

La usucapión, el “*animus domini*”, las teorías de la posesión y nuestro Código Civil.

Por Maurizio De Oliveira Lagoa Sforza (*)

Este es un breve ensayo en el que se pretende despertar la atención de la comunidad jurídica paraguaya sobre un delicado tema: “La adopción de la teoría objetiva de la posesión y sus consecuencias respecto de la prescripción adquisitiva o usucapión”.

La preocupación sobre el problema nace como consecuencia de la lectura de numerosos fallos, ampliamente mayoritarios, en los que la jurisprudencia resalta el “*animus domini*” como un elemento esencial para la adquisición de la propiedad por vía de la usucapión. En este sentido: “En un juicio sobre usucapión, una vez comprobado en autos que el inmueble se halla perfectamente individualizado, que corresponde al dominio privado y que el actor tiene la edad suficiente para usucapir, la controversia se centra exclusivamente en los actos posesorios, la fecha de iniciación de la posesión, y el tiempo de posesión ‘*animus domini*’ exigido por la ley”¹; “En las demandas por usucapión debe probarse la posesión *animus domini* actual, también la anterior y especialmente la que se tuviera en el inicio de la ocupación, como único medio de demostrar el cumplimiento del plazo legal”², por citar tanto solo algunos ejemplos. Este sería un elemento extraño dentro de la sistemática del Código Civil vigente –por lo menos si considerado como “una voluntad calificada, consistente en el deseo de ser propietario”- y su inclusión podría causar el pronunciamiento de decisiones arbitrarias debido a la aplicación de normas derogadas³.

Por ello, se hará un breve esbozo del cambio producido y tratar de determinar cómo debería producirse el juzgamiento sobre la prescripción adquisitiva de dominio dentro del actual marco establecido por nuestro derecho positivo vigente.

Adelanto al lector que no he llegado aún a una respuesta conclusiva sobre el punto, ya que el presente –como he indicado- es un ensayo realizado a modo de primer acercamiento a un tema de investigación y elaborado con el objetivo de iniciar el debate sobre el punto.

Ahora bien, la adopción de la teoría objetiva de la posesión, en desmedro de la teoría subjetiva anteriormente vigente en nuestro derecho histórico, es uno de los cambios más importantes producidos con la adopción del Código Civil Paraguayo. Así, se tiene dicho que: “Una modificación sustancial con respecto al Código de Vélez se refiere a la materia de la Posesión. En efecto, en el nuevo Código la concepción de ella responde a

(*) Relator de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Romano I, Tercera Sección, Turno Noche, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.A. Profesor Auxiliar de las Cátedras de Romano I y II, Sección II, de la Facultad de Derecho U.C.A.

¹ Trib. de Apel. Civ. y Com. de Asunción, sala 3 • 28/09/2007 • (AC. y Sent. N° 91) • LLP 67

² Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civ. y Com. • 04/07/2008 • (Ac. y Sent. N° 427) • La Ley Online, <http://www.laleyonline2.com.py/app/search/navigate?page=6&snippets=true&linkRank=2&ao=o.i0ADFABDF9BCB3BCD819BDB1DF080DD3A#Sumario>

³ “Una sentencia es arbitraria cuando se sustenta en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos sólo aparentes, así como cuando no constituye una derivación razonada del derecho vigente, sino que es producto de la voluntad individual de los jueces, de una interpretación antojadiza de los mismos, apartándose de las prescripciones legales” (LLP 2006, 189)

la teoría objetiva de Ihering, por oposición a la subjetiva de Savigny, caracterizándose aquella por la reducción del concepto de la posesión al sólo señorío efectivo sobre la cosa”⁴.

Este cambio de postura, fue propuesto desde la concepción misma de nuestro Código Civil vigente, ya que tiene sus antecedentes en el propio Anteproyecto de De Gásperi. Al detallar los cambios en materia de Derechos Reales, en ocasión de la presentación del Anteproyecto a la Comisión Nacional de Codificación, el Doctor De Gásperi señaló cuanto sigue en lo relativo al Libro que trata sobre los Derechos Reales: “No son muchas las diferencias del Anteproyecto con nuestro derecho tradicional, pero no por eso menos importantes. Tales son:

- D) El abandono de la teoría savigniana de la posesión, según la cual su adquisición se subordina al concurso del animus y el corpus, y su substitución por la teoría objetiva de Ihering y demás pandectistas germanos de su escuela, por la que se reputa suficiente el señorío sobre la cosa, tal como lo estatuyen los códigos alemán y suizo, y lo adoptan el Anteproyecto de Babiloni y el Proyecto argentino de 1936”⁵.

De las palabras del anteproyectista sobre el cambio de orientación en materia posesoria, es fácil concluir la importancia de este asunto. Esta cuestión fue resaltada no sólo por De Gásperi, sino por varios doctrinarios y en distintas ocasiones y foros. En una muy interesante obra, el Prof. José Santiago Villarejo puntualizó lo siguiente: “Sobre esa base y adecuándose en parte al artículo 1403 del proyecto argentino de 1936, quedó redactada nuestra norma, en la cual no se habla de disponer de un derecho real, sino de ejercer un poder físico inherente al titular del mismo, poder físico que igualmente pueden ejercer las personas especificadas en el Art. 1911, las cuales no son propietarias”^{6 7}.

Ahora bien, el Art. 1.909 del Código Civil establece: “Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario”. Como se ve, la referencia al dominio está prevista como parámetro de comparación, pero no como elemento subjetivo o ánimo calificado por parte de quien ejerza el poder. Esta norma tiene por fuente el Art. 2.516 del Anteproyecto de De Gásperi, quien en la nota al pie al referido artículo dejó sentado cuanto sigue: “Para la cuestión de si hay posesión o tenencia [...] la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa [...] Para Ihering el fundamento de la protección posesoria es la utilización económica de la propiedad”⁸.

Lo que hasta aquí es claro, parece obscurecerse al avanzar en la lectura del articulado del Código Civil, en especial por las disposiciones del Art. 1.921 del mismo cuerpo

⁴ El nuevo Código Civil (Simposio) PANEL N° 10 DE LOS DERECHOS REALES ,DIRECTOR: DR. EUGENIO GIMENEZ Y NUÑEZ, VICE DIRECTOR: DR. FLAVIANO GONZALEZ . LLP 1986, 565

⁵ Luís De Gásperi. Antecedentes del Código Civil Paraguayo. Edición del Colegio de Abogados. Asunción, Año 1962. Págs. 53 y 54.

⁶ De los Derecho Reales en el Código Civil. Editorial La Ley. Pág. 44.

⁷ Art. 1911 del Código Civil Paraguayo: “El que poseyere como usufructuario, acreedor prendario, locatario, depositario o por otro título análogo en cuya virtud tenga derecho u obligación a poseer temporalmente una cosa, es poseedor de ésta, y también lo es la persona de quien proviene su derecho u obligación. El primero es poseedor inmediato; el segundo mediato. Quien posee a título de propietario, tiene la posesión originaria. Los otros tienen una posesión derivada que no anula a la que le da origen”.

⁸ Editorial “El Gráfico”, Asunción. Año 1964. Pág. 786.

legal en lo referente al carácter de la posesión y su interversión. Las expresiones: “El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa” y “El que ha comenzado a poseer por otro”, normalmente son entendidas como expresiones de la particular voluntad de poseer a la que ya se hiciera referencia, o en otras palabras, que el poseedor tenía o no la voluntad de tener la cosa para sí –es decir, *animus domini*-. Esa referencia al elemento subjetivo, a la que repetidamente recurre la jurisprudencia nacional, pareciera errónea y cuando menos, asistemática y podría significar la introducción de un elemento extraño dentro del sistema posesorio del Código Civil⁹.

El Art. 1.921 tiene por fuente al Art. 2.530 del Anteproyecto de De Gásperi. Esto es relevante ya que en la referida obra se previó una norma específica que determina el significado de la expresión “poseer a nombre propio” y que no fue incluida en nuestro Código Civil, pero que debe ser considerada implícita para una correcta interpretación del conjunto. Esta previsión es el Art. 2.525 del Anteproyecto, que reza: “El que posea una cosa como dueño, será poseedor en nombre propio”. “Como dueño”, debe interpretarse como elemento comparativo, como una imagen conceptual relativa al conjunto de actos propios del titular dominial y que, como consecuencia de la similitud entre los actos efectivamente realizados y aquellos sugeridos como parámetro por la norma, surgirá necesariamente que quien realice los actos propios del propietario será considerado poseedor a nombre propio. El *in fine* del Art. 1.921 del Código Civil justamente vuelve a poner las cosas en su lugar, al referir que la interversión tan solo se produce cuando el poseedor inmediato -por cuenta ajena- realice actos que no puedan ser ejecutados por alguien que revista tal carácter o –*contrariu sensu*- que solamente puedan ser ejecutados por el propietario de la cosa –poseedor mediato-.

Si quedara alguna duda respecto de la postura tomada por el Anteproyectista y que trasuntó a nuestro Código Civil, en la nota al pie al Art. 2.525 del Anteproyecto, De Gásperi expresó cuanto sigue: “No se exige del poseedor que se crea propietario (*opinio dominii*), sino solo que tenga, siquiera de mala fe, la voluntad de poseer la cosa, como si ésta le perteneciese”¹⁰.

⁹ La misma referencia al “*animus domini*” es encontrada en la jurisprudencia de otros países americanos donde fue adoptada la teoría objetiva de la posesión, como es el caso del Brasil (Código Civil de 2002) y Perú (Código Civil de 1984). Así, en Perú se tiene dicho que: “El artículo 950 del Código Civil en su primer párrafo regula la prescripción adquisitiva larga u ordinaria, la cual para su calificación requiere que la posesión que se ejerce sea continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Del texto de la norma se infiere que se debe poseer como propietario, y que todos los requisitos señalados deben concurrir copulativamente en el lapso del tiempo previsto por la norma material para que se pretenda adquirir la propiedad, no obstante, cabe advertir que la posesión debe ejercerse como propietario, esto es, se posea el bien con *animus domini* (CAS. N° 2345-2000-Lima. 03/09/2001)” (Prescripción Adquisitiva. Preguntas y Respuestas Jurisprudenciales. Publicado por Jorge Aguirre Montenegro en Julio 9, 2008. Law & Iuris Perú. Revista Jurídica Digital. <http://lawiuris.wordpress.com/2008/07/09/>. En Brasil, la doctrina ha reslatado la confusión imperante en los siguientes términos: “Somados a estes fatos, gize-se, os julgados desta jaez dirigem-se ao sabor dos ventos pela falta de conhecimento profundo sobre as teorias objetiva (Ihering) e subjetiva (Savigny) sobre a posse” (POSSE NO ATUAL CÓDIGO CIVIL: ALGUNS REDIMENSIONAMENTOS NECESSÁRIOS AO POLÍTICO DO DIREITO. Janine Stiehler Martins, Juíza de Direito titular da comarca de Navegantes-SC. Mestranda em Direito pela Univali – Itajaí-SC. <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/posse%20ihering.doc>)

¹⁰ obra citada, pág. 790.

Debemos recordar que para Ihering, derecho es todo interés tutelado por el ordenamiento jurídico –ideas expuestas a modo referencial en “La Lucha por el Derecho” y en más profundidad en “El Espíritu del Derecho Romano”-. En este esquema, es natural que el ejercicio de un derecho produzca consecuencias que a su vez también estén protegidas, salvo que por alguna razón práctica el ordenamiento –que responde o debería responder a aquello que la sociedad considera “justo” en un momento determinado- le niegue dicha protección o no permita determinado efecto. Ahora bien, si alguien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario –lo que se denota mediante el cultivo, la percepción de frutos, la realización de construcciones, etc., sin pedir autorización al titular dominial o contraviniendo la prohibición del propietario-, es innegable que tiene un interés en seguir disfrutando tal poder y como tal interés está protegido por el ordenamiento positivo –los interdictos posesorios y la defensa privada ante el peligro inminente-, configura un derecho para su titular, derecho a su vez idóneo para la producción de los efectos previstos por la ley y que le son propios. Por otra parte, si el ordenamiento jurídico no reconoce tal interés o si el disfrute del interés concreto se halla inmerso en una de las causales establecidas por el ordenamiento jurídico que hacen a la excepción de la protección que tal interés normalmente gozaría, no hay derecho.

En lo específicamente relacionado a la posesión y las diferencias entre las teorías objetiva y subjetiva, Ihering refirió cuanto sigue: “La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y el poseedor. En uno y otro, existen el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento está, según la teoría objetiva, en el hecho de que, movido por motivos prácticos, el derecho ha quitado en ciertas ocasiones los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última”¹¹.

Todo lo indicado parece bastante claro, sin embargo, en materia de prescripción adquisitiva de la propiedad todo pareciera complicarse. No creo que sea necesario recordar al lector que la jurisprudencia nacional casi indefectiblemente sostiene la necesidad de demostrar el *animus domini* a los efectos de demostrar una posesión idónea para usucapir. O en otras palabras, para parte mayoritaria de la jurisprudencia nacional, no basta que el detentador pueda ser calificado como poseedor, en los términos del Art. 1909 y concordantes del Código Civil, no basta que ejerza el poder físico sobre la cosa; se requiere, además, que tenga la intención de ser propietario de la cosa.

Según cierta parte de la doctrina, sin embargo, la diferencia entre ambas teorías no es tan relevante cuanto se pretende –lo que ahría que este ensayo sea completamente superfluo- o inclusive, cuanto Ihering hubiese pretendido. Este sector ha indicado: “En lo que hace al aspecto probatorio, los problemas adjudicados por Ihering a la teoría de Savigny, en realidad, no existen. El mismo Savigny se encargó de aclarar que su referencia al *animus domini* no implica afirmar que el pensamiento del poseedor debe tender hacia la idea jurídica de propiedad, sino que el poseedor *debe conducirse* en los hechos, respecto de la cosa, como propietario, puesto que no escapaba a su sólida formación de base romanista, que la voluntad sólo cobra relevancia en la medida en que

¹¹ La posesión. México, 2003. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. DR © 2003. Pág. 305.

se manifieste exteriormente. Por lo tanto, a diferencia de lo sostenido por Ihering, no resulta necesario penetrar en la mente del sujeto o efectuarle interrogatorios para saber si es poseedor o tenedor, pues basta con observar como se conduce, como exterioriza su voluntad. Si una persona se encuentra en un inmueble, lo cerca, lo foresta, lo edifica, y no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita saber si el ocupante es tenedor o poseedor, se debe concluir en que es poseedor porque actúa en la cosa como lo haría un propietario, es decir sin reconocer en otro la propiedad. No importa para calificar su relación con la cosa si el ocupante sabe o no quién es el dueño, pues ha actuado en la cosa como si no existiera y esto es lo que interesa. Resultan aleccionadora las palabras de Savigny que se imponen sobre las críticas que se le hicieran: ‘Y no se debe decir que el pensamiento del poseedor debe tender hacia la idea jurídica de la propiedad, lo que, por ejemplo, sería absurdo en el ladrón’¹². En forma similar, alguna doctrina nacional ha indicado: “Cabe sin embargo, señalar, que no se desconoce el elemento del "animus domini", aunque se preocupa menos del aspecto intencional, al que no asigna el valor de un principio de derecho, sino que es un punto de vista constructivo dentro de esta doctrina de Ihering”¹³.

Ahora bien, el que en ciertos casos la diferencia no resulte relevante, no implica que en todos los casos prácticos se repita la misma regla. ¿Qué ocurriría si el detentador de la cosa reconoce expresamente la creencia equivocada de que el inmueble era de propiedad municipal, por ejemplo?.

Según la teoría objetiva, que la detentación de una cosa sea calificada como tenencia o posesión depende de que el derecho prevea un “obstáculo” o un “impedimento posesorio legal” en los términos de Ihering, que constituiría una valla a la procedencia misma de la posesión. Ahora la falsa asunción de dicha prohibición, ¿podría obstar a la posesión?.

La diferencia entre una y otra postura se hace tangible al responder el cuestionamiento planteado. En aplicación de la teoría subjetiva de la posesión y negando la posesión a quién haya ejercido el poder físico sobre la cosa, pero con el concurso de una falsa creencia sobre la existencia de una prohibición legal, se tiene dicho que: “No se configura el animus domini necesario para adquirir un inmueble por usucapión, si los actores alegan como error de hecho el creer que el inmueble era Fiscal, desde que, los inmuebles del Estado no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión -art. 1993 del Código Civil-, con lo cual, y en virtud de que el error de derecho no es admisible -art. 288 del Código Civil-, se considera que los ocupantes entraron y permanecieron en el inmueble con ánimo de precaristas”¹⁴. Esta puede llamarse la postura tradicional del Fuero.

Sin embargo, cabe preguntarnos si es posible otra solución, ya que, parafraseando la obra del maestro alemán: Si el fundamento de la tenencia es la existencia de un obstáculo o impedimento posesorio legal, es preciso que, cuando se ha admitido falsamente la existencia del obstáculo, haya posesión en lugar de tenencia, sin conocimiento ni voluntad del tenedor¹⁵.

¹² Leandro S. Picado en “Código Civil comentado – Derecho Reales” , T. I, Director Claudio Kiper, Rubinzal Culzoni, 2004.

¹³ El nuevo Código Civil (Simposio), ídem.

¹⁴ Trib. de Apel. en lo Civ. y Com. de Asunción, sala 3. 07/07/2005 (Ac. y Sent. N° 102). LLP 1074

¹⁵ Obra citada, págs. 316 y 317

En términos concretos, si quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario –utiliza la cosa, realiza mejoras, no permite que otras personas utilicen la cosa, etc.- tiene la falsa creencia de que no puede poseer, en virtud de una supuesta prohibición legal, de todas maneras debe reconocérsele como poseedor a nombre propio y que tal posesión es idónea para producir los efectos que le son propios.

Lo señalado fue sostenido inclusive en un antecedente jurisprudencial nacional donde se resolvió una materia análoga aplicando los principios sentados por la teoría objetiva de la posesión: “La accionante no necesitaba intervertir el título, según el cual estaba teniendo el poder físico de la cosa, porque ella lo ocupó [...] y el carácter de esa ocupación, vale decir su origen, no ha variado. Se puede poseer un inmueble ‘*animus domini*’, aún cuando no se la pueda adquirir por la usucapión, pues, son cuestiones distintas”¹⁶. Se dice que es una clara aplicación de la teoría objetiva –y una correcta interpretación del sistema posesorio del Código Civil- debido a que sigue al pie de la letra Ihering cuando enseña que en el caso que el impedimento posesorio legal desaparezca, la tenencia debe ser cambiada a posesión, sin conocimiento ni voluntad del tenedor¹⁷.

Al efecto de reconocer si existe o no una posesión idónea para la producción de la prescripción adquisitiva de dominio, no debe buscarse el concurso de una intención de ser dueño en el fuero subjetivo del poseedor –*animus domini*-; sino que deberá indagarse el carácter de la posesión –si es a nombre propio o no-, lo que quedará manifiesto por la realización de actos que solamente puedan ser ejecutados por el propietario de la cosa¹⁸. Más en el caso hipotético planteado, ya que el Art. 1904¹⁹ del Código Civil simplemente dispone la exclusión de uno de los efectos de la posesión con carácter de dueño respecto de los inmuebles del dominio privado del Estado o las Municipalidades, cual es la posibilidad de usucapir. La posesión sobre un bien del dominio privado de uno de estos entes de derecho público es perfectamente posible²⁰ y es, asimismo factible admitir que quien ejerza tal posesión realice actos con el carácter de un propietario –plantar, cosechar, construir, sin requerir la autorización de persona alguna-. Esto es debido a que la *ratio iuris* de la imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado y las Municipalidades no está dada por la imposibilidad de ser objeto de posesión, sino por el beneficio concedido a estas personas del derecho Público. Vale la pena transcribir lo referido por Troplong y citado por Vélez en su nota al Art. 3592 del Código Civil Argentino: “Las cosas imprescriptibles por sí mismas, son aquellas que por destino natural pertenecen a todo el mundo, y no son susceptibles de apropiación privada, como la mar, la libertad del hombre, etc. Las cosas

¹⁶ LLP 1992, 746

¹⁷ Obra citada, págs. 316 y 317

¹⁸ No está demás resaltar que esto es así cuando la posesión sea en carácter de propietario. La posesión derivada o inmediata no anula a aquella que le dio origen y por lo tanto no podrá ser considerada como idónea para la prescripción adquisitiva de dominio. Es decir, por prohibición legal, la posesión del poseedor inmediato se halla desprovista de uno de sus efectos. Art. 1911 del Código Civil.

¹⁹ “Los inmuebles del dominio público del Estado y propiedad pública o privada de las Municipalidades no pueden adquirirse por prescripción”.

²⁰ Distinta es la situación de un bien del dominio público, ya que al ser destinado al uso y goce de todos los habitantes no puede ser sometido a la posesión privada. Arts. 1898 y 1903 del Código Civil. En este sentido Troplong, citado por Vélez en su nota al Art. 3952 del Código Civil Argentino, expresó: “Hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razón de su destino, y otras por razón de las personas que las poseen”.

imprescriptibles por razón de su destino, son aquellas que por sí mismas admiten la propiedad privada; pero que por su destino accidental, están retiradas del comercio y afectas al uso público, como los caminos, las calles, etc. Mientras estas cosas se conservan afectas al servicio público, permanecen imprescriptibles [...] Las cosas que no son prescriptibles por razón de las personas que las poseen, son las que pertenecen a personas privilegiadas, contra las cuales no corre la prescripción”. Es decir, quién poseía siempre ejerció una posesión a nombre propio, realizando actos en carácter de propietario, pero considerando que la prescripción adquisitiva no podía correr por el concurso de una prohibición legal en tal sentido. Vale repetirlo, si la creencia resulta falsa, en otros términos, si el bien podía ser usucapido, el error del poseedor no puede obstar al hecho de la posesión y el transcurso del tiempo y la usucapición deberá operar.

Esta postura es, además, coherente con el cambio sufrido por todo el derecho paraguayo en materia de propiedad. Se han dejado de lado posturas individualistas y absolutistas respecto del derecho de propiedad y se ha pasado a reconocer la finalidad social del derecho de propiedad²¹. Por ende, es más que acertado reconocer que quién hizo producir el capital, creó puestos de trabajo y aumentó el ingreso nacional gracias al empleo económico del bien y ante la dejadez del titular registral, se vea beneficiado con la prescripción adquisitiva del dominio, puesto que los hechos denotan el ejercicio del derecho de propiedad sobre el bien, según la “finalidad económica y social”²² y hace absolutamente irrelevante cualquier error subjetivo en que se pueda hallar²³.

²¹ Art. 1954 del Código Civil: “La Ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad”

Art. 109 de la Constitución de la República del Paraguay: “Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos”.

²² Similar cambio de orientación se produjo en el Brasil, coincidentemente con la adopción de la teoría objetiva de la posesión: “Como se vê, a dogmática principiológica impõe a concretização da aplicação social implícita nas normas constitucionais da Carta de 1988. Renomados autores, civilistas e constitucionalistas, entendem a adoção do princípio constitucional da função social da propriedade, no atual Código Civil, como uma reação da ordem jurídica contra os desperdícios da utilização do bem por parte dos respectivos proprietários” (Janine Stiehler Martins, obra citada).

²³ Cabe agregar que estos cambios se producen como consecuencia de que el Derecho es un producto social y sujeto a los cambios de paradigma que sufre una sociedad determinada a través de su historia. Es este sentido y referente a la materia de la posesión se ha dicho: “En definitiva, el sistema jurídico califica una situación como posesoria cuando quiere otorgarle a la misma el ámbito de protección legal que él prevé para dicha situación. Evidentemente, a fin de tener un sistema ordenado, se procurará calificar a la posesión con elementos claros y particulares que permitan distinguir estos supuestos de los otros regulados por el Derecho. Sin embargo, optar por estos elementos en un momento determinado no le niegan al sistema la posibilidad de reedificar sus estructuras y asignar a la institución nuevas características. En tal sentido, lo que hoy pudiera ser una excepción al supuesto calificado por la ley como posesión, podría luego, por las necesidades imperantes de la realidad social que se regula, devenir en la regla general de la institución. Lo importante es que tomemos conciencia de ésta flexibilidad. Así como antes se negó la protección posesoria a quienes no tenían respecto del bien una actitud subjetiva calificada (animus domini), y luego se les reconoció a éstos esa protección, extendiéndoseles para ello la calificación de poseedores, de igual modo, podría hoy, si las circunstancias lo requirieren, variarse las estructuras de la posesión no sólo para extender los supuestos que regula sino incluso para hacer más sólidos los derechos o instrumentos que se derivan de ella” (Martín Mejorada Ch. LA POSESION COMO CONTENIDO DE LOS CONTRATOS. **CATHEDRA - ESPÍRITU DEL DERECHO** N° 1 - Año 1 - Noviembre 1997.

El derecho brasileiro, enmarcado dentro de conceptos similares, inclusive establece como parámetro de disminución del plazo prescricional –independientemente de cualquier creencia subjetiva particular- el hecho de que el poseedor hubiese establecido en el inmueble su morada habitual o realizado en el mismo obras o servicios de carácter productivo²⁴.

Recuérdese lo expresado -y ya citado más arriba- por De Gásperi: “No se exige del poseedor que se crea propietario (*opinio domini*), sino solo que tenga, siquiera de mala fe, la voluntad de poseer la cosa, como si ésta le perteneciese” y “Para la cuestión de si hay posesión o tenencia [...] la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa [...] Para Ihering el fundamento de la protección posesoria es la utilización económica de la propiedad”²⁵.

Y así como se expresó que –dentro del marco establecido por la teoría objetiva- quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario y tiene la falsa creencia de que no puede poseer, porque la cosa no es susceptible de ser poseída en virtud de una prohibición legal, debe –a pesar de ello- ser reconocido como poseedor a nombre propio; debe también expresarse que tal posesión es idónea para producir la usucapión, a pesar del error en el que se halla inmerso el agente. Y esta es una gran diferencia práctica entre una teoría y otra.

Ahora bien, importantes docentes y respetables magistrados han expresado que la adopción de la teoría objetiva en nuestro derecho positivo se limita a simplemente conferir la protección posesoria a los llamados poseedores inmediatos o derivados –usufructuarios, acreedores prendarios, locatarios, etc.-, pero que sin embargo en materia de prescripción adquisitiva el requisito del “*animus domini*” es ineludible; ya que, admitida la posibilidad de que las servidumbres prediales y personales sean bienes susceptibles de prescripción adquisitiva de dominio²⁶, sin el concurso de una voluntad calificada sería imposible determinar cuál es el derecho real que el poseedor pretende usucapir.

Este es un cuestionamiento de difícil solución y de harta relevancia práctica. No se dirá que es lo mismo usucapir una servidumbre personal como el usufructo, que se extingue

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Catedra/1997_n1/La_Pos_Contr.htm). La cuestión, por ello, radica en determinar cuáles son los requisitos para la prescripción adquisitiva de dominio en este determinado momento histórico y en esta sociedad.

²⁴ Art. 1238, parágrafo único, del Código Civil Brasileiro vigente. “O Código Civil atual, assim como já o fazia o de 1916, adotou predominantemente, a teoria objetiva de Ihering, apesar de ter se inspirado na teoria de Savigny. Consoante redação do seu art. 1196, ‘considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade’” (Janine Stiehler Martins, obra citada).

²⁵ *vide supra*

²⁶ Art. 2191 del Código Civil: “Las servidumbre prediales pueden ser constituidas coactiva o voluntariamente.

Por título, si fuesen continuas y aparentes, o discontinuas de cualquier clase.

Las aparentes y continuas pueden también ser constituidas por usucapión”.

Art. 2234 del mismo cuerpo legal: “El usufructo se adquiere: [...] b) por prescripción, en iguales casos que puede adquirirse el dominio de las cosas muebles o inmuebles por ese medio”

Art. 2281: “Los derechos de uso y habitación se constituyen del mismo modo y con las mismas limitaciones que el usufructo”.

con la muerte del usufructuario, que adquirir por usucapión la propiedad de un inmueble que a muerte del usucapiente pasará por sucesión universal a sus herederos.

Aplicada la teoría subjetiva de la posesión, quien realice actos posesorios propios del titular dominial, pero a la vez reconozca en otro la titularidad del derecho de propiedad –es decir, carezca de *animus domini*-, se hallará legitimado a reclamar la prescripción adquisitiva del derecho de usufructo. Quien en cambio ejerza el poder físico sobre la cosa y no reconozca ningún derecho superior al propio –es decir, que tenga *animus domini*-, podrá pretender la usucapión de la propiedad.

¿Cómo se haría tal distinción si no recurriéramos a la voluntad subjetiva del poseedor? ¿Se dirá que es suficiente la manifestación unilateral del poseedor, sobre qué derecho pretende usucapir al momento de presentar la demanda? ¿Tendremos acaso una especie de sistema mixto, en el que la teoría subjetiva impera en materia de prescripción adquisitiva, mientras que en materia de protección posesoria regiría la teoría objetiva?

La cuestión parece ser tan controversial que en un país del continente que adoptó la teoría objetiva de la posesión, no se hace referencia a la prescripción adquisitiva como forma de constituir servidumbres personales. Este es el caso de Perú²⁷. Nótese dada más la redacción de los siguientes artículos del Código Civil Peruano:

Art. 1000: “El usufructo se puede constituir por:

- 1.- Ley cuando expresamente lo determina.
- 2.- Contrato o acto jurídico unilateral.
- 3.- Testamento”

Mientras que respecto de las servidumbres prediales el Art. 1040 establece: “Solo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos”.

De ser como efectivamente parecen, el problema habría quedado resuelto –en el derecho peruano- al eliminar al usucapión del usufructo, lo que es comprensible, ya que su ejercicio y el ejercicio del derecho de propiedad son en extremo similares y provocarían una dificultad mayúscula su determinación sin recurrir al *animus* del poseedor; mientras que el ejercicio de una servidumbre predial puede ser de más fácil determinación, por lo limitado del acto realizado –pastar, transitar, etc.- y por ende más fácilmente distinguible del ejercicio pleno de alguien que pretende la propiedad del derecho.

No debe dejar de decirse, que la usucapión de usufructo es algo raramente planteado en tribunales, si es que exista algún caso, por lo que podría deberse también a ese hecho que no se haya previsto la prescripción adquisitiva del usufructo en el Código Civil Peruano.

²⁷ “Desde que nuestro sistema jurídico optó por la teoría objetiva de Ihering, no existe duda acerca de que la posesión es un derecho real autónomo. Ciertamente este derecho nace de un hecho que es el comportamiento respecto de la cosa en la forma como referimos antes”. Martín Mejorada Ch., obra citada.

Sin embargo, no es posible adoptar la solución peruana –de ser correcta la lectura que hice de la legislación de este país-, ya que nuestro derecho sí reconoce la posibilidad de usucapir una servidumbre personal y la mención al derecho de esta nación andina tan solo ha sido traída a colación a los efectos de demostrar la complejidad que presenta el problema al momento de distinguir qué derecho real se pretende usucapir. Por otra parte, no es mi intención proponer una reforma legislativa, ya que ello corresponde más bien a la política jurídica, mientras que el presente ensayo aspira ser un aporte a la ciencia jurídica, por lo que aquello que se busca es identificar el problema existente y tratar de solucionarlo con las herramientas que tenemos a disposición²⁸.

En suma, la cuestión está planteada en los siguientes términos: ¿El *animus domini* sigue siendo un requisito para que opere la prescripción adquisitiva del derecho?; y en caso que no lo sea, ¿Cuál debe ser el criterio empleado –dentro del marco de la teoría objetiva de la posesión- para determinar qué derecho real se pretende usucapir?.

La respuesta a estas cuestiones amerita una investigación mucho más profunda que la realizada para la elaboración de este ensayo –según lo indiqué en las primeras líneas-. Por tal motivo, consideraré que el propósito que me puse en mente al escribir estas líneas fue logrado en el caso de que haya despertado la curiosidad de quienes lean este breve artículo, sobre un tema tan relevante para quienes nos dedicamos al ejercicio y estudio del derecho en nuestro país y por sobre todo, para todos quienes se hallen en posesión de un bien.

²⁸ Encarar resolver un problema científico, cambiando uno de sus elementos, es tan inapropiado como jugar fútbol utilizando las manos en lugar de los pies, bajo el pretexto de que dominar el balón con los pies es muy difícil. Si cambiamos las reglas del juego, estamos cambiando el juego en sí. Si cambiamos el supuesto del problema, simplemente proponiendo una “reforma legislativa”, nace un “nuevo problema” y el originario queda sin ser resuelto.