica previa entre el poseedor del bien y el propietario, la misma legislación presume que ese bien tiene propietario o por lo menos lo tuvo, por lo tanto, no se puede concebir a la usucapión como un modo originario de adquirir la propiedad de un bien inmueble por que se supone que el bien es de alguna pertenencia.

La usucapión no será el caso del usurpador, no es el caso de quien entra a una casa y allí se queda, no es el caso del inquilino eterno. Es el caso de quien luego de haber tenido "animo de poseer" la misma cierto tiempo, y la ha cuidado y tratado como propia, ha quedado a las claras revelado su intimo deseo de poseerla.

Para esto entonces, se valorara, a través del juicio de usucapión, qué ha hecho esta persona, para merecer que se le otorgue tal carácter de propietario sobre la misma.

El juicio tramitara en el lugar y ante los tribunales de donde este ubicado el inmueble, será iniciado por el interesado, y la prueba requerida será: testigos, aunque esta única prueba no será suficiente, según el código civil. Los mismos deberán dar fe de haber visto habitando tal inmueble del tiempo que la ley marca, y todo lo que pueda agregar en relación a lo que esta persona ha efectuado en el mismo.

Esto se traduce en mejoras, es decir, en qué he mejorado ese terreno o esa casa desde que el solicitante vive allí, si lo cercó, por ejemplo, cuando no tenia cerco. Le hizo llegar la conexión de energía o cloaca, cuando no había llegado aun y no se había acercado hasta el mismo. Si derrumbó o construyó alguna pared en su beneficio, si tenia graves problemas de humedad y ya no tiene, todo eso demostrara como el animo de poseer contribuyo a la propiedad, por lo que acompañando las facturas de tales mejoras, recibo de compra de medidores, factura por honorarios de electricista, arquitecto, si las mismas son membreteadas muchísimo mejor, a fin de que el juez se sirva de estas también de prueba.

Asimismo y prueba sumamente relevante será el pago de todos los impuestos y servicios desde el inicio de la posesión. Si no se las tiene encima por el transcurso del tiempo, pero se encuentran pagadas, se pedirá en el expediente por Oficio a la Municipalidad correspondiente, que informe de su pago y fecha del mismo, aunque hacer trampa sería pagar con retroactividad para salvar los años, cuestión que no favorecería el "animo posesorio", sino mas bien, el "animo posesorio a cualquier costo" y esto será prueba en contra, porque pagar hoy diez años para atrás, no probara que estoy en el inmueble desde hace 10 años, sino que quiero simular esto, y la sentencia será desfavorable.

¿Cual es el tiempo que debe transcurrir según la ley para que se me considere apto para usucapir, es decir, para ser poseedor con justo título?

- Serán 20 años continuos sin que nadie -con legitimación- reclame la propiedad (es decir, los verdaderos o presuntos dueños). Este ocupante o futuro propietario, próximo a usucapir, es considerado, y (esto es solo un termino) poseedor de mala fe, entendiendo fe buena o mala en razón del titulo que puedan mostrar como ocupantes en relación al inmueble que se reclama hasta que no pase este tiempo y se demuestre su buena fe.
- Si tiene el titulo será poseedor de buena fe, y esto no lo hará mejor persona, sino que tendrá algún documento que le respalde, aun cuando no sea valido, ni tenga los efectos de una escritura pública, en este caso, el término es de diez años.

CONCLUSIONES

1. La usucapión como un modo derivativo de adquirir la propiedad, pues si bien no existe una relación jurídica entre el poseedor del inmueble y el propietario, la misma legislación presume que ese bien tiene propietario, por lo tanto, no se puede concebir a la usucapión como un modo originario de adquirir la propiedad de un bien inmueble por esa misma situación, que el bien es de alguna pertenencia.
2. El tema de la usucapión es uno de esos en los cuales la romanística de todos los tiempos, ha discutido con mayor vehemencia, toda vez que perfectamente puede ser considerado como una forma derivativa u originaria de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre un bien inmueble.
3. La usucapión es un modo de adquirir la propiedad. Es una adquisición de la propiedad que se lleva mediante una posesión continuada durante el tiempo exigido por la ley. Las cosas susceptibles de usucapión son todas aquellas que están en el comercio de los hombres.
4. La propiedad es un derecho. Esto significa, que al titular del mismo le asiste un título jurídico. Este es el fenómeno concreto en el cual descansa y se legitima ese derecho y el cual invoca el titular cuando, por perturbación o despojo, se lesiona su derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAS DE BUEN, Ramos. **De la usucapión**. Madrid: Centro de Estudios Históricos, Imprenta Ibérica, 1,966.
- ALAS ARGÜELLES, Leopoldo. **Derecho civil**. Madrid: Editorial Reus S.A. 1,929.
- ARIAS RAMOS, J. **Derecho romano I**. Parte General Derechos Reales. Obligaciones y su clases. Sexta ed. Madrid: Ed. Revista del Derecho Privado. 1950.
- BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil**, México: Ed. Harla, 1997.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**; Derechos reales. 2 ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Pret, 1978.
- BORREL Y SOLER, Antonio. **El dominio según el código civil español**. Barcelona: Ed. Bosch, 1960.
- DI PIETRO, Alfredo. **Derecho romano privado**, Buenos Aires Argentina: Depalma, 1996.
- Diccionario de la lengua española**. Barcelona, España: Ed. Océano. 1992.
- Diccionario de sinónimos y antónimos**. Bogotá, Colombia; Ed. Voluntad, S.A. 1989.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, Vol. II, Derechos Reales, segunda ed, Madrid: Ed. Revista del Derecho Privado, 1963.
- GARCÍA PELÁEZ, Francisco de Paula. **Memorias para la historia del antiguo reino de guatemala**, Tomo I Tercera ed. Guatemala : Ed. Tipografía Nacional. 1968.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**, 12 ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1999.
- MORINEAU IDUARTE, Marta; IGLESIAS GONZALEZ, Román. **Derecho romano**. 3 ed. México: Harla, 1993.
- OSORIO, MANUEL. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**; Buenos Aires, Argentina; Ed. Heliasta S.R.L., 1981.
- PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. 6ta. Ed., México: Ed. Porva, 1990.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Barcelona, Ed. Nauta S.A. 1966.

SALVAT, Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino**. 3ra. ed. . Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley. 1942

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106. 1964.