

"Reflexiones sobre la posesión y su defensa" (comentario crítico al libro titulado "Posesión", de la Dra. Elena I. Highton, ed. Ariel, Buenos Aires, 1979, XXIII - 350 páginas)

por
Luis Moisset de Espanés

(Boletín Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XLV, N° 1-5, enero-diciembre 1981, pp. 331-357 y Revista Notarial de Córdoba, N° 37, 1979-I, p. 23 y ss.)

I.- Introducción

Hace poco se ha publicado el primer volumen de una colección dedicada al estudio de los derechos reales, con el propósito - expresado por la editorial- de facilitar a los alumnos la preparación de la materia, y la esperanza de que preste también utilidad a magistrados, profesionales y estudiosos de la materia.

La autora, en las palabras previas, explica que ha seguido el programa de enseñanza de la asignatura preparado por el profesor Edmundo Gatti, y también su línea de pensamiento, y éste, en el prólogo de la obra, destaca la seriedad del trabajo, afirmando que, a nivel docente es lo "más adecuado y, por consiguiente, lo más meritorio que hasta el presente se haya escrito sobre el tema en nuestro país".

Nosotros, en un breve comentario bibliográfico, publicado en el Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, nos comprometimos a realizar un análisis crítico del libro, ya que en esa oportunidad nos limitamos a efectuar una valoración global de sus méritos, que son muchos.

Confesamos que al recibir la obra la miramos con cierto escepticismo, pues la experiencia nos tiene acostumbrados a la tediosa lectura de "Cursos" para alumnos en los que el método y la claridad, tan necesarios en ese tipo de trabajos, se hacen notar por su ausencia. Además, el nombre de la autora nos resultaba totalmente desconocido, lo que acrecentaba nuestras prevenciones, pues es frecuente que algunos sellos editoriales, en su afán de contar con textos de venta segura y fácil, publiquen apuntes o compendios preparados por profesionales que carecen de la madurez necesaria y acometen

con osadía una tarea que supera sus posibilidades.

Se ha dicho con acierto que es más provechoso leer muchas veces un buen libro, que derrochar el tiempo en la lectura de muchos libros malos... Sin embargo, como en materia de derechos reales es escasa la literatura nacional actualizada, encaramos la lectura del trabajo para informarnos de sus virtudes y defectos, y nos sorprendió gratamente encontrarnos con una obra que resultaba placentera y útil. La autora demuestra, desde las primeras líneas, una facultad innata para comunicar al lector su pensamiento, por medio de una prosa fluida y elegante, sin abandonar el rigor técnico del lenguaje jurídico.

Alguna vez hemos dicho de un jurista, cuyas dotes literarias son innegables, que en él esa virtud se transforma en pecado, pues con la belleza de su estilo conquista al lector desprevenido, que luego repite como verdades afirmaciones que sólo son fruto de la fantasía del autor, ya que no reflejan el ordenamiento jurídico vigente, sino lo que su imaginación crea, pero expresado con tanta claridad, que resulta difícil no comprenderlo y hasta adherir a su opinión. No es éste el caso de la Dra. Highton; en su libro las ideas son expresadas con claridad y tienen una sólida fundamentación jurídica.

Pero, señalaremos aquí dos errores de tipo gramatical, con el simple propósito de colaborar para que no se reiteren en futuras ediciones. Vemos primeramente que en dos o tres oportunidades ha empleado la conjunción copulativa "y", y la disyuntiva "o", unidas por una barra (y/o), forma defectuosa, que no existe en nuestra lengua, aunque en Argentina se haya hecho común emplearla, incluso en leyes, alegatos forenses y sentencias. Juristas del prestigio de Bielsa han destacado lo inadecuado de esta expresión, lo que nos exime de mayores comentarios.

También utiliza en algunos casos los vocablos "detentar" y "detención", para caracterizar hipótesis de **tenencia**. Siempre hemos señalado a nuestros alumnos la confusión en que se incurre, pues el significado jurídico de la palabra "detentar" es el de tener una cosa careciendo totalmente de derecho, es decir de manera ilegítima, y esta acepción ha sido recogida por el Diccionario de la Real Academia, que nos dice que "detentador" es "el que retiene la posesión de

lo que no es suyo, sin título ni buena fe que pueda cohonestarlo", y "detentar" significa "retener uno sin derecho lo que manifiestamente no le pertenece".

II.- Plan de la obra

El libro está dividido en 24 capítulos, de los cuales los dos primeros son de tipo introductorio, para pasar luego a ocuparse de la posesión en los capítulos 3 a 14, dedicar el 15 a la tenencia, y los restantes -a partir del capítulo 16- a la protección de las relaciones posesorias.

Comienza el primer capítulo señalando las dificultades que presenta el estudio de la posesión, que tienen su origen en la falta de acuerdo entre los autores sobre el concepto mismo de la posesión, problema que se agrava en nuestro Código, porque las fuentes utilizadas por Vélez son varias y difíciles de conciliar.

Luego investiga la etimología de la palabra "posesión" y pasa a ocuparse brevemente de las distintas relaciones que pueden existir entre una persona y una cosa, dando una idea de lo que son la yuxtaposición local, la tenencia y la posesión.

Trata de las distintas acepciones que tiene el vocablo posesión y señala que en el lenguaje vulgar se lo suele emplear como sinónimo de propiedad. Por supuesto que el estudiante de derecho, y con mayor razón el abogado, deben conocer las diferencias técnicas que existen entre uno y otro concepto, para no incurrir en el desatino de afirmar, como hemos visto en algún libro, que no hay propiedad sin posesión.

A continuación expone las funciones que puede cumplir la posesión, según nuestro Código, donde más que un elemento de los derechos reales constituye el contenido de esos derechos, además suele ser un medio para la adquisición del derecho real, y sirve de causa o fundamento a un derecho autónomo, ya que por sí misma da lugar al amparo de la ley mediante las acciones posesorias.

En el capítulo II procura suministrarnos los conceptos de posesión y tenencia, a través de un análisis crítico de las definiciones legales contenidas en los artículos 2351 y 1352 del Código

Civil. En el § 17 sostiene que la posesión corresponde al "propietario" en sentido amplio, al titular de cualquier derecho real y no solamente a quien pretende ejercer el derecho de dominio, argumento que refuerza con el texto del artículo 2351, que habla de "un" derecho de propiedad, y no "del" derecho de propiedad. De esta manera anticipa su posición sobre la inexistencia en nuestro Código de la "cuasi-posesión", punto sobre el que volveremos más adelante. Anticipamos también nuestra coincidencia con esta opinión de la autora.

A continuación, y en el mismo capítulo II, efectúa un análisis crítico de las concepciones de Savigny y von Ihering sobre la posesión y sus elementos donde demuestra haber captado con justeza el pensamiento de los mencionados juristas.

III.- La posesión

a) Naturaleza jurídica

A partir del capítulo III comienza el estudio de la posesión propiamente dicha, analizando primero su naturaleza jurídica, de acuerdo a las concepciones de Savigny y von Ihering, para ocuparse luego del estudio de la doctrina nacional sobre el tema.

Por su parte opina que en nuestro Código la posesión es un hecho, al que el ordenamiento jurídico le asigna ciertas consecuencias.

Cierra el capítulo brindando un breve resumen de las opiniones de Molitor, Winscheid, Bonfante y Merlin (las tres últimas a través de la versión que de ellas da Lafaille).

En refuerzo de la posición esbozada por la autora hemos de recordar que no debe calificarse de "derecho" a todos los hechos que producen efectos jurídicos. Ya Roubier en su hermosa obra titulada "Droit subjectifs et situations juridiques (Daloz, París, 1963), analiza con detenimiento el abuso que suele hacerse de la palabra derecho (ver N° 6, p. 47 y siguientes), destacando que se puede tener "acción" y carecer de derecho (ver N° 7, p. 54 y 55) y brindando, entre otros ejemplos, el caso de la posesión y las acciones posesorias (p. 55 al final).

Además, siempre cabe preguntarse ¿es que acaso las acciones

posesorias se otorgan para proteger un "derecho", o simplemente en defensa de la paz pública y la tranquilidad, que se ven turbadas con los ataques a la situación de hecho existente?

Sin embargo, y frente a las reformas introducidas por la ley 17.711, pueden plantearse nuevos factores de duda, especialmente porque sería factible interpretar que el agregado al artículo 2355 ha creado un "derecho autónomo" de posesión de buena fe, que tiene como título al boleto de compraventa. Lo que no debe olvidarse es que si se acepta tal interpretación, ese nuevo derecho debería colocarse, sin duda, en la categoría de los derechos reales, y para su adquisición y transmisión quedaría sometido a las prescripciones del artículo 2505, vale decir que no sería oponible a terceros si no ha recibido publicidad registral.

Estos puntos merecen ser meditados con detenimiento, y la doctrina nacional no es pacífica, ni ha dilucidado con claridad la influencia que los nuevos preceptos pueden tener sobre la vieja controversia de la naturaleza jurídica de la posesión.

b) Fundamento de la protección posesoria

Pasa la autora a ocuparse en el capítulo IV del fundamento de la protección posesoria, reseñando las teorías absolutas y las relativas, tratando en especial -con relación a estas últimas- las posiciones de Savigny y von Ihering.

Hace luego una breve mención a teorías mixtas y a la opinión que sobre el punto tienen algunos autores nacionales, como Dasen, Salvat y Lafaille, para concluir el capítulo brindando un cuadro sinóptico que resume las posiciones de los dos grandes juristas germanos sobre los elementos de la posesión y la tenencia, la naturaleza jurídica de la posesión, y el fundamento de la protección posesoria.

c) Clasificación de la posesión

El capítulo V se dedica a la clasificación de la posesión, sus cualidades y vicios, y comienza trazando un cuadro sinóptico con la clasificación establecida por nuestro Código Civil, para desarro-

llar a continuación los conceptos correspondientes a los distintos tipos. Así, después de dar los conceptos de posesión legítima y de posesión ilegítima, procura sistematizar los distintos defectos que dan origen a esta última.

Por nuestra parte nos hubiera parecido conveniente destacar en este momento que las cualidades o vicios de la posesión quedan fijados en el momento en que ella se adquiere, de acuerdo a la causa que la generó (ver artículos 2553 y 2554 del Código civil); además para sistematizar mejor los defectos que pueden motivar que la posesión sea ilegítima, nos parece necesario poner de resalto que esos defectos pueden presentarse tanto en el **título**, como en el **modo** de adquisición. Hacemos esta salvedad porque la autora se extiende en los defectos relativos al título, y sólo dedica cuatro renglones a las hipótesis en que la posesión ilegítima deriva de insuficiencia o falta de modo.

En realidad, hay también un párrafo que contiene referencias a los artículos 2601 y 2603, en el que se ocupa de la falta de legitimación para constituir el derecho real; la falta de capacidad para transmitir del enajenante, la falta de capacidad del adquirente, que sin duda se refieren a defectos o vicios en el modo, pero ese aspecto no queda suficientemente claro para el lector, en especial si es un alumno.

Queremos señalar también que la autora afirma que si el título es nulo -lo que en la terminología de nuestro código significa que el vicio que provoca la nulidad es manifiesto- la posesión será ilegítima; pero, que si el título es anulable "la posesión será legítima hasta la sentencia declarativa de nulidad" (p. 49). Coincide en este punto con varios autores nacionales, pero -a nuestro entender- la afirmación es errónea.

El vicio de nulidad afecta al título desde su origen, sea que se presente de forma manifiesta, sea que se encuentre oculto y se necesite una previa investigación de hecho para determinar su existencia. La acción de nulidad no es constitutiva, sino declarativa; pronunciada por los jueces la nulidad del título, sus efectos operan retroactivamente (artículo 1050, Código civil), de manera que aunque el acto haya sido "anulable", la posesión habrá sido siempre **ilegítima**.

ma, porque la causa (título) estaba viciada desde su origen. En cambio sería correcto indagar si la posesión es de buena o mala fe, y posiblemente debamos llegar a la conclusión de que si el título era nulo, estaremos frente a una posesión de mala fe, porque la falta estaba de manifiesto, y no puede alegarse su ignorancia, porque se trataría de un error inexcusable; en cambio, si el título era anulable se presumirá la buena fe del poseedor.

En lo que respecta a los ejemplos de posesión ilegítima por modo insuficiente, agregaremos nosotros el caso de que el adquirente tenía a su favor un título válido, pero no espera a que le hagan tradición y se apodera de la cosa en forma violenta o clandestina.

Dedica luego la autora una página al análisis del agregado que la ley 17.711 efectuó al artículo 2355, donde sigue la opinión de Gatti y Alterini, autores que realizan un distingo extremadamente sutil entre "posesión legítima" y "adquisición legítima", afirmando que esta última situación es la única que el artículo ha contemplado. De allí que, en su criterio, el nuevo texto no ha provocado ningún cambio en el cuadro de la clasificación de la posesión.

Nosotros pensamos que una "adquisición" sólo es legítima si tiene una causa legítima, y por tanto la consecuencia inevitable del nuevo párrafo es que se ha reconocido al "boleto de compraventa" el carácter de título válido para la adquisición de la posesión.

En cambio nos parece acertada la crítica a la Reforma en cuanto estima que debió limitar esa "adquisición legítima" a los casos en que la entrega provenga del dueño de la cosa, única postura compatible con la estructura de nuestro Código.

Menciona luego la distinción entre la posesión perfecta y la imperfecta, correlativa a la distinción similar que existe entre los distintos derechos reales, de manera que sólo la posesión que emerge del dominio sería perfecta, y la imperfecta correspondería a los restantes derechos reales.

Pasa a continuación a estudiar la posesión de buena y de mala fe, que son subcategorías de la posesión ilegítima. Al tratar de la buena fe, y luego de reproducir los artículos 2356 y 4006, nos dice que ella se presenta cuando "ha existido una tentativa de transmisión de derecho real, en virtud de un título que carece de alguno

de los requisitos y en consecuencia no produce el efecto querido" (p. 52), e insiste luego que no hay buena fe cuando "la ignorancia o el error provienen de una conducta negligente del poseedor, que si hubiera tomado los recaudos necesarios habría sabido de la ilegitimidad de su título" (p. 53).

En realidad la ilegitimidad de la posesión, como lo hemos señalado anteriormente, puede tener su origen tanto en defectos del título, como en insuficiencia o falta de modo. De manera semejante, la buena fe puede quedar excluída tanto en los casos en que el poseedor conoce las fallas del título, como cuando sabe -o debe saber- que el modo de transmisión no era legítimo, aunque poseyese un título legítimo y válido. Si yo, después de celebrar un contrato de compraventa a plazo, sin esperar que el enajenante me entregue la cosa, se la arrebató, me convertiré en un poseedor ilegítimo, de mala fe, e inclusive vicioso, a pesar de que poseo un título válido; la falla, en ese caso, recae sobre el modo de adquisición.

Pero, sigamos con el análisis de la obra; prosigue el capítulo con el estudio del título putativo, y la determinación del momento a computar para determinar la buena o mala fe. Apunta bien que, con respecto a la posesión de la cosa misma, es suficiente que haya existido buena fe al momento de tomarla, y que el conocimiento posterior de la falta de legitimidad no la transforma en mala fe; esta regla sólo se quiebra, en apariencia, con relación a la percepción de los frutos, pero en realidad se mantiene, porque "cada acto de percepción de frutos constituye un hecho aislado e independiente" (p. 56), y en ese momento se juzgará de la buena o mala fe de quien los percibe.

Se refiere luego a la coposesión, agrupándola en un mismo título con la adquisición por representante; a renglón seguido trata la posesión de corporaciones o sociedades.

Las últimas páginas del capítulo están dedicadas a la posesión viciosa y no viciosa, efectuando un análisis separado de los vicios en la posesión de muebles y de inmuebles.

Respecto a los primeros nos detendremos algo en el problema del estelionato, punto en el que la mayoría de la doctrina nacional no ha sabido encontrar el camino correcto, puesto que toma como ejem-

plo los artículos 1178 y 1179 del Código civil, que se refieren a hipótesis en que el delito civil de estelionato lo comete quien transmite la posesión, y no quien la adquiere. Recordemos que el estelionato requiere que una de las partes engañe a la otra; cuando el transmitente entrega una cosa que no le pertenece, o que estaba gravada, como si estuviese libre, el que recibe la cosa y sufre el engaño está obrando de buena fe y aunque su posesión sea ilegítima, por defectos en el título o en el modo, será de buena fe, ya que él ignoraba la existencia de los impedimentos (aclaramos que en algunos casos su buena fe hará que logre la protección del artículo 2412).

Si el adquirente, en cambio, conociese la existencia de defectos, es decir supiese que la cosa no era del enajenante, y actuase de mala fe, como cómplice suyo, que es el ejemplo que dan casi todos los autores, y hace suyo la Dra. Highton, no habrá **estelionato**, ya que no sufre ningún engaño. En tal caso el enajenante, que transmite lo que no es suyo, incurre en abuso de confianza, y el adquirente -que conoce esa situación- ve afectada su posesión por ese mismo vicio.

¿Cuándo hay, entonces, estelionato como vicio de la posesión de una cosa mueble?; cuando quien engaña es el adquirente de la posesión, y el engañado es el que la transmite. Por ejemplo, Enrique enajena una cosa a Juan Pérez, a quien no conoce personalmente; Pedro, conociendo esa venta, se presenta ante Enrique como si fuese Juan Pérez, y lo engaña, logrando que le entregue la cosa; esa posesión que adquiere Pedro es ilegítima, de mala fe, y está afectada por el vicio de "estelionato".

Otro punto en el que debemos señalar nuestra discrepancia con las afirmaciones de la autora, es el que se vincula con la "violencia" como vicio de la posesión en materia de inmuebles. Expresa textualmente:

"La violencia debe existir en la toma de la posesión, sin que exista contrato" (p. 59);

y agrega a continuación:

Si se obtiene la firma de un contrato y la entrega de la posesión forzando a ello al poseedor anterior -a punta de revólver, por ejemplo- no existe posesión viciosa ni despojo, a pesar

de que se podría demandar la nulidad de los actos jurídicos contrato y tradición (nota al artículo 2478 y artículo 2492".

Hemos separado estos párrafos para su análisis porque entendemos que hay aquí dos aspectos que deben diferenciarse.

En primer lugar, niega toda posibilidad de que exista posesión con el vicio de violencia si anteriormente las partes se encontraban vinculadas por un contrato; la afirmación es errónea. La existencia de un vínculo contractual no cambiará en nada la calificación de la actitud de un sujeto que, prescindiendo de los derechos que le otorga ese contrato, arrebatada por la fuerza la cosa al poseedor, que se resiste a entregarla. En tal caso no ha existido "tradición", sino una "desposesión" violenta, que por sus características permitirá incluso que se invoque la acción de despojo.

Para que el ejemplo sea bien claro hemos hecho notar que el poseedor "opuso resistencia" a la desposesión; otro sería el caso si, ante las amenazas, efectuó la entrega de la cosa, pues en tal hipótesis habrá tradición, aunque estuviese viciada por la "intimidación", aspecto que analizaremos luego.

En resumen, la desposesión violenta se juzgará por las características propias de ese acto; el contrato no le sirve de causa a una desposesión violenta, que no reúne los requisitos mínimos para ser considerada "tradición".

Pasemos ahora al segundo punto: la autora afirma que si hay violencia en el contrato o en la tradición "no existe posesión viciosa, ni despojo" (p. 59). Aquí el error consiste en asimilar la "posesión viciosa", con el "despojo". No toda posesión viciosa da lugar a la acción de despojo. Así vemos que en materia de muebles, ni el estelionato, ni el abuso de confianza hacen nacer la acción de despojo; incluso es muy discutible que la posesión clandestina origine el despojo, aunque la doctrina se divide sobre el punto.

En realidad nuestro codificador ha querido limitar la acción de despojo y concederla sólo para los casos en que se haya tomado violentamente la posesión en contra de la voluntad del poseedor o sus representantes, llegando a negar la acción de despojo cuando la violencia haya tenido lugar en el contrato o en la tradición (artículo 2492); lo que no significa afirmar que esos poseedores no sean

viciosos, sino únicamente que no procede contra ellos el remedio especialísimo del despojo.

Para determinar cuándo debe calificarse de "violenta" a la posesión, hay que volver a los artículos 2365, 2366 y 2367, y allí veremos que esa violencia puede recaer tanto en la adquisición como en la conservación de la posesión, y consiste en vías de hecho, tanto materiales, como amenazas de fuerza... (artículo 2365).

Coincidimos entonces con la autora que la "violencia" ejercida en el contrato, no daría lugar a que la posesión que ulteriormente se recibe en virtud de ese contrato se califique de "viciosa"; sin embargo -como bien lo señala Pothier, que en esta parte ha servido de fuente al codificador- se trataría de una posesión ilegítima y de mala fe (ver "Oeuvres", T. 9, París, 1846, N° 25, p. 273).

Otra cosa sucedería si las amenazas se ejercitaran en el momento de la tradición, para obtener que el poseedor entregara la cosa; es decir que si medió intimidación, la posesión que se adquiere es ilegítima y de mala fe, pero aunque Pothier opinaba que en tal caso no estaba afectada por el vicio de violencia (ver obra citada, N° 25, p. 274), nuestro codificador expresamente se ha apartado de la fuente, entendiendo que las violencias "morales", y las "amenazas de fuerza", que se realizan para adquirir la posesión (sin distinguir si es por vía de "tradición" o de "desposesión"), hacen que deba calificársela de "violenta", aunque no den nacimiento a la acción de despojo, si sólo han recaído sobre la "tradición".

En resumen: a) la violencia en el contrato no hace adquirir la posesión, por tanto ésta no puede calificarse de violenta; b) la violencia en la tradición hace que la posesión así adquirida sea viciosa, pero no da nacimiento a la acción de despojo; c) la desposesión violenta, haya o no vínculo contractual previo, da origen a la acción de despojo.

d) **Presunciones legales**

Dedica el capítulo VI a estudiar las presunciones que contiene el Código para facilitar la prueba en materia posesoria, señalando que se trata de presunciones "iuris tantum", es decir que admi-

ten prueba en contrario.

Se refiere aquí a los artículos 2353 y 2354, que consagran la inmutabilidad de las cualidades y vicios de la posesión, fijados en el momento de adquirirla, en atención a su causa, para señalar a continuación los casos en que el artículo 2458 admite la llamada "interversión del título", que en realidad se funda en una "nueva causa", que es la que permite el cambio en las cualidades de la posesión.

Al ocuparse específicamente de las presunciones de buena o mala fe, señala primeramente que todo poseedor tiene a su favor la presunción de la buena fe (artículo 2362), salvo que se tratase de hipótesis en las que específicamente la ley presume la mala fe, como sucede en los casos previstos por los artículos 2771 y 4009.

Indica como presunción de mala fe al artículo 2770, que se refiere a los anuncios de hurtos o pérdidas; creemos que en ese caso el Código no consagra ninguna presunción sino que -al contrario- exige la prueba de que se tenía conocimiento del robo al momento de adquirir la cosa.

Se refiere también a los actos posesorios, como hechos que configuran una "presunción" de que quien los ejecuta es poseedor; el punto es muy discutible.

Menciona también las presunciones que surgen de la actitud del representante, que al adquirir la posesión se supone que lo hace para su comitente; y el hecho de que la adquisición de la cosa principal hace presumir la posesión de las accesorias (artículo 2402), y a que el silencio del poseedor hace presumir que conserva la posesión, mientras no manifieste voluntad en contrario (artículo 2445).

Reproduce también los artículos 2789 a 2792, que establecen presunciones en materia de ejercicio de la acción reivindicatoria, y concluye el capítulo afirmando que el aforismo "poseo porque poseo", consagrado en el artículo 2363, no establece ninguna presunción, ni de legitimidad, ni siquiera de posesión.

e) Sujeto de la posesión

Dedica al problema el capítulo VII, en sus dos apartados

que tratan respectivamente de la capacidad del sujeto para adquirir y conservar la posesión, y el problema de la unidad o pluralidad de sujetos.

En materia de capacidad considera que "el artículo 2392 hace excepción al artículo 921, ya que no distingue en materia de adquisición de la posesión entre acto lícito e ilícito", admitiendo de esa manera que un menor que sólo ha cumplido 10 años reciba la posesión por acto lícito (por ejemplo, tradición). Por nuestra parte siempre hemos enseñado que el Código es una totalidad, y que sus normas no deben interpretarse aisladamente; la adecuada correlación del artículo 2392 con el artículo 921 impone como única solución admisible que el menor que ya ha cumplido 10 años sólo pueda adquirir la posesión en virtud de acto ilícito (que es para lo que tiene discernimiento), con la salvedad de que tal posesión será ilegítima. En cambio cuando se trata de actos lícitos, se requerirá el discernimiento correspondiente, que recién se adquiere a los 14 años.

f) Objeto de la posesión

En el capítulo VIII se señala con acierto que "se poseen las cosas y no los derechos"; en la primera nota afirma la autora que la sustitución del término "corporales", por "materiales" carece de trascendencia (nota 109, p. 81), y luego expresa que las energías no son cosas ni bienes. Los escasos argumentos con que se funda esta posición no alcanzan a convencernos; hay energías que pueden ser almacenadas y poseídas. Quizás se nos diga que en tal caso la energía se "cosifica", al igual que los fluidos, porque está contenida en un "recipiente" que la almacena y le da "corporeidad" suficiente; el punto merece una detenida reflexión.

Respecto a la "comercialidad", como requisito que deben reunir las cosas para ser objeto de posesión, señala bien que no excluye a las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa, por eso nosotros preferimos decir que el Código no exige verdaderamente "comercialidad", sino "patrimonialidad", ya que todas las cosas susceptibles de integrar el patrimonio -aunque se encuentren relativamente fuera del comercio- son susceptibles de ser

poseídas.

Menciona también como requisitos la existencia actual de la cosa y su determinación. En realidad, si no hay determinación no existe cosa en sentido jurídico.

El apartado B de este capítulo se dedica a la "cuasiposesión", analizando el concepto que de ella tenía el derecho romano, y la discusión que se plantea acerca de su existencia en nuestro sistema jurídico. Sigue en este punto la opinión de Allende, quien afirma que el Código civil ha eliminado la institución, basándose especialmente en el artículo 2355, que habla de posesión legítima cuando se ejercita **un** derecho real, cualquiera sea, y no solamente el derecho de dominio. Compartimos la afirmación, y así lo hemos enseñado siempre en nuestra cátedra de derechos reales.

g) **Adquisición de la posesión**

El desarrollo del capítulo IX sigue líneas tradicionales en la materia, destacando la necesidad de que existan el "corpus" y el "animus" para que se adquiriera la posesión. Distingue entonces la adquisición de la posesión de cosas que no estaban poseídas, de aquellos casos en que la cosa ya era objeto de posesión.

Respecto a estas últimas efectúa una subdistinción, según que la posesión se tome sin consentimiento del anterior poseedor, por medio de una ocupación material y efectiva de las cosas (ver artículo 2382), o que medie acuerdo, hipótesis en la cual ese cambio en la relación posesoria se hace efectivo por medio de la "tradición", el "constituto posesorio" o la "traditio breve manu".

Destaca que "no debe confundirse la tradición posesoria con la tradición constitutiva de derechos reales".

Estudia a continuación las formas de efectuar la tradición, recordando especialmente el último párrafo del artículo 2378, en el que se dispone que la sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales, y elogia la actitud de nuestro codificador, que en este punto se separó de Freitas, por considerar que "la posesión es un poder de hecho, y en consecuencia no puede adquirirse con el

solo ánimo".

Adhiere entonces a la corriente doctrinaria que considera desprovista de todo valor la frase que habitualmente se incluye en los contratos privados, o en las escrituras públicas, por la cual se afirma que el enajenante se desprende de la posesión de la cosa, y la transmite al comprador, ya que si luego no se efectuase la entrega de la cosa no habría tradición posesoria. Nosotros creemos que en este punto nuestro sistema jurídico debe sufrir un cambio; es cierto que si el presunto "tradente" no tiene la posesión de la cosa, la mera declaración de hacer tradición será insuficiente. En cambio, si él tiene la posesión, y declara transmitirla y continuar ejerciendo el poder de hecho en nombre del adquirente, hay un verdadero "constituto posesorio"; si posteriormente quien hizo la tradición de esa manera se negara a entregar la cosa, estaría en la situación de cualquier tenedor que niega la entrega de la cosa al poseedor.

Adviértase que el artículo 2378 habla de que "la **sola** declaración" de darse por desposeído no sería suficiente, ni suple "las formas legales", pero una de las formas legales es el constituto posesorio previsto en el artículo 2462, y la actitud que asume el tradente al incluir esa cláusula -siempre y cuando, repetimos, tenga efectivo poder de hecho sobre la cosa- es una forma de transmitir la posesión y pasar a actuar como tenedor.

Estudia la autora las normas que se ocupan de la tradición de inmuebles, y de muebles. Con respecto a estas últimas, y comentando el artículo 2376, afirma que "en caso de extracciones sucesivas recién se considerará adquirida la posesión de las cosas en cada extracción... pues la cosa no puede ser poseída antes de su individualización".

Hay en esta afirmación algo de verdad; si no hay determinación no hay cosa susceptible de posesión. Pero la afirmación, tal como se la efectúa, puede llevar a confusión y hacer que se mal interprete el artículo 2376 que muy claramente establece que se toma posesión de las cosas futuras desde que se comienza a sacarlas, es decir desde el **primer acto** de percepción. El problema tiene importancia especialmente en casos como el de la cosecha que todavía se encuentra en planta; cuando el propietario permite al adquirente que

comience a recogerla, y éste efectúa la percepción de los primeros frutos, se hace poseedor de la totalidad, y los riesgos se trasladan del transmitente al adquirente. Si este último demora en la recolección, y se producen eventos que perjudican a la cosecha, las cosas se habrán perdido para él, puesto que ya había adquirido su posesión, aunque no hubiese terminado de levantar la cosecha.

Por supuesto que para ello debe haber suficiente "determinación"; así, por ejemplo, si yo he vendido toda la cosecha de una quinta, es de estricta aplicación la regla del artículo 2376 de que el adquirente recibe la posesión de toda la cosa con el primer acto de percepción; lo mismo sucedería si le hubiese vendido la cosecha de algunos árboles, y hubiese determinado cuáles eran esos árboles. En cambio, si debo entregarle la posesión de 200 kilos de manzanas, la cosa recién quedará "determinada" cuando se hayan separado en su totalidad esos 200 kilos, y la posesión se irá adquiriendo por las sucesivas extracciones. Es que en ambos ejemplos es de estricta aplicación la previsión del artículo 2402; pero nada impide que las cosas futuras hayan sido perfectamente determinadas.

En el párrafo 146 traza un cuadro sinóptico relativo a la tradición de cosas muebles, y luego se ocupa de la "traditio brevi manu", sosteniendo que "no es un caso de tradición, sino una excepción a la misma", afirmación que significa identificar la "tradición" con la "traditio rei". Analiza también el "constituto posesorio", señalando que puede dar lugar a abusos en perjuicio de terceros, a quienes solamente les será oponible cuando conste "en escritura pública o instrumento privado de fecha cierta". Aceptamos la necesidad de fecha cierta, pero creemos que no es necesario la exigencia de dos actos jurídicos distintos: enajenación por una parte y acto de constituto posesorio, pese a que cierta jurisprudencia y doctrina se inclinan por esa solución.

Culmina el capítulo con el estudio de la adquisición por representante, sea éste un representante legal, un mandatario, o un gestor oficioso, y lo cierra con el párrafo 159 bis, que contiene un cuadro general de adquisición de la posesión, al que le formularemos una sola crítica. Expresa en nota que en el caso de abuso de confianza se entrega la cosa para transferir tenencia y no posesión; ello es

cierto, pero el abuso de confianza se configura cuando el tenedor intervierte el título, y es menester preguntarse: ¿Acaso el acto de interversión no es causa de adquisición de la posesión? El punto merece reflexión, pues parecería que hay allí una laguna en la concepción de la autora sobre las distintas hipótesis de adquisición de la posesión.

h) Conservación de la posesión

El tema del epígrafe se estudia en el Capítulo X, que comienza recordando que mientras no se pierde la posesión, continúa teniéndosela. Distingue los casos en que se conserva por el propio poseedor, o por otro en su nombre. El tema está desarrollado en forma escueta, pero clara y correcta, y brinda al final -como en la mayoría de los temas tratados- un buen cuadro sinóptico (p. 123).

1) Pérdida de la posesión

Siguiendo un orden lógico ineludible en el desarrollo de los temas, dedica el capítulo XI a la pérdida de la posesión, incluyendo también al final, en el párrafo 188 bis, un cuadro sinóptico al que también deberemos hacerle una observación, vinculándola con la que ya formulamos a la adquisición de la posesión.

Se incluye aquí, al finalizar el cuadro, y entre los casos en que la posesión se pierde por la acción de un tercero, el abuso de confianza. En este caso la posición de la autora es correcta, pero hay una contradicción con el cuadro que se refería a los casos de adquisición, donde se omitía -como ya lo hemos señalado- el abuso de confianza. Como la pérdida de la posesión es, con respecto a la adquisición, la otra cara de la moneda, podemos decir que el artículo 2458 sirve también para indicar cuando se adquiere la posesión por abuso de confianza.

Al tratar los casos de pérdida de la posesión vinculados con el propio objeto poseído sostiene la autora que "si quedan restos, o la cosa se ha transformado por especificación, nace una nueva posesión sobre la nueva cosa", aunque se preocupa por señalar que

para algunos autores "es la misma posesión la que continúa sobre los restos o el nuevo objeto".

Por nuestra parte creemos que es previo distinguir el caso de la especificación, que se realiza por un tercero con materiales ajenos, de las hipótesis en que los cambios o destrucción parcial del objeto se efectúan en manos de una persona cuya posesión no se discute. Incluso cuando la cosa es ajena el régimen jurídico aplicable a la transformación o especificación, y el de la destrucción y restos de la cosa, son distintos; en la primera de las hipótesis habrá un nuevo objeto, que es materia de una posesión distinta; en la segunda es el mismo objeto, deteriorado, cuya posesión continúa, y esto tiene importancia desde el punto de vista de la prescripción.

Con respecto a la extinción de la posesión por abandono hace adecuada mención del artículo 2454, pero nos parece conveniente recalcar que debe distinguirse el "abandono de la posesión", del "abandono del dominio". Este último sólo puede hacerlo el dueño (ver artículos 2525 y 2529); el abandono de la posesión podrá efectuarlo cualquier poseedor, incluso ilegítimo.

Al tratar de la pérdida de la posesión por acción de un tercero dice que éste actúa contra la voluntad del poseedor y se convierte dicho tercero en "poseedor vicioso".

La afirmación es demasiado categórica; puede suceder que un tercero se apodere de una cosa ajena sin actuar en forma violenta, ni clandestina, creyendo que tiene derecho a poseerla. Su posesión será ilegítima, pero de buena fe.

Sin embargo, lo más importante -a nuestro entender- es que la autora considera que la posesión se pierde con el solo hecho de la "desposesión" por un tercero; no aguarda, como algunos autores, que haya transcurrido un año. Compartimos esa forma de pensar; es cierto que el antiguo poseedor tiene un año de plazo para ejercitar las acciones posesorias, pero precisamente con ellas tiende a recuperar lo que ha perdido. Si las entabla, y recupera la posesión, la ley considerará, por una ficción, que nunca la perdió y que su posesión prosigue con los caracteres de continua e ininterrumpida; pero se trata solamente de una ficción.

j) Efectos de la posesión

El capítulo XII trata de las consecuencias jurídicas que produce la posesión, comenzado por la discusión doctrinaria respecto a su número, donde pasa rápida revista a distintas posiciones, desde aquella que le asigna únicamente el efecto de dar lugar a las acciones posesorias, y otras que agregan el que sirve de base a la prescripción, y el conferir la propiedad de los frutos, mencionando incluso algún autor que llega a enumerar hasta a 72 efectos distintos, mientras que -como contrapartida- ha habido quienes, como Legón en la doctrina nacional, le niegan todo efecto propio.

A continuación se dedica a analizar "el principio fundamental que rige la propiedad de las cosas muebles" (pensamos que el título debió ser "la posesión"), comenzado por la máxima francesa: "En fait de meubles la possession vaut titre". Menciona el derecho romano, el derecho francés histórico y analiza luego el artículo 2412 de nuestro Código, y los criterios que se han enunciado para fundarlo. Rechaza la teoría de la "prescripción instantánea", porque "implica un contrasentido", ya que la prescripción exige siempre el transcurso de algún tiempo. Por supuesto que admite que hay una "adquisición instantánea" de la cosa mueble que se opera en virtud de la ley, y piensa que ello, en nuestro Código, se logra a través del mecanismo de una "presunción de propiedad", que sería "jure et de jure" aunque basada a su vez en dos "presunciones", que admiten prueba en contrario: 1) la posesión "que se presume si existen actos posesorios", y 2) la "buena fe". Admitimos que la buena fe se presume, pero creemos que la posesión debe probarse.

Señala también que para gozar de la protección del artículo 2412 es menester que la adquisición de la posesión se haya efectuado a título oneroso, y que no se considera que la cosa sea robada o perdida cuando la posesión se obtuvo por abuso de confianza. Afirma entonces que el que ha obtenido la cosa a título gratuito "es dueño contra todos, con la excepción del primitivo dueño o titular de derecho real que se ejerce por la posesión" (p. 149 y 150). Deseamos aquí señalar simplemente que tampoco podría oponer su posesión contra los acreedores del verdadero dueño, si fuesen ellos quienes intentan la

acción para hacer reingresar la cosa al patrimonio y poder cobrar sus créditos.

Trata así de las facultades de este poseedor para repeler la acción reivindicatoria y las acciones de resolución, nulidad y rescisión, para continuar con el estudio de las personas que no pueden invocar la presunción del artículo 2412 y de las cosas excluidas de esa norma, a saber: las cosas muebles del Estado, las accesorias de un inmueble reivindicado y las cosas muebles registrables, que están "equiparadas parcialmente, y en distinta medida, a las cosas inmuebles".

Menciona entre los muebles registrables a los buques, aeronaves y automotores y a pesar de que por la índole del trabajo son escasas las páginas que dedica a estos problemas, lo hace con mayor precisión que algunas obras dedicadas específicamente al estudio del régimen de alguna de esas cosas muebles. Así, por ejemplo, en materia de automotores indica con acierto que "la inscripción sustituye la tradición que ya es innecesaria" (p. 160), y también que el artículo 2 del decreto ley 6582/58 "sustituye la posesión del artículo 2412 por la inscripción" (p. 160).

Por último se ocupa del ganado, que está sometido en general al sistema del artículo 2412, entendiendo que el régimen de marcas y señales que establecen las legislaciones provinciales no es signo de propiedad "sino de la posesión de buena fe". Respecto a los animales de raza recuerda que no se acostumbra marcarlos y que se inscriben en registros que también servirán para acreditar la buena o mala fe. Se omite aquí mencionar la ley 20.378 que para los equinos pura sangre de carrera establece un régimen de inscripción constitutiva.

k) Obligaciones y derechos inherentes a la posesión

Dedica el capítulo XIII a las obligaciones reales, y a las cargas reales, siguiendo aquí en especial el pensamiento de Gatti. La exposición no es tan clara como en otras partes de la obra.

l) Obligaciones y derechos de los poseedores de buena o mala fe

Sucede en muchos casos que el poseedor ilegítimo -tenga o no buena fe- es condenado a restituir la cosa, como consecuencia de una acción posesoria o reivindicatoria (el Código en el artículo 2422 habla sólo de reivindicación, pero la situación es idéntica si la acción intentada fue posesoria).

Se plantean aquí problemas de indemnización del precio pagado por la cosa; restitución de frutos y productos; los gastos o mejoras que se hayan hecho en la cosa poseída; su destrucción, o los deterioros que haya sufrido, etc. Es también menester distinguir en cada caso si el poseedor era de buena o mala fe, y con respecto a estos últimos, si era o no vicioso. Trataremos de seguir con algún detenimiento los desarrollos que en estos puntos efectúa la autora.

En primer lugar, en lo que respecta al precio pagado, el poseedor ilegítimo por lo general nada puede reclamar, salvo circunstancias excepcionales, en que deben reunirse las siguientes condiciones: adquisición a título onerosos, buena fe, y que el propietario difícilmente la hubiese recuperado sin la participación de este poseedor, requisito este último que la autora estima con acierto que sólo se da en materia de cosas muebles (p. 175); en efecto, el inmueble tiene una situación permanente, que permite a su anterior poseedor verificar quien es el que actualmente lo ocupa y dirigir en su contra las acciones correspondientes.

Respecto a los frutos señala la autora, con los textos del Código, que los "naturales no son accesorios, sino parte de la cosa, y así en cambio son accesorios los frutos civiles" (p. 177). La diferencia es cierta, pero no debe preocupar mientras no se proyecte en un distinto régimen jurídico, y nosotros no hemos podido encontrarle consecuencias prácticas que justifiquen insistir en ella.

Reproduce luego los artículos 2423 y 2442, de donde surge que para adquirir la propiedad de los frutos es menester que exista buena fe "en cada hecho de percepción" (p. 178). Estamos de acuerdo con esta afirmación; simplemente queremos señalar que el codificador en estas normas incurre en una pequeña imprecisión, pues habla de mala fe "sobreviniente", o que la percepción se realizó cuando "ya

era poseedor de mala fe", lo que estaría en contradicción con la norma que establece que la buena o mala fe quedan determinadas en el momento en que se adquirió la posesión de la cosa, de acuerdo al título o causa de adquisición.

Pensamos que en relación a la cosa fructífera que tiene el poseedor, la calificación no cambia; lo que sucede es que en el momento de percibir los frutos se adquiere una nueva posesión (la de los frutos), cuyas cualidades se juzgarán en ese instante, y si quien los percibe tiene alguna duda de la legitimidad de su derecho a hacerlo, su posesión "de los frutos" no será de buena fe. Por el contrario, si en el momento de percibirlos gozaba de buena fe (respecto a esa percepción), se convertirá en propietario de ellos, porque los frutos son cosas muebles, y el poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida, está amparado por el artículo 2412.

Presenta bien las diferencias que hay, en lo que se refiere a la restitución de frutos, entre el poseedor de mala fe (artículos 2438 y 2439), y el de buena fe, con posterioridad al momento en que se enteró que su posesión no era legítima (artículo 2433), lo que sucede por lo general cuando se le notifica la demanda, salvo que se pruebe que con anterioridad tenía conocimiento de esa circunstancia (artículo 2434). En lo único que discrepamos es con su afirmación - que tiene base en las imprecisiones del propio Código- de que ese poseedor "es de mala fe desde que se le hizo saber del juicio" (p. 181), ya que entendemos -como la propia autora lo ha señalado con anterioridad-, que las cualidades de la posesión de la cosa quedan fijadas en el momento de su adquisición.

Considera "poco feliz" la expresión "cosa no fructífera", empleada en el artículo 2439, porque -a su entender- lo que sucede es que "no ha sido fructífera en manos del poseedor, pero podría haberlo sido en manos del propietario". Piensa que se trata de "un lucro cesante que se debe porque la cosa hubiera producido de haber sido convenientemente explotada". No compartimos la crítica, porque Vélez quiere caracterizar con estas frase a cosas "**naturalmente**" no fructíferas", que sólo son susceptibles de producir frutos *civiles*; así, por ejemplo, si un poseedor de buena fe habita personalmente una vivienda -que es una cosa "naturalmente no fructífera"- y luego es

condenado a restituirla, no debe alquileres, ni siquiera con posterioridad a la notificación de la demanda, ya que no hay ni frutos percibidos, ni frutos dejados de percibir por su culpa. En cambio un poseedor de mala fe sí debe el importe del valor de los arrendamientos, porque esa cosa "naturalmente no fructífera", pudo haber producido frutos civiles (ver artículo 2439), si hubiese estado en manos del propietario.

En materia de productos enseña bien que, como regla general, deben restituirse, sea el poseedor de buena o de mala fe, tal como lo dispone el artículo 2444. Nos parece, sin embargo, que en este punto hubiera resultado de interés destacar que hay cosas que por su "naturaleza son productos", pero que en ciertas circunstancias reciben el trato jurídico de los frutos; por ejemplo, lo que se extrae de una mina o cantera que se encuentra en explotación en el momento en que el sujeto entra en su posesión.

Continúa con los gastos y mejoras, los riesgos y la disposición de cosas muebles que se integraban con la cosa principal, para concluir tratando las hipótesis de compensación entre los créditos de quien reclama la restitución de la cosa, y el poseedor condenado a restituir.

Con relación al artículo 2429, segundo párrafo, menciona la opinión de Borda de que no es necesario liquidar las deudas y pagar el saldo, ya que se trata de una "compensación atípica por razones de equidad" y un poco más abajo parece hacer suya esta opinión para el caso del artículo 2441. No creemos que la solución sea correcta; en estos casos debe efectuarse una verdadera "compensación", que exige la existencia de deudas recíprocas, que sean además líquidas, y cuya extinción se produce hasta el monto de la menor, adeudándose el saldo correspondiente. ¿Cómo podría admitirse que un poseedor de mala fe, que con relación a las mejoras útiles (artículo 2441) sólo tiene derecho al "mayor valor existente", compense esta suma, sin liquidación alguna? ¿Es que acaso un ínfimo "mayor valor" lo autorizará a quedarse con todos los frutos que ha percibido o que hubiera podido percibir, durante todo el tiempo de su posesión? En ninguna parte el Código dispone tal cosa, y no se puede ni debe, por vía de interpretación, consagrar una injusticia.

III.- Tenencia

El último capítulo destinado a las relaciones de hecho con las cosas es el XV, que se ocupa de la tenencia y comienza reproduciendo los artículos 2461 y 2352 del Código civil, que nos dan el concepto de esta relación.

Estima que en ambas normas existe un elemento común con la posesión: "tener efectivamente una cosa", es decir el "corpus"; pero luego, por la vía de "reconocer en otro la propiedad", o en "la intención de poseer en nombre de otro" se caracteriza un ánimo distinto del que tiene el poseedor.

Pasa a comentar la enumeración de hipótesis de tenencia contenida en el artículo 2462, señalando que no es taxativa, sino meramente enunciativa. Como varios de los incisos se refieren a casos en que una persona que era "poseedora" queda, en virtud de una nueva causa -como puede ser la sentencia judicial- convertida en "**tenedora**", nos parece que hubiera resultado de interés indagar si es posible un nuevo cambio o interversión del título, que transforme otra vez a esos tenedores en poseedores, y de qué forma podría obtenerse ese cambio, aspecto que tiene interés muy especialmente a los fines de la prescripción adquisitiva. En efecto, si un "poseedor" ve interrumpida su posesión por una demanda, que culmina declarando que no tenía derecho a poseer, y esta sentencia lo transforma en "tenedor", pero no devuelve la cosa, su situación de "tenedor" ¿puede serle útil para iniciar una nueva prescripción? En principio se impone la respuesta negativa; pero si continua con la cosa en su poder, y la situación se prolonga, ¿puede dejar de ser tenedor? ¿En qué momento, insistimos, pasará a ser nuevamente poseedor?

Clasifica luego la tenencia, siguiendo a Ihering, en absoluta y relativa; da los conceptos de una y otra y señala que las definiciones de nuestro Código sólo se refieren a casos de tenencia relativa.

En lo que Ihering denomina "tenencia absoluta", -o sea la relación de hecho con cosas que no son "patrimoniales" (suele decirse que están fuera del comercio, pero ya hemos expresado que preferimos esta otra expresión, por ser más exacta)-, nos encontramos con una

relación que no corresponde ni a la posesión, ni a la tenencia (tal como las configura nuestro sistema jurídico), ya que por definición es imposible que sobre esas cosas haya "posesión", y tampoco podrá - en consecuencia- haber un tenedor, porque quien "tiene" lo está haciendo pars algún "poseedor".

Por último trata de la adquisición de la tenencia y de los derechos y obligaciones del tenedor.

Acotamos de paso que al finalizar la página 200, o comenzar la 201, falta un renglón; es uno de los pocos errores tipográficos de una edición que se caracteriza por su prolijidad.

IV.- Protección de las relaciones posesorias

La última parte de este interesante libro, es decir los capítulos XVI a XXIV, se dedican a la protección de las relaciones posesorias.

El tema, de suyo complicado, ya que exige una adecuada armonización de nociones procesales y de derecho de fondo, se hace aún más difícil en nuestro sistema jurídico por la poca claridad con que fue tratado por el codificador, que dio motivo a que cada autor esbozara su propia teoría, que muchas veces resulta inconciliable con el resto de la doctrina. El panorama se agravó después de las reformas que introdujo la ley 17.711, por la que se agregaron nuevos textos, inspirados en algunas corrientes de opinión que son francamente incompatibles con otros de los dispositivos que se han mantenido vigentes, como la pretensión de que actualmente las acciones posesorias puedan ser esgrimidas por cualquier poseedor o tenedor, y la subsistencia del requisito de la anualidad en la posesión.

Como esta exégesis del libro de la Dra. Highton se ha extendido ya demasiado, nos limitaremos ahora a reseñar el contenido de estos capítulos, sin efectuar mayores comentarios.

a) Evolución histórica

El capítulo XVI trata de la defensa posesoria en el Derecho Romano, el Derecho Canónico, la jurisprudencia medieval, el derecho

francés, el español, el Derecho Patrio y el Esbozo de Freitas; todo ello de manera sintética, como simple antecedente para una mejor comprensión de los problemas que se presentan actualmente.

b) Principios fundamentales

Inicia el capítulo XVII con el título del epígrafe, refiriéndose a la prohibición de obrar de propia autoridad y a la controversia sobre las turbaciones arbitrarias. Distingue el derecho a la posesión y el derecho de poseer, para hablar luego de los derechos que derivan de la posesión. Se refiere a la protección de las relaciones posesorias en general, procurando deslindar cuáles son las relaciones protegidas, las lesiones que pueden haber sufrido, y el remedio contra cada tipo de lesión.

c) Protección extrajudicial

En el capítulo XVIII se ocupa de la protección penal, señalando que desde antiguo existe la legítima defensa, contra agresiones ilegítimas, y determinando sus condiciones de funcionamiento.

Analiza luego la protección civil consagrada por el artículo 2470, y los requisitos establecidos en esa norma.

d) Acciones posesorias

A partir del capítulo XIX trata de las acciones posesorias "en sentido estricto", distinguiendo las acciones de "manutención" y de "recuperación", dando el concepto de cada una de ellas y analizando sus elementos. Al ocuparse de la acción de recuperación nos dice que ella procede frente a un acto de "desposesión o despojo", y pasa a analizar lo que debe entenderse por "despojo", y las distintas opiniones vertidas sobre el punto por la doctrina nacional.

Continúa el capítulo con el estudio de los requisitos comunes a ambas acciones, entre los cuales menciona la anualidad, continuidad, falta de interrupción, falta de vicios, y el que sea pacífica, pública y no precaria.

Entre ellos desliza el problema de la accesión de posesiones, y apunta luego el carácter relativo de estos requisitos, en especial la anualidad, que sólo se exige cuando el que ha turbado la posesión era poseedor anual.

Finaliza indicando contra quienes competen estas acciones.

e) Acciones de carácter policial

El tema es materia de estudio en el capítulo XX. Destaca desde las primeras líneas que son verdaderas acciones posesorias, "que tienen por finalidad mantener la paz pública, impidiendo la justicia por mano propia".

La más importante es la acción policial de recuperación de la posesión o de la tenencia (es decir la acción de despojo), entiendo que hay también una acción policial innominada de manutención de la posesión o la tenencia.

f) Obra nueva y daño temido

Las acciones que mencionamos en el epígrafe se estudian en los capítulos XXI y XXII respectivamente. Al final de ellos, en el apartado 354 procura trazar un cuadro que resuma todos los problemas vinculados con las acciones posesorias propiamente dichas, las acciones de carácter policial, las de obra nueva y daño temido, e incluso la protección extrajudicial, y los principios que fundamentan la protección posesoria.

g) Juicio posesorio

Los dos últimos capítulos están destinados al juicio posesorio y a los interdictos procesales. Se refiere en el capítulo XXIII al procedimiento, la prueba, la sentencia y la prescripción o caducidad de las acciones posesorias; analiza también allí las relaciones entre el posesorio y el petitorio, refiriéndose a la naturaleza jurídica de las acciones posesorias, ya que su carácter personal o real puede influir para determinar la competencia de los tribuna-

les.

Concluye la obra con un análisis de los interdictos procesales, considerando que no se trata de la mera regulación de las normas de fondo, sino que ellos consagran un sistema dual, cuya simplificación "debe llegar por vía de reforma legislativa y no por vía de interpretación" (p. 313).

Acotamos que a nuestro entender el problema es de otra naturaleza; no debe en ningún momento perderse de vista la jerarquía de las distintas normas, de acuerdo con la organización institucional que rige nuestro país, y la adecuación de la legislación vigente exige que los códigos procesales respeten las leyes de fondo. La Constitución ha delimitado las respectivas esferas de facultades legislativas, estableciendo que corresponde al Congreso de la Nación el dictado de normas sustantivas, y reservando a las legislaturas provinciales las normas de procedimiento; ni el Congreso, ni las legislaturas provinciales, pueden exceder la órbita de sus facultades, y si lo hacen los dispositivos que dicten serán inconstitucionales.

Así, los interdictos procesales sólo pueden ser la regulación de las acciones que otorga la ley de fondo; si se pretendiese por esa vía crear nuevas acciones en defensa de la posesión, tales interdictos serían inconstitucionales, lo que hace inadmisibles la aplicación de la llamada tesis "dualista".

V.- Consideración final

Quizás el mejor calificativo para caracterizar este libro sea el de que en la obra campea un admirable sentido de "equilibrio". En efecto, la autora hace gala de correcta información bibliográfica, pero no se excede en las citas; al exponer los distintos temas ilustra al lector sobre las opiniones vertidas por la doctrina, pero sólo como telón de fondo, que sirve para destacar las ideas centrales que se desarrollan, con firmeza y convicción; cada parte de la obra recibe un tratamiento adecuado y proporcionado a su importancia, sin extenderse demasiado en tópicos de su predilección, con desmedro de otros; además, establece la necesaria correlación entre los puntos de

la asignatura y otros sectores del derecho civil, u otras ramas del derecho, como el procesal, aspecto a veces olvidado por quienes se consideran "especialistas".

En resumen, la obra de la Dra. Highton es el fruto en sazón de una inteligencia cultivada, y la hace acreedora al reconocimiento de los lectores.

Sólo me resta expresar mis más calurosas felicitaciones, y el deseo de que el plan de trabajo esbozado que, como hemos dicho, comprende otros siete tomos de derechos reales, se complete con éxito similar.

Luis Moisset de Espanés