

## CAPITULO II

### DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA POSESION Y LA PROPIEDAD

200 Idea de la posesión —201 Ley que debe regir (A) las acciones posesorias, (B) el derecho de propiedad, (C) la naturaleza de las cosas que pueden ser objeto de aquella y las limitaciones del derecho del propietario, (D) los derechos comprendidos en el de propiedad, (E) los medios de adquirir la propiedad, la prescripción de las cosas inmuebles —202 Disposiciones del derecho positivo relativamente á la prescripción de las cosas muebles —203 Opiniones de los jurisconsultos relativamente a la ley que debe regirla —204 Nuestra opinión —205 De la tradición

200 En el sentido vulgar y general de la expresión, poseer una cosa significa tenerla físicamente a su disposición, cuyo hecho puede ser considerado bajo una triple relación

1.<sup>a</sup> Como un simple hecho físico, sin relación con la adquisición o el ejercicio de un derecho entonces corresponde a la detención, o como dicen otros, a la posesión natural que los romanos llamaban *esse in possessione*. Tal es la posesión del depositario y del locatario que retienen la cosa en nombre de otro, y la posesión de aquel que la retiene precariamente, los cuales, en rigor, *non possident, sunt tantum in possessione*

2.<sup>a</sup> Como manifestación y consecuencia de un hecho preexistente que se deriva del derecho de propiedad este es el hecho que corresponde a la relación jurídica llamada *dominium*. Llámasele posesión legítima, y el derecho que tiene el propietario de defender su posesión o de pedirla como una cosa debida cuando no la retiene, se llama *jus possidendi*

3.<sup>o</sup> Como un hecho jurídico que, haciendo abstracción de todo derecho preexistente, produce consecuencias jurídicas. Este constituye la posesión civil propiamente dicha y resulta de dos elementos del hecho físico de tener el objeto a su disposición, y del *animus rem sibi habendi*, *animus domini*, es decir, de la intención de conservar y defender la cosa en su propio interés para apropiársela. El derecho correspondiente se denomina *jus possessionis*.

201. A. Por regla general, pertenece exclusivamente a la ley del lugar en que la cosa se halla, el regir la posesión, sea como estado de hecho, sea como causa de efectos esencialmente jurídicos. Es, en efecto, un principio de orden público que nadie puede ser molestado o despojado de la posesión de una cosa hasta que se pruebe jurídicamente que la posesión es ilegítima y que todo poseedor puede utilizar todos los medios jurídicos permitidos por la ley del lugar en donde se posee, ya para hacer cesar las causas de dicha molestia y retener de este modo la posesión, ya para que se le restituya en el estado anterior al despojo, recobrando de este modo su posesión.

No debe deducirse de aquí que el *jus possidendi* haya de regirse también en todo por la *lex rei sitae*, es, en efecto, una consecuencia de la posesión y depende de la misma ley que debe gobernar la adquisición de los derechos patrimoniales siempre que la cuestión tenga por objeto el fondo del derecho. Por consiguiente, si el propietario legítimo no tiene la posesión y la pretende en virtud de su *jus possidendi*, no puede reivindicar su cosa sino conformándose a la *lex rei sitae*, la cual debe regir exclusivamente todas las acciones posesorias, pero si el demandante, en lugar de obrar como poseedor, ejercita el derecho de petición, no es la *lex rei sitae* la que debe aplicarse en todos los casos, sino aquella de que depende la adquisición de la propiedad, según las reglas que exponaremos en los capítulos siguientes.

Aplicando estos principios, pueden resolverse todas las cuestiones relativas a la posesión, aun cuando el propietario ó poseedor sea extranjero. Según la ley del lugar en donde se quiere ejercitar la acción posesoria, debe decidirse qué cosas y qué derechos son los que pueden ser objeto de ellas, las cualidades de que debe hallarse revestida la posesión, el tiempo de su duración necesaria para servir de base a la acción, los actos exteriores que constituyen su turbación y el tiempo en que debe ejercitarse la acción posesoria.

B Hablemos ahora del derecho real mas importante, es decir, del *dominium* ó derecho de propiedad. En el sentido general, se consideran como susceptibles de propiedad todas las cosas corporales ó incorporeales que nos pertenecen, es decir, que forman parte de nuestro patrimonio, en este sentido, es en el que se ha dicho que los productos de nuestra inteligencia y los inventos de todo género, que no son ciertamente cosas corporales, pueden ser objeto de nuestra propiedad, y nuestro legislador, en el art 1538 (1), habla inexactamente de propiedad y de posesión de derechos y de créditos. En un sentido mas exacto, pueden ser objeto de propiedad las cosas corporales, sobre las que una persona tiene un poder jurídico absoluto, exclusivo, irrevocable, y el derecho correspondiente se llama *dominium* ó derecho de propiedad. Nuestra intención es hablar de la propiedad en el ultimo sentido.

Cada soberano, en los límites del territorio en donde ejerce su autoridad, tiene el derecho (y el deber) de proteger la propiedad, de impedir toda sustracción ó degradación, de coordinar el ejercicio del derecho de propie-

---

[1] He aquí el texto del artículo citado. La venta ó cesión de un crédito de un derecho ó de una acción es perfecta y se adquiere de derecho su propiedad por el comprador ó cesionario desde el momento en que se ha convenido en el crédito ó derecho que ha de cederse y en el precio del mismo aunque no se haya transferido la posesión. Esta se transfiere por la entrega del título que justifica el crédito ó derecho cedido.

dad con los intereses generales de la asociación política, de obligar al propietario a pagar los impuestos, de exigir, en ciertas circunstancias determinadas por la ley, la cesión de la propiedad y de los derechos fraccionarios que de ella dependen, mediante indemnización

C Deduce de estos principios, que debe determinarse con arreglo a la *lex rei sitæ*, cuales son las cosas que pueden ser objeto de la propiedad pública o privada, y cuales las que deben ser consideradas *extra commercium*, lo que se refiere a la naturaleza física y jurídica y a la composición y agregación de las cosas susceptibles de apropiación, qué limitaciones pueden imponerse al ejercicio del derecho absoluto de propiedad, determinadas, ya por el Código Civil, ya por leyes especiales ó por reglamentos. Podemos citar entre estas limitaciones de la propiedad, aquellas que nacen, por ejemplo, de las leyes relativas al régimen forestal, a la desecación de pantanos, a la explotación de las minas, al establecimiento de manufacturas, de talleres, de laboratorios peligrosos, insalubres ó incómodos, las que se deducen del derecho que tiene el gobierno de apropiarse, mediante indemnización, las maderas de construcción necesarias para el servicio de la marina, y de impedir, por las exigencias del tesoro el cultivo del tabaco, la prohibición de edificar en terrenos comprendidos en cierto radio de las plazas de guerra o de las fortalezas, el de los reglamentos relativos a la seguridad y a la comodidad del tránsito por la vía pública, y de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública

D Respecto a los derechos principales comprendidos en el de propiedad, notemos que el propietario puede destinar la cosa a todos los usos compatibles con su naturaleza, invocando la *lex rei sitæ*, sin embargo, para determinar si tiene el *dominium plenum* o *minus plenum*, debe atenderse siempre a la ley de que depende su derecho

En cuanto al que puede tener el propietario para ceder la cosa en todo ó en parte, por un acto entre vivos ó de última voluntad, de renunciar a ella pura y simplemente sin nombrar un sucesor, y verificar todos los actos que la ley deja a su libre voluntad, no es la *lex rei sitæ* la que debe aplicarse en este caso, sino mas bien la ley que rige el título de adquisición de la posesión, y que determinamos en los capítulos siguientes

Por ultimo, la *rei vindicatio*, que es la acción real en virtud de la que el propietario reivindica su cosa propia con todos sus accesorios, contra todo poseedor o detentador, la acción publiciana y la negatoria deben regirse también por la *lex rei sitæ*

*E* Los medios de adquirir la propiedad son muy diversos y no podemos exponer en este lugar la ley que debe regir a cada uno. Es verdad que no puede establecerse, como regla general, que deba depender todo de la *lex rei sitæ*. La distinción admitida comúnmente por todos los jurisconsultos, es la que divide los medios de adquisición en modos a título universal y a título particular. Cada cual de éstos puede derivarse de actos *inter vivos* ó *mortis causa*, y los trataremos separadamente en las siguientes secciones. Los medios de adquirir la propiedad a título particular *inter vivos* se dividen en originarios y derivados. Los primeros son un efecto de la ley, independientemente de la voluntad del propietario y de la traslación: tales son la ocupación, la acción, la especificación, la confusión, la prescripción y la tradición. Los segundos dependen de la voluntad del propietario y de la traslación, y son efecto ó de convenios ó de legados a título particular ó de disposiciones a título gratuito.

Limitandonos a hablar sólo de las adquisiciones a título particular, es de notar que todos los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer que deben depender exclusivamente de la *lex rei sitæ*. También nosotros participamos de

esta opinion y creemos que, para los cinco primeros modos, sobre todo, no puede surgir ninguna seria dificultad

202 Considerando algunos la prescripción como una institucion de derecho civil, han querido sostener que no debe concederse a los extranjeros el de adquirir por este medio (1), pero no puede justificarse esta opinion

Es verdad, en efecto, que la prescripción llamada en el derecho moderno *prescripción adquisitiva*, tiene mas analogia con la que los romanos llamaban *usucapion*, que con la *prescriptio longi temporis*, la cual no era propiamente un medio para consolidar una adquisición anterior ó al menos supuesta como preexistente, sino que fué, en un principio, un medio concedido por el pretor a los poseedores de fundos provinciales, para proteger sus posesiones, y se convirtió luego en una excepcion con la que se impedir la *rei vindicatio*. Es verdad que en Roma no se concedia a los extranjeros la usucapion, pero la unica razón que para ello habia es que les estaba prohibido tener el *dominium ex jure quiritium*. Mas en el derecho moderno, que no distingue dos especies de propiedad, y que admite a los extranjeros al goce de los derechos civiles, y especialmente al del derecho de propiedad, es un contrasentido invocar los principios del derecho romano. En la actualidad, la prescripción adquisitiva, en vez de ser un privilegio o un beneficio de la ley, es un medio de consolidar una adquisición anterior, ó por lo menos, supuesta como preexistente, y puesto que los extranjeros pueden adquirir, ya por sucesion, ya por donacion ó por contrato, no debe rehusarse la prescripción, que es una presuncion legal de que ha habido una adquisición por uno de los medios susodichos (2)

[1] Pothier *Traado de la prescripción* num 20—Rayneval *Instít* pág 153

(2) Demangeat *Condición de los extranjeros* p 830—Zacarias párrafo 78 numero 8—Draugomis p 62—Troplong *Prescripción* I 35—Demolombe t I n 243

Todos los jurisconsultos están de acuerdo en admitir que la prescripción de los bienes inmuebles, de los derechos reales sobre estos bienes y de las acciones inmobiliarias debe regirse en todo por la ley del lugar en donde está situada la cosa. Sólo algunos, considerando también la prescripción adquisitiva de los inmuebles como una excepción perentoria, dicen que debe depender de la *lex fori*. Tal es la opinión de Tittmann [1]. Nosotros creemos, por el contrario, que no pertenece al magistrado crear el derecho de las partes, sino reconocerlo, declararlo y garantizarlo, y por consiguiente, cualquiera que sea la ley del lugar en donde se verifica el juicio, debe decidirse siempre con arreglo a la *lex rei sitæ* si el fundo es prescriptible ó si ha prescrito.

203 Mas fundada es la divergencia de los jurisconsultos relativa a la ley que debe regir la prescripción adquisitiva de las cosas muebles que, por su naturaleza misma, pueden hallarse bajo el imperio de leyes esencialmente distintas.

En efecto, el Código Civil italiano, en su art 707, establece que, con relación a los bienes muebles, por su naturaleza produce la posesión en favor de un tercero de buena fe el mismo efecto que un título, y el art 2146, que la acción del propietario ó del poseedor de la cosa mueble, para recobrar lo perdido, prescribe en el término de dos años. El Código de Napoleón dispone que para las cosas muebles, la posesión equivale al título, pero que aquel que la hubiese perdido o a quien se hubiese robado una cosa, puede reclamarla del que la posea, dentro del término de tres años, a partir del día en que fué robada ó perdida (art 2,279). Según el Código prusiano (parte 1<sup>a</sup>, lib 9, art 584), el poseedor, aun de buena fe, de una cosa robada, no puede prescribir ni la posesión ni la propiedad,

---

[1] *De competentia legum* n. 11.

y se presume que la ha comprado de un ladrón cuando no puede indicar el vendedor (art 648), de modo que las cosas robadas no son adquiridas sino por la posesión pacífica de 40 años. En el Código austriaco (art 1,466), el derecho de propiedad de una cosa mueble se adquiere por la usucapión, mediante la posesión pacífica de tres años, y el que adquiere una cosa mueble de un poseedor ilegal (*vicioso*), ó que no puede indicar al que se la transmitió, debe esperar que trascurra doble tiempo del ordinario para la *usucapión*.

Los que consideran las cosas muebles con arreglo al domicilio del propietario, por ficción del derecho, dicen que la prescripción debe regirse por la ley del domicilio del propietario. Esta regla, sin embargo, origina muchas dificultades. Supongamos, en efecto, que nos hallamos en presencia de dos personas, que se creen ambas propietarias al mismo tiempo, y se puede dudar razonablemente si debe preferirse la ley del antiguo propietario, ó la del nuevo. Admitiendo que debe preferirse la del domicilio del adquirente (1), debemos preguntarnos si, sobreviniendo un cambio de domicilio durante el tiempo necesario para la prescripción, debe aplicarse la ley del primero ó la del segundo. Puede, por fin, ocurrir que, según la ley del lugar en donde la cosa se halle, no se admita la prescripción, o que la cosa no sea prescriptible. Basta esto para demostrar que, aceptando la opinión que acabamos de exponer, pueden surgir muchas dificultades.

Considerando otros que para las cosas muebles no puede determinarse un lugar cierto en donde pueda decirse que se ha adquirido el derecho de propiedad, creen que debe preferirse la *lex fori* (2). Por más que esta teoría modifica la cuestión, no la resuelve, porque, como hemos notado ya muchas veces, el tribunal ante el que se lleve la

(1) Meyer, *De statutorum conflictu* § 2.

(2) Tittmann núm 11.

cuestión, debe examinarse si se ha adquirido ó no el derecho, teniendo en cuenta la ley por que debe regirse la adquisición del derecho mismo, y no aplicar la suya propia

Schoeffner dice, que debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde se ha verificado primero el hecho de que se quiere hacer depender la prescripción. Si con arreglo a las leyes del país en donde comenzaron a existir ciertas relaciones de hecho, no era prescriptible la cosa mueble, no puede serlo para aquel que quiere hacerla prescribir, por el solo hecho de haber trasladado su domicilio a un punto donde existe dicha prescripción. También respecto del tiempo, dice, debe tomarse en consideración la ley bajo la cual comenzaron primero las condiciones de la prescripción, aun cuando la cosa se hubiese posido despues en un lugar regido por leyes diferentes (1)

204 Pero es necesario observar que las relaciones que comienzan a existir entre el poseedor de una cosa mueble y la cosa poseida, pueden ser consideradas como actos preparatorios, que la posesion continua es por su naturaleza una relacion puramente de hecho, que sólo cuando ha trascurrido el tiempo necesario para la prescripción, es cuando se verifican los actos preparatorios, y cuando puede decirse adquirida la propiedad. Es necesario, pues, tener en cuenta que, con arreglo a la ley del país en donde esta actualmente la cosa mueble poseída, debe decidirse si la prescripción se ha verificado ó no, porque al expirar el término fijado para prescribir, se realiza la traslacion de la propiedad, que hasta entonces, solo estaba preparada. Agreguemos a esto que, cuando la cosa mueble se halla en un lugar determinado, toda cuestión relativa a su adquisición por prescripción, interesa al régimen de la propiedad, y por eso debe resolverse de conformidad con la ley territorial

---

(1) Schoeffner párrafo 67

La misma solución debe darse cuando, durante el tiempo necesario para prescribir, ha pasado la cosa por diferentes países, puesto que la cuestión del cumplimiento de la prescripción, es deou, de la adquisición de la propiedad, debe juzgarse con arreglo a la ley del país en donde la cosa se encuentra en el momento en que se intenta la acción

Hay que notar, sin embargo, que una vez adquirida la propiedad del objeto por el cumplimiento de la prescripción, con arreglo a la ley del lugar en donde la cosa se hallaba, debe esta propiedad ser reconocida por doquiera, de suerte que el traslado de la cosa a un lugar en donde se necesite mas tiempo para prescribir, no puede hacer que se pierda el derecho ya adquirido

205 La tradición, que según Gaius (1), es un medio de adquirir propio del derecho de gentes, y que después de Justiniano, fué un medio general de adquisición para los romanos (2), no es considerada por todas las legislaciones como necesaria para el acto de transferir la propiedad. El Código prusiano (l 10, § 1<sup>o</sup>), el Código austriaco (art 425), el de Baviera y los de otros Estados han conservado el principio del derecho romano *in adiombus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. El Código francés, por el contrario [art 1,138], los códigos que le han tomado por modelo, y entre ellos el Código italiano (art 1448) (3), admiten que la obligación es perfecta por el solo consentimiento de los contratantes, de modo que el adquirente se hace propietario y la cosa corre ya por su cuenta en los riesgos y peligros desde el momento en

---

[1] *Nihil enim tam conveniens est naturali equitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam habere* (l 9 § 8 Dig De adquir res dom )

[2] Inst § 40 De divis rer

(3) He aquí el contenido de este artículo. La venta es perfecta entre las partes y la propiedad es adquirida por el comprador respecto del vendedor desde el momento en que se ha fijado la cosa y el precio aunque no se haya verificado la entrega recíproca consiguiente

que debió ser entregada, por mas que la entrega no se haya verificado

Hablaremos de las consecuencias jurídicas de estas disposiciones al tratar del contrato de compra venta, por ahora basta establecer que, para decidir si la tradición es ó no necesaria para transferir la propiedad, debe aplicarse exclusivamente la *lex rei sitae* cuando se trata de inmuebles ó de muebles existentes en un lugar fijo, aun cuando se hallen allí accidentalmente en el momento de verificarse el contrato. Debe entenderse, sin embargo, que para las cosas muebles debe tenerse en cuenta la *lex rei sitae*, en el momento en que se ha verificado el contrato en virtud del cual se ha transferido la propiedad, y todo cambio de lugar posterior no varía el derecho adquirido por el propietario.

Si, por el contrario, no tuviesen las cosas muebles una situación cierta, como, por ejemplo, un cargamento de mercancías que se hallase en el mar ó que fuese por el ferrocarril, debe aplicarse la ley del lugar en donde el propietario se halla obligado, para decidir en ambos casos si ha habido ó no traslación de propiedad.

La *lex rei sitae* es también la que debe aplicarse en cuanto a los efectos de la traslación de propiedad relativamente a un tercero. Así, por ejemplo, según el Código Civil italiano [arts 1932 y 1942], no puede verificarse relativamente a un tercero la traslación de propiedad de los inmuebles ni la transcripción. Por consiguiente, si un fundo situado en Italia se hubiese vendido a dos extranjeros naturales de países regidos por leyes diferentes, aquel de los dos compradores que hubiese hecho transcribir su título podrá hacer valer, con preferencia al otro, su derecho real de propiedad.