XVII CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO

- LIMA, PERÚ -

Tema IV: “Cosas”

Sub – Tema N° 3: “Posesión de cosas y derechos reales”

Ponencia:

“DERECHO ROMANO: “TUTOR” DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO”

Por Gabriel Anibal Fuster ⁽¹⁾

Ponencia:

1) El Derecho Romano es el “*tutor*” del Derecho contemporáneo toda vez que permite mantenerlo en la senda correcta tanto en su crecimiento como en su evolución.

2) El Derecho Romano se encuentra imbuido de un “*halo de corporalidad o materialidad*”, que se refleja en la regulación brindada a diversos institutos jurídicos y en la influencia que luego ha tenido en el Derecho a lo largo de la historia.

3) Respecto del patrimonio la concepción adoptada por el codificador civil argentino, en identidad con lo concebido por el Derecho Romano, es la *concepción humanista* según la cual el patrimonio es el conjunto de cosas y bienes (en sentido estricto) de una persona, deviniendo -por tanto- en un atributo de la personalidad que impide que un individuo carezca del mismo; en consecuencia, la herencia se compone de derechos activos y pasivos.

¹ Abogado, notario y auxiliar docente de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

4) Los objetos inmateriales en cuanto objeto de las relaciones reales generan una categoría que podríamos denominar de las relaciones reales “cuasi”, propias del régimen de las “cuasi cosas”, que nos permite hablar no sólo de “cuasi-posesión” sino también de “cuasi-tenencia”, pero no de “cuasi-yuxtaposición” pues ésta no suele tenerse con bienes sino sólo con cosas u objetos corporales.

5) La posesión es un hecho y -por tanto- mal puede pretenderse registrar en un registro de títulos como lo es el registro de la propiedad inmueble, lo que deviene en el corolario necesario de la máxima romana contenida en el Digesto que reza: “*La posesión y la propiedad nunca deben mezclarse.*” (*Nec possessio et proprietas misceri debent*).

6) La pretendida posesión tabular o registral reviste una calidad jurídica sustancialmente inferior a la posesión física.

7) La distinción entre derechos reales y personales no es cierta ni verdadera, ya que -como lo señala atinadamente el codificador civil argentino en la nota al artículo 2502 del Código Civil-: “El Derecho Romano no había formulado científicamente la clasificación de derechos reales, y derechos personales. La división la aplicaba a las acciones. Omnium actionum, dice la Instituta, summa divitio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Instituta, Lib. 4, Tit. 6, § 1.” (el subrayado nos pertenece), siendo la única distinción cierta la existente entre las acciones reales y personales.

8) En el Derecho Romano la tradición era un modo de adquisición de la propiedad, y -por tanto- un acto jurídico de carácter *solutorio* en identidad con lo que acontece en el Derecho Civil Argentino.

9) En el ámbito de los derechos reales, el usufructuario (que para muchos de los autores que hablan de cuasi-posesión es un cuasi-poseedor) es en realidad un verdadero poseedor pero de un tipo de posesión distinta de la que tiene el “*dominus*”.

10) Es menester destacar que la cuasi-posesión y la posesión no deben diferenciarse por sus efectos, sino simplemente por el hecho de que tienen distinta naturaleza jurídica, pero sus regímenes jurídicos -incluso para la adquisición de derechos por prescripción- son los mismos.

11) Si por acto posesorio hemos de entender todo hecho voluntario que produce una mutación física sobre la cosa poseída que permite convencerse de estar en contacto con la

misma con ánimo de dueño, resulta evidente la influencia del referido “*halo de corporalidad o materialidad*” de raigambre romanista que campea en nuestra regulación sustantiva.

12) Al prever la usurpación al Derecho Romano le ha interesado proteger la posesión en tanto modo normal de ejercicio de los derechos reales y -más aún- las relaciones reales (como por ejemplo, tenencia).

13) Dado que la palabra usurpación alude a la toma de *posesión* de un bien, a nuestro entender dicha figura jurídica sólo puede verificarse respecto de las relaciones reales y mal puede predicarse respecto de los derechos reales. Un derecho real en abstracto no puede *per se* ser objeto de usurpación.

Fundamentos:

Sumario: I. Introducción. II. Un elemento insoslayable: *la religión doméstica*. III. De la “*materialidad*” o “*corporalidad*” propia del espíritu romanista: a) Generalidades. b) Las nociones de “*patrimonio*” y “*herencia*”. IV. Las relaciones reales: a) De las relaciones reales “*cuasi*”. b) La posesión y la impertinencia de su registración. V. Los derechos reales: a) La “*aparente*” distinción entre los derechos reales y personales. b) La dinámica constitutiva de los derechos reales y la “*tradición*”. c) El derecho real de usufructo y la posesión. d) La noción de “*acto posesorio*” como requisito de la prescripción adquisitiva en el Código Civil Argentino. VI. El instituto jurídico de la “*usurpación*”.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Romano es la fuente ineludible del Derecho Contemporáneo y deviene en un elemento de análisis insoslayable por parte de los juristas.

Sin embargo, así como no puede obviarse su estudio, tampoco podemos ceñirnos ciegamente a él, pues el propio Derecho Romano no fue una regulación única, fija y estática

sino que -muy por el contrario- durante la historia de Roma ⁽²⁾ fue cambiando y evolucionando. ⁽³⁾

Ello no ha sido ajeno a un hombre estudioso del Derecho como el codificador civil argentino: *Don Dalmacio Vélez Sársfield*, quien sabiamente en la nota al artículo 2503 del Código Civil señala:

“(...) En Roma, según las reglas del derecho civil, la propiedad de la superficie no podría ser distinta de la propiedad del suelo... ...el propietario del suelo no podría enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; (...) (...) Mas después el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo. El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podría ser transmitido y enajenado en todo o en parte... (...)” (el subrayado nos pertenece).

Inclusive los institutos jurídicos de cuño romanista han evolucionado y siguen haciéndolo a través del tiempo. ⁽⁴⁾

² La que en el aspecto político-institucional comprendió tres formas diferentes de gobierno (República, Monarquía e Imperio) y lo que -obviamente- ameritó los cambios legales a fin de la instauración y mantenimiento de dichos regímenes.

³ Inclusive el propio Ihering ha señalado al respecto: *“Sin embargo, el estudio del Derecho romano acabará por llegar a ser inútil; sólo pueden dudarlo aquellos que consideren a las naciones modernas como entregadas a una eterna minoría.”* (ver Rudolf Von Ihering en *“Importancia del derecho romano”* – Introducción al *“Tratado elemental de derecho romano”* de Eugéne Petit - Editorial Universidad – Buenos Aires, 1999 - Página 230 – n° 206).

⁴ Así lo reconoce el propio codificador civil argentino al anotar el artículo 1561 del Código Civil (que reza: *“Debe conservar la cosa en buen estado y responder de todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de las personas de su familia que habiten con él, de sus domésticos, trabajadores, huéspedes o subarrendatarios.”*) diciendo: *“Por el Derecho Romano, el locatario no es responsable de los deterioros que causen las personas de la casa.”* (el subrayado nos pertenece). En idéntico sentido al anotar el artículo 2374 del Código Civil (dispositivo que reza: *“La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla.”*(sic)) diciendo: *“La ley romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente.”* (el subrayado nos pertenece). En idéntico sentido señala Dalmacio Vélez Sársfield en la nota al artículo 2480 (dispositivo que reza: *“La posesión para dar derecho a las acciones posesorias no debe ser precaria, sino a título de propietario.”*) señala: *“La palabra precario tiene hoy una significación más extensa que la que le daba el Derecho Romano...”*. Igualmente al anotar el artículo 2482 (dispositivo que reza: *“El que tuviere derecho de poseer y fuere turbado o despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le compete, o servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio.”*) dice: *“Las Leyes Españolas y Romanas admitían el concurso acumulativo de las dos acciones”*. Al anotar el artículo 2828 (que reza: *“El usufructo no puede ser establecido a favor de personas jurídicas por más de veinte años.”*) señala: *“Según el Derecho Romano y el Español, el usufructo que hubiese sido legado a una municipalidad, o establecimiento público, debía durar cien años, porque el período de un siglo es considerado en el Derecho como el término extremo de la vida humana.”*. En idéntico sentido al anotar el artículo 3270 del Código Civil (dispositivo que reza: *“Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.”*(sic)) diciendo: *“El Derecho Romano y el Derecho de las Partidas no daban al principio que establece el artículo, un sentido tan general, pues que la venta de una heredad hacía cesar el arrendamiento consentido por el vendedor.”* (el subrayado nos pertenece). Estas citas son tan sólo

Piéñese sin más en figuras jurídicas tales como la evicción que -al decir del autor del Código Civil argentino - en su significación originaria aludía a una verdadera lesión a la posesión. ⁽⁵⁾

En fin, un breve repaso del Derecho Romano nos permitirá advertir de qué manera éste ha influido en el Derecho Contemporáneo y cómo seguirá haciéndolo en el futuro; es decir, lo que bien podríamos llamar la supervivencia del espíritu romanista en el Derecho Contemporáneo.

El presente trabajo no pretende realizar un estudio histórico del Derecho Romano, de lo que -seguramente- los historiadores y juristas especialistas en la materia ya se han ocupado debidamente, sino analizar diversas figuras jurídicas que reconocen sus antecedentes más remotos en aquél.

Ello en la inteligencia de que las mismas son erróneamente interpretadas y aplicadas en la actualidad, fruto de una aprehensión equivocada tanto de la figura jurídica en sí como de sus antecedentes histórico-jurídicos inmersos en el propio Derecho Romano (los que incluso a veces son invocados expresamente).

Así, podremos demostrar que la correcta intelección de las fuentes romanísticas nos permitirá una correcta interpretación y aplicación del derecho en la actualidad, sobre todo respecto de ciertas figuras jurídicas de por sí polémicas y controvertidas en nuestros días.

A tales efectos, hemos de centrarnos en el tema relacionado con la posesión de las cosas y los derechos reales que se detalla en el temario del Congreso de Derecho Romano al punto IV, bajo el acápite “Cosas” ⁽⁶⁾, toda vez que resultan ser las figuras jurídicas más conflictivas, y erróneamente interpretadas y aplicadas en la actualidad.

Es por ello que hemos seleccionado el título del presente trabajo empleando la palabra “*tutor*” no en el sentido técnico-jurídico de “...representante legítimo del menor en

ejemplificativas pero en modo alguno agotan los dispositivos normativos que podríamos citar para ilustrar nuestra opinión.

⁵ Así lo dice en la nota al artículo 2089 del Código Civil que reza: “La palabra evicción en su acepción etimológica, que fue también su primera acepción, expresa la idea de una desposesión, a consecuencia de una sentencia judicial. Pero desde mucho tiempo, dice Demolombe, la palabra evicción ha cesado de tener en la ciencia y en la práctica la acepción limitada que antes tenía, y se emplea al contrario, en un sentido más extenso para designar toda especie de pérdida, de turbación o de perjuicio, que sufra el que adquirió la cosa.” (el subrayado nos pertenece).

⁶ Más precisamente, se trata del tema 2 del referido apartado.

todos los negocios civiles.” ⁽⁷⁾ sino en el vulgar de “...6. m. *Caña o estaca que se clava al pie de una planta para mantenerla derecha en su crecimiento. (...)*” ⁽⁸⁾

Quienes gustamos de las labores relacionadas con el cultivo y cuidado de plantas y flores sabemos que cuando una de ellas comienza a deformarse en su crecimiento es menester corregir inmediatamente el defecto para lo cual resulta muy útil el empleo de un “*tutor*”.

Éste hará las veces de un “*corrector*” al indicar el camino que la planta debe seguir evitando así las desviaciones y deformaciones de la misma y “*manteniéndola derecha en su crecimiento*”.

Por esta razón es que -casi como una metáfora- hemos seleccionado el término “*tutor*” para predicarlo del Derecho Romano respecto de nuestro Derecho Contemporáneo, que resulta ser el tutelado por la fuente romanística.

II. UN ELEMENTO INSOSLAYABLE: *LA RELIGIÓN DOMÉSTICA*

Es menester destacar que los juristas suelen obviar un elemento esencial a considerar a la hora de arremeter el estudio del Derecho Romano y que tiene una influencia preponderante en la cultura romanista en general: *la religión*.

Así se ha dicho: “*Al principio, entre los griegos y los romanos, como entre los indos, la ley formó parte de la religión...*” ⁽⁹⁾, y también: “*...derecho y religión formaban una sola cosa.*” ⁽¹⁰⁾.

Este elemento no es menor toda vez que en tiempos antiguos la religión no tenía la significación que hoy tiene para nosotros.

⁷ Conforme lo prescripto pro el artículo 380 del Código Civil argentino.

⁸ Ver “*Diccionario de la Lengua Española*” de la Real Academia Española - h/z -Vigésimo segunda edición – Espasa Calpe S.A. – Reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta S.A.I.C. – Buenos Aires, Marzo de 2006 – Página 2248.

⁹ Ver Numa Dionisio Fustel de Coulanges en “*La Ciudad Antigua*” – Traducción del francés por Carlos A. Martín – Obras Maestras – Imprenta Juvenil, S.A. – Barcelona, 1979 – Página 226.

¹⁰ Ver Numa Dionisio Fustel de Coulanges – ob. cit. – Página 228.

A “*vuelo de pluma*” y sin intención de efectuar profundos distingos teóricos de tipo teológicos podemos decir que la religión es hoy para nosotros -básicamente- una concepción sobre Dios y una forma de entender la fe.

En Roma, en cambio, la religión era esencialmente ritual, íntima y pragmática, calificativos éstos que no son ni antojadizos ni azarosos; muy por el contrario quieren significar algunos de los aspectos salientes de la misma.

Decimos “*ritual*” pues la religión estaba llena de procedimientos (ritos) y plagada de ceremonias, consistentes todos en actos exteriores, harto tediosos mas necesarios a los fines de satisfacer a sus divinidades.

En segundo lugar, hablamos de “*íntima*” pues la religión romana era esencialmente familiar y por ello es que se la califica de doméstica.

Finalmente empleamos el calificativo de “*pragmática*” toda vez que no se tejieron a su alrededor teorías ni elucubraciones doctrinarias de tipo teológicas como son las de nuestros días, sino que la religión romana se debatió en la cotidianeidad.

La religión teñía todos los aspectos de la vida del hombre -tanto privada como en comunidad-, y quizás haya sido su faz íntima la más importante a los ojos de la religión.

En efecto, *en los tiempos antiguos de Roma la religión era -insistimos- de tipo doméstica, o -lo que es lo mismo- de los antepasados y del hogar.*

Cada familia tenía sus propias divinidades (que eran sus antepasados) su propio altar (el hogar familiar) y en consecuencia su suelo (en el que yacía el altar), su jefe (el *paterfamilias*) y su tumba (en la que eran sepultados sus muertos y a los que formulaban libaciones y sacrificios de todo tipo pues creían que allí moraban).

La ley de la antigua Roma era fruto de la religión y no de la mera creación del hombre tal como sucede en nuestros tiempos, y en consecuencia no estaba -originariamente- tan empapada de la idea de justicia como sí lo estaba del sentimiento de fe (aunque pagana).

En efecto, la ley era una cosa sagrada obedecida sin discusión alguna, pues era fruto de los dioses (domésticos) y en consecuencia creación no de nuestro legislador -es decir,

del hombre particular esencialmente falible de estos tiempos- “...sino (de) la creencia religiosa que el hombre tenía en sí.” (lo consignado entre paréntesis nos pertenece). (11)

En fin, “La idea religiosa ha sido entre los antiguos el soplo inspirador y organizador de la sociedad.” (12)

Por lo tanto, si la religión doméstica de Roma -médula espinal de su cultura en el más amplio espectro- ha dejado su marca indeleble en el Derecho Romano, también lo ha hecho en los sistemas jurídicos de cuño romanista.

Es decir, las figuras jurídicas contemporáneas que reconocen su fuente en el Derecho Romano dejan traslucir la influencia -en consecuencia- de la concepción religiosa del pueblo romano y el derecho civil argentino no es ajeno a ello.

No es nuestra intención conjeturar pero a partir de la lectura de diversos estudios científicos y obras literarias en general (principalmente de autores antiguos) podemos –al menos- formularnos ciertas preguntas. (13)

¿La noción de acto posesorio del Código Civil Argentino (artículo 2384) no reconocerá su antecedente más remoto en la noción de “*término*” de la que nos habla SÍCULO FLACO (14) y que debía repetirse anualmente?

¹¹ Ver Numa Dionisio Fustel de Coulanges – ob. cit. – Página 230.

¹² Ver Numa Dionisio Fustel de Coulanges – ob. cit. – Página 169.

¹³ Y decimos preguntas pues no podemos ni pretendemos efectuar afirmaciones categóricas sin sustento suficiente pero sí dejar sembrada la inquietud ya que tampoco pueden ser objeto de negaciones tajantes.

¹⁴ “...nuestros antepasados... ...comenzaban abriendo un hoyo pequeño y levantando el Término al borde... ...ofrecían un sacrificio, inmolada la víctima, hacían correr la sangre hasta el hoyo, arrojaban en él carbones encendidos...” (ver Sículo Flaco en “*De conditione agrorum*” – edic. Lachmann, pág. 141; edic. Goetz, pág. 5.).

¿La incapacidad de la mujer que -originariamente- prohijaba nuestro codificador civil ⁽¹⁵⁾ no reconocerá su antecedente más remoto en las más antiguas leyes de nuestra civilización occidental ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾?

¿Acaso el usufructo paterno de los bienes de los hijos bajo su patria potestad de nuestro Código Civil ⁽¹⁸⁾ no será un resabio (atenuado por cierto) de la figura por la cual el hijo nada tenía y sólo adquiriría para su padre ⁽¹⁹⁾?

III. DE LA “MATERIALIDAD” O “CORPORALIDAD” PROPIA DEL ESPÍRITU ROMANISTA

a) Generalidades

En el Derecho Romano Antiguo hablar de “cosa” era lo mismo que hablar de “cosa corporal”.

La corporalidad era una condición esencial y consustancial a la cosa, característica que se refleja en la regulación brindada a diversos institutos jurídicos y en la influencia que a lo largo de la historia ha tenido tanto en el Derecho como en la mentalidad jurídica de sus distintos actores.

¹⁵ Así surge de diversos dispositivos originarios (es decir, anteriores a la reforma de 1968) del Código de Vélez, a saber: a) artículo 55, inciso 2: “*Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: ... 2. Las mujeres casadas.*”; b) artículo 57, inciso 4: “*Son representantes de los incapaces: ... 4. De las mujeres casadas, sus maridos.*”; c) artículo 515, inciso 1: “*Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Las Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas, tales son: 1. Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos.*” (este inciso ha sido derogado por la ley 17.711); d) artículo 990: “*No pueden ser testigos en los instrumentos públicos: ... las mujeres...*”;

¹⁶ “*La mujer, durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los próximos parientes de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su voluntad*” (Leyes de Manú, v. 147, 148) En sentido similar: a) Gayo, i, 145-147, 190; iv, 118; y b) Ulpiano, xi, 1 y 27.

¹⁷ La mujer ni siquiera en la viudez podía recobrar su dote (Gayo, II, 98)

¹⁸ Más precisamente en el artículo 287 del Código Civil que luego fuera reformado por la Ley N° 23.264 (B.O. 23/10/1985).

¹⁹ Digesto, lib. XVIII, TÍT. I, 2. Gayo, II, 87.

Recién con el transcurso del tiempo y la evolución del derecho apareció la distinción entre cosas corporales e incorpóreas, éstas siempre de difícil aprehensión para el pueblo romano.

Por eso entendemos que el Derecho Romano se encuentra imbuido de un “*halo de corporalidad o materialidad*”⁽²⁰⁾, cuyo origen en realidad se advierte en el Derecho Romano Antiguo conforme al cual la cosa -reiteramos- era el objeto principal de regulación normativa y así se reflejaba en la misma.

Esa visión ha sido heredada no sólo por los sistemas jurídicos de corte romanista sino también por la propia concepción del jurista contemporáneo occidental que mira el derecho a través de esa “lente”: *la cosa (corpórea)*.

Como ejemplos actuales de tal influencia podemos mencionar a los mentados regímenes de multipropiedad -en especial el de los tiempos compartidos⁽²¹⁾- o a las denominadas nuevas formas de dominio que grandes dificultades han ofrecido para los juristas y la comunidad en general en virtud de lo difícil que resulta precisar la “cosa” objeto de dichos derechos.⁽²²⁾

Asimismo, son conocidos los arduos debates doctrinarios (e -incluso- jurisprudenciales) que se han producido -en nuestro derecho en particular y en los de cuño romanista en general- acerca del valor jurídico de las cesiones de derechos hereditarios⁽²³⁾ (especialmente cuando se predicen respecto de un inmueble determinado) y la posibilidad de ejecutar judicialmente (subasta judicial) derechos y acciones.⁽²⁴⁾

²⁰ Que se fue atenuando en la evolución del Derecho Romano como fruto de la espiritualización del mismo.

²¹ Recientemente respecto de los tiempos compartidos se ha sancionado la ley nacional N° 26.356 (B.O. 25/03/2008).

²² “*Dentro de esta categoría (propiedades especiales), en la cual están incluidos los clubes de campo o “countries”, la doctrina agrupa también a barrios privados o cerrados, parques industriales, centros comerciales o centros de compras, cementerios privados y a la multipropiedad o tiempo compartido.*”, y también “No parece compatible un derecho real que confiere a su titular el cúmulo más amplio de potestades que derecho subjetivo alguno atribuye a una persona sobre una cosa, con las particularidades que reviste especialmente la multipropiedad y tampoco -aunque en grado menor de contraste- con las que corresponden a quien participa de un club de campo, de un barrio privado o de cualesquiera otra de las situaciones jurídicas antes mencionadas.” (el subrayado y lo consignado entre paréntesis nos pertenece) (ver Luis O. Andorno, Daniel G. Luna y Norberto O. Frickx en “*Clubes de campo “Countries”*” – Primera reimpresión - Ediciones jurídicas cuyo – Mendoza, Mayo de 2005 - Páginas 28 y 30 respectivamente).

²³ La doctrina se ha escindido entre quienes entienden que en materia de cesión de derechos hereditarios el cesionario es un sucesor universal: RÉBORA / LLERENA / REZZÓNICO / LÓPEZ DE ZAVALÍA -entre otros-, y quienes coligen que el cesionario es un sucesor particular: SEGOVIA / MACHADO / FORNIELES / SALAS / PÉREZ LASALA / MAFFÍA -entre otros-.

²⁴ La doctrina se ha dividido entre quienes admiten la subasta de derechos y acciones: COLMO / PEYRANO / FERRER / CARNELLI / BOQUÉ / SÁNCHEZ TORRES / VENTURA / FUSTER -entre otros-, y quienes la rechazan: DÍAZ DE GUIJARRO / GOYENA COPELLO / SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE / SARAVIA / RÉBORA / VIDELA / RAMACCIOTTI / BIBILONI / FORNIELES / PODETTI / ALSINA / COLOMBO / FASSI / CASTRO / FERNÁNDEZ -entre otros-.

Al respecto cabe recordar que siempre se exige certidumbre a estos actos jurídicos, la que trasunta en el hecho de que se pueda precisar de manera concreta y específica sobre qué objeto -en el sentido de cosa- recaen.

La “*indeterminación e incertidumbre*” concebidas en términos de no poder precisar la “cosa” sobre la que recaen los actos referidos *supra* deviene en el argumento esgrimido para oponerse a la celebración de las cesiones de derechos hereditarios o a subastar derechos y acciones. ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾

Sin duda alguna ello reconoce una clara influencia de este “*halo de corporalidad o materialidad*” de raigambre romanista.

Éste también emerge en otros aspectos del Derecho Romano. Piénsese sin más en las cosas, las que han sido entendidas por éste como objetos materiales o corpóreos apreciables pecuniariamente.

Ahora bien, ¿qué importancia reviste para el Derecho Contemporáneo esta concepción materialista?

Pues es esencial, tal como lo hemos desarrollado *supra*; y si no detengámonos a reflexionar en los objetos inmateriales como objeto de regulación normativa: ¿acaso eran cosas para el Derecho Romano?, y -en su caso- ¿qué regulación les cabía?

Tan marcada es la influencia de este “*halo de corporalidad o materialidad*” que bien podríamos decir que a la par del régimen de las cosas fue apareciendo con el tiempo el de las “*cuasi-cosas*” ⁽²⁷⁾ -es decir, de lo que hoy denominamos: *bienes en sentido estricto* ⁽²⁸⁾-,

²⁵ En este sentido reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia por la negativa a subastar derechos y acciones hereditarios: C. 4ª CC Cba., 16/09/05 – Auto N° 416 – “*Mercadal, Miguel Ángel c./ Arco, Isabel y otros – Ordinarios – Otros – Recurso de Apelación*” (ver *Diario Jurídico de Córdoba* (Publicación digital para abogados y magistrados) - Martes, 18/10/2005 – Año 4 – N° 829); Cám. Civil 1° de la Cap. Mayo 26 de 1992 / T. 8, p. 445; Cám. Civil 1° de la Cap., setiembre 1° de 1921 / T. 7, p. 275; Cám. Fed. de la Cap., setiembre 2 de 1925 / T. 17, p. 401); Cám. Fed. de la Cap., setiembre 2 de 1925 / T. 17, p. 401. En idéntico sentido se ha manifestado la doctrina: Podetti, Alsina, Colombo, Farsi, Castro, Fernández, Díaz De Guijarro, Rébora, Videla, Ramacciotti, Bibiloni, Fornieles, Lafaille, Saravia, Goyena Copello, Sánchez de Bustamante, Zannoni –entre otros.

²⁶ Para mayor abundamiento ver el trabajo de Gabriel Anibal Fuster en “*Subasta judicial de derechos hereditarios*” - Revista LexisNexis Córdoba (en prensa).

²⁷ El prefijo “*cuasi*” deviene del latín “*quasi*” que significa: “(...) *conj (con subj.): como si, bajo pretexto de // adv.: como, por así decirlo, en cierta manera // aproximadamente, casi. (...)*” (ver “*Diccionario Ilustrado Latino – Español, Español – Latino*” – Duodécima edición – Bibliograf, S.A. – España (Barcelona), Febrero de 1980 - Página 414).

²⁸ El artículo 2311 del Código Civil Argentino (reformado por la Ley N° 17.711 – B.O. 26/04/1968 y Fe de Erratas B.O. 05/05/1968) prevé: “(...) *Se llaman cosas en este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. (...)*”.

como resultado del proceso de espiritualización del Derecho Romano que se fue suscitando a lo largo de la historia.

Esto hace que en el ámbito de las relaciones reales exista por un lado la posesión de las cosas y por otro la “cuasi-posesión” de los objetos inmateriales (bienes en sentido estricto o “cuasi-cosas”) (29), tal como hemos de desarrollarlo más adelante.

b) Las nociones de “patrimonio” y “herencia”

Este “halo de corporalidad o materialidad” no es fruto de una mera elucubración doctrinaria destinada a alborozar a teóricos de gabinete, sino que -muy por el contrario- emerge del estudio y observación de diversas figuras jurídicas propias del Derecho Romano y trasunta en efectos prácticos esenciales.

En primer lugar, influye en la concepción del patrimonio de una persona y en su composición; y, en segundo lugar, en la noción de herencia.

En efecto, es necesario analizar si el patrimonio de una persona se compone sólo de cosas (30) o si -aparte de ellos- también se conforma de bienes (en sentido estricto). (31)

A tal efecto debemos señalar que si adscribimos a la postura materialista (BUTELER CÁCERES (32)) sin duda alguna lo concebiremos como un mero conjunto de cosas de las que una persona puede carecer y -en consecuencia- adolecer de patrimonio.; y ello influirá en la

²⁹ El término en cuestión sólo aparece referido de manera expresa en un solo dispositivo normativo de nuestro Código Civil; más precisamente en el artículo 3961 que reza: “(...) *La prescripción de las acciones reales a favor de un tercero, tenedor e la cosa, comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión o de la cuasi-posesión que le sirve de base... (...)*” (el subrayado nos pertenece).

³⁰ A los fines metodológicos del presente trabajo hemos de denominar a esta postura “concepción materialista” del patrimonio, que en palabras de Buteler Cáceres se denomina “concepción finalista del patrimonio” (ver José A. Buteler Cáceres en “Manual de Derecho Civil” – Parte General – Editorial Advocatus – 3º Edición actualizada con las leyes 23264 y 23515. Incluye Proyecto de Unificación - Página 192).

³¹ A los fines metodológicos del presente trabajo hemos de denominar a esta postura “concepción humanista” del patrimonio, que en palabras de Buteler Cáceres se denomina “concepción metafísica del patrimonio” (ver José A. Buteler Cáceres en “Manual de Derecho Civil” – Parte General – Editorial Advocatus – 3º Edición actualizada con las leyes 23264 y 23515. Incluye Proyecto de Unificación - Páginas 191/192).

³² “...ese concepto nuevo, contemporáneo, el de patrimonio-fin, o si se quiere, el patrimonio es lo que es, vale decir, un conjunto de bienes afectados a un fin jurídico. Si ello es así, si el patrimonio es un conjunto de bienes afectado a un fin jurídico, no es exacto que no pueda haber persona sin patrimonio. El que carece en absoluto de bienes no tiene patrimonio.” (ver José A. Buteler Cáceres en “Manual de Derecho Civil” – Parte General – Editorial Advocatus – 3º Edición actualizada con las leyes 23264 y 23515. Incluye Proyecto de Unificación - Página 192).

noción de herencia, la que será entendida como el conjunto de cosas de una persona una vez deducidas sus deudas.

De lo contrario estaríamos admitiendo -tácitamente- que la herencia se compone de derechos activos y pasivos lo que supondría una “*espiritualización*” de la noción de patrimonio.

Ahora bien, si concebimos al patrimonio como un atributo de la personalidad (AUBRY Y RAU ⁽³³⁾/ LLAMBÍAS ⁽³⁴⁾/ ALTERINI ⁽³⁵⁾/ CIFUENTES ⁽³⁶⁾/ MUSTO ⁽³⁷⁾) pues entonces la herencia se compondrá de los derechos activos y pasivos, es decir, de los créditos y las deudas y no habrá persona sin patrimonio.

En resumen, si el patrimonio se compone sólo de cosas (*concepción materialista*), el mismo no es un atributo de la personalidad y puede haber personas sin patrimonio. Ello supone concebir a la herencia como el conjunto de cosas de una persona una vez deducidas sus deudas.

En cambio, si concebimos al patrimonio como el conjunto de cosas y bienes (en sentido estricto) (*concepción humanista*), entonces el mismo es un atributo de la personalidad y -en consecuencia- no puede haber persona que carezca del mismo.

Ello implica conceptualizar a la herencia como constituida por derechos activos y pasivos.

A nuestro entender es la concepción humanista la que ha adoptado el codificador civil argentino ⁽³⁸⁾ con los corolarios que adscribir a la misma supone.

³³ Ver Aubry, C. – Rau, C., *Cours de droit civil francais*, 4° ed., Paris, Marchard-Billard, 1868-1878.

³⁴ Ver Jorge Joaquín Llambías y Jorge Horacio Alterini en “*Código Civil Anotado – Derechos Reales*” - Doctrina – Jurisprudencia - Tomo IV-A – Derechos Reales – Artículos 2311 a 2755 – Editorial Abeledo Perrot - Buenos Aires, 1981 - Página 13.

³⁵ Ver Jorge Joaquín Llambías y Jorge Horacio Alterini - ob. cit. - Página 13.

³⁶ “*Nuestro codificador y las normas del Código Civil, se han adscripto sin duda al criterio de que el patrimonio es un atributo de la persona y, por ende, está ligado inescindiblemente con ella. La base filosófica se debe a Aubry y Rau, juristas franceses, que elaboraron con toda precisión la teoría del patrimonio, como concepto ideal y jurídico, considerándolo un aspecto de la personalidad.*” (ver Santos Cifuentes en “*Elementos de derecho civil*” - Parte general – 2° edición ampliada y actualizada – Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires, 1991 - Páginas 121/122).

³⁷ “*...la generalidad de la doctrina entiende que en la universalidad está comprendido también el pasivo, o sea las deudas... Compartimos la opinión mayoritaria, puesto que en la práctica cuando se refiere a una situación patrimonial, tanto en el aspecto económico, como en el jurídico y en el impositivo, se tienen en cuenta tanto el activo como el pasivo del patrimonio y es justamente ese activo el que garantiza el pasivo.*” (ver Néstor Jorge Musto en “*Derechos Reales*” – Tomo I – Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma – Ciudad de Buenos Aires, 2000 - Página 111).

³⁸ En identidad con lo concebido al respecto por el Derecho Romano

Si el patrimonio se compone de cosas y bienes en sentido estricto, deviene en un atributo de la personalidad de la que ninguna persona puede carecer y -en consecuencia también- la herencia de la misma se compone de derechos activos y pasivos.

Pero lo curioso es que esta posición nuestra es precisamente la acuñada por el Derecho Romano, con lo cual queda evidenciada que en la mentalidad de los juristas que sostienen la concepción materialista del patrimonio se ha hipertrofiado y exacerbado el referido “*halo de corporalidad o materialidad*” que tenemos señalado.

En efecto, en el Derecho Romano: “El patrimonio comprende dos partes; los bienes son el activo, y las deudas, el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenga vida, sus acreedores tienen por garantía no solamente sus bienes presentes, sino también sus bienes futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. Si muere, el derecho romano le da un continuador de su persona, llamado heredero, que en su lugar queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas, como si las hubiese contraído.” (el subrayado nos pertenece). ⁽³⁹⁾

Ello no ha sido ajeno al insigne codificador civil argentino ⁽⁴⁰⁾ quien ha consagrado este instituto adscribiendo a la postura romanista de la que se encuentra empapada nuestra regulación positiva.

Por lo tanto nos parecen absolutamente desacertadas aquellas expresiones doctrinarias que entienden que el patrimonio sólo se compone de bienes o cosas -es decir, el activo-, y que -en consecuencia- la herencia es el activo patrimonial previa deducción del pasivo. ⁽⁴¹⁾

IV. LAS RELACIONES REALES

a) De las relaciones reales “cuasi”

³⁹ Ver Eugène Petit - ob. cit. - Página 489 – n° 532.

⁴⁰ Don Dalmacio Vélez Sársfield.

⁴¹ En este sentido la doctrina ha dicho “(...) La herencia es así el conjunto de los bienes y derechos del difunto que no se extingue por su muerte, deducidas sus deudas, sobre el que recaen los derechos del heredero o del legatario, a quien se transmiten. Es la universalidad jurídica constituida por el patrimonio del muerto transmitido al heredero, quien así lo adquiere... (...)” (el subrayado nos pertenece) (ver Luis De Gásperi en “Tratado de Derecho Hereditario - I - Parte General” - Tipográfica editora argentina – Buenos Aires, 1953 – Páginas 03/04).

Solía decir un reconocido jurista argentino que: “...cuando se quiere caracterizar una relación real posesoria que tiene por objeto un bien y no una cosa, tradicionalmente, al tratarse de relación semejante a la posesión, se habla de “cuasi posesión”. Y de allí que nosotros, en el presente trabajo, extendamos ese procedimiento terminológico a todas aquellas relaciones que pueden darse con relación a bienes y no a cosas, usando la misma expresión con que se designa la relación real relativa a la cosa y anteponiéndole la palabra “cuasi”.” (el subrayado nos pertenece) ⁽⁴²⁾, cuando -por ejemplo- en lugar de recaer sobre un objeto material la relación recae sobre bienes.

Es decir que siguiendo las distinciones que venimos formulando en el presente trabajo, junto a las relaciones reales que son propias del régimen de las cosas aparecen las que podríamos llamar *relaciones reales “cuasi”* propias del régimen de las “cuasi cosas” (o bienes en sentido estricto).

En este sentido bien podemos hablar no sólo de “cuasi-posesión” sino también de “cuasi-tenencia”, pero mal podríamos hacerlo de “cuasi-yuxtaposición” porque esta última relación no suele tenerse con bienes sino solamente con cosas u objetos corporales.

En el Código Civil argentino el vocablo “cuasi-posesión” aparece circunstancialmente en el artículo 3961 ⁽⁴³⁾, mas ya hemos sostenido reiteradamente que -a pesar de que la doctrina a escrito cantidades de páginas sobre la cuasiposesión- realmente en nuestro derecho positivo no es menester para nada hablar de ella.

Sin embargo es dable señalar que la distinción entre “relaciones reales” y “relaciones reales cuasi” reconoce su origen en el propio Derecho Romano y en su diferenciación entre cosas corporales e incorporeales.

Respecto de estas últimas no era posible predicar la posesión ⁽⁴⁴⁾ y es por ello que – como creación pretoriana- apareció el concepto de cuasi-posesión.

⁴² Ver Alberto D. Molinario en “De las relaciones reales” – Editorial Universidad S.R.L. – Buenos Aires, 1981 – Página 92.

⁴³ Más precisamente, en el artículo 3961 del Código de Vélez que reza: “La prescripción de las acciones reales a favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión o de la cuasi-posesión que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase, por razón de una condición aún no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos.” (el subrayado nos pertenece).

⁴⁴ Ver Eugéne Petit - ob. cit. - Página 200 – n° 165 bis.

De este mismo modo se fue empleando el prefijo “cuasi” para predicarlo de todas aquellas figuras jurídicas que tenían por objeto cosas incorpóreas. ⁽⁴⁵⁾

b) La posesión y la impertinencia de su registración

El título del presente acápite obedece a algunas pretensiones contemporáneas proclives -en aras de una “pretendida” finalidad saneadora de titularidades dominiales- instituir la registración de la posesión. ⁽⁴⁶⁾

Al respecto es dable señalar que el propio Derecho Romano fue contrario a semejante pretensión, tal como emerge indubitable del propio texto del Digesto ⁽⁴⁷⁾ que sobre el particular ha dicho: “*Nec possessio et proprietates misceri debent.*”. ⁽⁴⁸⁾

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de esta proscripción?

Pues que la posesión es un hecho y que -por tanto- mal puede pretenderse registrar un hecho en un registro de títulos como lo es el registro de la propiedad inmueble.

Esto no significa que -en general- en materia jurídica los hechos no puedan ser registrados ⁽⁴⁹⁾ sino que en lo atinente a los derechos reales hechos como la propia posesión no son susceptibles de registración.

Reconocidos registralistas del derecho hispano así lo refieren diciendo: “*Para el Derecho romano, propiedad y posesión, señorío jurídico y potestad de hecho se hallan separados por un abismo procesal (nihil commune habet proprietates cum possessione).*”. ⁽⁵⁰⁾
⁽⁵¹⁾

⁴⁵ Verbigracia: *quasi usufructus* (cuasi usufructo), *quasi possessio* (cuasi posesión), *quasi traditio* (cuasi tradición), etcétera.

⁴⁶ Desgraciadamente en la República Argentina encontramos una ley extremadamente desafortunada dictada en la Provincia de Córdoba y que lleva el número 9150 que instituye la registración de la posesión. Sobre el particular y a los fines de profundizar el análisis de la misma ver el trabajo de Gabriel Anibal Fuster en “*Registro y posesión. La ley 9150 y el Registro personal de Poseedores*” – Revista LexisNexis Córdoba N° 3 / Marzo, 2008 – Páginas 252/273.

⁴⁷ Digesto, 42, 2, 52 pr.

⁴⁸ Dicha expresión -traducida- enuncia: “*La posesión y la propiedad no deben mezclarse.*”.

⁴⁹ Por ejemplo, el hecho del nacimiento de una persona o su fallecimiento son objeto de registración en el registro del estado civil y capacidad de las personas.

⁵⁰ Ver Jerónimo González y Martínez en “*Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*” – Tomo II - Ministerio de Justicia – Sección Publicaciones – Madrid, 1.948 - Página 61.

⁵¹ Juristas argentinos de renombre se han pronunciado categóricamente en contra de tan absurda pretensión. A saber: CORNEJO / VILLARÓ / VENTURA -entre otros-. Asimismo lo han hecho juristas hispanos tales como

Asimismo, la doctrina ha dicho: “(...)...la coexistencia de un doble tipo de inmatriculaciones registrales, en propiedad y en posesión, no tienen consistencia (...) (...) Sólo han de permitirse las inmatriculaciones e inscripciones del dominio o derechos reales, pero nunca la posesión. (...)”.⁽⁵²⁾

A nuestro entender la pretendida posesión tabular o registral reviste una calidad jurídica sustancialmente inferior a la posesión física⁽⁵³⁾, tal como ha sido reconocido por la doctrina extranjera diciendo:

“(...) Únicamente la posesión física es verdaderamente posesión, la tabular no es ni siquiera una especie coordinada de la física...porque la posesión tabular no goza de la característica protección posesoria de los interdictos. (...)”.⁽⁵⁴⁾

En idéntico sentido se ha expresado: “(...) Ateniéndonos al concepto de posesión la posesión tabular o registrada... ..no es verdadera posesión. (...)”.⁽⁵⁵⁾

V. LOS DERECHOS REALES

a) La “aparente” distinción entre derechos reales y personales

El subtítulo del acápite obedece a que ya se ha controvertido si la distinción entre derechos reales y personales es cierta y verdadera o -muy por el contrario- tan sólo aparente.⁽⁵⁶⁾

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ / ROCA SASTRE / ROCA SASTRE MUNCUNILL -entre otros-.

⁵² Ver Ramón María Roca Sastre en “*Derecho Hipotecario*” – Sexta Edición – Tomo I – Bosch, Casa Editorial - Barcelona, 1.968 - . Página 871.

⁵³ Ver Gabriel Anibal Fuster en “*Registro y Posesión – La Ley N° 9.150 y el Registro Personal de Poseedores*” – Revista Lexisnexis Córdoba N° 3 – Marzo 2008 – Página 252 y subsiguientes.

⁵⁴ Ver Randa “*Der Besitz*” – Segunda edición – Leipzig, 1.876 - Páginas 60 y siguientes (citado por Jerónimo González y Martínez – ob. cit. - Tomo II - Página 64).

⁵⁵ Ver Krainz en “*Pfaff, Ehrenzweig-System des ost, allg. Privatsvechts*” – Quinta edición – I – Viena, 1.913 - Página 459 (citado por Jerónimo González y Martínez - ob. cit. - Tomo II - Páginas 65/66).

⁵⁶ “*Pareciera que los fundamentos de la postura de Vélez para apartarse de la fuente francesa en cuanto a la necesidad de la tradición para que se adquiriera sobre la cosa un derecho real, plasmada en la extensa e ilustrativa nota al art. 577 del Cód. Civil, le lleva al extremo de aplicar el principio de la tradición como modo transmisor, no sólo al ámbito de los derechos reales, sino también al de las obligaciones.*” (ver Gabriel B. Ventura en “*Tracto Abreviado Registral*” – Editorial Hammurabi S.R.L., José Luis Depalma Editor – Buenos Aires, 2005 - Página 45 – nota a pie de página n° 2).

En realidad, partiendo de concebir al Derecho como un todo único sólo se puede concluir que sus clasificaciones y distinciones son meramente metodológicas.

Más aún teniendo en cuenta que estamos en el campo de las ciencias sociales y que nuestra querida ciencia jurídica -como tal- es siempre una ciencia de tendencias o matices.

En efecto, a nuestro entender la distinción entre derechos reales y personales no es cierta ni verdadera -tal como lo ha señalado ya alguna doctrina nacional (LÓPEZ DE ZAVALÍA⁽⁵⁷⁾/ VENTURA⁽⁵⁸⁾)-, pero dado el motivo de elaboración del presente trabajo sólo nos pronunciaremos acerca de los fundamentos del Derecho Romano en que sustentamos nuestra opinión, dejando de lado cualquier otro tipo de consideración al respecto.

Sobre el particular resulta muy ilustrativa la nota al artículo 2502 del Código Civil que reza: “El Derecho Romano no había formulado científicamente la clasificación de derechos reales, y derechos personales. La división la aplicaba a las acciones. Omnium actionum, dice la Instituta, summa divitio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam. Instituta, Lib. 4, Tit. 6, § 1.” (el subrayado nos pertenece).

Ello demuestra que la distinción que se formulaba en el Derecho Romano era entre acciones reales y personales⁽⁵⁹⁾ y la única definición de los derechos reales puede haber sido indirecta tal como lo refiere el codificador civil argentino⁽⁶⁰⁾ al decir: *“El Digesto, explicando la distinción de las acciones reales (vindicaciones) y de las acciones personales (condiciones) nos da una excelente definición de los derechos reales y de los derechos personales...namque agis unusquisque aut cu meo qui ei obligatus est.... quo casu proditae sunt acciones in personam aut cu meo agit qui nullo jure ei obligatus est., quo casu proditae acciones in rem sunt. (l. 25, dig. de obligat. es act.)”*.⁽⁶¹⁾

Precisamente, es siguiendo esas líneas histórico-jurídicas que la doctrina (VENTURA) ha llegado a sostener que en el derecho positivo argentino siempre prescriben acciones.⁽⁶²⁾

⁵⁷Ver Fernando López de Zavalía en Teoría de los contratos – Tomo 2 – Parte Especial (1) – Editorial Víctor P. de Zavalía – Buenos Aires, 1976 - Páginas 557 /558.

⁵⁸ Gabriel B. Ventura: sus clases.

⁵⁹ *“Es absoluto el derecho de propiedad, y relativo el de crédito... ..En el mundo romano, tal distinción halla su correspondencia en la distinción entre las acciones in rem e in personam...”* (ver Vicente Arangio-Ruiz en *“Instituciones de derecho romano”* – Traducción de la 10ª edición italiana - Reimpresión inalterada – Ediciones Depalma Buenos Aires – Buenos Aires, 1986 - Páginas 37/38).

⁶⁰ Ver nota al artículo 2502, párrafo octavo del Código Civil Argentino.

⁶¹ Ver nota al artículo 2502, párrafo noveno del Código Civil Argentino.

⁶² *“a. SIEMPRE LA PRESCRIPCIÓN SE REFIERE A ACCIONES:”* (ver Gabriel B. Ventura en *“La prescripción liberatoria y la usucapión”* - Revista Zeus – Año XIII – 27 de Febrero 1986 – N° 2849 – T. 40 – Página 04). En idéntico sentido: *“La necesaria desmitificación de la prescripción”* de Gabriel Anibal Fuster (aún inédito).

Por lo tanto, la distinción entre derechos reales y personales no es absoluta y tajante, lo que en el Derecho Positivo Argentino luego influye -por vía de consecuencia- en otros aspectos del mismo, tales como en la dinámica constitutiva de los derechos reales, en la separación entre las acciones reales y personales, en la prohibición de acumular el juicio posesorio con el petitorio y en la prohibición de presentar títulos en materia posesoria -entre otros-.

Al respecto tenemos dicho: *“Entonces -insistimos- no puede sostenerse que: “No se presentan títulos en materia posesoria” (o -reformulando la máxima- “Nada tienen que hacer los títulos en materia posesoria”) como un “dogma incontrovertible” sino como un principio general del derecho en materia posesoria, y que -como tal- reconoce excepciones; las que -por cierto- son inevitables en una ciencia de tendencias como es nuestra querida ciencia del derecho.”.* ⁽⁶³⁾

Y también: *“Contrario sensu, ya en materia de acciones reales se advierte cómo la relación real posesoria deviene en un elemento esencial a los fines de dirimir los conflictos que se planteen. Más precisamente, del artículo 2.789 al 2.792 del Código Civil nuestro codificador prevé una serie de presunciones a fin de dirimir los conflictos que se susciten entre el actor y el demandado en un juicio de reivindicación cuando no pueda acreditarse ciertamente el derecho real que legitima el ejercicio de la acción de que se trata.”.* ⁽⁶⁴⁾

En resumen, en el Derecho Argentino la diferencia entre derechos reales y personales no es sustancial sino tan sólo metodológica, en identidad con lo que sucedía en Roma que no conoció la referida distinción sino tan sólo respecto de las acciones (reales y personales).

b) La dinámica constitutiva de los derechos reales y la “tradición” ⁽⁶⁵⁾

⁶³ Ver Gabriel Anibal Fuster en *“Extremos a acreditar por el accionante en un juicio posesorio”* – Revista LexisNexis Córdoba N° 12 / Diciembre, 2007 – Página 1110.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Para un estudio más profundo y específico ver Luis Moisset de Espanés en *“La tradición traslativa del dominio”* – Revista de Derecho Privado – Noviembre-Diciembre, 2004 - Pág. 771 a 786.

En el derecho argentino nuestro codificador civil ha consagrado el régimen romanista que impone la necesidad de reunir dos elementos esenciales: el *título* y el *modo* a los fines de la constitución de los derechos reales.

Así lo ha hecho en contraposición al régimen francés, calificado por la doctrina de *consensualista*, en el cual éstos se constituyen *sólo título*, es decir, por la mera voluntad del constituyente y sin que sea necesario complemento fáctico alguno a tales efectos.

Ahora bien, ¿cuál es el régimen jurídico adecuado en la materia?

A nuestro entender y sin lugar a dudas el régimen más adecuado es el de la teoría del título y el modo, de puro cuño romanista, que ha prohijado nuestro codificador civil.

Ello en la inteligencia de que a nadie la interesa ser dueño de una cosa que no puede poseer.

¿Quién adquiere una cosa sin intención de usar y gozar de ella?

La posesión es esencial en materia de derechos reales como queda evidenciado en aquellos institutos jurídicos en los que resulta más difícil precisar ora su existencia (-verbigracia- hipoteca), ora los alcances de dicha relación real (-por ejemplo- usufructo).

En el marco de la dinámica constitutiva de los derechos reales quizá sea la “*tradición*” la figura más emblemática y paradigmática.

En el derecho romano la tradición era una forma “*más espiritualizada*” de transmisión de la propiedad de la cosa que sus antecesoras: la *mancipatio* y la *in iure cessio*, en la que la “*entrega material y voluntaria de la cosa*” revestía esencial importancia a los fines de la consolidación de los derechos en cabeza del adquirente.

Así lo ha reconocido la doctrina especializada diciendo: “*La tradición es el más importante de los modos de adquirir del derecho de gentes.*”.⁽⁶⁶⁾

La tradición es entendida en el derecho argentino como un modo de adquisición del dominio (y de los derechos reales en general) en identidad con lo que sucedía en el Derecho Romano.

⁶⁶ Ver Eugéne Petit - ob. cit. - Página 206 – n° 173.

Justo es destacar -sin embargo- que la tradición no es exclusiva de los derechos reales sino -muy por el contrario- propia de la transmisión de los derechos patrimoniales en general.

La prueba palmaria de nuestros dichos es que *la tradición entraña un verdadero pago*, en el sentido estricto del término, pues quien “*entrega una cosa*” cumple con una obligación (derecho personal) contraída con anterioridad y consolida el derecho de dominio (derecho real) en cabeza del adquirente.

Por tanto, *la tradición es un acto jurídico* en los términos del artículo 944 del Código Civil Argentino que en su dinámica funcional deja en evidencia como confluyen diversas materias del derecho (obligaciones, derechos reales, relaciones reales, etcétera) en torno a la misma.

En efecto, quien entrega una cosa puede estar dando cumplimiento al mismo tiempo a diversos dispositivos normativos tales como los artículos 725, 2377, 2601 -entre otros- del Código Civil.

Al respecto es dable señalar cómo diversos dispositivos normativos del Código de Vélez atinentes al pago hablan de “*entregar una cosa*” (verbigracia: artículos 740 y 745 -entre otros-).

Así lo hace por ejemplo el artículo 740 que dice: “*El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor*”.

Respecto de este dispositivo es dable destacar que nos habla de “*entrega de una cosa*” y además es menester poner de resalto “*el carácter voluntario del acto de entrega*” que es dejado en evidencia cuando la norma alude a que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra.

En conclusión en el Derecho Romano la tradición era un modo de adquisición de la propiedad, y -por tanto- un acto jurídico de carácter *solutorio* en identidad a lo que acontece en el Derecho Civil Argentino.

c) El derecho real de usufructo y la posesión

Suele señalarse que los romanos predicaban la distinción entre posesión y cuasi posesión en virtud de la diferenciación que realizaban entre cosas corpóreas e incorpóreas.

La posesión -dada su calidad de señorío sobre una cosa- era susceptible de verificarse sólo respecto de las primeras mas no de las segundas.

Así lo reconoce la doctrina diciendo *“Las cosas incorpóreas tampoco pueden poseerse, puesto que no se las puede retener materialmente, corpore.”* ⁽⁶⁷⁾

Esta rígida concepción del Derecho Romano fue cediendo con el correr del tiempo y comenzó a advertirse la *“...analogía entre la posición del poseedor y la de quien se comporta como titular de otro derecho; puede en consecuencia verse inclinado a llamar poseedor de una servidumbre de pasaje a quien se comporta como si fuese su titular...”* ⁽⁶⁸⁾

Así *“...los jurisconsultos terminaron por extender la idea de posesión a las servidumbres, y por admitir que pueden ser objeto de una quasi possessio o possessio juris.”* ⁽⁶⁹⁾

Pero, ¿qué sucede en el Derecho Argentino?

Pues curiosamente se mantiene la distinción entre posesión y cuasiposesión como categorías diferentes cuando en realidad la diferenciación entre cosas corpóreas e incorpóreas ya ha sido superada perdiendo -en consecuencia- sustento también la primera pretendida clasificación. ⁽⁷⁰⁾

Por lo tanto, ningún asidero encuentra hablar de cuasiposesión y mucho menos predicar esta relación real respecto del usufructo; y dentro de él particularmente del usufructuario.

⁶⁷ Ver Eugéne Petit - ob. cit. - Página 200 – n° 165 bis.

⁶⁸ Ver Vincenzo Arangio-Ruiz - ob. cit. - Página 310 – § 4.

⁶⁹ Ver Eugéne Petit – ob. cit. - Página 200 – 165 bis.

⁷⁰ Es dable advertir que en el propio derecho romano esta rígida distinción fue siendo superada con el tiempo. Así lo reconoce la doctrina diciendo: *“Tal extensión analógica es frecuente en el derecho justiniano, y frecuentísima en el derecho intermedio y en la ciencia moderna. Mucho más discutidos son los engranajes ofrecidos por el derecho romano antiguo y clásico.”* (ver Vincenzo Arangio-Ruiz - ob. cit. - Página 310 – § 4).

En efecto, en el ámbito de los derechos reales, el usufructuario -que para muchos de los autores ⁽⁷¹⁾ que hablan de cuasi-poseción ⁽⁷²⁾ es un cuasi-poseedor- es en realidad un verdadero poseedor pero de un tipo de posesión distinta de la que tiene el “*dominus*”. ⁽⁷³⁾

Así nos hemos pronunciado ya diciendo: “(...)... *el usufructuario, el usuario, el habitador, el titular de una servidumbre o de una prenda, tiene la posesión de esos derechos. Es cierto que la mayor parte de los tratadistas hablan en estos casos de “cuasiposeción: nosotros creemos, en cambio, que se trata de las distintas especies de posesión a que Vélez hace referencia cuando dice que “no pueden concurrir sobre la misma dos posesiones iguales y de la misma naturaleza” (artículo 2401). (...)”* (el subrayado nos pertenece). ⁽⁷⁴⁾

Entonces con respecto a esta cosa puede haber la posesión que deriva de la relación real de derecho de propiedad y al mismo tiempo existir la relación de posesión propia del usufructo.

El artículo 2401 del Código Civil les dice que “*dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden ocurrir sobre la misma cosa*” pero esta expresión del propio Código está demostrando que el concepto de posesión no se reduce al ser titular del derecho real de dominio.

En efecto, pueden haber otras posesiones de distinta naturaleza.

No podrán concurrir sobre la cosa simultáneamente dos posesiones con el “*animus*” de “*dominus*”, que serían dos posesiones iguales de la misma naturaleza, pero sí pueden concurrir sobre la cosa la posesión del dueño con la del usufructuario, porque son posesiones de distinta naturaleza.

Por lo tanto, en este caso no es menester hablar de que el “*dominus*” tiene posesión y el usufructuario cuasi-poseción sino que es dable destacar que el régimen que los liga a

⁷¹ En contra: “*Es éste (la cuasi-poseción) un tercer tipo de fenómeno, intermedio entre la posesión y la tenencia fuerte, sobre cuya autonomía no reina acuerdo, pero que nosotros afirmamos...*” (lo consignado entre paréntesis y el subrayado nos pertenecen) (ver Fernando López de Zavalía en “*Derechos Reales*” - Tomo I - Zavalía Editor - Buenos Aires, 1989 - Página 284).

⁷² La expresión “*cuasi-poseción*” deriva del latín “*quasi (como si fuera) ex possessione*”.

⁷³ En este sentido: “*Es decir, pretendía contemplar la denominada cuasiposeción como especie de relación real distinta de la posesión strictu sensu, lo que en nuestra opinión resulta equivocado.*” (el subrayado nos pertenece) (ver Gabriel Anibal Fuster y Gabriel B. Ventura en “*De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia*” - Revista LexisNexis Córdoba, Septiembre / N° 9 - Página 733). En contra: “*Es éste (se refiere a la cuasi - posesión) un tercer tipo de fenómeno intermedio entre la posesión y la tenencia fuerte, sobre cuya autonomía no reina acuerdo, pero que nosotros afirmamos.*” (lo consignado entre paréntesis y el subrayado nos pertenecen) (ver Fernando J. López de Zavalía - ob. cit. - Página 284.)

⁷⁴ Ver Luis Moisset de Espanés en “*Prescripción*” - Editorial Advocatus - Córdoba, 2004 - Página 87.

ambos va a ser el mismo a los fines del ejercicio del derecho real en cuestión; más precisamente, el derecho real que corresponda al “*animus*” (75) posesorio de esa posesión y de esa naturaleza.

Fijense, por ejemplo, que incluso aparentemente podrían concurrir dos posesiones con “*animus*” de “*domino*” y no de “*condómino*”, pero en realidad allí concurrirían dos posesiones con ánimo de condómino, cada una de ellas por la porción ideal que le corresponda de la cosa; entonces estaría diferenciada por el objeto y -en consecuencia- el objeto no es exactamente el mismo.

En efecto, tiene la misma naturaleza, pero recae uno sobre una parte ideal indivisa del objeto y otro sobre la otra parte ideal indivisa del objeto, lo que en modo alguno desnaturaliza o cambia lo dispuesto por el artículo 2401 del Código Civil.

La única oportunidad -insistimos- en que el codificador argentino menciona la palabra “*cuasi posesión*” es en el artículo 3961 del Código Civil argentino, mas a nuestro entender ello no implica un distingo sustancial pues en realidad está haciendo referencia – precisamente- a esa posesión de distinta naturaleza, propia de la que se ejercita para tener un derecho real distinto de la propiedad.

En ambos casos desde el momento en que se ejercita la relación de hecho, en virtud de la cual se pretende adquirir ese derecho va a poder correr la prescripción.

Por lo tanto es menester destacar que la cuasi-posesión y la posesión no deben diferenciarse por sus efectos, sino simplemente por el hecho de que tienen distinta naturaleza jurídica, pero sus regímenes jurídicos -incluso para la adquisición de derechos por prescripción- son los mismos.

Ello, porque cuando se trata de una “*possessio ad usucapionem*” como diría en latín, es decir, de la posesión para adquirir por usucapión el derecho real se aplica lo mismo, le llamemos posesión o cuasi-posesión, lo único que sucede es que lo que se va a adquirir es el derecho real correspondiente a la naturaleza de la posesión que estamos ejercitando.

Quien está ejercitando con “*animus*” de dueño no va a adquirir otra cosa que el dominio, y el que esta ejercitando con ánimo de usufructuario no podrá adquirir el dominio, sino solamente el usufructo.

⁷⁵ En el sentido de “*intención*”.

Asimismo, el que lo hace como usuario o habitador va a tener también una posesión de naturaleza distinta y si la está ejercitando con ánimo de adquirirlo como dueño a ese derecho de habitación o a ese derecho de uso, solamente va a adquirir el derecho correspondiente a la posesión que ejercitaba.

d) La noción de “acto posesorio” como requisito de la prescripción adquisitiva en el Código Civil Argentino

Como tenemos dicho en el Derecho Romano las nociones de derecho y religión estaban íntimamente vinculadas, lo que puede apreciarse en diversas figuras y nociones jurídicas, tales como la presente correspondiente al *acto posesorio*.

En efecto, la noción de acto posesorio encuentra su origen en el Derecho Romano y su fundamento en la ley (y -por tanto- en la religión) romana.

Así emerge de textos antiguos tales como el de Sículo Flaco quien ha dicho:

“He aquí lo que nuestros antepasados practicaban: comenzaban abriendo un hoyo pequeño y levantando el Término al borde, lo coronaban con guiraldas de hierbas y flores. Luego ofrecían un sacrificio, inmolada la víctima, hacían correr la sangre hasta el hoyo, arrojaban en él carbones encendidos (probablemente en el fuego sagrado del hogar), granos, tortas, frutas, un poco de vino y de miel. Cuando todo se había consumido en el hoyo, se colocaba la piedra o el trozo de madera sobre las cenizas calientes todavía”. ⁽⁷⁶⁾

Como el lector podrá apreciar en el texto citado se refiere la realización de un acto físico externo con claras connotaciones religiosas mediante el cual se exterioriza la realización de un acto posesorio tendiente a publicitar dicha relación real respecto de un inmueble, que -igualmente- mediante dicho acto resultaba demarcado y era deslindado de los restantes bienes raíces colindantes.

Es dable destacar que el “*término*” era un verdadero acto posesorio, entendido como acto físico externo que demostraba la intención de comportarse como dueño de la cosa, con claras implicancias religiosas.

Pero, ¿qué ha previsto el Derecho argentino sobre el particular?

⁷⁶ Ver Sículo Flaco en “*De conditione agrorum*” – edic. Lachmann, pág. 141; edic. Goetz, pág. 5.

En el artículo 2384 del Código Civil argentino nuestro codificador nos da las pautas necesarias para precisar -método inductivo mediante- qué debemos entender por “acto posesorio”.

Al respecto debemos señalar -como ha dicho la doctrina- que: “...es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella con ánimo de dueño.”. ⁽⁷⁷⁾

Como el buen lector podrá advertir la modificación del objeto contemplada por la norma es la física o material, con lo cual el referido “*halo de corporalidad o materialidad*” de raigambre romanista emerge nuevamente en nuestra regulación sustantiva.

Quien pretenda entonces ejercer actos posesorios con fines adquisitivos por vía prescriptiva deberá cumplir con las pautas brindadas por nuestro codificador en el precepto referido *ut supra* y esto es lo que deberá acreditarse en la instancia judicial respectiva. ⁽⁷⁸⁾

En este sentido la jurisprudencia ha dicho: “...Respecto a los medios probatorios, deben estarse a las reglas generales que rigen la materia, debiendo condicionarse la procedencia de la pretensión a una prueba clara e indubitable, que produzca en el espíritu del juez la convicción de hallarse frente a una situación de hecho que no ofrezca dudas, y que la actitud del presunto poseedor no aparezca como incierta o equívoca y que sea abarcativa de los dos aspectos de la posesión: el animus y el corpus.” (el subrayado nos pertenece). ⁽⁷⁹⁾

Es menester destacar entonces que resulta coherente con la fuente romanística la conceptualización de acto posesorio -con la finalidad publicitaria de la

⁷⁷ Ver Gabriel B Ventura en “Conceptualización de los “actos posesorios”” - Revista Notarial Córdoba N° 61 - Página 96.

⁷⁸ “De este modo, delinear el concepto de acto posesorio es esencial y un presupuesto ineludible a los fines de establecer qué se debe probar y por qué medios hacerlo. Así, si por acto posesorio habremos de entender aquel acto de modificación física de la cosa efectuado con animus domini, no será suficiente la declaración de los testigos a los fines de lograr en el juzgador la eficacia convictiva necesaria para acoger la pretensión del accionante.” (ver Gabriel Anibal Fuster en “Extremos a acreditar por el accionante en un juicio posesorio” – Revista LexisNexis Córdoba N° 12 / Diciembre, 2007 – Página 1111).

⁷⁹ Ver Cámara en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Contencioso Administrativo de la Sexta Circunscripción Judicial - Autos caratulados: “Fernández, Nita Delfina c./ Miguel Ángel Pérez y Otro – Acción de Manutención” (Expte. Letra “C”, N° 12/05) - Sentencia N° 3 de fecha 12/02/2007 (ver Revista LexisNexis Córdoba N° 12 / Diciembre, 2007 – Páginas 1096/1102)

posesión ⁽⁸⁰⁾- que prohija nuestro codificador civil a los fines de la oponibilidad de los derechos reales.

VI. EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA “USURPACIÓN”

El diccionario de la Real Academia Española define a la usurpación como el: “(Del lat. *usurare*) tr. Apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia.” ⁽⁸¹⁾, y señala que el término en cuestión deriva del latín *usurare* que significa: “...adquirir, tomar posesión de // usurpar...” (el subrayado nos pertenece). ⁽⁸²⁾

Ahora bien, en el Derecho Romano la figura de la usurpación era entendida como la interrupción de la usucapión. En efecto, la fuente romanística reza: “*Usurpatio est usucapionis interruptio*” ⁽⁸³⁾

Siendo que a los fines de la usucapión era necesario reunir la condición de poseedor durante el tiempo fijado por la ley es dable señalar que esta interrupción sólo podía predicarse de la posesión (especie de relación real) mas no del dominio (especie de derecho real). ⁽⁸⁴⁾ ⁽⁸⁵⁾

⁸⁰ “...desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tiene una función exteriorizadora, que cuestionará el especialista, pero que impresiona sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral, de allí que la realidad viva podrá mostrar a veces la eficiencia de la publicidad posesoria, que hasta el Código de Prusia de 1794 debió computar que, concebida como publicidad del vulgo, se contrapone a la publicidad registral acuñada en el gabinete jurídico.” (ver CNCiv., Sala C, 21/11/78, “Revista del Notariado”, N° 765, Página 1.040 y LL, 1979-B-259).

⁸¹ Ver “Diccionario de la Lengua Española” de la Real Academia Española -Vigésimo segunda edición – Espasa Calpe S.A. – Edición 2006 – Página 2259.

⁸² Ver “Diccionario Ilustrado Latín – Español; Español - Latín.” Duodécima edición – Febrero 1.980 – Impreso en España - Editorial Biblograf, S.A., 1964 – Página 531.

⁸³ Paulo, L. 2, D., de usurp., XLI, 3.

⁸⁴ En este sentido: “La posesión debe ser continuada durante todo este tiempo sin ser interrumpida. La interrupción hace perder al poseedor el beneficio de la posesión anterior.” (ver Eugéne Petit - ob. cit. - Página 230 – n° 206).

⁸⁵ No ignoramos que en los primeros tiempos de Roma el goce de hecho de la cosa durante un cierto tiempo que permitía la adquisición de la misma por usucapión no era denominada “*possessio*” sino “*usus*”. Recién con la evolución del Derecho Romano la primera noción terminó comprendiendo a la segunda y aplicándose indistintamente para referir el señorío de hecho sobre la cosa tanto en sí cuanto como condición necesaria para la prescripción adquisitiva. En este sentido ver Vincenzo Arangio-Ruiz - ob. cit. - Página 310 – § 4.

Por lo tanto, resulta claro y evidente que en el Derecho Romano la usurpación se predicaba de las relaciones reales -en particular, de la posesión- mas no de los derechos reales.

Éste ha sido el sentido del instituto de la usurpación en el Derecho Romano, y es el que debe mantenerse en las regulaciones normativas actuales pues su sentido sigue siendo el mismo.

Ahora bien, ¿qué sucede en la actualidad?

La regulación civil ha colegido correctamente la figura de la usurpación y así la ha contemplado en el artículo 2456 del Código Civil que prescribe:

“Se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, o haya turbado la del que la usurpó.” (el subrayado nos pertenece).

El problema se ha suscitado a nivel del Derecho Penal que -apartándose de la regulación civil de puro cuño romanista- ha previsto en el artículo 181 del Código Penal que:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1. El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3. El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”

Anteriormente, el artículo 181 del Código Penal -en su vieja redacción - contemplaba la posibilidad de despojar derechos reales tales como son el de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis.

Más precisamente disponía:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1. El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un

derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble;...”.⁽⁸⁶⁾

Ciertamente el legislador argentino pretendía -equivocadamente- aludir al modo normal de ejercicio de estos derechos reales específicos (*iura in re aliena*): *cuasiposesión* como un tipo distinto de la relación real posesoria.⁽⁸⁷⁾

Ahora bien, si como tenemos dicho la palabra usurpación alude a la toma de *posesión* de un bien -es decir a la relación real posesoria- resulta menester analizar la posibilidad de que la misma se verifique tanto respecto de las relaciones reales como de los derechos reales.

A nuestro entender la usurpación sólo puede darse en materia de las relaciones reales y mal puede predicarse respecto de los derechos reales, en identidad con lo que acontecía en el Derecho Romano.

¡Un derecho real en abstracto no puede *per se* ser objeto de usurpación!⁽⁸⁸⁾

En efecto, la *ratio legis* de la persecución penal del usurpador consiste en proteger a quien ha sido privado de la posesión del bien, sea ésta o no el modo normal de ejercicio de un eventual derecho real.

Si nos preguntamos si alguien que ha adquirido un inmueble por escritura pública debidamente registrada e inscripta pero sin haber tomado nunca posesión del bien podría ser víctima del delito de usurpación, debemos responder categóricamente que no.

Al prever la usurpación al Derecho Romano le ha interesado proteger la posesión en tanto modo normal de ejercicio de los derechos reales y -más aún- las relaciones reales (como por ejemplo, tenencia).

⁸⁶ Cfr. Ley N° 24.454 – B.O. 07/03/1995.

⁸⁷ Ya nos hemos pronunciado al respecto diciendo: “...*el usufructuario, el usuario, el habitador, el titular de una servidumbre o de una prenda, tiene la posesión de esos derechos. Es cierto que la mayor parte de los tratadistas hablan en estos casos de “cuasiposesión: nosotros creemos, en cambio, que se trata de las distintas especies de posesión a que Vélez hace referencia cuando dice que “no pueden concurrir sobre la misma dos posesiones iguales y de la misma naturaleza” (artículo 2401).*” (el subrayado nos pertenece) (ver Luis Moisset de Espanés en “*Prescripción*” - Editorial Advocatus - Córdoba, 2004 - Página 87).

⁸⁸ “17) *Consideramos un verdadero desatino hablar de usurpación de un derecho real. Lo que se usurpa es siempre la relación real que constituye su modo normal de ejercicio.*” (ver Gabriel Anibal Fuster y Gabriel B. Ventura en “*De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia*” – Revista LexisNexis Córdoba N° 9 / Septiembre, 2007 - Páginas 719/736.

Consideramos un verdadero desatino hablar de usurpación de un derecho real. Lo que se usurpa es siempre la relación real que constituye su modo normal de ejercicio. ⁽⁸⁹⁾

Por Luis Moisset de Espanés y Gabriel Anibal Fuster.

⁸⁹ En este sentido ha dicho la jurisprudencia: “No puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación quien no tiene el ejercicio actual y efectivo, personalmente o por intermedio de otro, de la posesión, tenencia o demás derechos reales que enumera el tipo penal” (el subrayado nos pertenece). Y también: “El bien jurídico que tutela el tipo de la usurpación no es el nudo derecho de propiedad, sino la tenencia o posesión de hecho, concreta, tal como lo muestra el verbo despojar, ya que sólo se despoja a quien posee real, actual y efectivamente el inmueble.” (el subrayado nos pertenece) (Del voto en disidencia del doctor Tozzini) (ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 07/10/1987, “Valenzuela Ibarra, Fermín E.” – La Ley, 1988-A, 88 – DJ 1988-1, 633). Es menester destacar que no obstante lo expuesto el propio vocal opinante es inconsistente en el primero de los párrafos citados cuando dice: “...o demás derechos reales que enumera el tipo penal...”, pues allí nuevamente entremezcla y confunde las relaciones reales con los derechos reales.