

LOS INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES SU ANALISIS Y DIFERENCIAS

*Trabajo presentado al Prof. Lic. Orlando Aguirre
Cátedra de Derechos Reales II
por Luis Paulino Salas Rodríguez*

PRESENTACION

El sometimiento de los intereses particulares al ordenamiento jurídico creado por la comunidad social constituye una característica que evidencia un Estado de Derecho. No es sino con tal sujeción que se logran la paz y seguridad jurídica, y se rehuye de la anarquía.

Y es la tutela interdictal de la posesión un iter jurídico creado para eludir esas situaciones caóticas donde dos o más sujetos pretenden a la vez, y por medios ilegítimos, tener derecho a la detentación de una cosa poseíble.

Estas directrices sirven de orientación a efecto de escribir unas cuantas líneas en cuanto al por qué se protege la posesión y con cuáles medios, sean estos últimos los interdictos de amparo, restitución y reposición de mojones, enfatizando respecto de cada uno, los actos lesionantes de la posesión a que se oponen, con el fin primordial de lograr su verdadera caracterización y por consiguiente, su plena individualización.

De lograr tales objetivos, hemos de sentirnos satisfechos con el modesto aporte de este trabajo.

INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES

I. ¿CUAL ES EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA?

La posesión es un estado de hecho. Pero, no obstante ello, resulta que en las legislaciones modernas tal situación es amparada sin adentrarse a averiguar si responde o no a un derecho de quien la ejerce, aquella efectiva tenencia de la cosa. Es un *statuo quo* que la ley obliga, aunque sea provisionalmente, a respetar, protegiendo al poseedor con medios judiciales de defensa contra quienes le ataquen. Los poseedores son tutelados por el solo hecho de serlo, posteriormente se dilucida si tienen derecho a poseer y con ello se dispensa, muchas veces, dicha tutela a situaciones de hecho que luego resultan ser ilegales (1).

Se discute cuál sea el fundamento de la protección posesoria, ya que la posesión se protege con independencia del derecho del poseedor sobre el objeto poseído, con lo cual puede resultar protegido quien carece de todo derecho sobre el mismo. Por encima del origen histórico que tal protección haya podido tener, la cuestión se trata de resolver en el plano de la filosofía jurídico-social, siendo las teorías que más difusión han alcanzado las defendidas por Savigny e Ihering, ambas de carácter relativo, ya que no sitúan el fundamento de la protección en la propia posesión, sino en motivos extrínsecos a la misma.

Se distingue entre Teorías relativas y absolutas por una clasificación que hiciera el mismo Ihering de las teorías que explican el fundamento de la protección de la posesión en su obra

(1) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. *Derecho Romano*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 277.

"Fundamento de la protección posesoria" y que pasamos a desarrollar para tener una visión global del problema (2).

A TEORIAS RELATIVAS.

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino:

1) En la interdicción de la violencia.

a. Savigny acentúa, principalmente, el motivo jurídico privado que asiste al poseedor (la perturbación posesoria es un delito contra el poseedor).

b. Rudorff, por el contrario, se fija más en el motivo jurídico público que asiste a la comunidad. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el orden jurídico).

2) En el gran principio de derecho, según el cual "*nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su prerrogativa*" (Thibaut).

3) En la prerrogativa de la probidad, en virtud de la cual se debe suponer, hasta prueba en contrario, que el poseedor que puede tener un derecho a la posesión tiene, en realidad, ese derecho (Röder).

4) En la propiedad. La posesión es protegida:

a. Como propiedad probable (o posible); tal es la opinión antigua.

b. Como propiedad que empieza (Gans).

c. Como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering).

B. TEORIAS ABSOLUTAS

La posesión es protegida por sí misma, en atención a que:

1) Es la voluntad en su encarnación real (Gans, Puchta, Bruns).

2) "*Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la Humanidad por medio de las cosas y para el poder libre que sobre ellas se ejerce, su fin es conservar el estado de hecho de las cosas*" (Sthal).

Vale la pena comentar algunas de estas teorías y otras que Ihering no incluye en su clasificación por ser más modernas.

La teoría absoluta de Gans está inspirada en la filosofía hegeliana y se formula según la inviolabilidad de la voluntad. Sostiene que la detención de la cosa considerada como un acto de la voluntad del sujeto puede encontrarse en armonía con la "voluntad universal" (ley), y en tal caso existe la propiedad, o bien descansa sólo sobre la voluntad particular, y entonces hay posesión. Esta implica la voluntad incorporada a la materia; la voluntad particular contiene en sí algo de sustancial y por eso merece protección; cuando la voluntad particular de la persona se aplica a las cosas, es un derecho y debe tratarse como tal (3).

Las teorías relativas (Savigny, Rudorff, Thibaut) de la paz jurídica tienden a defender esa paz jurídica llevando a cabo una interdicción de la violencia y del ejercicio arbitrario de los derechos. El despojo y la perturbación son suprimidos porque se oponen a esta paz y al orden jurídico. La razón de la defensa de la posesión es la misma que determina el que nadie puede tomarse la justicia por su propia mano (4).

(2) Tomado de CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus S.A., Madrid, T.II, Vol. 1, 1971p. 462 n. 1,;

(3) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Edit. Nascimento, Santiago, 1957, t. II, p. 436.

(4) DIEZ PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Edit. Tecnos, Madrid, Vol. III, 1978, p. 69.

En forma semejante, Ennecerus-Wolff encuentra el fundamento en que los estados de hecho existentes no pueden destruirse por actos de autoridad propia, sino que se impugnen por vías de Derecho, si con él se contradicen. La protección posesoria es la protección de la paz general, reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar (5).

Por el contrario, Ihering ve el fundamento de la protección en la necesidad de defender de modo efectivo la propiedad; *"la protección de posesión como exterioridad de la propiedad es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también el no propietario"* (6).

Otra teoría un poco menos importante es la de la presunción o de la apariencia preconizada por Pothier y seguida por Troplong, Aubry y Rau, que justifica la protección posesoria por una presunción de propiedad: lo que la ley protege y garantiza es, más que la posesión misma, el derecho probable de propiedad que la existencia de aquella hace suponer (7).

Ferrini expone la teoría de la protección de la personalidad según la cual lo que se tutela jurídicamente no es la situación de hecho del poseedor respecto de la cosa, sino la personalidad humana que se desarrolla a través de ella. La posesión de las cosas es una condición del desarrollo de la personalidad humana, por lo cual el verdadero significado jurídico de la tutela posesoria consiste en vedar que se perturbe arbitrariamente dicho desarrollo (8).

Por último, está la teoría de la continuidad o del mantenimiento del statu quo expuesta por Phillip Heck. La protección radica en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad. La continuidad es un bien por sí mismo con independencia de que exista o no derecho. El poseedor sin derecho terminará cediendo ante el propietario, pero habrá de hacerlo por las vías procedimientos jurídicos sin que la continuidad se rompa, porque la ruptura de la continuidad es siempre un daño a un interés vital. Hasta que la existencia de un mejor derecho sea establecido judicialmente, el statu quo debe mantenerse y el estado posesorio ser respetado sin modificación.

Si alguien no respeta el estado posesorio, debe restablecer dicho estado (9).

Luego de vistas algunas de las tantas teorías que sobre el fundamento de la protección posesoria se han elaborado, es evidente que no hay una posición pacíficamente aceptada. Al contrario, la diversidad es muy amplia, lo que indica la dificultad de este tema al explicarlo doctrinariamente. Sin pretender tomar partido por una u otra, labor ociosa, sí es bueno indicar que se persigue ante todo el evitar que la paz jurídica, o la continuidad si se quiere, sea perturbada. La frase *"no tomarse la justicia por propia mano"*, aplicable también a otros campos del Derecho, resulta en este caso precisa. Si se permite que cada individuo por sí y ante sí actúe sin la intercesión de un poder autorizado, por la comunidad social, nos dirigiríamos inmediatamente, a un caos, situación contraria a la que pretende el Derecho. Si bien se protegerá muchas veces al que no merece tal tutela, no es sino un mal menor en comparación con un estado de anarquía. Además, tal protección, como se sabe, es provisional, es decir, mientras se comprueba en el proceso correspondiente su derecho a la posesión. En definitiva, el que una autoridad suprapartes decida

(5) Citado por DE DIEGO LORA, Carmelo. *La Posesión y los Procesos Posesorios*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1962, Vol. 1, p. 136.

(6) ESPIN, Diego. *Manual De Derecho Civil Español*. Edit. revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, v. II, p. 29.

(7) ALESSANDRI, *Op. Cit.* p. 437.

(8) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* P. 69.

(9) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* p. 70.

a quién corresponde el derecho de poseer, es la vía más indicada para eludir la perturbación de la paz jurídica en una sociedad moderna y lo que da suficiente basamento a la protección interdictal.

II. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS INTERDICTOS

Según Guillermo Cabanellas (10) la palabra interdicto significó primitivamente el decreto o mandato que mediante cierta fórmula propiciaba el pretor, para que uno de los litigantes tuviera interinamente la posesión de la cosa litigiosa y evitar conflictos hasta juzgar con mayor conocimiento y más pruebas acerca del derecho de posesión o del de propiedad. Unos derivan el vocablo del tipo de sentencia o providencia que se dictaba, *sententia interin dicta*. Otros afirman que proviene del verbo latino *interdicere*, prohibir o vedar, por la prohibición que todos ellos contenían de no perturbar al poseedor interino.

Para Justiniano la etimología se encuentra en la locución *quia inter duos dicitur* (porque es dicho entre dos).

Los interdictos posesorios romanos, en la época clásica, se dividieron en cuatro categorías: 1. los interdictos *adispiscendae possessionis*. (Estaban destinados a hacer adquirir la posesión de la cosa que aún no se hubiese poseído). -el *quorum bonorum*, el salviano, *quod legatotum* y el *possessorium*). 2) Los interdictos *recuperandae possessionis*. 3) Los interdictos *retinendae possessionis* y 4) Los interdictos *tam adispiscendae quam recuperandae possessionis*.

Los interdictos *recuperandae possessionis* se utilizaron en favor de aquellos que habían sido despojados de su posesión para que se les reintegrara. Para Petit (11) estos interdictos debió crearlos el pretor con ocasión del *ager publicus*. Cuando las leyes agrarias limitaron la extensión de las tierras que podía ocupar cada ciudadano, aumentando con ello el número de poseedores, las rivalidades y codicias, llegaron con frecuencia desposesiones violentas o clandestinas. Por otra parte, cuando se relajaron los lazos de la clientela, las patronos que querían recuperar sus tierras, concedidas a título precario, chocaron frecuentemente con la resistencia de los clientes ingratos. Como no procedía la *rei vindicatio*, pues faltaba la cualidad de propietario, y con objeto de prevenir las turbulencias, el pretor hizo uso de su autoridad para ordenar la restitución. Más tarde se ampliaría a las cosas cuyos propietarios eran los particulares.

En el Derecho clásico fueron dos las clases de interdictos para recuperar la posesión: el *interdictum de vi* y el *interdictum de vi armata*. El primero no se podía intentar luego de transcurrido un año, a partir del hecho que lo motivaba. Se daba a favor del que había sido expulsado de un fundo o impedido de entrar en él por cualquier forma de violencia que no fuese la específicamente indicada por el otro interdicto, y siempre que estuviera, cuando la violencia tuvo lugar, poseyendo *nec vi*, *nec clam* y *nec precario* respecto del adversario. Con él se obtenían la reintegración en la posesión y la indemnización de perjuicios.

El interdicto *de vi armata* se daba cuando el despojo de la posesión hubiese sido ejecutado por un grupo de hombres armados. No tenía el límite del año y prosperaba aunque se tratara de una *possessio vitiosa* (12).

Los interdictos *retinendae possessionis* defendían la posesión en caso de perturbación o molestia causada al poseedor, o también en caso de que se temiera la perturbación o molestia.

Eran dos: el *uti possidetis* y el *utrubi*. Con el primero el poseedor mantenía su posesión actual, a condición de que ésta no fuera viciosa respecto a su adversario. Estaba destinado a la verdadera *possessio*, relativa a los fundos. El vencedor conseguía la cesación de las perturbaciones y la reparación de los daños sufridos.

(10) CARBANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Edit. Heliasta SRL., Buenos Aires, T. II, 1976, p. 408.

(11) PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Edit. Albatroz, Buenos Aires, 1970, p.929.

(12) ARIAS RAMOS, J., *Op. Cit.* p. 283.

El interdicto *utrubi* estaba modelado respecto a los esclavos, pero fue extendido a todas las cosas muebles. Considerando que las cosas muebles por eventualidades naturales, o por huida en cuanto a los esclavos y animales, pasaban fácilmente de una mano a otra, la victoria era atribuible no al poseedor actual, sino a aquel que había poseído por más tiempo en el año anterior al interdicto, *nec vi, nec clam, nec precario* con respecto al adversario (13).

Respecto a los interdictos *retinendae possessionis*, no existía ya en el Derecho justiniano la diferencia entre el *uti possidetis* y el *utrubi*; ambos se dictaban en favor de quien estaba poseyendo cuando el interdicto tenía lugar. Por lo que respecta a los *recuperandae possessionis* la dualidad de interdictos desapareció. Existía uno solo, para cualquier tipo de violencia, denominado *interdicto unde vi* (14).

Sería en el derecho canónico cuando se daría la aparición de dos nuevas instituciones:

1. la *condictio ex canone reintegrandae*, que se acordaba para el mero tenedor despojado de la cosa mueble e inmueble.
2. el *sumarissimum possessorium*, que era una medida policial destinada a mantener el orden mientras se substanció el juicio plenario de posesión. Más tarde este procedimiento se generalizó, pasando a ser la regla en el derecho alemán, italiano y francés, apartándose de la tradición romana (15).

Brevemente quedan expuestos los principales precedentes históricos del tema que analizamos.

III. ANALISIS DE LOS INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

A. IDEAS GENERALES:

Los interdictos, o, como también se les llama, las acciones posesorias, concretizan en el derecho positivo la protección que un ordenamiento jurídico otorga a la posesión; constituyen medios adecuados y eficaces que tienden a satisfacer la imperiosa necesidad de que esa situación de hecho llamada posesión sea convenientemente tutelada. Con la acción posesoria se faculta al poseedor de una cosa para solicitar a la autoridad competente le sea reconocida la posesión, ora restituyéndosela, ora manteniéndolo en ella sin perturbaciones.

Tal protección posesoria, y con esto recordamos algunas ideas de la teoría de la paz jurídica, se apoya en que la Ley no debe permitir que la situación posesoria sea atacada, ni siquiera por quien persigue un fin justo en sí (como el de hacerse con una posesión que le corresponde) y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor. "*El Ordenamiento Jurídico que rijá cualquier comunidad que aspire a sobrevivir y que esté medianamente organizada, lo primero que ha de prohibir es que nadie se tome la justicia por su mano*" (16).

Y esta prohibición que está directamente dirigida al perturbador o al despojante, según sea el caso, afecta de manera parecida al poseedor, pues aunque como lo señala el artículo 305 del Código Civil: "*El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza...*", tal rechazo por la fuerza se limita a situaciones en que concurren los requisitos de defensa legítima, con lo que una vez realizado el despojo o concluido el acto perturbador no puede el poseedor lesionado sino recurrir al amparo

(13) BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, p. 365.

(14) ARIAS RAMOS, J. *Op. cit.* pp. 283-284.

(15) ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, T. II, 1943, p. 448.

(16) ALBALADEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Derecho de Bienes, Librería Bosch, Barcelona, T. II, 1975, p. 42.

judicial, pero no tratar de restablecer el statu quo ante por su propia mano. Se trata de una facultad que *"constituye un recurso excepcional a que es lícito apelar en situaciones extraordinarias únicamente, cuando de no obrar con energía y prontitud sobrevendrían daños inmediatos..."* (17). La necesidad racional y urgente del medio empleado para impedir la agresión constituye un requisito indispensable en esta *"extensión del derecho de legítima defensa personal"* (18).

Las acciones posesorias vienen a constituir, de este modo, una vía jurídica y civilizada para dirimir las cuestiones relativas a la posesión y su tutela, proscribiendo la ejecución personal y arbitraria de lo que se supone, individualmente, se tiene derecho; al participar una autoridad suprapartes que legitime la petición subjetiva se evita el desencadenamiento de una serie de hechos violentos que atentan contra el orden y la seguridad de la comunidad jurídica.

Los interdictos encuentran su fundamento sustancial en el Código Civil y se encuentran regulados procesalmente en nuestro Código de Procedimientos Civiles. Como otra gran cantidad de disposiciones de este Código, por no decir todas, los referentes a los interdictos son casi los mismos, salvo diferente nomenclatura, a las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que tiene como antecedentes las Siete Partidas, la Recopilación Castellana y la Novísima Recopilación.

Consisten en juicios sumarísimos por su tramitación abreviada, ya que deciden interinamente sobre la posesión actual y momentánea, sin perjuicio del derecho de los interesados y por su limitada cognición. Su inmediata finalidad jurídica es la protección del hecho de la posesión con esas características, actual y del momento, pues *"de no ser así no se habría establecido de modo tan preciso como lo hacen esos artículos, que en tales juicios basta que la prueba se contraiga al mero hecho de poseer"* (19).

Existe un trámite en esta clase de juicios que le da cierta característica especial pues acelera el proceso: el juicio verbal. Es el único procedimiento en los juicios de mayor cuantía que obliga a la celebración de este acto procesal. Debe celebrarse necesariamente en el propio terreno objeto de la discusión y en la audiencia que se efectúa, las partes pueden hacer gestiones en forma oral —contestar la demanda y ofrecer pruebas, tanto testimoniales como periciales— e incluso, exigirse recíprocamente confesión. Las pruebas, sólo por falta de tiempo, podrían evacuarse fuera de la comparecencia haciéndole el Juez un señalamiento próximo; y en caso de que no comparezcan las partes al acto oral el Juez resuelve sin otro trámite el interdicto (Arts. 656-657-658 CPC).

Para exigir la protección posesoria deben presentarse estos tres presupuestos:

- 1) El actor debe demostrar la posesión o tenencia de la cosa. No se exige un derecho de propiedad sin que esto signifique que el propietario poseedor pueda hacer uso de ellos. Por otra parte, y como salvedad a lo dicho, cuando se trata de servidumbres continuas no aparentes o sobre las discontinuas, el actor debe probar que tiene derecho en virtud de título derivado de quien como propietario del fundo sirviente pudo concedérselo (Art. 662 CPC).
- 2) El demandante debe demostrar los hechos perturbadores o el despojo, así como la persona autora de ellos.
- 3) Que los hechos ocurrieran dentro de los tres meses anteriores a la demanda, pues se trata de un plazo de caducidad.

El que se produzca la caducidad de la acción posesoria no impide que el actor pueda acudir a la vía declarativa para lograr el restablecimiento de sus derechos, puede utilizar acciones negatorias o reivindicatorias.

Por otra parte, la Ley determina que estas acciones de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva y que por ello no se admite discusión sobre ellas, sin embargo, esto *"no implica una prohibición de que se presenten, junto con las pruebas referidas a*

(17) BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juricentro, S.A., 1981, p. 61.

(18) *Ibid*, p. 62.

(19) Casación. *Gayle Whiter vs. Scott Purves*. de las 4:21 p.m., 13 febrero 1917, I Sem., p. 109. También Tribunal Sup. Civil No. 34, 14:50 hrs., 28 marzo 1967.

la posesión, escrituras demostrativas del derecho de propiedad y en muchos casos esto es aconsejable”(20).

Legitimación activa:

No sólo es poseedor el que posee a título de dueño, para quien la posesión es el signo exterior de un derecho dominical, sino todo poseedor pues sólo importa el corpus y por consiguiente el simple ocupante o tenedor actual puede hacerla valer en juicio (arrendatario, comodatario, prendario, depositario, usufructuario, usuario) (21).

Legitimación pasiva:

En la demanda que inicia el procedimiento ha de indicarse si el conato de perturbación o el despojo se ejecutaron por la persona contra quien se dirige la acción, es decir “...necesariamente tiene que dirigirse contra quien, haya lesionado o intente lesionar los derechos de quien demanda”(22), o también contra aquél que hubiere actuado ordenando el acto, con lo que se distingue entre el autor material y el que se puede denominar autor por inducción (23).

Caso de inevitable comentario a esta parte es el de si se configura la legitimación activa del arrendatario. Se ha dudado de tal posibilidad, especialmente por los autores franceses, fundándose en que el arrendamiento no es un derecho real, sino nada más que un derecho personal de goce; y en que el arrendatario cuando se le inquieta en la posesión, puede y debe dirigirse al propietario para que haga cesar las perturbaciones (24).

La doctrina italiana, por su parte, se muestra favorable a la actuación interdictal del arrendatario contra el arrendador, sin implicar el vínculo existente entre arrendador y arrendatario. Se invocan dos razones fundamentales:

- 1) Que entre arrendador y arrendatario existe una relación obligatoria por la que se encuentran determinados los derechos y obligaciones respectivos de ambas partes.
- 2) Que siendo el interdicto un juicio especial en el que no deben plantearse cuestiones de derecho, el examen de la relación contractual arrendaticia, o de las situaciones de ellas derivadas conducirían a ese inhábil planteamiento (25).

En Costa Rica tal posibilidad se origina en los artículos 305-307-317-1136 del Código Civil, 654-660 y 661 del Código de Procedimientos Civiles. Además, los Tribunales así lo han entendido.

“El arrendatario, para disfrutar del derecho de gozar del inmueble a él arrendado, tiene la posesión material del inmueble y entonces como cualquier poseedor tiene derecho a establecer el interdicto que requiera el amparo o la restitución de esa posesión y aún cuando los actos perturbadores o privadores de su posesión provengan del propietario o arrendante que los realiza en relación a otro inmueble colindante también de su propiedad; el inquilino puede establecer contra aquél el interdicto pues no se hacen distingos privando al locatario del ejercicio de esas acciones posesorias contra su locador y no es lícito distinguir donde la

-
- (20) SANABRIA CASTRO Wilson. *Doctrina y Jurisprudencia Sobre los Interdictos*. Tesis, Facultad de Derecho, UCR, 1970, p. 27.
 - (21) PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, v. II, p. 100.
 - (22) Casación. *González Lehmann vs. Gutiérrez Rojas*. 7 abril 1933, p. 331.
 - (23) DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, V. II, Primera Parte, 1955, p. 305.
 - (24) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 65.
 - (25) DE LOS MOZOS, José Luis. *Tutela Interdictal de la Posesión*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 193.

ley no distingue”.

(Tribunal Sup. Civil No.441 de las 16:40 hrs. 28 julio 1967).

Asimismo, no le quita ese derecho de accionar la circunstancia de que, cuando se le inquie- ta en la posesión, el arrendatario pueda dirigirse al arrendante para que haga cesar las perturba- ciones, porque esto *“hay que entenderlo como una facultad de su parte, o sea que se trata de una garantía más para el arrendatario, que no se va en menoscabo de su acción contra el tercero”*. Porque puede ocurrir que el tercero Inquietante esté en colusión con el arrendante, y que por tal motivo éste no haga la defensa de la posesión del inquilino; o también que la perturbación venga directamente del arrendante, y entonces a él no podría acudir el inquilino para que lo pro- teja(26).

Con esto queda claro que el arrendatario se encuentra legitimado para Interponer una acción interdictal contra su arrendante.

En la otra cara de la moneda se ha afirmado que no puede negarse que *“efectivamente el arrendador se halla amparado por la tutela interdictal frente al arrendatario”*.

Así lo afirma De los Mozos (27) y aclara:

“Una cosa es que el arrendador no pueda usar el interdicto por falta de pago de las pensio- nes o por la terminación del plazo contractual, o de sus prórrogas, por ejemplo, en vez de acudir al procedimiento de desahucio; y otra, bien distinta, que pueda defender su posesión, no sólo contra la perturbación de un tercero que obre por su propia cuenta, o con la tole- rancia y consentimiento del propio arrendatario, sino contra éste, en todas aquellas relacio- nes de hecho que no deriven del contrato”.

Pareciera tener razón este autor en cuanto a que esa posibilidad se limitaría a aquellas situa- ciones fuera de la relación obligatoria derivada del arrendamiento, pero tales situaciones serían pocas y de mínima importancia.

Objeto de los interdictos:

Lo que se busca proteger no es la propiedad sino la detentación o posesión de las cosas o de cualquier derecho real poseíble. Así lo dispone la Ley procesal: *“Los interdictos sólo pro- cedan respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva”* (Art. 653). La expresión bienes raíces hace referencia también a los dere- chos reales poseíbles, pues no se restringe a los bienes inmuebles, aunque regularmente se utilicen como sinónimos.

Dentro de los derechos reales poseíbles se encuentran las servidumbres que también pueden ser objeto de protección interdictal. Como lo dice la resolución de la Sala Segunda Civil (No. 23, 9 hrs., 10 enero, 1965):

“La jurisprudencia nacional ha mantenido el criterio de que se puede defender el uso de la servidumbre por medio de un interdicto de amparo de la posesión”.

Sin embargo, se presenta un especial problema con las servidumbres continuas no aparentes o discontinuas. Según el artículo 308 del Código Civil, tratándose de estos dos tipos de servi- dumbres el demandante debe fundarse en título que provenga del propietario del fundo sir- viente, o de aquellos de quienes éste lo hubo. Idea semejante recogió el artículo 662 del Código de Procedimientos Civiles.

Se habla de servidumbres continuas no aparentes de aquellas cuya existencia no se revela a la simple vista por carecer de obras externas que las indiquen (por ejemplo las de no edificar más alto y la de acueducto subterráneo). Y de servidumbres discontinuas de aquellas que necesi- tan para ejercerse actos sucesivos del dueño del fundo dominante como lo son la de senda, la

(26) Juzgado Quinto Civil. San José. 16 hrs. 19 noviembre de 1968.

(27) DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* pp 199-200.

de sacar agua, etc. Ambas sólo pueden constituirse por convenio o por última voluntad. Y se exige título hábil, puesto que como no son susceptibles de ser conocidas con facilidad por la persona a quien perjudican, *"más bien conviene considerarlos como actos abusivos del quejoso o que los ejerce por mera tolerancia; que como derechos adquiridos de manera legal, mientras no demuestre lo contrario con título derivado de quien como dueño del fundo sirviente pudo concedérselo (28).*

Por otra parte, se advierte que de no existir el título, tales situaciones de hecho, por no ser demostrables fácilmente, no se consolidan en situaciones de derecho por usucapión (Art. 854 CC). Y como lo conveniente es proteger la situación de hecho cuando corresponda a una situación potencialmente usucapible, tales servidumbres no son tuteladas interdictalmente, con lo que el perturbado o el despojado sin título hábil no puede decirse que hayan sufrido de tales lesiones posesorias.

A pesar la falta de publicidad o de si son equívocas, y de la imposibilidad de adquirirlas por prescripción positiva, algún autor (29) sostiene la tesis contraria apoyándose en la doctrina italiana moderna. Así para él la falta de publicidad no es problema y el que no sean susceptibles de adquirir por prescripción no afecta pues *"esto no tiene nada que ver con la protección interdictal, ya que la usucapión es un efecto que pertenece a otra esfera diferente"* con lo que termina afirmando *"que pueden ser poseídas tales servidumbres y amparadas por la tutela interdictal"*.

No pareciera aplicable esta tesis en nuestro país y los argumentos que se utilizan para negarle la protección posesoria a las servidumbres continuas no aparentes y a las servidumbres discontinuas, parecen ser los más acertados. Solamente demostrando que se tiene aquel derecho real de servidumbre constituido jurídicamente y derivado del dueño del fundo sirviente procede la tutela interdictal.

B. INTERDICTO DE AMPARO DE LA POSESION.

"Al que perturbare o molestar a otro en su posesión, le prevendrá el juez que se abstenga de hacer agravio al poseedor, bajo apercibimiento de que en caso contrario se le aplicarán las penas con que la ley castiga el delito de desobediencia a la autoridad". Así sustancia el Código Civil, en su artículo 309, el derecho a la defensa de la posesión que tiene todo poseedor

cuando es perturbado en ella por actos que le inquietan o que manifiestan la intención de despojarle. Formalmente son los artículos 660 a 663 del CPC los que disponen esta posibilidad.

Consiste en una acción de retención o amparo que utiliza el poseedor que aún conserva la posesión, cuando es perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o de despojarle o que tiene fundados motivos para creer que lo será y se dirige y se requiera al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de realizar tales actos y otros que manifiesten el mismo propósito(30).

Pueden recurrir a él los poseedores de bienes inmuebles o de derechos reales de servidumbre, con las condiciones expresadas líneas atrás, usufructo, uso o habitación. La posesión viciosa no confiere ese derecho si el inquietante fuere el perjudicado por el poseedor, a no ser que éste haya adquirido ya el derecho de poseer, por el transcurso del tiempo necesario. En cuanto a los coproietarios, cualquiera de ellos tiene personalidad para reclamar se le ampare contra un extraño o también contra otro condueño que le inquiete en el uso de su derecho (31).

(28) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* pp 63-109.

(29) DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* pp 232-233.

(30) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* p. 80

(31) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 63.

Son dos los requisitos que se necesitan para poder accionar favorablemente, como lo indica esta resolución de la Sala Segunda Civil (No. 990 de las 10:15 hrs. 11 setiembre. 1959) en que se dijo: *"...se desprende, con toda claridad, como necesaria e ineludible, la obligación, por parte del accionante, de demostrar dos situaciones jurídicas particulares: una, la posesión ejercida por él sobre el inmueble respectivo; otra, la perturbación que, en su derecho, la ha causado la parte accionada"*.

Esa prueba de la posesión se contrae al mero hecho de poseer, o sea la posesión actual o momentánea (Art. 661 CPC) y de otorgarse el interdicto se producen dos efectos: uno primero, mandar mantener al actor en su posesión y el otro, requerir al demandado para que se abstenga de perturbar en lo sucesivo, bajo el apercibimiento de que en caso de proseguir con su actitud puede imponérsele prisión de quince días a un año por desobedecer la orden impartida por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones (Art. 305 Cód. Penal). Asimismo puede condenársele a pagar todas las costas, daños y perjuicios (Art. 663 CPC).

El requerimiento que se hace al demandado para que se abstenga de perturbar no sólo tiene efectos actuales sino también hacia el futuro pues *"si se permitiera, que una vez restituído en su posesión el actor, continuaran los actos de perturbación, y no se le siguiera manteniendo en ella remitiéndolo a las acciones penales, o exigiéndole cada vez que hay una nueva perturbación, el establecimiento de un nuevo interdicto, se desnaturalizaría el fin primordial de la acción interdical"* (32).

ACTOS PERTURBATORIOS.

Interesa principalmente en este interdicto, comprender en qué consisten propiamente esos actos que perturban o tienden a inquietar, pues es necesario su adecuada comprensión para que se utilice correctamente.

Por ello nos dedicaremos en esta sección a tratar de entender a qué se pueden llamar actos perturbatorios.

Se ha definido la perturbación como todo embarazo, tropiezo o intento de usurpación que afecta el normal desarrollo del fenómeno posesorio como consecuencia o resultado de cualquier acto que, sin producir en el poseedor la privación de su posesión, sí la inquieta; y esto, ya se trate de actos actuales e inminentes con los cuales se exteriorice un propósito de perturbación, es decir, actos ya realizados; o actos o hechos que constituyen serio peligro o amenaza de perturbación, inquietamiento o embarazo de la posesión (33).

Este interdicto procede no sólo cuando se han realizado actos de perturbación, sino también cuando simplemente existe la amenaza o el temor de que se produzcan, es decir, lo mismo cuando han mediado actos materiales (*"vías de hecho"*) que cuando se trata de meras palabras (*turbatio verbis*). Y tales actos materiales o las palabras deben revelar la intención de perturbar, inquietar o despojar, por lo que se requiere, pues, el elemento intencional (34).

Eduardo Pallares (35) señala tres caracteres que configuran esos actos perturbatorios:

- a) Consisten en actos y no en meras intenciones o deseos. Mientras éstos no se materialicen o hagan efectivos en determinadas acciones, no existe la perturbación.
- b) Esos actos deben tender de un modo directo a realizar el despojo. En ellos debe estar manifiesta la intención de quien los realiza, de despojar al poseedor, sin lograrlo.
- c) Esos actos han de tender a una usurpación que se lleve a cabo por medio de la coacción moral o material para despojar al poseedor.

(32) Tribunal Superior Civil, Alajuela. No. 651, 10:25 hrs., 19 junio, 1962.

(33) BARRAGAN, Alfonso M. *Derechos Reales*. Edit. Temis, Bogotá, 1971. pp 343-344

(34) PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Op. Cit.* p. 103.

(35) PALLARES, Eduardo. *Tratado de los Interdictos*. Sin datar. p. 104.

Como ejemplos de actos materiales de perturbación pueden citarse: destrucción de cercas o alambrados de la propiedad, extracción de pedregullo, introducción de maquinaria para demoler un edificio, utilización de un pozo de agua, obstrucción de una servidumbre de acueducto (36).

Puede presentarse bajo estos aspectos:

- a) El perturbador opera directamente sobre la cosa poseída; ejecuta actos perturbadores directamente sobre ella.
- b) El perturbador tolera los actos de un tercero que inquietan la posesión de la cosa, siendo así que aquél podría y debiera impedirlos.
- c) El perturbador, sin operar directamente sobre la cosa poseída, inquieta por actos suyos, aún ejecutados en su propio terreno, el normal desarrollo del fenómeno posesorio (37).

Con estas ideas podemos analizar lo que estipula nuestro Código de Procedimientos Civiles al respecto. Según éste, la procedencia de esta acción posesoria se da cuando el poseedor o tenedor de la cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo (Art. 660 CPC). Se nota que los actos pueden estar efectuados o a punto de realizarse, y se encuentran dirigidos por un elemento: la intención de despojo. Por supuesto, no se excluyen de esos actos los no materiales, es decir, las perturbaciones verbales, pero éstas deben estar dirigidas directamente a señalar el deseo de despojar.

El mismo artículo define la intención de despojo: *"siempre que el responsable de los hechos que se denuncian haya conocido o debido conocer sus consecuencias lesivas del derecho ajeno"*. Se atrae la intención al conocimiento de la lesión posesoria, o aún más: conocimiento que debió tener de las posibles consecuencias perturbadoras de su acto.

Cabe señalar, por otra parte, que esa intención debe entenderse como una significación objetiva del acto y no como la intención subjetiva de lesionar, lo que es lo mismo, sólo se entiende que hay intención de despojo cuando de alguna manera se exterioriza tal intención, y no es suficiente lo que el perturbador simplemente pensó o deseó. Esto se observaría, por ejemplo, en aquella situación en donde al levantar una parte de la edificación propia se hace en terreno colindante, ignorando que se invade la posesión ajena, el afectado puede interponer el interdicto de amparo aunque el constructor actuara de buena fe, pues lo que interesa es aquella intención de despojo en su significado objetivo.

C. INTERDICTO DE RESTITUCION

Una de las facultades que se concede al poseedor, de cualquier clase que sea, es la de reclamar la posesión de que ha sido indebidamente privado, reclamo que debe hacerse por vía jurisdiccional mientras el actual poseedor expoliente se oponga a restituirla, pues no es permitido que se tome la posesión de una manera violenta ni siquiera por aquel a quien legítimamente le pertenece. Debe probar aquella privación ilegal y el hecho de la posesión (Arts. 317-318 CC).

Se dirige pues este interdicto a reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, de la cual otro le ha despojado violenta o clandestinamente (38). Esta acción es independiente de los derechos que el despojado y el despojante puedan tener sobre la cosa, ya que lo que sobre ella se resuelva en nada afecta la propiedad o el mejor derecho de poseer.

A este interdicto se le reconoce singular importancia para el orden público y para la protección de los derechos privados, por otorgarse con el fin de restablecer el orden de las cosas, altera-

(36) ALSINA, Hugó. *Op. Cit.* p. 470.

(37) BARRAGAN, Alfonso. *Op. Cit.* p.344.

(38) CABANELLAS, Guillermo. *Op. Cit.*, p.410.

do mediante un despojo, pues son antecedentes obligados de él un poseedor que no consiente en ser desposeído y un reclamante que de hecho, violenta o clandestinamente, y no sirviéndose de la intervención judicial, ha procedido a vencer la inconformidad del poseedor del momento; con lo que la vía interdictal existe para contrarrestar sin dilación los efectos de esos procedimientos, como remedio legal, pronto y único para volver a las personas a la situación que tenían antes de las vías de hecho (39).

Se han señalado los elementos característicos del interdicto de restitución:

- a) Privación injusta de la posesión, lo cual significa que debe haberse consumado por medios ilícitos, sin mediar orden judicial impartida conforme a los procedimientos consagrados;
- b) Se busca una doble finalidad: de un lado, se persigue la restitución de la cosa, por lo cual las cosas deberían volver al estado anterior al despojo; y de otro lado, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al expoliado por quien fue autor del despojo (40).

Está legitimado para accionar toda clase de poseedor y puede dirigirse tanto contra el despojante como contra el tercero que tenga en su poder la cosa sobre que versa la demanda.

La prueba de posesión, como en el interdicto anterior, se contrae al mero hecho de poseer, o sea a la posesión actual o del momento. Y en caso de otorgarse, el Juez ordena que inmediatamente se reponga al actor en la posesión y condena al demandado en las costas, daños y perjuicios (Arts. 661-665-666-CPC).

Brenes Córdoba señala que cuando el demandado por despojo alegare a su vez que su contrario, con anterioridad (pero sin que hubiere transcurrido un año), le había privado de la posesión indebidamente, el caso se resuelve en favor del que haya durado más tiempo en la tenencia de la cosa; ahora bien si las posesiones son de igual duración, del que tenga título de mejor calidad; y si los títulos son de la misma fuerza, del poseedor actual (41).

ACTOS DE DESPOJO

Se entiende el despojo como una privación consumada de toda posesión, resultado o consecuencia de actos con eficacia suficiente para hacer cesar, en concreto, la situación de hecho en que consiste la posesión, y que termina con la subordinación de la cosa a la persona (42).

Mediante actos materiales el despojante saca de la esfera de poder del poseedor o tenedor aquella cosa sobre la que éste venía ejerciendo libremente su derecho. Se interrumpe la relación de hecho entre el poseedor de la cosa y ésta, por un acto privativo que la traslada a una esfera de poder diferente, la del despojante.

Pueden realizarse de dos modos: violenta o clandestinamente, en el primer caso, expulsando o intimidando al poseedor para que abandone el fundo; en el otro, utilizando toda clase de artificio o engaño, o realizándolo secretamente.

Cuando hay violencia la restitución procede contra cualquier despojante, sin consideración a su mejor derecho de poseer, porque *"en el orden regular de las cosas, nadie está autorizado para hacerse justicia por sí mismo con abuso de fuerza"* (43).

Finalmente, el despojo tiene que serlo ilegítimo, en otras palabras, toda desposesión lícita no puede ser atacada por las acciones posesorias. Véase lo expuesto por la Sala Segunda Civil (No. 1377, 10:25 hrs. 23 diciembre, 1960): *"No puede decirse que existe despojo en los términos que la ley requiere para que la acción interdictal pueda tener cabida, sino que se está en presencia de una desposesión lícita, contra la que acción interdictal no procede. Es en otra vía donde debe la parte actora discutir sus derechos"*.

(39) Casación Gayle Whiter vs. Scott Purves. 4:21 p.m., 13 febrero 1917, I Sem. p. 110.

(40) BARRAGAN, Alfonso. *Op. Cit.* p. 351.

(41) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 66.

(42) BARRAGAN, Alfonso, *Op. Cit.* p. 343.

(43) BRENES CORDOBA, Alfonso. *Op. Cit.* p. 66.

D. INTERDICTO DE REPOSICION DE MOJONES

Todo aquel que posea como dueño tiene el derecho de ~~exigir~~ ^{exigir} a quien los haya movido, que los ponga a su costo y le indemnice los perjuicios que la remoción le haya causado (Art. 296 CC). La idea del deslinde procede del derecho de todo poseedor a separar sus cosas de las ajenas, evitando una confusión nada sana para la comunidad.

Se fundamenta este interdicto, como los dos anteriores, en la prohibición de tomarse la justicia por propia mano. *"...ningún propietario colindante puede, por su sola voluntad, variar la situación de los linderos aunque pretenda tener derecho de propiedad sobre determinada parcela de tierra, sino que debe acudir ala autoridad"* (Casación, *Nation Kenlock vs. Barboza Morales*, 3:10 p.m., 6 diciembre, 1929, II Sem., VII, p. 826).

Esta acción posesoria parece ser una especialización de los dos interdictos que hasta ahora hemos analizado. Interesa apreciar de cuál de ellos. En realidad no se puede decir que se trate de una tercera modalidad de protección posesoria, sino más bien una especialidad.

"El hecho que motiva este interdicto es la remoción de los mojones, acto que constituye una perturbación a la posesión por lo que bastaría con el de Amparo o de Restitución, sin embargo, se ha creado este interdicto especial para el caso en que se presente esta clase de perturbaciones" (44).

Se desprende de la idea de este autor que se trata de una especialidad del interdicto de amparo, ya que se hace referencia a la remoción como si tratara de una perturbación. Sin embargo, la Sala de Casación ha dicho que "el interdicto de reposición de mojones es una modalidad del de restitución, a lo que conduce en el fondo..." (*Nation Kenlock vs. Barboza Morales*, p. 825).

Nos inclinamos, como la Sala de Casación, a pensar que se trata de una modalidad del interdicto de restitución, ya que la alteración de límites que se produce al remover aquellos mojones motiva al perjudicado a dirigirse a la autoridad judicial para que se ordene la restitución de aquellos signos materiales divisorios a su posición anterior. No se trata de mantenerlos en donde están, pues ya no están, al haber sido arrancados del lugar que les corresponde, pueden haber desaparecido o trasladados a un lugar diferente del que les fue asignado. Se pretende por el contrario que se reintegren, no necesariamente los mismos, a su posición anterior. Interesa su existencia no en sí mismos sino en su función de señalamiento, que es lo que persigue la restitución.

Como en los otros interdictos, carece de importancia la apreciación hecha sobre autenticidad y fuerza probatoria de planos y otros documentos que puedan presentar las partes, porque se trata de una cuestión de posesión únicamente.

Tiene lugar propiamente en toda alteración de límites entre herederos, cuando se ha hecho, ya arrancando las vallas y poniéndolas en lugar distinto del que tenían, ya haciéndose una nueva cerca y colocándolas en lugar que no le corresponde (Art. 667 CPC).

Aunque el artículo habla de vallas y cercas, puesto que se trata de mojones, debe entenderse como las señales consistentes en piedras, árboles u otros elementos permanentes que se ponen en las lindes de las heredades para separarlas de manera evidente de las otras propiedades colindantes.

El poseedor perjudicado debe dirigirse contra el beneficiado de la alteración (Art. 668 CPC) pues puede ocurrir, por ejemplo, que el alterador haya sido el nuevo inquilino o el propietario que se constituye en beneficiado de aquel acto de alteración.

Dos requisitos son indispensables para lograr la tutela interdictal: comprobar la alteración de los límites y designar a quien la hizo o la mandó hacer. Logrado esto, el interdicto se dirigirá a la restitución de los límites a costa del que hizo la alteración, así como los daños y perjuicios que hubiere ocasionado. Empero, difiere el trato que se aplica al que hizo la alteración según haya habido buena o mala fe. En el primer caso, probada su evidente buena fe puede eximirse del pago de daños y perjuicios, en el segundo, hasta que el demandado niegue la alteración para que se ordene la restitución a costa de éste así como el pago de los daños y perjuicios (Art. 669 CPC).

(44) RIZO CORRALES, Angela. *Interdictos Posesorios*. Universidad Autónoma de Paraguay, León, Tesis, 1962, 56.

Queda también la posibilidad de que el poseedor perjudicado proceda a la restitución de mojones, cuando así lo sea autorizado, y todo a costa del demandado (Art. 671 CPC).

ALTERACION DE MOJONES

Consisten los actos que dan origen a esta acción, en aquellos que alteran la delimitación que existe mediante mojones entre los fundos colindantes. Se lleva a cabo o arrancando los mojones y poniéndolos en lugar distinto del que tenían, o colocando unos nuevos en el lugar que no les corresponde.

IV DIFERENCIAS BASICAS ENTRE LOS INTERDICTOS ANALIZADOS

A. DIFERENCIAS

Hemos analizado hasta ahora los interdictos posesorios cada uno por aparte. Se pretende en esta sección establecer algunos criterios de distinción entre ellos que permitan su uso adecuadamente. Claro está que se trata de un ejercicio teórico pues en la realidad, al conocerse la situación de hecho es cuando se puede determinar acertadamente el interdicto que proceda. No obstante, algunas ideas al respecto en tanto sean clarificadoras no son de más.

CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA ACCION:

En un interesante trabajo del Dr. Haba, comentando disposiciones correspondientes a la normativa uruguaya, llega a la conclusión que las acciones de amparo y restitución tienen diferente naturaleza jurídica. Es decir, mientras la acción de restitución se configura como una acción real, la acción de amparo es más bien de tipo personal, que nace de una obligación del perturbador de hacer cesar la perturbación.

A continuación exponemos algunos de los argumentos de su trabajo, sin perjuicio de que al final hagamos algún comentario.

Según Haba (45) la acción de restitución es una acción real porque, del mismo modo que la acción reivindicatoria, puede dirigirse contra cualquiera que posea la cosa (incluso si de buena fe). *"Quiere decir que la acción sigue a la cosa y no a la persona, igual que en las acciones reales"*. En cambio, la acción para hacer efectiva la indemnización contra el usurpador o el tercero de mala fe es una acción personal.

La acción de restitución es real ya que por su intermedio se persigue la cosa y no a la persona. El que detenta la cosa es perseguido en razón de ella. Y si la enajena, la acción—por ser real— se dirigirá contra el nuevo detentador lo que significa que la persona del demandado no tiene aquí otra importancia que la de hallarse entre el actor y el objeto de su demanda. El usurpador está obligado a restituir la cosa, pero no porque aquél sea parte de la relación jurídica entre el poseedor y la cosa. Al formarse esta relación el usurpador a nada estaba obligado: no existía obligación alguna frente al derecho real que tenía el poseedor; la obligación de entregar la cosa nació después del derecho real a causa de la violación de éste; al obligarse al usurpador a restituir la cosa se repone el derecho en su verdadero estado. La obligación del condenado es un efecto de su propio hecho y no del derecho que ha violado. Se le condena precisamente, por ser enteramente extraño a la relación jurídica en cuya virtud se reclama la cosa: se le condena como violador del derecho ajeno.

En cambio, la acción de amparo no es real porque no se dirige más que contra el perturba-

(45) HABA, Pedro E. *Naturaleza Jurídica de las Acciones Posesorias*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 34, San José, Enero-Abril, 1978, pp. 213-214.

dor: o sea, que sigue sólo a una persona determinada, que es el sujeto legitimado pasivamente⁽⁴⁶⁾

Dicha acción no sigue a ninguna cosa, sino a una persona. No puede seguir a ninguna cosa del perturbador porque para perturbar no es necesario poseer otra cosa diferente de aquella en que se ejercita el acto de perturbación. Ni la cosa seguida puede ser aquella cuya posesión se perturba; porque aún cuando la acción se refiere a dicha cosa, no se da contra ésta ni contra quien la posee, sino en favor de ésta o de su poseedor.

En la acción de amparo, el perturbador es demandado no porque sea poseedor de alguna cosa, sino justamente porque no lo es respecto de aquella en que ha ejecutado los actos de perturbación. No puede decirse que la acción de conservar sea real por el solo hecho de que pueda ejercerla cualquiera que suceda en la posesión al perturbado; por ejemplo, el cesionario de un derecho real puede, lo mismo que su cedente, demandar a la persona obligada. Es demasiado absoluta la afirmación de que siendo la posesión un derecho real, las acciones que emanan de ella no pueden ser sino de idéntico carácter. Por ejemplo: la acción de indemnización es personal, aunque también ella nace de la posesión, como también los daños que se ejecutan contra la propiedad dan lugar a acciones personales contra quienes los hayan causado. Cuando la perturbación es producida por la posesión de otra finca diferente de aquella cuya posesión se menoscaba (cuando la perturbación es ocasionada por otra posesión), entonces sí la acción es real, por ejemplo: si se plantan árboles cuyas ramas invadan la posesión del fundo vecino.

Por nuestra parte, entendemos que el tener estas acciones por origen un derecho real no significa que ellas mismas sean reales, los ejemplos del autor son suficientes al respecto. En nuestro Derecho, tanto del despojo como de la perturbación y de la misma alteración de mojones, hechos que lesionan el derecho posesorio, surgen acciones de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, salvo del alterador que, como ya vimos, proceda de buena fe, pero lo contrario es la regla.

El interdicto de restitución se dirige a que se ordene "que inmediatamente se reponga al demandante en la posesión", es decir, se devuelva al despojado la cosa que le pertenece, de igual manera, el interdicto de reposición de mojones a que se restituya aquellos a su posición anterior. Entonces pareciera que la relación jurídica es entre el despojado y la cosa, y el despojante o el actual poseedor interesan en el tanto en que tengan ilegítimamente aquella cosa y no por sí mismos, por lo que estaríamos de acuerdo en que se trata de acciones reales.

En el caso del interdicto de amparo lo que se persigue es mantener al poseedor en su posesión y requerir al demandado "*para que en lo sucesivo se abstenga de perturbar*". Si bien se trata de proteger la cosa, no es con ella el problema, directamente. El sujeto que comete los actos perturbatorios tiene que cesar de efectuarlos, pues se mantiene al afectado en su posesión, lo que indica que la relación jurídica que se establece es entre el afectado y el perturbador, uno se mantiene en su situación de hecho y al otro se le impide seguir efectuando aquellos actos que hasta ahora viene realizando; de lo que se sigue: sólo procede la demanda contra aquél que perturba, es decir, persona determinada. Según estas ideas, nos encontraríamos frente a una acción personal por lo que aceptamos la tesis de Haba y la indicamos como un criterio diferenciador por lo menos en lo que se refiere a las acciones posesorias de amparo y de restitución.

CRITERIO DE LA LESIÓN POSESORIA

La lesión posesoria es el hecho que provoca el nacimiento de la acción interdictal, la cual trata de restablecer la paz jurídica, o sea, la situación posesoria preexistente que ha sido alterada. Tal alteración puede provenir de hechos que se manifiestan de diferente manera, y en esto creemos que radica una clara distinción entre los interdictos que hemos analizado: se diferencian por la naturaleza de la lesión posesoria a que se oponen.

Con este fin nos hemos propuesto en el transcurso del trabajo concretar en qué consisten propiamente los actos perturbatorios, los actos de despojo y la alteración de mojones. Según estamos frente a algunos de ellos sabremos qué acción posesoria utilizar para la defensa de la pose-

(46) HABA, Pedro E. *Op. Cit.* p. 215.

sión.

Dijimos más atrás que los actos perturbatorios consistían en aquellos que tendían directamente al despojo, pues se manifestaba en quien los ejecutaba una intención de despojar al poseedor. Los actos de despojo se referían a actos materiales, realizados violenta o clandestinamente, que privaban consumadamente al poseedor de la cosa; sacaban de su esfera de poder la cosa sobre la que venía ejerciendo libremente la posesión. Y la alteración de mojones se producía por actos que alteraban la delimitación entre los fondos colindantes, arrancando, cambiando de lugar o colocando nuevos mojones en el lugar que no les correspondía perjudicando al poseedor.

Podemos entonces señalar que procede el interdicto de amparo cuando los actos perturbatorios, por serlo, no realizan el despojo, y el de restitución, cuando la privación se consuma. *"Sería un contrasentido utilizar el interdicto de recobrar por quien sea perturbado o inquietado en la posesión y el de retener por quien haya sido despojado de ella"* (47).

"El interdicto de amparo de posesión nace de actos de un tercero que manifiestan la intención de inquietar y despojar al poseedor...mientras que el interdicto de restitución no se trata de actos meramente amenazantes, sino de un despojo consumado por la propia autoridad del despojante..." (48).

Entonces la lesión posesoria que perturba no implica despojo, pues éste equivale a un acto consumado, y sí actos que más bien amenazan de despojar. Producido el despojo hay otra lesión posesoria y procede otro interdicto: el de restitución.

Ahora bien, cuando lo despojado no es cualquier cosa sino aquellos signos materiales que delimitan un fundo y se actúa con la intención de variar esos límites estamos en presencia de una alteración de mojones y procede el correspondiente interdicto. Se lesiona mediatamente a la posesión alterando sus límites.

B EL ARTICULO 664 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

A pesar de los criterios diferenciadores que ya señalamos en la práctica se presentan dificultades para determinar cuándo ha habido perturbación, cuándo despojo, cuándo alteración de mojones, por ello *"las legislaciones en unos casos, como la nuestra, en la jurisprudencia en otros ordenamientos, cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo o simple perturbación de la posesión, y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro o todos a la vez, el Juez en vista de la situación de hecho que resulta de las probanzas, declarará con lugar el que proceda, según haya habido despojo o simple perturbación"* (49).

Esta posibilidad se presenta gracias al artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles:

Art. 664... "cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo, simple perturbación de la posesión, o alteración de mojones, y si hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, el Juez, con vista en la situación de hecho que resulte de las probanzas, declarará con lugar el que proceda, según que haya habido despojo, simple perturbación o alteración de mojones".

Se faculta al Juez para que quiebre el principio de la congruencia de la sentencia, al conceder algo que no se ha pedido en la demanda, pues el Juez puede, por esta norma particular, acoger el interdicto que proceda cuando se dan dos situaciones: cuando se establecen equivocadamente unos por otros o cuando se establecen todos a la vez. En el primer caso la labor del Juez consiste, con vista en la situación de hecho en establecer cuál es el correcto, aunque éste no hubiera sido incoado; en el segundo, escoger de los solicitados el que mejor proceda.

(47) *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comentada por Rives y Martí. Hijos de Reus, editores. Madrid, 1912, T. II, p. 294, No.1.

(48) Casación. *Gayle Whiter vs. Scott Purves*. 13 febrero 1917, p. 111.

(49) Tribunal Sup. Civil. Alajuela. No.651, 10: 25 hrs. 19 junio, 1962.

Se ha justificado esta norma por la finalidad común de estos interdictos dirigida a la protección de la posesión actual y momentánea (50).

Otra resolución judicial la justifica siguiendo unas ideas de Guasp en el sentido de que la unidad procedimental de los interdictos no es más que el reflejo de una verdadera unidad material o sustantiva que entre ellos existe; la defensa de una posesión es sustancialmente idéntica, ya se dirija contra un mero perturbador o contra un verdadero despojante (51).

Según Guasp: *"La consecuencia más importante que se desprende del criterio de la unidad de interdictos en nuestro derecho positivo consiste en su carácter perfectamente intercambiable, por así decirlo y en la posibilidad de que indiferentemente unas mismas circunstancias den lugar a uno u otro"* (52).

Por nuestra parte, creemos que esa posibilidad de que en caso de duda, la acción posesoria utilizada no sea la correcta y pueda el Juez, si estima que se dan los hechos de otra, fallar sobre ésta; o asimismo, que se admita la posibilidad de un ejercicio acumulado de las acciones, corresponde a facilitar la actuación de la tutela interdictal.

Realmente la defensa de la posesión en todos los interdictos es sustancialmente idéntica, varía el tipo de protección según varía la lesión posesoria, pero no estamos de acuerdo en que se hable de ellos como de carácter *"perfectamente intercambiable"*, pues cada uno se opone a un diferente acto lesionante de esa situación de hecho que es la posesión. Si en la práctica resulta difícil entablar de buenas a primeras el interdicto correcto y es necesaria una actuación jurisdiccional para fijarlo, con vista en los hechos, esto no significa, en ningún momento, de que se trate de cosas semejantes: los tres difieren en los actos lesionantes que les dan origen así como en las consecuencias que llevan consigo. Quizá una mayor elaboración doctrinal en este campo vuelva, en un futuro, totalmente obsoleto el artículo 664 de la ley procesal civil costarricense.

CONCLUSIONES

Puntualizamos aquí nuestras conclusiones:

- a) Aunque se han elaborado múltiples teorías acerca de cuál es el fundamento de la protección posesoria, creemos que, en el fondo, lo que se busca es evitar perturbaciones a la paz jurídica, que nadie se haga justicia por su propia mano, sino más bien se recurra a una autoridad judicial, colocada suprapartes, para que decida en definitiva a quien se le concede la razón de lo que pretende.
- b) Los interdictos posesorios romanos son los antecedentes históricos mediantes de los modernos. Los llamados *condictio ex canone reitengrandae* y el *sumarissimum possessorium*, del derecho canónico, los inmediatos precedentes, pues pasan a ser la regla en el derecho alemán, italiano y francés.
- c) Los interdictos concretizan, en el derecho positivo, la protección que un ordenamiento jurídico otorga a la posesión; constituyen medios adecuados y eficaces que tienden a satisfacer la imperiosa necesidad de que esa situación de hecho llamada posesión sea convenientemente tutelada.
- d) Aunque en una primera fase el poseedor está autorizado para defender su posesión repeliendo la fuerza con la fuerza, tal defensa se limita a situaciones en que concurren los requisitos de legítima defensa.

(50) Tribunal Sup. Civil. 14:50 hrs. 28 marzo, 1967.

(51) Tribunal Sup. Civil. Alajuela. No. 651. 10:25 hrs. 19 junio, 1962.

(52) Citado por DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* p. 239.

- e) Procesalmente hablando, son los interdictos juicios sumarísimos por su tramitación abreviada, por lo limitado de la cognición y porque deciden interinamente sobre la posesión actual y momentánea sin perjuicio del mejor derecho de los interesados. Esa tramitación abreviada se manifiesta en mayor grado en el juicio verbal en el que debe quedar demostrada la posesión, los actos que la lesionan y que ocurren dentro de los tres meses anteriores a la demanda, bajo pena de caducidad.
- f) Están legitimados activamente para ejercer estas acciones todos aquellos poseedores o tenedores actuales, inclusive el arrendatario, que si se ha cuestionado, la jurisprudencia costarricense es clara en el sentido afirmativo.
- g) Como objeto de los interdictos posesorios están los bienes raíces, entendiéndose referidos también a los derechos reales poseíbles, para los que basta probar la posesión actual y momentánea, excepto en el caso de las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, donde sólo demostrando que se tiene aquel derecho real constituido jurídicamente mediante título hábil y derivado del dueño del fundo sirviente, por convenio o última voluntad, procede la tutela interdictal, de lo contrario se le niega tal protección.
- h) El interdicto de amparo consiste en una acción de retención que utiliza el poseedor cuando es perturbado en la posesión. Consisten los actos perturbatorios en aquellos de hecho o de palabra, que tienden directamente al despojo, sin efectuarse, pues se manifiesta en quien los ejecuta una intención de despojar al poseedor, intención que se entiende en su significación objetiva, exteriorizada.
- i) El interdicto de restitución se dirige a reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, de la cual se le ha despojado violenta o clandestinamente. Los actos de despojo se refieren a actos que privan consumadamente al poseedor de su posesión pues la sacan de su esfera de poder.
- j) El interdicto de reposición de mojones se dirige a exigir a todo aquel que haya alterado los límites que deslindan la posesión del afectado, para que los restituya a su lugar anterior. Se trata de una modalidad del interdicto de restitución. La alteración de mojones es producida por actos que alteran las delimitaciones entre los feudos colindantes, ya sea arrancando, cambiando de lugar o colocando nuevos mojones en el lugar que no les corresponde perjudicando al poseedor.
- k) Se pueden utilizar dos criterios diferenciadores para establecer cuando estamos frente a determinado interdicto. Uno, el de la naturaleza jurídica de la acción, con el cual se entiende que la acción de restitución y la de reposición de mojones se diferencian de la de amparo en que las primeras son de naturaleza real mientras que la otra es personal. El otro, el criterio de la lesión posesoria. Por lesión posesoria se entiende el hecho que provoca el nacimiento de la acción interdictal. Según la calidad de los actos lesionantes —perturbatorios, de despojo, de alteración de mojones— podemos señalar cuándo es correcto usar determinado interdicto.
- l) La defensa de la posesión viene a ser la sustancia que identifica los interdictos, sin embargo, cada uno de ellos se opone a un diferente acto lesionante de la posesión, por ello, no se trata de instituciones igualmente "intercambiables".
- ll) El artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles facilita la actuación de la tutela interdictal pues posibilita al juez, quebrando el principio de congruencia de la sentencia, para que cuando a acción posesoria que se utilice no sea la correcta, porque así lo estime según los hechos, proceda a fallar sobre la que acoja; asimismo para que se admita el ejercicio acumulado de las acciones posesorias.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Derecho de Bienes, Librería Bosch, Barcelona, tomo II, 1975.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Edit. Nascimento, Santiago, Tomo II, 1957.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, Tomo III, 1943.
- ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. *Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- BARRAGAN, Alfonso. *Derechos Reales*. Edit. Temis, Bogotá, 1971.
- BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969.
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juricentro, S.A., San José, 1981.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, SRL., Buenos Aires, Tomo II, 1976.
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus, S.A., Madrid, Tomo II, Vol. 1, 1971.
- Código Civil y de Familia*; Imprenta Mil Copias, San José, 1980.
- Código de Procedimientos Civiles*. Imprenta Mil Copias, San José, 1980.
- Código Penal*. Imprenta Mil Copias, San José, 1981.
- DE DIEGO LORA, Carmelo. *La Posesión y los Procesos Posesorios*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, Vol. 1, 1962.
- DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, primera parte, 1955.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *Tutela Interdictal de la Posesión*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.
- DIEZ PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid, Vol. III, 1978.
- ESPIN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, 1968.
- HABA, Pedro E. *Naturaleza Jurídica de las Acciones Posesorias*. Revista de Ciencias Jurídicas, No.34, Enero-Abril, San José, 1978.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comentada por Rives y Martí. Hijos de Reus, Editores, Madrid, Tomo II, 1912.

PALLARES, Eduardo . *Tratado de los Interdictos*. Sin datar.

PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.

PRIETO CASTRO PERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, 1969.

RIZO CORRALES, Angela. *Interdictos Posesorios*. Universidad Autónoma de Nicaragua, León, Tesis, 1962.

SANABRIA CASTRO, Wilson. *Doctrina y Jurisprudencia sobre los Interdictos*. Facultad de Derecho, UCR, Tesis, 1970.

RESOLUCIONES JUDICIALES:

CASACION:

—*González Lehmann Hnos. vs. Gutiérrez Rojas*, 10:50 a.m., 7 abril, 1933, Sem. I, vol. I.

—*Barrantes Villareal vs. Alfaro Moreira*. 2:50 p.m., 13 diciembre 1928, Sem. II.

—*Zamora Sánchez vs. Fonseca Ramírez*. 12:45 p.m., 2 febrero 1912, Sem. I.

—*Gayle Whiter vs. Scott Purves*. 4:21 p.m., 13 febrero 1917, Sem. I.

—*Nation Kenlock vs. Barboza Morales*. 3:10 p.m., 6 diciembre 1929, Sem. II, Vol. II.

Sala Segunda Civil No. 23, 9 hrs. 10 enero 1965; No. 1377 10:25 hrs. 23 diciembre 1960; No.990, 10:15 hrs., 11 setiembre 1959.

Tribunal Superior Civil No. 34, 14:50 hrs. 28 marzo, 1967.

No.2, 10 hrs. 3 enero 1968.

No. 441, 16:40 hrs. 28 julio 1967.

Tribunal Superior Civil. Alajuela No.651, 10:25 hrs. 19 junio 1962.

No.691, 9:38 hrs. 27 junio 1972.

Juzgado Quinto Civil. 16 hrs. 19 noviembre 1968, Confirmada Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, 15:30 hrs. 24 enero 1969.