

REVISTA DE DERECHO Y LEGISLACION

(Fundada en 1911)

Director-Propietario
DR. ALEJANDRO PIETRI,
Abogado

Miembro que fué de la Comisión Revisora del Código Civil de 1904.

El honor de una Nación está en
sus leyes, y defender los derechos
que ellas acuerden nunca será un
acto reprobable.

AÑO

52

1963

NUMEROS 629 - 631

Administrador: Dr. Hugo Ritter

OCTUBRE
DICIEMBRE
1963

DIRECCION y ADMINISTRACION
Padre Sierra a Muñoz, 18 (altos)
Apartado 266 - Teléfono 817406

CARACAS-VENEZUELA
AMERICA DEL SUR

B I B L I O G R A F I C A S

El distinguido abogado, Profesor Manuel Simón Egaña, ha publicado un interesante estudio jurídico en la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal correspondiente a Enero-Junio del presente año, titulado "Perturbación y Despojo", verdadera monografía de la materia posesoria, cuyo trabajo ha merecido también una edición por separado en la Editorial Arte, de Caracas, de cuarenta páginas.

Después de exponer con claridad la razón filosófica que tuvo el legislador para establecer la debida protección de los derechos subjetivos, que para el autor fue la necesidad de hacer posible la realización práctica de los poderes que normalmente configuran esos derechos, estudia la materia posesoria con solicitud y detención. Para el Dr. Egaña, cada vez que una norma de derecho atribuye a una persona la posibilidad de la actuación de determinados poderes, o sean, derechos en sentido subjetivo, es lógico y consecuen- cial que se persiga la actuación práctica de ellos. Y esto es natural, pues, de no poderse realizar el derecho que contiene la norma substantiva, esos derechos que son re- queridos para la tranquilidad y paz social, esto es, para la convivencia social, serían inútiles, verdadera utopía. Como dice el autor: "No se otorgan los llamados derechos en sentido subjetivo, con el objeto puro y simple de crear una situación formal determinada: su atribución obedece a ra- zones últimas de interés social, cual es el establecimiento de un orden colectivo, y, en consecuencia, es también de utilidad común su ejercicio".

Cuestión importante en la doctrina posesoria ha sido y es, definir si la posesión es un hecho o un derecho; sin embargo, el autor no se adentra en la disquisición al res- pecto, en cuanto implicaría un análisis directo y concreto relativo al asunto; pero sí detiene el comentario, en el plan- teamiento del problema en cuanto a precisar lo que deba entenderse por derecho en sentido subjetivo. Y así, inspi-

rado en la moderna doctrina italiana se presenta partidario de la opinión que ve en la posesión no un simple hecho, sino una verdadera situación de derecho.

Pero está conforme en que no deja de carecer de importancia el problema que suscita la consideración de la posesión como hecho o como derecho; en vista de que si la posesión es un hecho puro y simple, dice, y aun un hecho jurídico, no tendría relevancia práctica la existencia de acciones que la protejan.

Sin duda el concepto jurídico de la posesión es uno de los problemas más complejos que existen en la ciencia del derecho, principalmente porque la diversidad se debe al Derecho positivo, pues éste influye decisivamente en la formación del concepto. Sin embargo, no podría negarse, que la posesión se caracteriza por el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material constituido por un elemento intencional o *animus* (la creencia y el propósito de tener la cosa como propia) y un elemento físico o *corpus* (la tenencia o disposición efectiva de un bien material). Y nuestro derecho sustantivo la define como tenencia de una cosa o el goce de un derecho, por lo que la Casación Venezolana la califica de hecho. De esto se deduce que si la posesión es una tenencia o el goce de un derecho, para nuestro legislador se trata de un hecho jurídico, desde luego que esta figura envuelve la idea de fenómeno, suceso o situación que produce como consecuencia inmediata el nacimiento, mantenimiento o existencia de un derecho obligación, con todas sus modalidades; lo que, precisamente, caracteriza el hecho jurídico.

Así, pues, el Dr. Egaña, al asentar que la posesión puede considerarse como hecho y al mismo tiempo como un derecho, es partidario de la opinión dominante en la doctrina; aun cuando no podrá negarse, que, para la materia interdictal o de las acciones posesorias, la posesión implica, como dice Capitant, la situación del que ejerce de hecho las prerrogativas propias de un derecho y se comporta como su verdadero titular.

Pero siempre es bueno advertir que este problema de la posesión, capital en la teoría de la protección posesoria, debe estudiarse preferentemente de acuerdo con nuestro Derecho Civil vigente, porque, al menos en Venezuela, el requisito de la existencia de un estado posesorio, al tenor de las disposiciones pertinentes del Código Civil, es el criterio conceptual, de que, tanto estados de derecho como el mero hecho, están comprendidos en la posesión requerida para que merezca el apoyo o respaldo de las acciones posesorias.

Al realizar un detenido análisis respecto al significado jurídico de las ofensas a la posesión denominadas **perturbación y despojo**, se basa en los términos de los preceptos pertinentes del Código Civil venezolano para llegar a la conclusión de que es evidente la falta de elementos precisos en dichas disposiciones para la debida fijación del concepto legal; sin embargo, afirma que los términos **perturbación y despojo**, independientemente del análisis gramatical, deben examinarse según el elemento intencional, por aplicación del artículo 4º del Código Civil, que impone atribuirle a la ley el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre si y la **intención del legislador**.

Verdaderamente difícil es descubrir la intención del legislador o querer legal, debido a las deficiencias de las Exposiciones de Motivos y la dificultad de consultar las discusiones parlamentarias; sin embargo, en el caso concreto aparentemente la dificultad no es mucha, porque la interpretación gramatical da reglas de hermenéutica bastante precisas. Así, pues, el problema sería darle a las palabras el sentido que tienen, según su propio significado. De allí que el razonamiento del autor, al buscar el significado de las palabras despojo y perturbación de acuerdo con el léxico, nos parece apropiado; aunque sucede, que muchas veces la interpretación gramatical falla y por ello se requiere el auxilio de los otros argumentos o razonamientos lógicos de interpretación que nos da la complicada ciencia

de la hermenéutica jurídica. Si bien como dice el Dr. Egaña, perturbar equivale a: turbar, trastornar el orden de las cosas, y, despojar: privar a uno de lo que tiene, esto no es suficiente para saber cuando el turbamiento o el trastorno del orden de las cosas, da lugar al amparo posesorio; e igualmente, cuando la privación de lo que tenemos puede permitir la procedencia del interdicto de recuperar.

Incuestionable es para el autor, que no podría llegarse a una clara distinción entre amparo y despojo estableciendo como punto de comparación únicamente la pérdida de la posesión; o según que la lesión pueda implicar o no privación de la posesión, porque en su concepto para poder concebir teóricamente la diferencia entre perturbación y despojo, en esta materia, "es necesario referirse al fenómeno posesorio como una relación continua, y no como un simple hecho aislado", porque en su criterio, "solo podría haber perturbación con referencia a una relación no efímera, que se mantenga en el tiempo, porque en relaciones efímeras la perturbación sería de por sí un despojo".

Pero, expone claramente su criterio respecto a la diferencia entre una y otra clase de molestias posesorias, y al efecto, expresa que una de las fundamentales entre el acto de perturbación y el de despojo, consiste en que, por la primera el poseedor no pierde el *corpus*, en tanto que en el segundo, la característica esencial es la pérdida realmente del *corpus*, entendido éste como posibilidad de ejercer actos posesorios sobre la cosa, pues, la perturbación no llega a "impedir totalmente al poseedor desarrollar sus poderes posesorios con respecto de la cosa poseída, sino los limita, bien cuantitativamente o bien cualitativamente".

No obstante; la opinión del autor a este respecto queda ratificada al expresar que, "En realidad, la perturbación puede suponer una privación parcial, de la posesión, en vista de la limitación del ejercicio de los poderes posesorios". Y agrega: "Lo que si no puede suceder en el caso de la perturbación, es que un tercero se sustituya de manera más o

menos duradera en la posesión que ejerció el perturbado, porque ello supone privación del *corpus*, y, en consecuencia, transformación de la perturbación en despojo.

En definitiva precisa que en la perturbación, la molestia no llega a quitar totalmente el *corpus* al poseedor, aunque puede implicar la alteración de algún elemento del *corpus*.

Bueno es aclarar, que la perturbación en ningún caso puede envolver la realización de un hecho que signifique privar o despojar al poseedor, pues, como dicen los autores, despojo de la posesión es el acto por virtud del cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, y la perturbación es toda lesión posesoria, que no sea despojo; esto es, que no produzca la pérdida total ni aun parcial de la posesión. Pensar de otro modo es desnaturalizar la noción de los dos clásicos interdictos posesorios y confundirlos, y de allí que la pérdida de la posesión, cualquiera que ella sea, da lugar a la acción posesoria de despojo y nunca a la de amparo; pues si esta pérdida de despojo es momentánea y por lo tanto, la cosa ha vuelto a manos de su poseedor, la acción de despojo no podría prosperar, porque no existe cosa que restituir ni que amparar, ni tampoco hay la molestia en el sentido jurídico o legal de esta palabra, desde luego que no ha mediado el *animus perturbandi*, que es base esencial del interdicto de amparo.

Para que haya lugar al amparo, bien puede existir la intención de inquietar y aun despojar, pero siempre que esto último no se haya efectuado: Así la doctrina está conforme como dice Wolf, en que, el despojo de la posesión es todo acto por virtud del cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial; y la perturbación o inquietación de la posesión es toda lesión posesoria que no sea despojo (Cita de Cerillo Quiñez - Manual de Interdictos, pág. 40). Y esto es realmente así en el sentido jurídico, porque, mientras la posesión se mantenga en poder del querellante, es inoperante pedirle la

restitución de la cosa al Poder Judicial; sería una pretensión sin sentido, puesto que no habría cosa que restituir. Por otra parte; la acción posesoria de amparo tiene como presupuesto indispensable, una **perturbación** y no un **despojo**, palabras que, como se sabe, tienen diferente significado; y así el concepto del amparo, como su finalidad es solo proteger al poseedor y no entregarle a éste la cosa que le ha sido arrebatada, se caracteriza por el propósito que persigue el actor, que no es otro que obtener la tutela de toda perturbación que sin realizar una privación de la posesión, alterase la situación de hecho de que está gozando el poseedor. La perturbación posesoria, es por tanto, una molestia; un acto o actos encaminados a producir una inquietud o zozobra en el ánimo del poseedor de la cosa, pero sin que ésta le sea quitada de su poder.

Manifiesta el autor su disconformidad con el Dr. Ramiro Parra, en cuanto este insigne comentarista patrio, afirmó "que la perturbación debe implicar la voluntad o intención de despojar por parte del perturbador, pues no cree que para la existencia de la perturbación se requiera un acto que exteriorice esa intención, o para usar las propias palabras del Dr. Egaña: "que exteriorice la intención del perturbador de sustituirse en la posesión del perturbado".

Sin embargo, la doctrina, especialmente Aubry y Rau y asimismo, Curasson, han definido la perturbación en sentido general, según Rousseau y Laisney, como todo hecho material o todo otro acto jurídico que, sea directamente y por sí mismo, sea indirectamente y por vía de consecuencia, constituye o implica una **perturbación contraria a la posesión de otro**, y se distinguen dos suertes de perturbación, la molestia de hecho y la de derecho".

Consolo, en su Tratado Teórico y Práctico de la Posesión, analiza el problema que ha sido, en verdad, materia de opiniones contradictorias. Dice este famoso comentarista italiano, que no obstante ser simple cuestión establecer el

concepto de la **molestia posesoria**, todavía ha dado lugar a doctrina diversa, en cuanto a saber si basta la negación de la posesión o del derecho a poseer del perturbado, o es necesario que el molestador o perturbador, pretenda sustituirse en la posesión del otro. Y concluye estableciendo que el **animus perturbandi** implica atentado a la posesión de otro, negación directa o indirecta de la misma. Expresa Consolo, además, que la "molestia posesoria no implica privación de la posesión, sino **animus** de pretender la posesión de otro". Y su criterio al respecto aparece más claro aún, cuando expresa, que en esta materia, "El punto esencial es siempre aquel de la manifestación del **animus contrarius**, que venga a concretarse en hechos de tal naturaleza, que contrasten sin ninguna duda con la posesión del adversario". Consolo, pues, se conforma con la opinión de Scialoja, quien piensa que la "Molestia posesoria es todo atentado a la legítima posesión de otro, todo acto que manifieste de parte de quien lo cometa, la negación absoluta o parcial de la posesión del derecho a poseer del molestado". El comentarista italiano trae también la opinión de Belime, para quien la molestia posesoria es "todo acto que conlleva una pretensión a la propiedad o a un derecho real". Para Consolo, la noción que da Scialoja respecto a la molestia, mejora la de Belime y la corrige, al excluir la ingerencia del concepto de la propiedad, cuando hace resaltar, que la pretensión es a la posesión de otro. Por lo demás, la gran mayoría de la jurisprudencia italiana es partidaria de la pretensión a la posesión de otro, de la pretensión a sustituirse en la posesión del adversario. Porque esa jurisprudencia es partidaria de la existencia del elemento intencional como destino de la perturbación. Consolo agrega, que esa jurisprudencia considera, como elemento característico, en suma, la contradicción a la posesión de otro, "de modo que directa o indirectamente produciría disminución del goce, alteración en el ejercicio, siempre con el ánimo de sustituir la propia posesión en la de otro".

La manifestación de mayor evidencia respecto al querer de la jurisprudencia italiana al respecto de la intencionalidad del acto de perturbación, la presenta una sentencia de la Casación de Torino, concebida en los términos siguientes: "A constituir la molestia, dice, es preciso el elemento intencional, que se halla en la persistente voluntad de defender y mantener el estado de hecho creado por el acto perturbador de la posesión. He aquí, por qué los autores de muchos actos delictuosos o culposos, como quien roba las frutas, quien corta los árboles, quien por error excava un foso en el fundo de otro y actos similares, pueden ser llamados en juicio con una acción *ex delicto* o *ex quasi delicto*, pero no en base a este artículo, 694 del Código Civil italiano, (igual al 782 del venezolano) en razón de que el solo hecho no constituye una molestia posesoria jurídica. Otro indicio de elemento intencional se encuentra en el hecho que revela en el perturbador el *animus* de iniciar para su propia ventaja una nueva posesión...". Y continúa esta decisión, que si la molestia durase también un año, con los requisitos de la posesión legítima, pudiera servirle de base al perturbador para una acción de amparo.

La molestia posesoria, para que exista debe envolver la pretensión de sustituirse en la posesión de otro, en razón de que la materia interdictal está fundada no solo en la necesidad de evitar que se haga justicia por sí mismo, sino también, porque de no ser esto así, como ya lo hemos dicho en otra ocasión, no hay contestación sobre la posesión, sino la ejecución de hechos que dan lugar a otra clase de acciones diferentes a las posesorias. Se requiere, pues, que el perturbador manifieste, en cualquier forma, la intención de ejecutar un derecho propio, de lo contrario no hay contradicción de la posesión, lo que es esencial en la materia.

No piensa así el Dr. Egaña, porque para él en el interdicto de amparo "el problema que se plantea en la litis es única y exclusivamente el de remover obstáculos que alteran, menoscabándolos, el ejercicio de los derechos posesorios, y no el problema de la posible sustitución en la pose-

sión". En materia de amparo, no se requiere menoscabo del ejercicio de la posesión; basta la pretensión contraria a la del perturbado y esto no podría efectuarse si el acto de la molestia no implicase la intención de situarse en el lugar del molestado. Mattiolo, parece no dar lugar a confusión; es evidente al respecto cuando dice al refutar una sentencia de la Casación de Florencia: "ciertamente que no hay molestia sin intención en el agente de ejercitar un derecho, de crearse una posesión propia en sustitución total o parcial del molestado". Ya se ha visto que la jurisprudencia italiana es copiosísima en el particular. Creemos que esto tiene su razón de ser, repetimos, en base a la naturaleza de la acción interdictal, que es procurar la tranquilidad social, evitando que los interesados, para sostener su respectiva situación jurídica, se vayan a las manos como se ha dicho generalmente de modo tan gráfico y esto no podría suceder si el ánimo de perturbar no llevara consigo la intención de negarle la posesión que ejerce el molestado y pretender sustituirse en ella. Corrobora lo dicho la circunstancia de que las acciones posesorias son controversias exclusivas respecto a la posesión y por lo tanto, el simple desconocimiento de la posesión de otro, o el daño ocasionado a la cosa posesoria por otro, y en fin, la molestia que no implique aspiración a sustituirse en la posesión de otro contradiciéndola, no es una perturbación posesoria en el sentido jurídico de la expresión.

Pero no puede negarse, que la opinión del autor está también respaldada por alguna doctrina y si hemos expuesto la contraria a la de él, no es a modo de polémica, que no es el objeto de esta reseña, sino únicamente de divulgación.

El trabajo de que nos ocupamos trae también un meditado estudio acerca de interdicto de despojo, siendo partidario de la teoría que ve el despojo solamente cuando hay desposesión. Su pensamiento al respecto lo expone así: "En verdad, el despojo supone como primer requisito la pérdida

de la posesión, pero no una pérdida de posesión efímera, que tenga como circunstancia la posibilidad de una inmediata recuperación por parte del poseedor lesionado, sino una pérdida que tenga continuidad en el tiempo, para lo cual es imprescindible que alguien se sustituya en la posesión del despojado e impida a éste recuperarla por medios pacíficos normales extrajudiciales”.

Es interesante destacar la opinión del autor respecto al supuesto despojo por parte de la autoridad judicial: Considera evidente para el caso, que la autoridad judicial, “violentando el *jus possessionis* despoja al poseedor del objeto o del goce de un derecho”. En cambio, no considera despojo, “la actividad del estado que desposesiona en virtud de un acto legítimo, como sucede en caso de expropiación por causa de utilidad pública o social”. Y, fundamenta su aserción, en que, “el despojo es un acto antijurídico, contrario a derecho, y se excluye su verificación en la desposesión proveniente de un acto legítimo”.

De la mayor importancia consideramos asimismo, las apreciaciones respecto a la violencia y clandestinidad en la acción posesoria de despojo, en vista de la modificación que sobre el particular tiene el Código Civil vigente. Le parece evidente que no se requiere a los fines de que se produzcan el despojo, ni la violencia, ni la clandestinidad, aunque advierte, que no obstante algunos tribunales han establecido jurisprudencia en desacuerdo.

Otros puntos de verdadera importancia práctica y doctrinaria, analiza el Dr. Egaña en su interesante monografía que habrá de ser de gran utilidad para estudiantes y aun para profesores, porque la materia interdictal en la doctrina y jurisprudencia universales es motivo de profundas controversias, y las venezolanas, no escapan a esta apreciación.

Angel Francisco Brice.