



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

1. EXPOSICIÓN SINTÉTICA DE LA LABOR DESARROLLADA EN EL PERÍODO INFORMADO. (Debe consignarse el título del tema investigado. Describir las tareas realizadas e indicar los avances logrados en el período correspondiente al informe, en relación con los objetivos del Plan de Trabajo -actividades realizadas, perspectiva u orientación impuesta al trabajo, metodología y técnicas empleadas, posibles cambios introducidos, si los hubo-).

El título otorgado al proyecto fue el de "POSESIÓN Y DOMINIO DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS".

A través de una revisión de la legislación nacional y comparada, las opiniones doctrinarias y los antecedentes jurisprudenciales relacionados con el problema se trabajó en la perspectiva que ofrecen el Derecho Civil, Constitucional y Administrativo, tanto Nacionales o Internacionales sobre el tema.

Se partió de la base de la idea doctrinaria de que existen otros derechos reales fuera de los contemplados en el Código Civil (art. 1225).

A partir de ese extremo se analizaron las discrepancias doctrinarias en la definición de conceptos tales como "derechos reales", "posesión", "dominio", "comunidades" o "propiedad".

Luego se profundizó el estudio sobre los conceptos de posesión y dominio y su relación con la propiedad comunitaria, se describieron el alcance de los derechos y obligaciones de la persona jurídica en la que formalizan su actuación las comunidades indígenas y se delineó el funcionamiento de los nuevos derechos y garantías constitucionales en relación a los derechos de las comunidades indígenas.

Se avanzó en el análisis jurisprudencial sobre los posibles conflictos jurídicos que pueden suscitarse, para finalmente, bosquejarse las formas de integración del derecho a la posesión y propiedad de las tierras de las comunidades indígenas con el sistema jurídico argentino.

A medida que se avanzó en la investigación se pudo comprobar el escaso tratamiento que tiene en la doctrina el tratamiento de la norma constitucional que reconoce la "posesión y propiedad" de las tierras que tradicionalmente ocupan los "pueblos indígenas argentinos".

Asimismo, se encontraron pocos antecedentes jurisprudenciales de interés que hayan sido emitidos por los máximos tribunales de justicia del país.

2. TRABAJOS CREATIVOS DE INVESTIGACIÓN REALIZADOS Y PUBLICADOS EN ESTE PERÍODO. (Listar en cada uno de los puntos los trabajos realizados y adjuntar copia de cada uno de ellos. Debe hacerse referencia exclusivamente a aquellas publicaciones en la cual aparezca de manera explícita su vinculación con la UNLaM en carácter de investigador o becario. Toda publicación donde no figure dicha aclaración



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

no debe ser consignada ni adjuntada. Indicar el autor o los autores en el mismo orden en que aparecen en la publicación. Asignar a cada publicación un número).

2.1. PUBLICACIONES. Detalle de los trabajos publicados y aceptados o en prensa para su publicación. Indicar el nombre completo de la revista, país de publicación, volumen, número, página, año, etc.

2.1.1. Libros

Publicados por el Dr. Domingo C. Cura Grassi

1-Poseción. Ad Hoc. Bs.As. 2009.

2-Usufructo. Uso y Habitación. Ad Hoc. Bs.As. 2009.

3-Propiedad Horizontal y Tiempo Compartido. Ad Hoc. Bs.As. 2010.

2.1.2. Capítulos de libros

2.1.3. Publicaciones con referato (*Indicar fecha de envío y aceptación, el nombre completo de la revista, país de publicación, volumen, número, páginas, año, etc.*)

1-Los Derechos Reales y una reciente ley sancionada en la República Popular China.

El Derecho. 22-10-09. pg.4.

2-Registración en las transmisiones mortis causa.. Doctrina Judicial. La Ley. 22-4-09. Pg. 1007.

3-Publicidad posesoria y registral. El Derecho. 1-10-09. Pg. 6.

4-Registro Inmobiliario de Bienes de dominio público. Revista del Notariado de Capital Federal. N. 898. Oct.-Dic. 2009. Pg. 65.

5-Condición Jurídica de la Propiedad Aborigen. El Derecho. 8-1-10. Pg. 1.

2.1.4. Publicaciones sin referato (*Indicar el nombre completo de la revista, país de publicación, volumen, número, páginas, año, etc.*)

2.2. TRABAJOS TERMINADOS Y AÚN NO ENVIADOS PARA SU PUBLICACIÓN. (Adjuntar resúmenes de no más de 300 palabras).

2.3. DIVULGACIÓN



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

2.4. OTROS

3. COMUNICACIONES A CONGRESOS, REUNIONES CIENTÍFICAS Y SIMPOSIOS. (Indicar título del trabajo y nombre, lugar y fecha de realización del evento. Adjuntar copia del certificado de participación y resumen de la ponencia).

XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Córdoba. Septiembre del 2009.
Ponencia del Dr. Domingo C. Cura Grassi.
Formas Coparticipativas de Propiedad.

4. CONFERENCIAS POR INVITACIÓN EN REUNIONES CIENTÍFICAS DE NIVEL NACIONAL O INTERNACIONAL (Consignar sólo aquellas cuyo tema se vincule con el proyecto de investigación o sea transferencia del mismo, y si en la participación se consigna que el expositor es investigador de la UNLaM)

5. DISTINCIONES O PREMIOS OBTENIDOS EN EL PERÍODO POR EL EQUIPO O ALGUNO DE LOS INVESTIGADORES

6. FORMACIÓN Y DIRECCIÓN DE RECURSO HUMANOS

6.1. Dirección/codirección de tesis de posgrado finalizadas y aprobadas (Consignar el título y tema de la tesis, los cuales deben vincularse al proyecto de investigación)

6.2. Dirección/codirección de becarios o tesistas de posgrado en curso (En caso de haber presentado su tesis para su evaluación por el postgrado respectivo, adjuntar copia de la constancia correspondiente. Indicar tema de investigación del becario/tesista. Deben vincularse al proyecto de investigación)



**Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación**

6.3. Otros

7. OTROS ELEMENTOS QUE SE CONSIDEREN DE INTERÉS PARA LA EVALUACIÓN

Se adjunta como Anexo un trabajo inédito resultado de la investigación



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

ANEXO

I- INTRODUCCIÓN

A- Tal como lo establecen variados doctrinarios de nuestro derecho, existen otros derechos reales fuera de los contemplados en el Código Civil (1)

En tal sentido, la denominada Propiedad Aborigen, por sus particularidades, merece, igualmente, reconocimiento como derecho real existente fuera del Código Civil.

No se trata del Dominio (art. 2506 ss. y concordantes del C.C.) o el Condominio (art. 2673 ss. y concordantes del C.C.) referidos, en cuanto a su titularidad, a una o varias personas.

Tampoco se trata de una propiedad de una persona jurídica (Art. 1648 C.C. y/o Ley 19550).

Se trata, en primer lugar, de un derecho referido a una comunidad debidamente organizada (mas aún, para que se haga plenamente efectivo el derecho se requiere, previamente, que esa comunidad se encuentre inscrita en el “Registro Nacional de Comunidades Indígenas” creado a tal fin).

Por otro lado, a diferencia del “derecho real de dominio”, en el que el uso y goce es irrestricto en tanto no importe un ejercicio irregular (arts. 1071, 2513 y 2514 del C.C.) en el caso de la denominada “propiedad indígena” el uso y goce está vinculado a un destino específico: la explotación económica de la tierra (conforme artículo 12 de la ley 23.302).

La relación del indígena (denominación adoptada por la Constitución Nacional en la reforma de 1994) con la tierra tiene un punto de partida espiritual, pues corporiza sus tradiciones y valores ancestrales, en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esa matización es incompatible con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, que allí reposan sus antepasados, que allí nacieron sus hijos. Mas que sentir que son poseedores de la tierra, su concepción encierra la idea que la tierra los posee a ellos. (2).

Se genera así, un nuevo reconocimiento de derecho, a otro sujeto de derecho distinto, que es el “Pueblo Indígena” como comunidad colectiva, inescindiblemente constitutiva de la Nación (3).

La propiedad, entonces, pertenece a los componentes del grupo como colectividad, no asignándose a los propietarios como tales, ni a la totalidad personificada.

Ergo, de manera liminar puede advertirse, pues, que nos encontramos frente a un nuevo Modo de Adquirir el Dominio, de los siete enumerados en el artículo 2524 del Código Civil.

Estamos frente a un Dominio Comunitario, y en nuestra opinión frente a un nuevo Derecho Real Constitucional, con connotaciones que generan, indudablemente, una implementación de carácter Administrativo (4).

En efecto, y si bien por el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución se reconoce “...la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos..., la



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan...”, la implementación de ese nuevo derecho real necesariamente debe darse por el Derecho Administrativo o una ley especial, que de todas maneras, se basará en disposiciones de tipo administrativo.

Así entonces, un derecho, el administrativo, es complemento y consecuencia, del otro, el constitucional (5).

Finalmente, y luego de presentado este Nuevo Derecho Real Constitucional, se debe igualmente señalar su “Autonomía”, circunstancia esta última que no implica necesariamente apartarse del principio “*uno universo iure*” (6).

B- Antes de profundizar y fundar la idea de que estamos frente a un Nuevo Derecho Real Constitucional, con connotaciones de tipo Administrativa, es necesario, determinar, en nuestro sistema de derecho, de manera liminar, qué se entiende por Comunidades Originarias.

En esa inteligencia, existe una coincidencia, tanto doctrinal como de carácter legislativo, en el sentido de definir a las mismas por las circunstancias de haber habitado y desarrollado sus actividades al momento de la conquista (7).

Circunscribiendo la pregunta a nuestro país, podemos encontrar diversas opciones:

- 1- Anteriores a la conquista española
- 2- Anteriores al año 1810, de la Revolución de Mayo
- 3- Anteriores al año 1816, de nuestra Independencia
- 4- Anteriores al año 1853, de la sanción de nuestra Constitución Nacional

Por ejemplo, se plantea la cuestión en relación con el pueblo Mapuche, el que proviene de territorio hoy chileno, si bien, ya en el siglo XVI, una parte de este pueblo, al que los españoles designaron como “araucanos” (de “rau”, tierra gredosa, y “co”, agua), se habría encontrado asentada en el sur de la actual provincia de Mendoza, Neuquén y parte de Río Negro (8).

La cuestión expuesta es meramente conjetural y excede la decisión que pueda tomar el Estado en cuanto a entregar tierras a comunidades indígenas que no sean consideradas originarias (9).

En ese sentido, cobra importancia recordar las aleccionadoras palabras del Sr. Presidente de la Academia Argentina de la Historia, Juan José Cresto, cuando expresaba: “...*El tema indígena es complejo, porque abarca regiones muy diferentes, desde los países andinos atípicos hasta la cuña boscosa del Chaco, con razas que no eran ni son comparables, como los diaguitas, los abipones o los mapuches. En el sur, los pueblos araucanos procedían de Chile e ingresaron al hoy territorio nacional hacia principios del siglo XVIII, según lo refieren numerosos historiadores de ese país, algunos con carácter reivindicatorio. La pampa agreste estaba totalmente desierta, con algunos bolsones de pobladores aislados. En la provincia de Buenos Aires se denominaba poblador del salado a quien se instalaba mas allá de ese importante río. Sin alambrados, sin títulos de propiedad salvo antiguas mercedes realengas o con títulos imprecisos basados en la simple ocupación, el llamado ‘estanciero’ era el*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

ganadero que cuidaba vacas criollas que no tenían parecido con las de nuestra época...” (10).

II- DERECHO INTERNACIONAL

A- Debemos situar el origen de la consideración de las poblaciones originarias por el Derecho Internacional en Fray Bartolomé de las Casas, quién en su “Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias” resaltó que la actividad evangelizadora de los cristianos en el nuevo continente no era del todo correcta.

Mas aún y con anterioridad a de las Casas los propios Reyes Católicos, en una Instrucción dirigida a Cristóbal Colón con fecha 29 de mayo de 1493 (al emprender éste su segundo viaje), se refirieron al tratamiento que había de dispensársele a los pobladores de los territorios descubiertos por aquel.

Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional, igualmente se planteó diferentes cuestiones relacionadas con la problemática aborigen, destacándose la relativo a los títulos jurídicos susceptibles de legitimar el sometimiento de las poblaciones indígenas a los españoles.

Entre otras manifestaciones de importancia, señaló en su obra “Las reelecciones de indis y de iure belli ” (Ed. Malagón Barceló. Washington. 1963), que los indios eran lo suficientemente racionales para ser los verdaderos propietarios de sus tierras.

Así, analiza los títulos jurídicos que podrían habilitar a los descubridores a ocupar sus territorios.

En lo referido a la adquisición de las tierras establece que el de la guerra justa es el único título en el que los españoles podrían fundamentar la adquisición de estas tierras.

Hugo Grocio, al igual que Vitoria, rechaza el descubrimiento como título válido a estos efectos.

De manera resumida, se podría afirmar que desde el siglo XVI la doctrina se caracteriza por el poco interés puesto de manifiesto hacia la problemática indígena.

Y durante gran parte del siglo XX, se advierte que, desde el punto de vista “cualitativo”, los denominados “pueblos coloniales” han centrado la atención internacional, y no así los “indígenas”, no obstante resultar, estos últimos, desde el punto de vista “cuantitativo”, trescientos millones, distribuidos en alrededor de cinco mil culturas diferentes.

A manera de ejemplo, destacamos a nuestro vecino país, Brasil, que tiene alrededor de doscientos pueblos distintos.

En nuestro país, la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas 2004-2005 reveló que hay 600.329 personas que se reconocen pertenecientes a pueblos originarios.

La condición de indígena se logra por “auto adscripción”. Los Mapuches son el pueblo más numeroso con unas 113.000 personas. Le sigue los Colla con 70.500 y luego los Toba con 69.500 personas.

A continuación vamos a analizar los dos convenios de la Organización Internacional del Trabajo.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

B- Existen dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo relacionados con las comunidades originarias.

a) En el año 1959 nuestro país aprueba, por ley 14.932, el Convenio 107 de “Protección e integración de las poblaciones indígenas tribales y semitribales en los países independientes”.

El convenio define la categoría indígena y las condiciones sociales y económicas en las cuales se hallan, con un nivel de vida de menor desarrollo.

Este convenio fue ratificado por 27 países.

En los años setenta, en que la ONU examina la situación de estos pueblos indígenas, comienzan, precisamente, los primeros cuestionamientos al enfoque del tratamiento dado a esta disciplina.

El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó en que ese enfoque integracionista del Convenio 107 estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno, adoptándose así, en el año 1989, el Convenio 169.

b) El Convenio 169 de la O.I.T. integra el derecho positivo argentino con una jerarquía superior a las leyes, de acuerdo a lo que dispone el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”.

El Convenio 169 rige en nuestro país desde el día 3 de julio del año 2001 y fue ratificado por el Congreso de la Nación mediante Ley 24.071.

En rasgos generales, se puede decir que este convenio revisa el Convenio 107.

Como primeras características sobresalientes del Convenio 169 pueden mencionarse la de reconocer la diversidad cultural, propendiendo a la prevención de la discriminación, y la de reemplazar el vocablo “poblaciones”, utilizado por el Convenio 107, por el de “pueblos”.

Por otro lado, el nuevo convenio importa un avance significativo al reconocimiento de la “identidad” de los pueblos originarios y se ocupa de los derechos de los pueblos sobre las tierras, distinguiendo, en los artículos 14, 16 y 19, respectivamente, cuatro categorías jurídicas diferentes, que son las siguientes:

1- Tierras que tradicionalmente ocupan: se les reconoce el derecho de propiedad y posesión sobre estas tierras.

2- Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (se refiere a los nómades y a los agricultores de carácter itinerantes).

3-Tierras adicionales: si bien con respecto a estas tierras el convenio habla de “asignación”, pensamos que ello no es óbice a los fines de obtener la propiedad.

4- Tierras sustitutas por traslado: a los fines de la reubicación en otros lugares, debiendo indemnizar plenamente por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

III- LEGISLACIÓN NACIONAL

A- Ley 215 del 25 de agosto del año 1867.

Esta ley llamada de “Frontera contra los indios” remite a la denominada “Campana del Desierto” llevada a cabo por el Ministro De Guerra, Julio Argentino Roca, aunque, en realidad, quien lo designó y puso al frente de la referida misión fue el presidente Avellaneda.

B- Ley 817 del 6 de octubre del año 1876.

Esta ley de “Inmigración y Colonización”, famosa ley de Avellaneda, disponía de un fondo especial de tierras con destino a la reducción de indios.

C- Ley 1744 del 2 de noviembre de 1855.

Esta ley autorizaba gastos para el sostenimiento de indios sometidos.

D- Ley 3092 del 2 de septiembre de 1894.

Esta ley autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a conceder la propiedad de tierras al cacique Manuel Namuncurá en la margen derecha del Río Negro. Su padre, Calfulcurá (piedra azul) formó Confederaciones Indoamericanas para intercambiar, unirse, lidiar o participar con la Confederación Argentina de los criollos. Su lema era: “la tierra de la gente es de la gente de la tierra”.

Su hijo, Namun-curá, juró la Constitución de 1853 y aceptó el padrinazgo de Urquiza que le puso por nombre Manuel (14).

E- Ley 3154 del 30 de septiembre de 1894.

Esta ley autorizó al Poder Ejecutivo a entregar en propiedad a caciques indígenas y sus familias seis leguas en La Pampa central.

F- Ley 3814 del 26 de septiembre de 1899.

Esta ley autorizó al Poder Ejecutivo a conceder en propiedad doce leguas de tierra en el Territorio de Chubut a un cacique y su tribu.

G- Ley 4167 del 30 de diciembre de 1902.

Esta ley estableció que el Poder Ejecutivo fomentaría la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones y suministrándoles tierras y elementos de trabajo.

H- Ley 12.636 del 28 de septiembre de 1943.

Esta ley, entre otras cosas, determinó que la adjudicación de tierras en las colonias indígenas sería a título gratuito y precario por un plazo de prueba de diez años y a su conclusión se las escrituraría en propiedad.

I- Ley 14.254 del 29 de septiembre de 1953.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Esta ley autoriza la creación de colonias granjas para aborígenes, en la Provincias de Salta, Jujuy, Chaco, Formosa y Neuquén.

J- Ley 14.551 del 30 de septiembre de 1958.

Esta ley dispuso la transferencia de tierras administradas por el Banco de la Nación Argentina a la Provincia de Jujuy.

K- Ley 20.738 del 4 de septiembre de 1974.

Esta ley dispuso la transferencia a la Provincia del Neuquén de 4 hectáreas para el asentamiento de una tribu mapuche.

L- Ley 23.302 del 30 de septiembre de 1985 (redactada sobre la base de un proyecto del Senador Nacional Fernando De la Rúa).

Esta ley fue la primera regulación orgánica del país referida, de manera específica, a la cuestión aborigen y puede decirse que tuvo en cuenta el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo.

Admite el cuestionado otorgamiento de tierras en “propiedad individual” y en su texto se destacan los siguientes diez puntos relevantes:

1- En primer lugar, su definición: “*se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad*”.

2- En segundo lugar, el reconocimiento expreso de la “personalidad jurídica” de las comunidades indígenas argentinas. No obstante lo cual, expresa que la “personería jurídica” se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.

3- Igualmente, cabe destacar, como “objetivo”, el declarar de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país.

4- Resulta relevante también la creación del “Instituto Nacional de Asuntos Indígenas” (INAI).

5- Los diversos medios a los fines de concretar la “adjudicación en dominio”: v.gr. transferencia directa de inmuebles fiscales propiedad Nacional, como así también Provincial y Municipal o expropiación de tierras de propiedad privada. Además, se destaca que la adjudicación se efectuará a título gratuito y los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas.

6- Las tierras adjudicadas deberán destinarse a la “explotación agropecuaria” (15); caso contrario, se convierte la propiedad aborigen en “Revocable” o “Resoluble” por incumplimiento de cargo.

7- Esas mismas tierras son “inembargables e inejecutables”.

8- Con respecto a la “inalienabilidad” puede concluirse en que es relativa, habida cuenta que la prohibición de su enajenación tan sólo lo es durante el plazo de veinte años a contar desde la fecha de su otorgamiento.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

9- La “extinción” de la comunidad o “cancelación de su inscripción” produce necesariamente la extinción de la propiedad aborigen y las tierras adjudicadas pasan a la Nación, Provincia o Municipio que corresponda.

10- Finalmente, si el miembro de una comunidad adjudicada la “abandona”, no podrá reclamar ningún derecho sobre ella y ese abandono beneficiará a la comunidad a la que pertenecía.

M- Ley 23.578 del 24 de Agosto de 1988

Esta ley se refiere al denominado Patrimonio Cultural, aprobando la adhesión de la República Argentina al Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM), Organismo especializado Intergubernamental creado en 1959 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

N- Ley 23.612 del 22 de septiembre de 1988.

Esta ley ratificó el Convenio de creación de la Corporación Interestadual Pulmarí y su estatuto.

La Corporación, con representación estatal del gobierno Nacional y de la Provincia del Neuquén y de las comunidades mapuches, tienen por objeto la explotación de inmuebles con destino a actividades agroforestales, ganaderas, mineras, industriales, comerciales y turísticas.

Ñ- Ley 23.750 del 29 de septiembre de 1989.

Esta ley ordenó la transferencia a título gratuito de la propiedad de determinados lotes localizados en la reserva Nacional Lanín.

O- Ley 25.549 del 28 de noviembre del 2001.

Esta ley declaró de utilidad pública y sujeta a expropiación las tierras de Lapacho Mocho, en Salta, para ser adjudicadas al pueblo Wichi.

P- Ley 25.607 del 12 de junio del 2002.

Esta ley dispuso la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos originarios contenidos en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

IV- CONSTITUCIÓN ARGENTINA

A- Constitución del año 1853:

El artículo 67, inciso 15 del texto original de nuestra Constitución Nacional incluía, dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación, la de “*proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

B- Reforma Constitucional del año 1994:

Esta reforma suprime la anterior redacción y en el actual artículo 75, inciso 17, establece, como atribución del Congreso de la Nación, la de *“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intelectual; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*.

Es decir, a partir del año 1994, nuestra Constitución Nacional reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y otorga jerarquía constitucional al derecho de los pueblos indígenas luego de tantos años de lucha.

Además, promueve el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, partiendo de la idea de que los pueblos originarios de este país han mantenido sus pautas culturales, lenguas, formas de organización, religiosidad e identidad.

De igual modo, se reconocer la personería jurídica de sus comunidades y, al lograr estas comunidades el reconocimiento como pueblos preexistentes a la conformación de la propia nación, paralelamente se les reconoce el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que ocupan (16)

Estas tierras, aptas y suficientes para el desarrollo humano, no serán enajenables, trasmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargo. Esta idea parte de la base de que la mayoría de los pueblos no aspira a títulos individuales sino que solicitan la propiedad única e indivisa de la comunidad toda para mantener su cohesión social y el ecosistema y los recursos naturales.

Otro principio establecido en la reforma constitucional es el de asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Es decir, tienen derechos contra el Estado y son reconocidos como quienes mejor pueden administrar sus tierras y recursos naturales de manera respetuosa del medio ambiente.

Finalmente, un hecho no menor es que las Provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

V- NORMAS PROVINCIALES

Algunas provincias, en relación al tema aquí tratado, ya habían reformado sus constituciones y otras lo hicieron con posterioridad de la modificación del año 1994.

Las provincias que adhieren a reformular los artículos referidos al tema indígena son: Chaco, Jujuy, Salta, Formosa, Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Neuquén, Tierra del Fuego y Chubut.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Formosa fue pionera al respecto, con la ley 426 del año 1984, en la que reconoce la existencia legal de las comunidades aborígenes y les otorga personería jurídica.

Misiones hace lo propio con su ley 27271 de 1989 (que deroga la ley 2.435), Río Negro con la ley 2553 del año 1992, Santa Fe con la ley 11.078 del año 1994, Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur con la ley 405 de 1998, .

En Neuquén, los indígenas participan de las ganancias petroleras de explotaciones en sus territorios.

En Tucumán se aceptó que los pueblos indígenas participen de las ganancias de empresas privadas por el turismo arqueológico en sus tierras.

En San Luis, el 28 de julio del año 2009, se funda el Primer Municipio indígena de la Argentina, denominado Ranquel. De esta forma, el gobierno de San Luis otorgó en forma “inalienable” mas de 60.000 has. creando el Municipio Ranquel, con un status mínimo para avanzar sobre el reconocimiento de todos los derechos indígenas incluidos en la Constitución (17).

VI- POSESIÓN Y DOMINIO

Ya desde la época de los romanos, al comienzo de su doctrina, solía confundirse ambos conceptos, posesión y dominio.

Pero como ya lo destacaba Paulo en el digesto nada tienen en común la posesión con el dominio.

Así, en un primer momento en Roma, aparecía como un poder físico, Concluyendo en que la posesión no era posible más que sobre las cosas corporales.

Con el tiempo se admitió al lado de esta posesión corporal otra que consistía en ejercer sobre una cosa un poder de hecho correspondiente a un derecho distinto del dominio (18).

Igualmente, advertimos que existe otra confusión terminológica, referida a los conceptos dominio y propiedad.

En el derecho romano clásico, el concepto de dominio era muy amplio, más amplio que el propio término propiedad.

Pero en nuestro sistema de derecho, propiedad es el concepto genérico, tan así que tanto los Derechos Personales como Reales lo integran.

De diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por ejemplo “Horta c. Harguindeguy” del año 1922 o “Bourdieu c. Municipalidad” del año 1955, puede concluirse que el término propiedad, en relación con los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, comprende “...*todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...*”.

Finalmente, debe destacarse que nuestro Código Civil utiliza en forma indistinta ambos términos, dominio y propiedad, y a este último, igualmente, como sinónimo de Derecho Real.

En definitiva y en nuestro sistema de derecho, quedar claro que “propiedad” (conforme arts. 14 y 17 C.N.) es un concepto genérico, “dominio” (arts. 2506 ss. y concdts. del Código Civil) es un concepto específico (es el derecho real por excelencia)



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

y “posesión” (arts. 2351 sss. y concdts. del C.C.) es un hecho que resulta ser el contenido de los derechos reales que se ejercen por su intermedio

Hecha la pertinente aclaración, analizaremos por separado los conceptos “posesión” y “dominio”.

VII- POSESIÓN

1- Síntesis Histórica

Enneccerus-Kipp-Wolff (19) señala que el actual derecho de posesión se basa en una combinación de principios del derecho romano y germánico.

No obstante dicha opinión, creemos que el concepto de la posesión en la modernidad es de origen germánico.

La famosa “*Gewere*” (20) del derecho alemán medieval es, al igual que el hecho de la posesión en el moderno derecho, un señorío de hecho sobre una cosa.

El derecho alemán no distingue entre posesión jurídica y detentación. Así, con arreglo a determinados criterios generales, se resolvía cuándo había y cuándo no, un señorío de hecho, v. gr.: tiene posesión sobre inmuebles el que los goza, sobre muebles el que los detenta y sobre derechos quien los ejerza.

El goce de un fundo puede tenerse de dos maneras: inmediatamente, percibiendo los frutos naturales, y mediatamente, percibiendo pensiones, servicios personales o diezmos.

Igualmente la palabra *Gewere* en el mismo sentido que ahora la palabra posesión implicaba un conjunto de derechos derivados de un señorío sobre una cosa, siendo un derecho transmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

Por otro lado, el derecho romano tuvo su influencia en Savigny, requiriéndose, en consecuencia, para hablar de posesión, además del *corpus* posesorio, es decir, del señorío sobre la cosa, el *animus* posesorio, *animus ren sibi habendi*.

En la doctrina medieval italiana, aquel concepto romano de posesión fue dejado de lado por la influencia de la doctrina germana.

El derecho canónico produjo con la *actio spoli* una protección posesoria recuperatoria o acción de despojo, no solo a poseedores sino abarcando también a detentadores, ello bajo la influencia del derecho germánico.

La tendencia contemporánea ha resucitado el concepto alemán de la posesión, representando todo señorío de hecho una posesión de hecho, pudiendo transmitirse entre vivos y *mortis causa*.

Se sustituyeron las formas rígidas del derecho medieval alemán por una orientación más romanista, no obstante lo cual, en lo referente a los efectos de la posesión, hubo aportes de ambos derechos: En el derecho romano, frente a casos de despojo, se concedía una acción contra el despojante, debiendo devolver la cosa, aunque el demandante carezca de derecho de poseer; en el derecho alemán, el poseedor estaba habilitado para emplear la fuerza contra los ataques que pudiera recibir.

Otra gran diferencia que hace a esta “síntesis histórica” es lo concerniente a la legitimación en los casos de protección posesoria: en el derecho romano esa protección



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

era restringida, correspondiendo sólo al poseedor; en cambio, en el derecho común, se amplió la protección posesoria correspondiendo la acción por despojo a todo detentador, y la acción podía ser dirigida no sólo contra el mismo despojante sino contra sus herederos o contra cualquier sucesor.

El posterior BGB alemán (al que haremos referencia más abajo) simplificó el ordenamiento de la protección posesoria, quedando uniformadas las pretensiones por despojo por inquietación en la posesión.

Otro aspecto diferencial, entre el derecho romano y el medieval alemán, se encuentra en la significación dada en la posesión para la exteriorización de los derechos reales.

El derecho real es un derecho absoluto, es decir, se ejerce contra todos. En Roma, esa absolutez estaba dirigida contra las personas que no lo conocían, ni podían conocerlo, p. ej.: una hipoteca que nadie podía conocer, era eficaz contra todos.

En cambio, en el derecho alemán, para ser eficazmente opuesto ese carácter absoluto, debe ser notorio, dentro de lo posible. P. Ej.: un derecho de señorío sobre una cosa adquiere esa absolutez mediante el notorio ejercicio del señorío, apareciendo la posesión, la *Gewere*, en su otra faz, demostrativa del derecho posesorio del poseedor.

Así, se aprovechó toda esta idea para desarrollar, modernamente, todo lo concerniente a la titularidad de bienes muebles: posesión, buena fe, cosa no robada ni perdida, título oneroso.

Pero en la actualidad, frente al nacimiento de los Registros, a los efectos de acreditar titularidad de los bienes y la consecuente oponibilidad a terceros, la posesión ha ido perdiendo terreno. No fue desterrada totalmente de los ordenamientos (21), pero, quizás, sí desplazada.

En el Código Civil español nos encontramos con un plexo multiplicador de principios romanos, germanos y canónicos, no siempre bien hilvanados, ello, quizás, por no haber recurrido directamente a las fuentes sino a través de los códigos francés, italiano, austriaco y portugués.

De una lectura de su articulado podemos concluir que la posesión ha sido tratada como un hecho.

2- La posesión en el derecho comparado

2.1. Ordenamientos

2.1.1. El Código Civil Francés:

En el código Civil francés de Napoleón (22), en materia posesoria, su art. 2228, enrolado dentro del libro III; de las diferentes maneras de adquirir la propiedad, expresa: *“La posesión es la detentación o el goce de alguna cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos para nosotros mismos, o por otro que tiene la cosa o ejerce el derecho en su nombre”*.

De este artículo se deduce que distinguía entre posesión y tenencia tornando la primera en un sentido genérico; esto, a diferencia de nuestro ordenamiento que por un lado define posesión – art. 2351, Cód. Civil – y otro por tenencia- arts. 2352 y 2460-.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Igualmente, se extrae de la lectura de ese art. 2228 que la posesión puede ser sobre derechos, a diferencia del derecho romano, donde, como viéramos *ut supra*, podían poseerse, en un principio, solamente cosas corporales.

Pero en la doctrina francesa prevalece un criterio unitario, criticándose la definición dada por el art. 2228, entendiendo los autores (23) que la posesión se refiere exclusivamente a una relación de hecho entre una persona y una cosa, siendo inexacto manifestar que la posesión es goce de un derecho, porque no existe entre la posesión y la existencia de un derecho ninguna concordancia.

Entonces, no obstante la redacción del art. 2228, la posesión, para estos autores franceses, se refiere a una relación de hecho entre una persona y una cosa.

Según opinión de otro autor, Savatier, se distingue entre dos poderes de hecho: el referido al ejercicio de un derecho real (detentación) o posesión natural.

Esta última consiste en un poder de hecho sobre una cosa, sea con el permiso y por cuenta del propietario, sea en virtud de una autorización de la ley o la justicia (24).

La posesión no se va a referir exclusivamente al derecho de propiedad; va a comprender el ejercicio de todos y cada uno de los derechos reales. Entonces, existirá *animus domini* desde el momento en que haya voluntad de ejercer, no sólo el derecho real de propiedad, sino cualquier derecho de real.

Por lo tanto, deberá existir una diferenciación entre los poseedores en nombre ajeno (los que sean titulares de un derecho real desmembrado, v. gr. usufructo, uso y habitación) y los que posean la cosa por ser titulares de un derecho personal (v. gr. arrendatario, comodatario o depositario).

Los primeros, titulares de un derecho real desmembrado, podrán adquirir la cosa por usucapio, los segundos no, por faltarles el *animus*.

Además, solamente los titulares de un derecho real ejercido por medio de la posesión, gozan del *ius possessionis*, es decir, tener la posibilidad de ejercitar las acciones posesorias y además, como destacáramos *supra*, adquirir el dominio por el transcurso del tiempo.

El detentador no goza de estas prerrogativas: sólo existe una excepción, que fue de gran importancia para la normativa actual (25), una acción posesoria especial: la *Reintegrantante*, por medio de la cual, el tenedor o detentador desposeído violentamente de la cosa va a tener derecho a ser restablecido en su lugar.

2.1.2. El BGB alemán:

El libro III del BGB (Código Civil) alemán (que entrara en vigencia en el año 1900) contiene el “derecho de cosas”. Pero por razón de su interdependencia, ha sido preciso incluir algunos elementos del derecho obligación.

Entonces, fuera de este Libro III, nos encontraremos con algunos puntos del derecho de cosas: v.gr. en el libro V, “derecho sucesorio”, arts. 2022, 2128 y 2135 (acción del heredero contra el poseedor de la herencia).

Igualmente, cabe destacar que muchas normas que están en la parte General, estaban en el proyecto preliminar incluidas dentro del libro III, v.gr., lo relacionado con cosas.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El texto del Libro III tuvo pocas modificaciones, sólo en la sección que trata del derecho de superficie (arts. 1012 a 1017), que ha sido sustituida por un reglamento especial del derecho de superficie del año 1919. La adquisición de la propiedad y la pignoración de buques inscritos en el registros de Buques han sido nuevamente reguladas por una ley del año 1940 desapareciendo los artículos del BGB que van del 1259 al 1272.

Finalmente, en los arts. 1123 y 1124 se establece en qué medida el acreedor hipotecario puede percibir para sí las rentas de alquiler o arrendamiento turístico del predio hipotecado.

Su texto fue modificado por una ordenanza del año 1933.

Igualmente, cabe destacar la existencia de leyes complementarias al BGB, al igual que en nuestro derecho; entre ellas cabe destacar la Ordenanza Hipotecaria del Reich (BGB) y La Ley de Ejecución Forzosa (ZGV).

En lo que respecta específicamente al tema que nos ocupa, el BGB tiene de la posesión un concepto riguroso y estrecho ya que separa la posesión de la propiedad.

Normalmente, la propiedad y la posesión van de la mano, pero pueden estar separadas.

La distinción conceptual proviene, por supuesto, del derecho romano, pero no era conocida en el antiguo derecho alemán.

El BGB distingue entre posesión mediata e inmediata.

El poseedor inmediato, que deriva su posesión de un poseedor mediato, puede trasladar la posesión a un tercero: arrendador, inquilino, subinquilino.

Sólo éste es poseedor inmediato; los otros dos son poseedores mediatos.

El intermediario en la posesión se halla frente al poseedor mediato en un plano aproximado de igualdad. Pero la entrega de uno a otro puede hacerse también de tal modo que el segundo quede respecto del primero en una situación de dependencia, como en la servidumbre doméstica o en una empresa suya.

Enumera el Código Civil alemán como intermediarios de posesión al usufructuario, prendario, arrendatario, al locatario y al depositario, agregando a los que estén en una relación similar (v. gr., comodatario).

El legislador ha elaborado como figura jurídica especial la posesión en que el interesado tiene la cosa como suya propia; obedece a la denominación posesión en nombre propio, atribuyéndose a esta clase de posesión significativas consecuencias (v. gr., la adquisición de frutos, la usucapión y la ocupación).

El BGB no admite posesión sobre derechos habida cuenta que éstos son objetos incorporeales y la posesión siempre se referirá a objetos corporales.

2.1.3. El Código Civil italiano

Este Código, en su art. 11140, da el concepto de posesión:

La posesión es el poder sobre una cosa que se manifiesta sobre una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad o algún otro derecho real. Se puede poseer directamente o por medio de otra persona que tiene detentación de la cosa.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

De esta definición extraemos que se requieren dos elementos para que exista posesión: un poder de hecho sobre una cosa y una actividad correspondiente al ejercicio de un derecho real (26).

Por lo tanto, se advierte que no todo poder de hecho constituye posesión sino que se requiere de otro elemento más, tal cual lo sucedido en nuestro derecho (27). Nos referimos al *animus*.

Pero existe una diferencia, la cual radica en que estos elementos no son los exigidos en el derecho romano; en otras palabras, el poder sobre la cosa no equivale al *habeas possidendi*, al *animus rem sibi habendi* de Federico Carlos Von Savigny.

El poder sobre la cosa significa señorío efectivo, potestad de hecho, tal cual el significado dado por el BGB alemán.

Este poder sobre la cosa del Código Civil italiano se refiere a una relación material querida, intencional, es decir querer una cosa con la voluntad de tenerla.

Todo lo cual se identifica con las enseñanzas de Barassi (28) en el sentido de que un poder no se concibe como una serie de actos materiales en los cuales está ausente la voluntad.

El restante elemento es el referido al ejercicio del poder como titular de un derecho real, el cual exige una voluntad, cual es la de querer ejercer la propiedad o cualquier otro derecho real.

Así como enseña Barassi (29), el *animus* de un poseedor no se limita a ser una simple afirmación exterior de un derecho sobre la cosa sino que, ante todo, debe corresponder a una posesión de hecho en relación con la cosa, idéntica a la del propietario.

Entonces, los dos elementos referenciados *supra* como requisitos a los efectos de dar lugar a la posesión en el Código italiano, tienen características netamente objetivas y subjetivas: el poder de hecho, dijimos, no es una simple relación material, sino una relación material voluntaria.

El *animus* deberá deducirse de los hechos y estos hechos deberán atribuirse a una explotación de la cosa.

En resumidas cuentas, el concepto de posesión en el Código Civil italiano se relaciona a los ejercicios de los derechos reales; el elemento subjetivo debe apuntar a una voluntad sinónimo de actividad, dándole un uso a la cosa; la detentación constituye una relación posesoria otorgándole a su titular la posibilidad de ejercer la acción posesoria de recuperación.

De esa inteligencia concluimos en que el fundamento de las relaciones de los hombres con las cosas en el Código Civil italiano se encuentra en los poderes de hecho, que pueden revestir tres formas:

- a) Posesión.
- b) Detentación.
- c) Servidores de la posesión.

2.1.4 El Código Civil Español



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Metodológicamente, la posesión se encuentra, dentro del Código Civil español, en el Libro II, Título V, regulada en 36 artículos, comenzando por el 430 y finalizando en el 466.

La posesión es una cuestión de hecho sobre la cosa, un poder de hecho que se ejerce sobre la cosa. Así, aparece una persona en una relación fáctica con la cosa independientemente de todo derecho que pueda tener sobre ella.

El Código español no comienza definiendo a la posesión, sino que determina una clasificación de ella.

Su primer artículo, el 430, dice que la posesión natural es la tenencia de una cosa o disfrute, unidos a la intención de haber la cosa o derechos como suyos.

Advertimos, entonces, la existencia de dos clases de posesiones, ello, a partir de tenerse en cuenta o no a la intención de haber la cosa como suya; es decir, tenerla como *animus domini*, tenerla con ánimo de dueño.

Pero no basta la mera intención de tener la cosa con ánimo de dueño para definir la posesión como civil a diferencia de la natural, ello, atento a que la intención es algo netamente subjetivo muy difícil de probar; por lo tanto, el título por el cual se adquirió la posesión puede resultar, en su momento, de vital importancia. El art. 432 dice que es poseedor únicamente quién posee como dueño; y los demás que pudieran tener algún derecho sobre la cosa para conservarla o disfrutarla serán meros tenedores de ella.

El art. 433 da el concepto de buena fe, expresado que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide y se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario. Así, el apoyo necesario del poseedor de buena fe va a estar dado por un título de adquisición por el cual vamos a tener el derecho de poseer la cosa, requiriéndose, igualmente, y frente a lo prescripto por el art. 435, que la buena fe dure todo el tiempo que dure la posesión.

Otro punto de significativa importancia que encontramos en el ordenamiento español va a ser señalado por el art. 436, en el sentido de permitir no sólo, y como lo hemos visto, la posesión de cosas sino también de derechos (v. gr., un propietario que posee la cosa va a ser poseedor civil de ella y aquellos que tengan derechos distintos al de propiedad sobre la cosa van a ser poseedores civiles de ellos y tenedores naturales de las cosas sobre las que aquellos derechos recaen).

Los arrendatarios, depositarios, comodatarios también pueden entrar en posesión de derechos.

Respecto de la adquisición de la posesión, el art. 438 expresa que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales para adquirir tal derecho.

Por el art. 439 la posesión puede adquirirse por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno, pero, en este caso, no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique (30).



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El art. 440 nos va a ilustrar en todo lo concerniente a la adquisición hereditaria de la posesión (31).

Dice, entonces, el art. 440 que la posesión de bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

De su lectura extraemos que sólo se refiere al heredero como quien continúa la posesión del causante y no al legatario.

En lo referente a la protección posesoria, el art. 441 dice que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho a privar a otro de la tenencia de la cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente (32).

Por su parte, el art. 446 dice que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o ser restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

Conforme lo expresado, concluimos en que quien se comporte en relación a una cosa ejerciendo un señorío sobre ella, aún cuando no tenga un verdadero derecho sobre la cosa, tiene el derecho de ser amparado frente a cualquier perturbación o despojo sin tener obligación de probar que es el dueño, sino tan sólo que se encontraba en tenencia de la cosa en cuestión.

En consecuencia, por lo manifestado, llamamos posesión a la situación jurídica que permite poner en juego la defensa interdictal, dado que los interdictos son las acciones protectoras de la posesión (33).

La posesión, igualmente, cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejecutar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquel; todo lo cual se compatibiliza con lo expresado, respectivamente, por los Arts. 448 y 464, Código Civil español, que establecen que el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo y que la posesión de las cosas muebles adquiridas de buena fe vale título (34).

Finalmente, otro efecto de significativa importancia está dado por la usucapión, como ocurriera, igualmente, en nuestro derecho.

2.1.5. El Código Civil suizo

El Código Civil suizo data del año 1907, su Libro Cuarto se ocupa de los derechos reales (arts. 919 a 941), y su Título XXIV se dedica a la posesión, definiéndola en el art. 919 de la siguiente manera: *“Aquel que tiene señorío efectivo de una cosa tiene posesión de ella”*.

De esta lectura se advierta su caracterización como un simple poder de hecho, exteriorizando los derechos que uno tenga sobre las cosas.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Se puede decir que es un sistema semejante al alemán, aunque carezca de una disposición como la del art. 855 del BGB en el sentido de saber distinguir entre servidores de la posesión y verdaderos poseedores.

En relación al espectro referido a la protección posesoria, cuenta con las acciones respectivas, así como también con una acción similar a la contenida en nuestro art. 2470.

2.1.6. El sistema inglés (35)

En Inglaterra existía la propiedad real (aquella que está protegida con las acciones reales; v. gr. bienes inmuebles) y la propiedad personal (aquella que está protegida únicamente con acciones personales, es decir, derivadas de la indemnización de daños y perjuicios; v. gr., bienes muebles y ciertos derechos inmateriales y crediticios, básicamente); ambas propiedades netamente diferenciadas hasta que a comienzos de la década de 1920 se procuró asimilarlas, por lo menos en cuanto a la protección posesoria, dándose parecidas acciones en ese sentido.

La posesión sólo va a recaer sobre cosas muebles corporales, es decir, no sobre todas las cosas muebles, como por ejemplo los créditos, como viéramos *supra*.

Sobre los bienes inmuebles no va a haber posesión, sino lo que denominaban *seisinn*, que tiene una equivalencia semejante a las antiguas *Gewere* del derecho germano y cuyo sentido significa investidura.

Si una persona fue desposeída y tenía la posesión de la cosa puede directamente intentar su recuperación independientemente del *ainmus*.

En conclusión, se puede decir que este sistema inglés tiene cierta semejanza con el antiguo sistema germano.

2.1.7 El Código Civil peruano



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El Código Civil del Perú del año 1984, en su Sección Tercera, Título I, Capítulo Primero, art. 896, define la posesión inmediata y mediata: *“es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión inmediata a quien confirió el título”*.

Distingue, pues, entre posesión mediata e inmediata, es decir, posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno, y con ello se advertirán efectos diferentes entre uno y otro caso (v. gr. solamente el poseedor inmediato, o sea, el que posee en nombre propio, va a poder hacer uso de la prescripción adquisitiva).

2.1.8 El Código Civil brasileño

El nuevo Código Civil brasileño, puesto en funcionamiento el 1° de enero de 2003, en su Libro III, Derecho de cosas, Título I, De la posesión, art. 1196, expresa: *“Considérase poseedor todo aquel que tiene de hecho el ejercicio, pleno o, de alguno de los poderes inherentes a la propiedad”*.

De la lectura del referido artículo se deduce que la posesión es un simple poder de hecho que no necesita del *animus*.

Por otra parte, el art. 1197 refiere: *“La posesión directa, de persona que tiene una cosa en su poder, temporariamente, en virtud de un hecho personal o real, no anula a la indirecta, de quien aquel fue habida, pudiendo el poseedor directo defender su posesión contra el indirecto”*.

Así, advertimos dos tipos de poseedores: directos e indirectos.

Y del art. 1198 surge: *“Considérase detentador aquel que, encontrándose en relación de dependencia para con otro, conserva la posesión en nombre de éste en cumplimiento de órdenes o instrucciones suyas”*.

De la lectura de este artículo emerge la figura del detentador.

De la mano del jurista Miguel Reale (36), una comisión integrada por José Moreira Alves, Agostino Alvin, Silvio Marcondes, Eber Chaumon, Clovis do Cuoto e Silva y Torquato Castro, redactó el nuevo Código Civil de Brasil (37).

Miguel Reale tiene una visión tridimensional del derecho (38): normas, hechos y valores.

De la lectura de la obra se advierte un fuerte sentido social, no sólo desde la perspectiva de la función social de la propiedad (39), sino también de la función social del contrato (40).

Este nuevo Código contiene 2046 artículos, comenzando con una parte general y otra especial, dividida esta última, en cinco libros:

- Derecho de las obligaciones
- Derecho de la empresa (41)
- Derecho de las cosas
- Derecho de familias
- Derecho de las sucesiones

En lo que respecta a los derechos reales (42), su enumeración surge del art. 1225, el cual menciona como tales a:

- Propiedad (43)
- Superficie (44)



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

- Servidumbres.
- Usufructo, uso y habitación
- Derecho del prominente comprador de inmuebles (45)
- Prenda.
- Hipoteca.
- Anticresis.

De la lectura del art. 1228, surge todo lo relativo a la función social de la propiedad, destacándose:

- 1) Del párrafo 1° que el ejercicio de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales
- 2) Del párrafo 2° que son prohibidos los actos que no proporcionen al propietario cualquier comodidad o utilidad y sean animados por la intención de perjudicar a otro
- 3) Del párrafo 3° la expropiación
- 4) Del párrafo 4° que el propietario puede ser también privado del inmueble reivindicado, si éste consiste en un área extensa, en posesión ininterrumpida y de buena fe, por más de cinco años, de un considerable número de personas y éstas hubieran realizado en ellas, en conjunto o separadamente, obras y servicios considerados por el juez de interés social y económico relevante
- 5) Del párrafo 5° que en el caso del párrafo precedente el juez fijará la justa indemnización al propietario y que pagado el precio la sentencia valdrá como título para el registro del inmueble en nombre de los poseedores.

De la lectura del art. 1239, surge que aquel que, no siendo propietario de un inmueble rural o urbano, posea como suya por cinco años ininterrumpidos, sin oposición, un área de tierra en zona rural no superior a cincuenta hectáreas, tornándola productiva por su trabajo o el de su familia, y teniendo en ella su morada, la adquiere en propiedad.

De la lectura del art. 1240, surge que aquel que no siendo propietario de otro inmueble urbano o rural posee como suya un área urbana de hasta 250m, por cinco años ininterrumpidos y sin oposición, utilizándola para su morada y de su familia, la adquiere en dominio.

El título de dominio y la concesión del uso serán conferidos al hombre o la mujer o a ambos, independientemente del estado civil, no siendo reconocido al mismo poseedor por más de una vez.

2.2 Doctrina

2.2.1. Friedrich von Savigny

Sin temor a equivocarnos, la opinión de Savigny, si se quiere, es la más destacada; por un lado, porque demuestra un cientificismo propio en sí mismo, y, por otro, porque permite a los autores partir de su teoría y construir otras. Así, por ejemplo, lo sucedido con Ihering, quien, en nuestra opinión, construyera su teoría gracias a Savigny, sin desmerecer con ello, por supuesto, su obra.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Entendemos que, mostrada como fue esa disputa entre Savigny-Ihering (que, a propósito, no lo fue tanto ya que no eran contemporáneos) se hizo enrolar a Savigny en una postura que no fue tal, es decir, la de ver la posesión exclusivamente como un hecho- Y ello para enfrentarlo en la arena jurídica con Ihering, para quien, sin lugar a dudas, la posesión era un derecho.

Por lo expuesto, es prudente hacer un estudio minucioso del tema, yendo directamente a las fuentes.

2.2.1.a) Savigny, Vélez Sársfield y nuestro Código Civil:

La teoría de Savigny, particularmente en nuestro derecho, es de suma importancia, debido a que el propio Vélez Sársfield siguió sus obras (46) para insertarlas dentro de nuestro Código civil.

Nuestro codificador hizo mención expresa de Savigny en diez notas expresando sus opiniones en ocho de ellas, citándolo, tan sólo en dos (arts. 2352 y 2417). Las ocho restantes, es decir, notas al Título II, arts. 2351, 2353, 2374 (mencionándolo en dos oportunidades) 2385, 2386, 2405 y 2470, las analizaremos seguidamente.

1) En la nota al Título II del Código Civil, que habla de la posesión y de la tradición para adquirirla (comenzando por el art. 2351, que define precisamente la posesión), pueden verse las siguientes expresiones: “...Savigny en el párrafo 6° de su obra ‘De la posesión’, pregunta a qué clase de derechos pertenece la posesión. Expone y discute las diversas opiniones de los jurisconsultos antiguos y modernos de Alemania, sosteniendo los unos que la posesión es un derecho real por relación de las cosas sobre las que versa, y otros que es un mero derecho personal. Dice que la cuestión no puede presentarse sino respecto de las acciones posesorias, pues que en cuanto a la prescripción, la posesión no es más que una parte, lo mismo que la ‘justa causa’ no es sino una parte de la tradición que transfiere la propiedad; y qué sería absurdo preguntar a qué especie de derechos pertenece la ‘justa causa’. Lo mismo sería querer determinar a qué clase de derechos pertenece la posesión mientras se la considere como uno de los elementos de la prescripción a adquirir. La cuestión no se presenta pues, sino respecto de los interdictos, a las acciones posesorias, y como éstas nacen de las obligaciones ‘ex maleficis’, deben colocarse entre las obligaciones ‘ex delictis’...”.

En apoyo de su opinión cita la L. Tít. I, Lib. 43 Dig. donde se dice *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. “En cuanto a la posesión en sí misma, como ella no es sino una condición requerida para el ejercicio de las acciones posesorias, no es un derecho, y no puede por lo tanto pertenecer a ninguna clase de derechos...”.

2) En la nota al art. 2351 nuestro Código Civil expresa “... Savigny, en su tratado de la posesión, desde el n° 7, enseña, que la posesión no es sino un hecho, y sólo un derecho por sus efectos, que son la prescripción y las acciones posesorias. Así, dice: la posesión es un hecho y derecho a las vez”.

3) En la nota al art. 2353 expresa: “... Savigny, desde la p. 69, explica extensamente la regla, que nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión...”.

4) De la nota al art. 2374, donde es citado en dos oportunidades, extraemos las siguientes expresiones: “...La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que pueda en cada momento poner



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado. Esta posibilidad física es el hecho esencial de toda adquisición de la posesión. La ley romana dice que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y basta la sola vista de una cosa presente. 'Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis es affectu' (L. I. & 21, Dig. 'De acquir. Poss.'). Por otra parte, la necesidad del contacto personal, no es exigida de una manera general. La ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él: porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado, 'Si vicinum mihi fundum mercato dendor in mea turre demonstrat, vacuamque se possessionem tradere dicta, non minus possidere aepi quam si pedem finibus intulissem' (L. 18, Dig. 'De acquirend, vel omitt. Posses.'). Es pues la presencia corporal la que nos pone en estado de disponer de la cosa a nuestra voluntad. En la adquisición de la posesión de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficción, reemplazar la aprehensión real.- Esta especie de aprehensión es la más común cuando la extensión o el peso de la cosa es tan considerable que no se puede remover fácilmente. Esto se encuentra comprendido en los pasajes siguientes: 'Pecuniam quam mihi debet, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiet' (L. 79, Dig. 'De solut.'). 'Si jusserim venditorem procurator rem tradere, cum ea in presentia sit, videri mihi traditam' (L. I., 21, Dig. 'De adq. Vel omit. Posses.'). Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables textos. Véase Duranton, t. 21, n° 195. Molitor, Tratado de la posesión, n° 29..."

5) De la nota al art. 2385 se extrae lo siguiente: "...Savigny dice: no hay necesidad de ocurrir a la tradición 'brevi manu' ni a la tradición ficta de los glosadores. Nosotros partimos de un principio verdaderamente general: la posibilidad física de disponer de la cosa; y la entrega de las llaves no es una tradición ficta, ni una tradición 'brevi manu', sino el medio de crear la posibilidad física". De la posesión, 16..."

6) En la nota al art. 2386 expresa: "...Nosotros podemos, dice Savigny, adquirir la posesión de una cosa tan sólo porque haya sido puesto en nuestra casa, aun estando nosotros ausentes. Cada uno tiene sobre su casa un imperio más cierto que sobre cualquiera de sus bienes, y este imperio le da al mismo tiempo la custodia de todas las cosas encerradas en la casa. Esta adquisición de la posesión no depende de la posesión jurídica del edificio. Así, el que ha alquilado una casa o un almacén, aunque no tenga respecto de la propiedad, ni la posesión jurídica, adquiere la posesión de la cosa que introducen en ella porque tiene la custodia de todo lo que se encuentra en el edificio. Y a la inversa, la adquisición de la posesión es imposible para el que no tiene el uso propio de la casa, aunque tenga la propiedad y la posesión jurídica de ella. La resolución del artículo está fundada en el texto expreso de la L. 18, Dig. 'De adquirir. Vel amitend. Posses...'".

7) En la nota al art. 2405 dice: "...Savigny, 'Posesión', 22. Una casa no puede ser poseída sin el terreno sobre que reposa, porque es inseparable del suelo. De una estatua, uno no puede poseer la cabeza y otro los brazos..."



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

8) Por último, otro nota significativa es la del art. 2470: “...*Se ha pretendido, dice Savigny, que las acciones posesorias han nacido de la presunción de la propiedad en el poseedor; mas esta presunción no tiene ningún fundamento jurídico, porque las acciones posesorias se conceden también al que manifiestamente no es dueño de la cosa, al que no tenga el derecho de poseer y contra el que tenga derecho a la posesión, y aun contra el verdadero propietario. La posesión se nos presenta en su primer aspecto como un poder de hecho sobre la cosa, como un no derecho, algo en fin, completamente extraño al derecho; sin embargo ella es protegida contra ciertas violaciones. El motivo de esta protección y de esta asimilación de la posesión a un derecho, es la conexión íntima que existe entre el hecho de la posesión y el poseedor, El respeto debido a la persona refleja indirectamente sobre el hecho. La persona en efecto, debe ser garantida contra toda violencia. Hay en la posesión de la persona algo cambiado en su perjuicio, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado (De la posesión, 6, p. 37)...”.*

Luego del análisis de Savigny, extractado de la opinión de nuestro codificador Vélez Sársfield a través de las notas puestas al pie del Código Civil, es pertinente efectuar un análisis de las opiniones del propio Savigny, a través de su obra.

2.2.1. b) Savigny y su “*Traite de la posesión en droit romain*” (47)

En esta obra, Savigny entiende que todas las definiciones de posesión, cualquiera que sea la diferencia que presenten en la expresión y en el fondo, tienen por base un punto común, sobre el cual debe fundarse toda observación en esta materia. Así, todos reconocen en la posesión de una cosa poseída, la posibilidad de también impedir toda influencia extraña. Así es como el batelero posee su batel, pero no el agua sobre la cual navega aunque se sirva de ambos para conseguir su objeto.

Combinando el hecho material de la posesión con una porción de tiempo, da como resultado la usucapión y combinándolo con un acto injusto, da como resultado el ejercicio de los interdictos para reparar esa injusticia.

La posesión, entonces, en el primitivo derecho romano es un hecho, según su naturaleza, existiendo dos efectos: la usucapión y los interdictos.

En su opinión, la posesión en sí misma es un hecho y derecho, y este doble carácter, esta doble naturaleza es de importancia para el desenvolvimiento de la teoría.

“*De considerarse a la posesión como un hecho (posición de Savigny), debemos aceptar su estrecha vinculación con el dominio; de considerarla como un derecho (posición de Ihering), es factible entonces transmitir el derecho de posesión, con su correspondiente carga de legitimidad, esto si el que transmite es el auténtico titular dominial. Así, en nuestra opinión, afirmar que la posesión legítima sólo se transmite cuando se transmite contemporáneamente el derecho real de dominio, no es categórico. Todo va a depender -se insiste- de la postura que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la posesión.- De ser un hecho, habrá que admitir que ella no puede desprenderse del dominio. De ser un derecho, sí será posible la transmisión del derecho real de posesión con su carga de legitimada, si el transmitente es el verdadero*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

propietario. Ergo, si la posesión es un derecho, bien podrá ser transferida con total prescindencia del derecho de dominio...” (48).

Volviendo a Savigny, éste opina que la posesión es un hecho en tanto que no se funda sino en una relación puramente de hecho, no jurídica; y es un derecho cuando hay derechos combinados con la sola existencia de esta relación puramente de hecho.

Continúa distinguiendo en la posesión el simple fenómeno físico, como existente o como posible relación material entre la persona u la cosa, a lo que llama “detentación”, resultando ésta el elemento material que hace posible la usucapión y funda los interdictos.

Entonces, la usucapión, que conduce a la prescripción y como consecuencia a la propiedad, está fundada en la combinación de la posesión más los años necesarios para adquirir la propiedad.

Y de la combinación de la posesión más un acto injusto, nacen los interdictos que pertenecen a las obligaciones, por la razón de que generalmente todos los interdictos forman parte de ellas.

La simple posesión no da ningún derecho, ni derecho de obligación, como es evidente, ni derecho a la cosa, porque ningún acto dirigido sobre una cosa debe ser mantenido como legal por la sola razón de que la parte agente tenía la posesión de la cosa; pues a nadie se le ha ocurrido que un fenómeno físico, un contacto material, un puro hecho fuera un derecho.

Luego aclaró su postura manifestando, entre otras consideraciones de valor, que la posesión se mostraba desde un principio puramente como un poder material de disponer de una cosa, un simple hecho sin carácter legal, el cual se encontraba, sin embargo, protegido contra ciertas violaciones, como si fuera un derecho. Y ello es así atento la relación que existe entre el hecho mismo de la posesión y la posesión y la persona que posee, debido a que la inviolabilidad de ésta protege la posesión contra todo ataque que tuviera por efecto dañar a la persona que, como tal, debe estar al abrigo de toda violencia, porque a su respecto la violencia es siempre contraria al derecho; de ahí, la verdadera razón de ser de las acciones posesorias (49).

2.2.2 Rudolf von Ihering (50)

Partiendo de su definición de derecho (51), la posesión, que según Ihering es un derecho, como tal, está protegida mediante los interdictos posesorios y las acciones, todo ello para proteger a la propiedad por resultar la posesión la exteriorización de ese derecho real.

A los efectos de la existencia de posesión se requieren dos elementos esenciales: *corpus* y *animus*.

Ergo, directamente pasaremos a analizar ambos según el criterio de este autor, comenzando por el hábeas posesorio.

El error de Savigny, refiere Ihering, consiste en identificar la noción de posesión con la de poder físico sobre la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llega a constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida a ser la negación de ella.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El *corpus*, dice Ihering, según la teoría dominante, es el poder físico, o la supremacía de hecho sobre la cosa. Tal es la noción fundamental según la teoría actual, pero ello es absolutamente erróneo. La manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio para determinar la existencia de la posesión. Así el *corpus*, siempre para Ihering, representa el comportamiento del poseedor con la cosa, similar al del propietario. En otras palabras, refiere, que el hábeas es el comportamiento con la cosa análogo al del propietario, ello, según la conciencia social del pueblo.

Respecto del *animus*, va a decir Ihering que la simple relación de la proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica. La significación jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, reconocible con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión. La relación posesoria, indica Ihering, es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa. Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos, no tienen interés para nosotros. El interés, pues, es el punto de partida de la posesión (52).

Y como la posesión es un valor patrimonial y constituye la condición indispensable, agrega Ihering, de la utilización económica de la cosa, no cabe duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión, definiendo así el punto de la naturaleza posesoria, porque, dice, a la relación de hecho, elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho le añade un elemento formal, cual es la protección jurídica, y así concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho.

Luego, Ihering va a indicar que la distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el poseedor y en el tenedor. En uno y el otro existen el hábeas y el *animus*, ello, por estar persuadido de la dificultad de probar el *animus* (de ahí su oposición a la teoría de Savigny). Pero el *corpus* no es un mero contacto con la cosa para él sino que se va a adquirir una intencionalidad; esto, atento reflejar una exteriorización del derecho de propiedad.

En resumidas cuentas el mayor crítico de Savigny relaciona directamente el instituto posesorio con el derecho de propiedad diciéndonos que el primero es la exteriorización del segundo; entonces esa exteriorización de la propiedad es una facilitación de la prueba a favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario. Así, aparece entonces la posesión como un simple medio para lograr la utilización de la propiedad deduciéndose, en consecuencia, el fundamento mismo de la protección posesoria en la mismísima propiedad.

En nuestra opinión, de su teoría objetiva, diferenciándose de la subjetiva atribuida a Savigny, deducimos que si bien el hábeas adquiere significativa importancia (de ahí el nombre de la teoría), ello no significa que suprima el elemento intencional es decir, al *animus*, sino más bien lo transforma en su interpretación.

2.2.3 Raymond Troplong (53)

Luego de Savigny y de Ihering, puede seguirse con al análisis de varios autores.

Sin embargo, optamos por Troplong en consecuencia con la idea de que Vélez Sársfield, no siguió en la redacción de nuestro Código Civil, en materia posesoria, sólo a Savigny, sino también a Troplong y a otros tantos doctrinarios.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Raymond Troplong es citado por nuestro codificador en 26 oportunidades, en la parte pertinente a la posesión, es decir en el Título II del Libro Tercero correspondiente a 150 artículos (que van del 2351 al 2501) con sus respectivas notas, mientras que a Savigny tan sólo lo ha citado en 10 oportunidades.

En cuanto al punto relacionado con la naturaleza de la posesión entiende Troplong que la posesión por sí misma no produce efectos jurídicos, sino a título de propiedad presunta, porque es un mero hecho cuyos efectos están absorbidos en la propiedad, que es la que favorece la ley cuando pareciera que protege la posesión que se presenta bajo la apariencia de aquélla.

Nosotros sabemos que el concepto de posesión en el Código Civil francés se halla en su art. 2228, explayándose Troplong in extenso acerca de él al igual que el referido al controvertido tema de la naturaleza posesoria, manifestando que la posesión es la tenencia o goce de una cosa o un derecho que tenemos en nuestro nombre. El Código toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simple, refiere Troplong, es el primer grado que tiene por resultado poner al individuo en relación con la cosa.

Respecto de las variedades de esa relación (que son numerosas, v. gr.: posesión a título de propietario, posesión precaria, etc.), el Código aún no se ocupa. En los siguientes artículos el legislador designará las cualidades de que ella debe revestirse a medida que venga a ser la fuente de derechos particulares. En relación al tema referido a que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no puedan concurrir sobre la misma cosa indivisible que les pertenece, pues ellas no lo poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla de que dos posesiones se excluyen no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas, y obrando cada una en un interés separado.

Respecto de que la posesión fundada sobre un título es la regla ordinaria de la posesión, se debe concluir que si el mismo acto contiene muchos derechos conexos y eventuales, y se ha poseído uno solo porque los otros no estaban presentes, el goce del uno habrá conservado el goce de todos los otros. Yendo a la presunción de propiedad de las cosas muebles, entiende Troplong que el poseedor para hacer valer su posesión debe tener un título de buena fe. Con motivo de la exigibilidad de un año en la posesión para aquél que quiera entablar acciones posesorias, refiere Troplong que la ley ve un cierto número de hechos de goces públicos, no interrumpidos y pacíficos; ella los ve continuar durante un año y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejercita es propietario. Asimilado entonces, el poseedor anual al propietario quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario.

Respecto al punto de la legitimación activa en la acción de despojo, entiende Troplong que poco importa que el poseedor hubiese sido despojado violentamente, o que un temor presente y real lo hubiese forzado a abandonar la cosa.

Finalmente, y en lo que hace a la denuncia de obra nueva, enseña que puede ser una acción petitoria o una acción posesoria; esto frente al interrogante de si corresponde verdaderamente una diferenciación entre esta acción de obra nueva con las demás acciones posesorias. Pero reconoce que en el derecho romano la denuncia de una obra nueva era un interdicto, es decir, una verdadera acción posesoria, y que ni el Código



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Civil francés ni el de procedimientos se han ocupado de la denuncia de obra nueva, demostrando ese silencio que la acción es posesoria.

2.2.4 Robertus J. Potier (54)

En veinticuatro oportunidades dentro de la parte dedicada a posesión fue citado por Dalmacio Vélez Sarsfield. Si bien el Código Civil francés fue elaborado por una comisión de cuatro juristas bajo la influencia de Napoleón, y Pothier no la integraba, como se dijera *supra*, sin lugar a dudas el mismo autor fue uno de los más importantes asesores que tuvo aquella. Define a la posesión expresando que es la detención de una cosa corporal que tenemos en nuestro poder, o por nosotros mismos o por alguno que la tiene por nosotros u en nuestro nombre; así, excluyó en su definición la cuasi posesión de los derechos que no sean cosas corporales. Enrolado en la posición de Troplong y otros autores franceses que adhieren a la teoría de la propiedad presunta separa ambos conceptos manifestando ver una presunción de propiedad en el poseedor mientras el verdadero propietario no se haga conocer o no reclame la cosa. En relación a nuestro Código y a la injerencia que tuviera Pothier en Vélez, a simple vista es fácil deducir que ella lo fuera en relación al espectro posesorio, materia, por otra parte, que en el Código Civil francés no fuera tratada sino en el de procedimiento, dedicando el primero tan sólo ocho artículos al tema posesorio, que van del 2228 al 2236.

2.2.5 Charles Aubry y Charles Rau (55)

Son citados por Vélez en 323 oportunidades en la parte pertinente a posesión, es decir, dentro de esos 150 artículos que van del 2351 al 2501. Estos autores están enrolados en la tesis que ve a la posesión como un hecho, manifestando, entre otras consideraciones de sumo interés, lo siguiente: “...*Cuando una persona tiene una cosa bajo su poder, con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (animo sibi habendi), ese derecho constituye la posesión propiamente dicha, en el sentido jurídico de la palabra. Aunque la posesión no constituye más que un estado de hecho la ley le atribuye sin embargo ciertos efectos jurídicos...*”.

2.2.6 Jean P. Monitor (56)

Fue citado por Vélez en dieciséis oportunidades. Parte del concepto de derecho y el poder de voluntad dado por la posesión. Así, critica a Friedrich von Savigny debido a ocuparse tan sólo del *habeas*, dejando de lado el aspecto interno, entonces, difícilmente pueda entenderse que la posesión sea un hecho en su esencia y un derecho en sus efectos correspondiéndole *per se* esto último. Respecto del tema de la naturaleza de la posesión entiende que es un derecho por encerrar en sí el elemento de todo derecho en general, cual es la voluntad del hombre que por el hecho de la aprehensión se une a las cosas para usarlas según su destino; constituye pues, un derecho en sí misma y ese carácter debe manifestarse en todos sus efectos.

Expresa que la posesión no es un derecho puramente real, porque no se dirige contra terceros poseedores, sino solamente contra los violadores. Si B ha despojado a A y en seguida B ha sido despojado por C, B tendrá sólo el *interdicto unde vi* contra C, A no lo tendrá sino contra B. Y tampoco es un derecho puramente personal, pero como el



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

derecho manifiesta sobre todo su carácter y su energía por la acción, refiere que pertenece más bien a la clase de los derechos personales, pudiéndose denominarla un derecho real-personal. Real porque el derecho sobre la cosa es directo e inmediato y personal porque las defensas no se intentan sino contra el autor del hecho de turbación posesoria o de despojo, sin que pueda dirigirse contra los terceros poseedores. Así, niega a la posesión, en contra de la postura de Savigny, la posibilidad de crear derechos nos va a decir que la posesión supone necesariamente una ocupación, que es más que una posibilidad, porque ella realiza la voluntad de poseer. Comprende la intención y la tenencia. Respecto de la cuasiposesión entiende que no pueda extenderse sino a las servidumbres, apartándose de lo prescripto por el Código Civil francés que extiende la posesión a todos los derechos. Respecto de que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa, entiende que una cosa puede ser para muchas el objeto de posesión. En el sentido de que la una sea *corporis* y la otra *iuris*. El usufructuario no hace sino tener la cosa nombre del propietario, él no tiene un *iuris possessio*. El usufructo es considerado como una parte intelectual como un elemento separado de la propiedad. En este caso, sólo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por muchos, por una parte el *corpus* y por otra el *ius*. Yendo al punto del poseedor de mala fe entiende que es un error considerar que todo aquel que posea de mala fe esté constituido en mora debido a que cuando se examinan las condiciones requeridas para que haya mora, se encuentra que sólo hay mora en el poseedor de mala fe que ha contestado la demanda y cuando su posesión está viciada por hurto o violencia. En lo que hace al requisito de unión de dos posesiones entiende que se exijan tres condiciones, así, que las dos posesiones no sean viciosas, que se ligen inmediatamente sin que estén separadas por una posesión viciosa y, finalmente, que se ligen por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor.

2.2.7 Alexander Durantón (57)

Citado por Vélez Sarsfield en nuestro Código Civil en diez circunstancias. De manera aislada, quizás es uno de los pocos autores que ve, en punto al tema de la naturaleza del posesorio, que esté atrapado dentro de la esfera de los derechos y no así ser un hecho referenciado las siguientes expresiones: "...¿La posesión es un derecho real? Los intérpretes del derecho romano están divididos sobre esta cuestión; pero siguiendo los principios del derecho canónico ella debe resolverse afirmativamente, y son estos principios los que han prevalecido en nuestra legislación..." Para arribar a esta conclusión se vale de una interpretación del art. 23, Código de Procedimientos, respecto de la anualidad de la posesión como requisito de admisión de las acciones posesorias dentro del año de ocurrida la turbación, sin que exija ese artículo ni ningún otro que el poseedor sea el mismo autor de la turbación, estando así personalmente obligado por hecho, bastando que posea la cosa para la acción sea válidamente formada contra él, lo que es el rasgo característico de las acciones reales.

2.2.8 Charles Maynz (58)

Citado en nueve oportunidades por Vélez. No se alcanza a entender por qué Vélez Sarsfield menciona a este autor en la nota al Tít. II (a) del Lib. III como enrolado



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

en la postura que ve a la posesión como en derecho real diciendo: “...*Lo contrario de Savigny, enseñan Maynz, Lib. 2, 162. Demolombe, t. 9, desde el n° 479. Zachariae y Beline, sosteniendo que la posesión es un derecho real...*”. En realidad, Maynz entiende que la posesión, en su naturaleza, es un hecho calificado, sosteniendo, entre otras cosas, que la ley mantendrá el statu quo a menos que adquiera la certeza de que la posesión contiene una violación de los derechos adquiridos; mas esta certeza sólo se puede obtener por medio de una prueba legal hecha en juicio. De todo lo señalado, tenemos que la ley, para este doctrinario, debe garantizar la posesión contra aquella perturbación que se le pudiera causar extrajudicialmente.

Finalmente, refiere que el respeto debido a la voluntad del hombre, de una parte, y el principio fundamental del orden social según el cual la persona no puede hacer justicia por mano propia, de otra parte, concurren, para asegurar al simple hecho de la posesión cierta garantía y una protección legal. Es decir, el espectro posesorio tiene basamento en el principio de inercia que mantiene el statu quo hasta que se pruebe un mejor derecho.

2.2.9 Karl Zacharie (59)

Esta obra del jurisconsulto alemán se distingue, como la del codificador brasileño, por el espíritu metódico u generalizador que revela y está exenta del reproche de casuismo que suele hacerse a los escritores del derecho francés.

Además de haber suministrado el material de setenta artículos e inspirado más de una vez el método de nuestro Código, tiene también el mérito especial de haber servido de base a la obra de Aubry y Rau, que tanto ha utilizado nuestro codificador.

El Dr. Vélez confunde casi siempre a Massé y Vergé con Zachariae, atribuyendo a éste la paternidad de las doctrinas algunas veces contrarias de sus anotadores. Nosotros hacemos notar cuidadosamente cuáles son las opiniones de estos últimos, que aunque muy apreciables, están muy distantes de tener la autoridad de Zachariae.

Vélez lo toma en varias oportunidades.

Enrolado dentro de la teoría que ve a la posesión, en cuanto a su naturaleza, como una propiedad presunta, al igual que Troplong y Pothier, pero dejando bien en claro que en esencia es un hecho, expresa que la posesión, *possessio*, es, en sí misma y tomando esta palabra en su acepción filosófica, el hecho acorde con la voluntad por el cual una persona manifiesta la intención de poseer un objeto exterior, es decir, de someterlo a su poder, dando a esta intención la consagración de actos aparentes.

En este sentido, la posesión es la condición bajo la cual ciertos objetos exteriores pueden, en general, pertenecer a una persona. Ella no constituye, sin embargo, un derecho; continúa siendo un simple hecho, aunque la ley haya podido atribuirle, y en efecto lo ha hecho, con razón, ciertas consecuencias jurídicas.

La cuestión se reduce entonces siempre, para apreciar el carácter de la posesión, a saber si el acto de voluntad en virtud del cual una persona posee es, en cuanto a su forma y en cuanto a su objeto, conforme a las reglas del derecho; en otros términos, si el hecho está basado sobre un “derecho...”. La posesión, siguiendo los principios del Código, es entonces el hecho unido a la intención en virtud de la cual una persona quiere que una cosa le pertenezca como su propiedad, o le sea sometida a título de



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

servidumbre, *animo sibi habendi*, y manifieste esta intención teniendo la cosa o ejerciendo su derecho., sea por ella misma, lo que constituye la posesión propiamente dicha, *possessio*; sea por otro, lo que constituye una cuasiposesión, *quasi possessio*, art. 2228...”.

2.2.10 Jean Baptiste V. Proudhon (60)

Citado por Vélez en siete oportunidades.

De su obra extraeremos sus conclusiones que se ajustan a considerar a la posesión como en hecho, enseñándonos:

“...El dominio le queda al dueño en tanto éste no lo haya alienado en provecho de otro por un acto positivo y aceptado por parte del adquirente. Hasta ahí por más que el propietario de la cosa diga y proteste que no la quiere y que la abandona pues, aun en este estado de cosas y en tanto que no haya ocurrido nada nuevo, la propiedad seguirá siendo suya; mientras que basta desprenderse de la posesión con intención de permanecer privado de ella, para que deba decirse que no tiene más la calidad de poseedor: Differentia Inter. dominiun et possessionem hec est, quod dominiun nihilominus eius manet qui dominus esse nos vult; possessio autem recedit, uy quisque constituit nolle possedere.”

“La razón de esta diferencia consiste en que la posesión está más en hecho que en derecho, y no resulta de actos exteriores; mientras que el dominio es todo derecho, inherente a la persona de su dueño hasta que haya un acto de mutación consentido con otros...”.

A manera de ejemplo, consideramos brillantes estas afirmaciones.

2.2.11 L. Guillouard (61)

Igualmente enrolado en la postura que ve a la posesión en cuanto su naturaleza como un hecho, manifestándonos: *“...La posesión legal, llamada simplemente posesión se compone de dos elementos: el hecho material de tener una cosa, u la voluntad de tenerla para sí a título de propietario. Ella hace suponer en aquel que la ejerce un derecho de propiedad o de servidumbre, la ley la protege durante su duración, mediante as acciones posesorias, y si ella se prolonga durante el tiempo fijado por la ley, conducirá a la adquisición por prescripción del bien que se ha poseído...”.*

2.2.12 Theophile Huc (62)

Dentro de la misma línea que los autores anteriores, entienden que la posesión es un hecho, referenciándonos: *“...Hay que distinguir, en efecto, entre la propiedad u la posesión. La propiedad es el derecho; la posesión es el hecho que corresponde al derecho... El hecho de la posesión, en el interés del mantenimiento del orden, está entonces protegido por sí mismo, por el legislador, con abstracción de toda preocupación tocante a la propiedad. Las acciones instituidas para proteger el hecho de la posesión son las acciones posesorias. Se dice que el que ejerce estas acciones actúa au possessoire. Racionalmente, el hecho de la posesión no puede producir otras consecuencias que engendrar, llegado el caso, el derecho de recurrir a las acciones posesorias. Pero la posesión, con el agregado de ciertas circunstancias, puede todavía*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

producir el derecho a los frutos, y conducir a la propiedad por medio de la prescripción...”.

3- La posesión en nuestro derecho civil (63)

3.1. Ordenamientos

3.1.1. El Código Civil (64)

a) La posesión en nuestro Código Civil según la opinión de Vélez Sarsfield:

Todos quienes trabajamos en el ámbito del Derecho somos fervientes defensores del majestuoso trabajo elaborado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield: Pensamos que realizar tamaño monumento jurídico fue toda una hazaña. En esto toda la doctrina civilista Argentina concuerda.

Su método ha sido admirable; podría criticarse quizás la falta de una teoría general, pero no puede olvidarse la presencia de la Sección Primera del Libro I (De las personas en general), de la Sección Segunda del Libro II (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones), del Libro III, Título I (De las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos).

Para esclarecer el método utilizado por Vélez vale la pena recordar lo que él expresó en la nota mediante la cual elevara al señor ministro de Justicia, Dr. Eduardo Costa, en el año 1865, el proyecto del Libro I de nuestro Código Civil, manifestando lo siguiente:”...*El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano seguido en las escuelas por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código que les sirva de base, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas (...). Yo he seguido el método tan discutido del sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas...*” (65).

En relación a la terminología, decimos juntamente con Lisandro Segovia que, en derecho, la inexactitud de las palabras conduce con frecuencia a la inexactitud de las ideas; la poca precisión de la terminología que en nuestro Código se nota y sus frecuentes galicismos son también escollos del eclecticismo.

Yendo específicamente al tema que nos ocupa, es decir, la postura de Vélez en el tema posesorio, si bien sabemos que podríamos deducirla de sus notas, en nuestra opinión se advierten incongruencias, al manifestarse claramente a favor de dos posiciones encontradas, cuales son, por un lado, considerar a la posesión como un hecho, y, por otro, considerarla como un derecho (así como también un elemento de los derechos reales):

1) De la nota al art. 2351, rescatamos lo siguiente:



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

“...Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesión por la que tiene mayor importancia jurídica, la que presenta todos los caracteres indispensables para los derechos posesorios, la posesión que sirve para la prescripción, y la que da acciones posesorias adversus omnes, dejando para otro lugar tratar de la posesión que sólo sirve para los interdictos o acciones posesorias. La definición, pues, del Código francés no es contraria a la nuestra pues él define lo que regularmente se llama “posesión natural” y nosotros definimos la que por lo común se dice “posesión civil”.

“La definición del Código francés supone que la posesión puede no ser de cosas corporales sino de meros derechos, lo que en la jurisprudencia se llama “cuasi posesión”.

“Las leyes romanas declaraban que sólo podían poseerse las cosas corporales...

“Pero mirada la posesión en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesión se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho...

“Savigny, en su Tratado, desde el n° 7 enseña que la posesión no es sino un hecho, y sólo un derecho por sus efectos, que son la prescripción y las acciones posesorias. Así, dice: “la posesión es un hecho y un derecho a la vez”.

”Molitor ha combatido esta opinión , a nuestro juicio victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho...”

2) De la nota al Tít. II, “De la posesión, u de la tradición para adquirirla” (a), renglón 15, extraemos lo siguiente: *“... En cuanto a la posesión misma, como ella no es sino una condición requerida para el ejercicio de las acciones posesorias, no es un derecho, y no puede por lo tanto pertenecer a ninguna clase de derechos...”.*

3) La nota al art. 2470 nos expresa una idea contraria a lo que venía sosteniendo: *“...Para nosotros que juzgamos que la posesión es un derecho, es con más razón un principio la resolución del artículo...”.*

4) De la nota al Lib. III, “De los derechos reales”, se extrae: *Al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales...*

b) La posesión en nuestro Código Civil según sus propios artículos (66):

1) Art. 2351: *“Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.*

Este artículo define la posesión.

Vélez utilizó como fuente a las Partidas de Alfonso X, llamado “El Sabio” (que eran un conjunto de normas, basadas en el Derecho Romano, organizadas para el reino de Castilla por orden de este Rey en el siglo XIII).

En la nota al artículo Vélez expresa: *“...Véase L 47, Tit. 28 part. 3° La L- 1. Tít. 30 de la misma partida dice que posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo del entendimiento. Esta definición está enteramente conforme con la nuestra...”*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

No obstante lo cual, en nuestra opinión, la definición que está enteramente conforme con la nuestra es la que expresan los autores Aubry y Rau; remitimos, en consecuencia, a lo expresado por ellos, conforme viéramos ut supra.

Creemos más apropiado hablar de "...un derecho real..." y no de "...un derecho de propiedad..." como refiere la última parte del artículo, atento que la gran mayoría de los derechos reales (no sólo la propiedad) se ejercen por la posesión. Yendo al punto que nos interesa, advertimos que se habla del "...ejercicio de un derecho..."

2) Art. 2362: *"Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se prueba lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume"*.

Al presumir la buena fe da por hecho la máxima enunciada.

Art. 2363: *"Todo poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. Él posee porque posee"*. Este artículo, referido a la prueba, posibilita acreditar la existencia de posesión por los hechos que la exteriorizan independientemente de la causa, presumiéndose que se es poseedor en los términos del art. 2351. Si alguno tuviere un interés contrario, deberá probarlo (v. gr., invocando un contrato de locación del que resulte que el poseedor no es tal sino un mero tenedor).

Finalmente, yendo al punto de nuestro interés y en su relación al destacado indicado supra: "...Él posee porque posee"; de más está decir que si el codificador hubiera pensado que la posesión es un derecho no hubiera utilizado esa expresión que conlleva, indiscutiblemente, a considerar a la posesión como un hecho.

3) Art. 2356: *"La posesión puede ser de buena o mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad"*.

De la lectura de este artículo concluimos en pensar que la posesión aquí es considerada como un hecho porque un derecho siempre es de buena fe; sería una incongruencia amparar un derecho de mala fe.

4) Art. 2384: *"Son actos posesorios de cosa inmuebles: su cultivo, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes"*.

Indiscutiblemente, esta norma hace presumir la calidad de poseedor en quien acredite dichos extremos enunciados, y, echando mano al art. 2375, podríamos hasta hablar de una presunción de propiedad.

5) Art. 2469: *"Cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla arbitrariamente"*.

Art. 2469 modificado por la ley 17.711: *"La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales"*.

En la misma inteligencia que en lo expresado en el comentario al art. 2356, en el sentido de que un derecho siempre debe estar protegido por una ley que le dé un marco, marcamos nuestra posición; pero aquí vemos que quien turba la posesión no de una



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

manera arbitraria dejará desamparado al poseedor, quien, obviamente deberá hacer algo para que el turbador no prescriba.

Por otro lado vemos que se ampara al poseedor, independientemente de que proceda a título de dueño y ello máxime con la reforma dada por la 17.711 a este artículo, que ya no sólo protege al poseedor sino también al tenedor.

6) Art.2470: *“El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, u repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”*.

Este mentado artículo configura lo que llamaremos ”protección legal extrajudicial de la posesión” o legítima defensa. Un caso indudablemente de excepción, donde se admite la justicia privada para defender la posesión. Estando simplemente a las dos primeras palabras de esta norma surge la naturaleza posesoria asignada por el codificador.

Aquí también vemos que se ampara tanto al poseedor como al tenedor observando, en consecuencia, una legitimación activa amplia por un lado, y por otro, la pasiva, restrictiva, ya que sólo puede ser ejercida contra el agresor.

Advertimos una grave incongruencia puesta de manifiesto por Vélez en la disparidad de criterios expuestos entre lo expresado en este artículo: *“...El hecho de la posesión...”*, u lo expresado en la nota al mismo art. 2470 in fine: *“...Para nosotros que juzgamos que la posesión es un derecho, es con más razón un principio la resolución del artículo”*.

Insistimos con nuestra opinión de que, indudablemente, Vélez Sarsfield no tenía resuelto el tema de la naturaleza posesoria.

7) Art. 2471: *“Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor u el que pretende despojarlo o turbarlo de la posesión, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua, juzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer o mejor derecho de poseer”*.

Art. 2472: *“Fuera del caso del artículo anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer u será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado”*.

8) Art. 2473: *“El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si si posesión no tuviere a o menos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina. La buena fe no es requerida para las acciones posesorias”*.

Igualmente, aquí hacemos referencia, como lo señaláramos en el comentario de dos artículos anteriores, a un principio general de derecho, que estaría dado por la difícil comprensión o armonización entre la falta de buena fe y un derecho, habida cuenta resultar, en nuestra opinión, conceptos incompatibles dentro de nuestra ciencia jurídica.

9) Art.2490: *“Corresponde la acción de despojo a todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesión de inmuebles, aunque su posesión sea viciosa, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del inmueble”*.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Art. 2490 modificado por la ley 17.711: “Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño de tal bien. Exceptuase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad”.

Restringiendo nuestro comentario exclusivamente al marco de la naturaleza posesoria, advertimos, tanto de la redacción originaria como de la actual, una amplitud en relación al espectro posesorio, amparándose tanto al dueño poseedor como al tenedor. Es decir, se hace abstracción del título; todo lo cual jugaría a favor de considerar a la posesión como un hecho.

10) Art. 2502: “Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

Art. 2503: “Son derechos reales:

1. El dominio y el condominio;
2. El usufructo;
3. El uso y la habitación;
4. Las servidumbres activas;
5. El derecho de hipoteca;
6. La prenda;
7. La anticresis”.

Art. 2614: “Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerle censos, ni rentas que se extiendan al mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”.

De la relación de estos tres artículos van a surgir los derechos reales permitidos en nuestro régimen de derecho civil.

El primero de ellos tipifica el *numerus clausus* por el cual solamente van a admitirse los derechos reales creados por ley, lo que no significa que exclusiva y excluyentemente en nuestro derecho existan solamente los nueve derechos reales enumerados *supra* (más los censos y rentas), sino que se admitirán derechos reales creados por otras leyes (v. gr.: la ley 13.512 creó el nuevo derecho real de propiedad horizontal).

De la conjunción de este art. 2502 con el siguiente, 2503, deducimos, en relación al tema que nos interesa, que la posesión, por no estar enumerada como derecho real, no sería tal. De esta construcción se deduciría que la posesión es un hecho.

En nuestra opinión, queda otra alternativa: la de resultar un derecho personal.

c) La posesión en nuestro Código Civil según la ley 17.711:

Nuestro estudio se ajustará estrictamente a la incidencia de la Ley de Reformas a nuestro Código Civil 17.711 respecto del tema posesorio, no entrando a analizar los efectos de dicha ley en relación a nuestro derecho privado todo.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Hecha la aclaración, a continuación vamos específicamente al artículo que tiene vinculación con nuestro tema y así nos encontramos con la norma más significativa al respecto, el artículo 2355.

Art. 2355 de Vélez Sarsfield: *”La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla”.*

Párrafo agregado por la ley 17.711: *...Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”.*

Con la reforma de la ley 17.711, el titular de un boleto de compraventa será un poseedor ilegítimo. Consecuentemente con ello, verse beneficiado con tal condición y no pensar que se trata de un caso de dominio imperfecto (posición de los Dres. Borda y Bustamante Alsina) o que implica un derecho real de posesión que para su oposición a terceros requiere su inscripción (posición del Dr. Spota), sino que pensamos, insistimos, que la posesión adquirida a través de un boleto de compraventa es considerada como ilegítima.

Esto resulta de suma importancia porque la posesión legítima no se discute si es de buena fe; el adquirente goza de todos los beneficios otorgados por el art. 2422 del Código Civil, esto es: adquisición de frutos, mejoras, gastos, actos de disposición material, etc.

Adúñase a lo antedicho que la posesión se califica en el momento de su adquisición (ya sea como legítima o ilegítima); de ahí precisamente que, hablar en relación al agregado del art. 2355, que se trate de “legítima la adquisición” y no “la posesión misma” nos parece lo correcto.

No obstante lo cual, compartimos la opinión del Dr. Augusto M. Morello (67), en cuanto a los defectos de redacción de la reforma, al entender este Maestro que debe haber querido decir *“...que la posesión de inmuebles adquirida de buena fe, mediante boleto de compraventa, será legítima...”*.

Pero en nuestra opinión, con la sanción de la ley 17.711 y su agregado al art. 2355, la posesión de inmuebles adquirida mediante boleto de compraventa (verdadero contrato de compraventa) es ilegítima, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 2601, 2602, 2609 y 2355 del Código Civil.

Y eso en virtud de resolver el dilema bajo el siguiente interrogante: ¿Cómo se transfiere la propiedad inmobiliaria en nuestro derecho?

La respuesta es: con el *título y modo*.

Título en sentido *material* (contrato de compraventa, cesión, etc.) y en sentido *formal* (escritura pública que no hace a los derechos personales sino a los reales (68), *Modo, tradición* (art. 577 del Cód. Civil) e inscripción en el registro.

No existe en nuestro derecho una clasificación acerca de la “adquisición legítima e ilegítima” de la posesión.

Sólo existe una clasificación acerca de la posesión legítima e ilegítima y no acerca de su adquisición; lo cierto es que el Código Civil, en todo su



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

contenido, tiene que “cerrar”, de ahí la inclinación hacia la “adquisición” y no hacia la posesión misma.

3.2 Doctrina Nacional (69)

Variadas y disímiles han sido las opiniones doctrinales en nuestro derecho nacional en relación al tema de la naturaleza posesoria. Nos remitiremos a las principales posturas que nuestros maestros de derecho civil, en especial en el área de los derechos reales, concibieron.

3.2.1 Lisandro Segovia: La posesión es un derecho (70)

Dice el Dr. Segovia que “...*la posesión es un derecho (notas[a], 4 y 7 hacia el art. 2353), y derecho prescriptible (nota del Dr. Vélez al art. 2458). Si nuestro Código no lo enumera aquí entre los derechos reales, siguiendo en ello a Freitas, lo ha legislado en este Lib. 3, que trata de esos derechos y la omisión o es una inadvertencia, o es quizá por haberlo clasificado de derecho real-personal o mixto (dicha nota [a])...*”.

3.2.2 José Olegario Machado: La posesión es un derecho (71)

Expresa el Dr. Machado que “...*Se ha discutido extensamente sobre si la posesión es un hecho o un derecho, y me inclino a creer con Savigny, que ha tratado como maestro consumado esta materia, de que la posesión es un hecho. El Dr. Vélez Sarsfield acepta en la nota al art. 2470 que es un derecho; pero el Código la considera sólo en sus relaciones con las acciones posesorias que engendra. Cuando se trata de la usucapión no es sino una condición para adquirir, como lo es el justo título, y en ese caso no es ni puede ser un derecho. La posesión como un simple hecho material, considerada en sí misma, puede engendrar derechos, modificarlos o extinguirlos; pero éstos son las consecuencias del hecho, que no se confunden con el hecho mismo. Así, el que comete un delito hace nacer derechos en aquellos que son perjudicados; pero de ahí no se deducirá el absurdo de que el delito es en derecho. El que entre en posesión de una casa desocupada no se crea un derecho por ese acto material, y si la ley o protege concediéndole una acción contra otro que quiere perturbarlo, es más bien por consideraciones de orden social, que como reconocimiento y consagración del hecho, que le ha creado un derecho...*”.

3.2.3 Baldomero Llerena: La posesión como un derecho (72)

Refiere el Dr. Llerena “...*que nuestro codificador acepta la teoría de Molitor, de que la posesión es un derecho, no un hecho. Al estudiar la posesión y sus efectos, nos abstenemos de exponer teorías, con lo que no haríamos sino repetir lo que los autores extranjeros han dicho, que es lo que han hecho los que se han ocupado de nuestro Código. Aquí sólo tratamos de interpretar el Código por el Código mismo; por consiguiente, estudiamos la posesión y sus efectos, sólo con arreglo a las doctrinas aceptadas por el Código, pues ésta es la regla más segura en un trabajo de esta índole. En un tratado de derecho se pueden estudiar las distintas teorías y adoptar la que se crea mejor; pero en la interpretación de las leyes positivas no es posible separarse de las teorías del legislador; hay que seguirlas y con arreglo a ella interpretar sus disposiciones...*”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

3.2.4 Ángel S. Pizarro: la posesión es un hecho (73)

Expresa el Dr. Pizarro que “...*Las consideraciones expuestas al principiar esta conferencia me inducen a opinar que la posesión en sí misma, en su elemento simple, es un hecho, y sólo un derecho en sus efectos, como lo sostiene Savigny.*

“*Y no obstante la opinión emitida por el Dr. Vélez Sarsfield en su nota al art. 2351, que se decide por la doctrina de Molitor, sosteniendo que toda posesión es un derecho, el estudio comparativo de los preceptos y disposiciones contenidas en nuestro Código Civil sobre todo, corrobora en mi espíritu aquella opinión...*

“*No me empeñaré en demostrar la verdad de una proposición de que yo mismo no estoy convencido, a saber: que las disposiciones de nuestro Código, relativas a la posesión y a los medios de protegerla, derivan lógicamente y necesariamente de la doctrina profesada por el autor, de que toda posesión es un derecho...*

“*Así vemos, por ejemplo, que el art. 2363, cuando dispone que el poseedor no está obligado a producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión, agrega, como fundamento del precepto: él posee porque posee. ¿Y por qué no dijo: él posee porque es su derecho, como pudo y debió decirlo si toda posesión es un derecho? Cuando dice la ley, el poseedor posee porque posee, no puede entenderse, el poseedor posee porque es su derecho, puesto que no son expresiones sinónimas, locuciones idénticas, ni aún en sentido figurativo.*

“*Y que para nuestra ley civil no toda posesión es un derecho, lo demuestra también claramente, el art. 2470, cuando dice: el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en a posesión propia, y de repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente en los casos en que los auxilios de la justicia llegaría demasiado tarde. Ciertamente que en la no a ese artículo, el autor del Código repite que en su opinión la posesión es un derecho; pero el artículo, que es la ley, habla del hecho de la posesión y no del derecho de posesión que comprenda o que acuerde la facultad de protegerse en la posesión propia.*

“*No son éstas las únicas disposiciones de nuestro Código Civil que autorizan para pensar que la ley contempla la posesión como un hecho, generador de derecho, no obstante la escuela de su autor que, en teoría, considera que toda posesión es un derecho...*

“*Si la posesión es un derecho personal como derecho real, ante las disposiciones expresas de nuestro Código Civil, debe necesariamente ser un hecho, legislativamente considerada...*”

3.2.5 Héctor Lafaille: la posesión es un derecho (74)

Enseña el Dr. Lafaille que “... *la solución de la ley acerca punto debatido se torna difícil, ante los textos que parecen consagrar la tesis de que la posesión es un hecho; si bien no perjudican la teoría contraria, al decir de quinesela sustentan. Las notas en cambio, declaran sin embargo, que se trata de un verdadero derecho...*”



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

“Puede afirmarse que hoy por hoy, el comentario como la enseñanza se manifiestan el sentido de que la posesión es un derecho, a través de las normas de nuestro Código.

“No hay ninguna contradicción entre los preceptos y las notas, por cuanto los primeros no declaran ni autorizan a sostener que la posesión sea un hecho...”

“Como la legislación Argentina ampara en forma muy amplia al poseedor, independientemente de si precede o no a título de dueño (arts. 2469, 2470, 2490, etc.) ha consagrado su derecho dentro de las propias normas invocadas. Las notas no hacen por consiguiente, más que corroborarlo...”

3.2.6 Raymundo M. Salvat: la posesión como un derecho real (75)

Explica el Dr. Salvat que *“...en el terreno de nuestro derecho positivo, el codificador expresamente ha aceptado en varias notas la teoría que la posesión es un derecho. Se ha sostenido, sin embargo, que dentro de los textos del Código, hay varias disposiciones que parecerían consagrar la teoría contraria: 1.a) el art. 2363, que después de establecer en principio que el poseedor no tiene la obligación de producir su título a la posesión agrega: él posee porque posee; si la ley hubiera considerado la posesión como un derecho se dice, en lugar de esta fórmula el artículo hubiera más bien empleado esta otra: él posee porque es su derecho; 2-a) al legislar las acciones posesorias, el art. 2470 expresamente establece que el hecho de posesión como un derecho, de protegerse en la posesión propia; 3.a) el art. 2503, al enumerar los derechos reales, no incluye entre ellos la posesión; el Código por otra parte legisla sobre ella en el Lib. III, lo cual implica que no la considera tampoco como un derecho personal, Luego, si no es un derecho real ni personal, no es un derecho, sino un simple hecho (55. Pizarro, pp28 y ss. Conf. Machado, t. VI, p. 233, n; Bakudon, pp. 7 y ss.). Estos argumentos no nos parecen decisivos. En cuanto a los arts. 2463 y 2470 es natural que el legislador haya empleado ese lenguaje, si se tiene en cuenta como lo hemos recordado anteriormente entre el poseedor y la cosa poseída”*

“El art. 2463, al referirse a la obligación de exhibir títulos, lógicamente debía hablar así, puesto que en principio el artículo anterior acaba de consagrar una presunción de buena fe y por consiguiente, de existencia de título, de modo que al poseedor le basta acreditar el elemento material de la posesión. En cuanto al art. 2470, debe recordarse que para la ley existe la presunción de buena fe en la posesión y que por tanto, desde el momento que exista el hecho o elemento material de ella, la protección legal debe existir. Y en cuanto al tercer argumento, veremos en breve que es fundamentalmente erróneo y que reposa sobre un simple juego de palabras...”

“...En el terreno de nuestro Código Civil, el codificador, en la nota general título de la posesión, recuerda las diversas doctrinas que existen sobre ese punto y hasta hace transcripciones de Savigny y de Molitor, pero sin expresar una unión personal al respecto. Pensamos, por nuestra parte, que la posesión debe considerarse como un derecho real, porque en diversas disposiciones del Código ha consagrado principios que la equiparan absolutamente al derecho de propiedad, del cual, como sabemos, la posesión es la exteriorización normal: la adquisición de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe, por ejemplo, no podría ser explicada se detrás



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

de la simple detención material de la cosa, la ley no viera en ella una apariencia del derecho de propiedad; lógicamente adquirido que la posesión es un derecho, ella debe ser equiparada a la propiedad y en consecuencia, considerada como un derecho real. Se argumentarían las disposiciones mismas del Código las que conducirían a reconocerle el carácter real de la posesión, se discute si ella debe ser legislada antes o después que el derecho de propiedad; nuestro Código Civil ha preferido colocarla antes y esta colocación explica suficientemente que ella no haya sido incluida en el art. 2503...”

3.2.7 Julio Dassen y Enrique Vera Villalobos: la posesión como un hecho (76)

Señalan estos autores que *“...sobre este punto se ha establecido una de esas estériles polémicas que en otros tiempos hacían las delicias y los tormentos de los juristas.*

“El problema se planteaba así: ¿es la posesión un hecho o un derecho? Si es un derecho, ¿es un derecho personal o un derecho real? Lo sorprendente es que los polemistas por lo general no han tomado la precaución de definir previamente qué entienden por “hecho”, y que por “derecho”.

“...La opinión de Vélez Sarsfield no es clara, pues en tanto que en las notas a los arts. 2351 y 2470 sostiene decididamente que la posesión es un derecho, en el articulado del Código aparece legislada antes de los derechos reales, como “elemento” de estos, junto con las “cosas”. Desde luego no parece la posesión en la enumeración del art. 2503... Por otra parte, el Código sólo indica cuándo hay posesión (art. 2351), pero no la define como derecho, tal como lo hace con el dominio, el usufructo, etc. “(el destacado nos pertenece).

Pero al margen de la terminología del Código, es indudable que el hecho de ejercer la posesión genera derechos subjetivos, formalmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Este conjunto de derechos (ius possessionis) se caracteriza, entre otras cosas, por la circunstancia de que sólo subsiste en la medida en que la posesión sea efectivamente ejercida con razonable continuidad visionan o transitoria, puesto que tiende a consolidarse en un derecho permanente (usucapión) o a extinguirse por el no uso.

Cabe aclarar, por último, que la controversia se refiere exclusivamente a la posesión llamada ilegítima, y no a la posesión legítima, que es el mero ejercicio de un derecho real regularmente constituido...”

3.2.8 Guillermo L. Allende: la posesión es un hecho (77)

Refiere el autor que *“...Vélez Sarsfield bien que con algunas vacilaciones ha seguido a Savigny; la posesión no es un derecho sino un hecho, aunque un hecho que produce consecuencias jurídicas: los interdictos y la prescripción adquisitiva...”.*

3.2.9 Manuel A. Laquis: la posesión como un hecho (78)

Entre otras consideraciones de interés destaca el autor que *“...son por cierto las ideas de Savigny las que acogió el codificador a pesar de las contradicciones que ase*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

han atribuido y de la diversidad de criterios que suscita la definición de la naturaleza jurídica de la posesión...

“...Según se ha podido estimar, en el art., 2351 no está definida como un derecho, ni ello se puede deducir del contexto del Código. Tampoco figura entre los derechos reales enumerados en el art. 2503. Además, es coherente con este orden de consideraciones, el hecho de que la posesión y todas las relaciones inherentes a ella están reglamentadas autónomamente, y aun antes de la legislación de los derechos reales en particular...”

“...Asimismo, como se verá a su tiempo, la posesión, p. Ej. siempre describe un hecho, y su ejercicio debe ser efectivo sobre la cosa, por un tiempo más o menos prolongado durante el cual subsista...”

3.2.10 Jorge H. Alterini: la posesión como un hecho jurídico (79)

En esa línea de ideas, Jorge H. Alterini al tratar del importante efecto jurídico de la prescripción adquisitiva, que suele invocarse a favor de la tesis de que la posesión es un derecho, se pregunta si porque se produce la prescripción adquisitiva por el poseedor, en virtud de ella, su relación con la cosa, su posesión, habrá dejado de ser un hecho; no, entonces, también cabría admitir que una mujer que alcanzada por el milagro de la maternidad – léase en la posesión: transcurso del tiempo y cumplimiento de los demás requisitos legales-, engendra un hijo, ha dejado de ser mujer, para convertirse en madre. La ahora madre de un derecho, es la antes y siempre mujer-hecho.

“...Aludir a transmisión de la posesión, sin formular las necesarias aclaraciones, implicaría concebirla como un hecho...”

“...La concepción de que la posesión es un hecho jurídico puede enunciarse de este modo. La posesión legítima, ya bien se la podría mirar como contenido del derecho real respectivo, o para atender a sus efectos propios – las acciones posesorias- como hecho jurídico humano voluntario lícito. La posesión de mala fe sería un hecho jurídico humano voluntario ilícito, porque se bien no está prohibida, más aún en determinados casos es “protegida”, la ‘disconformidad’ con el ordenamiento justificaría su inclusión en la categoría mencionada. Si la posesión de mala fe da lugar a las acciones posesorias (art. 2473 in fine), no sería porque es un hecho ilícito, sino porque ‘protegiendosela’, se logra la finalidad superior de la interdicción de las vías de hecho. Si la posesión de mala fe permite la prescripción adquisitiva (art. 4015), ello ocurriría porque se procura satisfacer fines que trascienden del ámbito posesorio...”

3.2.11 Edmundo Gatti: la posesión es un hecho (80)

El autor afirma clara y simplemente su opinión de que *“...no obstante afirmar Vélez en las notas que la posesión es un derecho pensamos que es un hecho y como tal queda configurada en el Código Civil...”*

3.2.12 Elena Highton de Nolasco: la posesión como un hecho (81)

También concisamente la Ministro de la Corte Suprema expresa: *“...Adherimos a la idea de que en el Código Civil la posesión configura un hecho...”*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

VIII- DOMINIO

1- Análisis previo:

1.1 Conceptualización:

El dominio es el derecho real por excelencia, pues comprende todas las facultades que una persona puede tener sobre una cosa, y los restantes derechos reales son desmembraciones de aquél.

Ahora bien, de manera liminar, cabe la siguiente aclaración: una cosa es el derecho real de dominio tipificado en nuestro Código Civil en el art.2506, y otra, el concepto de “propiedad”.

Propiedad es un concepto genérico, que comprende al dominio y los demás derechos reales. Dominio es un concepto específico. Es uno solo.

Empero, Vélez Sarsfield pareciera confundir ambos términos (82).

Así las cosas, a manera de introducción, debemos manifestar que nos hallamos ante uno de los problemas jurídico-económico-sociales de mayor trascendencia, habida cuenta de la complejidad de intereses comprometidos a su alrededor.

En efecto, el derecho de propiedad es algo natural y universal, y estamos viviendo en la actualidad una concepción social de él, previo paso de su concepción individual.

Lo cierto es que la solución de su adecuada regulación no pasa ni por su “supresión” ni por su “exageración” como derecho, sino, a nuestro entender, por un adecuado régimen de restricciones que atañen a su esencia, ya que no se concibe un derecho tal sin cierto número de limitaciones; si así no fuera, seguramente estaríamos avanzando sobre derechos ajenos.

1.2 Fundamento del derecho de dominio

Insistimos con la idea de que el derecho real de dominio es algo “natural”, que está presente en la mente del hombre desde su nacimiento y hasta su muerte.

Y el aspecto social tiene su largo tiempo de maduración, por obra de Santo Tomás de Aquino (83), quien comenzó con una nueva etapa, manifestando que el titular de dominio no sólo debía tomar en cuenta su propio interés, sino el de la colectividad.

Si nos remitimos a los antecedentes franceses (84), previos a la sanción del Código Civil de 1804, que en su art. 544 define la propiedad, hallamos en Tronchet, Mirabeau y Robespierre la idea de que la propiedad deriva de la *ley*; idea, por cierto, de origen feudal, de los tiempos en que no había tierra sin amo. Y este amo era el señor feudal, titular del dominio directo. Mas cuando la monarquía se impuso a la Iglesia y al señor feudal, el nuevo titular fue el rey; y así surgió la teoría del dominio directo universal. La obra de la Revolución francesa consistió, entonces, en abolir este dominio directo universal del rey, libertando a la propiedad. Empero, si nos atenemos al contenido de ese art. 544, advertimos, por un lado, la influencia del derecho natural y, por otro, la del derecho romano civil, construyendo, entonces, el dominio sobre la base de la “personalidad”. En efecto: el mencionado artículo expresa: “La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Vélez Sarsfield critica esta definición, pues, en su opinión, no se trata de una verdadera definición, sino, más bien, de una enumeración de los principales atributos de la propiedad (85); y con posterioridad cita al derecho romano y su caracterización de la propiedad, con el *ius utendi*, *el ius fruendi* y *el ius abutendi*, criticando igualmente este concepto, por entender que con esto se toma a la propiedad por sus efectos, y no por sus orígenes.

De las diversas teorías que fundamentan este derecho (86), pensamos que la que se adapta a nuestra manera de pensar es la *teoría de la personalidad*.

Ello es así, porque esta teoría atribuye a la simple calidad humana el fundamento de un derecho de propiedad.

Siguiendo en esto a Ahrens, puede decirse que “*el origen histórico de la propiedad, o la causa que le ha dado nacimiento, reside siempre en un acto de apropiación de los objetos materiales, de parte del hombre, por la aplicación de su inteligencia o de sus órganos. Este acto puede ser superficial de simple ocupación, o un acto de trabajo intenso; puede ser un acto común o individual. Pero estos diversos modos de nacimiento de la propiedad no deben confundirse con la razón de derecho o el título general de la misma. El título general o la razón por la cual puede el hombre aspirar a una propiedad reside en la personalidad humana, habida consideración a su estado de dependencia respecto de los objetos de la naturaleza, u dentro de las necesidades que de ella emanan. La propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales. La propiedad tiene su razón de existencia en la personalidad*” (87).

Cabe aclarar que cuando decimos que el fundamento del derecho de propiedad es la personalidad humana, sólo pretendemos expresar que todos los hombres, por el mero hecho de serlo, tienen derecho a ser propietarios.

En una palabra: todos los hombres tienen derecho a la propiedad, pero el solo hecho de ser hombre no confiere la propiedad por sí misma.

O sea, no todos los hombres tienen derecho de propiedad, aunque todos los hombres tengan derecho *a la propiedad*. De ahí que Ahrens exprese que “*nadie puede prevalecerse únicamente de su calidad de persona o de sus títulos especiales, para poder aspirar a una propiedad determinada*” (88).

Mas sí podríamos concluir en que el simple derecho a la vida confiere un mínimo derecho de propiedad, no ya apuntando al bien inmueble objeto de vivienda-que por otra parte sería lo ideal-, sino, indudablemente, a todas aquellas cosas indispensables para vivir dignamente, ya sea lo inherente a la comida, el vestido, la salud, la educación, etc.

Sin embargo, al aceptar esto último no debemos confundir –insistimos- esta teoría de la personalidad con la del derecho de satisfacer necesidades humanas, si bien la satisfacción de las necesidades humanas atañe al fin de la propiedad.

1.3 Definición del dominio

Vélez Sarsfield –como dijimos- define el dominio en el art. 2506 del Código Civil: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Volvemos a insistir aquí en diferenciar los conceptos de dominio y propiedad. El primero es específico, es el derecho real por excelencia, referido exclusivamente a cosas materiales y/o corporales; el segundo es genérico, referido tanto a cosas materiales y/o corporales como a cosas inmateriales e incorpóreas.

En un aspecto, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, la propiedad ha sido tomada en el más amplio de los sentidos por nuestra Corte Suprema de Justicia, al referir que el art. 17 de la Constitución ampara la propiedad contra todos los actos de los particulares y contra la acción de los poderes públicos, protege todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, ya se trate de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales: todo esto es *propiedad* a los efectos de la garantía constitucional (89).

La Corte Suprema también expresó que el término “propiedad”, cuando se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (90).

Ahora bien, volviendo a la definición del art. 2506, decimos –junto con la Dra. Elena Highton- que es inexacta, porque todo derecho real somete la cosa a la voluntad y la acción de una persona, pues justamente es derecho real porque no hay una persona intermedia (91).

También es motivo de crítica el hecho de que no hayan sido incluidos en esa definición los caracteres de *absoluta* y *exclusiva*.

La definición –según el propio Vélez lo manifiesta en la nota respectiva- corresponde a los autores franceses Aubry y Rau, aunque éstos sí hacen expresa referencia a los caracteres de absolutidad y exclusividad.

No obstante ello, otras normas complementan la definición de “propiedad”, al hacer referencia a su carácter de plena y perfecta (art. 2507), exclusiva (art. 2508) y perpetua (art. 2510), al conferir al dueño “el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular” (art. 2513), así como también “la facultad de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre conveniente” (art. 2516) y de “realizar todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible” (art. 2515), sin que “el ejercicio de estas facultades [pueda] ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades” (art. 2514).

De la suma de estas facultades se desprenden los caracteres que seguidamente, y de manera más detallada, pasaremos a analizar.

Empero, previamente, y como corolario final de este punto, volviendo a nuestros codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, consideramos de interés poner de manifiesto las siguientes ideas de dicho autor, rescatadas de las notas sobre diversos artículos del libro terceto del Código Civil, dedicado a los *derechos reales*, haciendo especial hincapié, por supuesto, en la idea de “propiedad”.

-Nota del art. 2509: Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos sobre una cosa, un derecho completo”.

-Nota del art. 2805: “Porque la propiedad es por su naturaleza un derecho libre, absoluto y exclusivo”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

-Nota del art. 2971: “la libertad ilimitada que es de naturaleza de la propiedad”.

En definitiva, vemos que en Vélez campea la idea de la libertad, indudablemente, pero con el alcance y sentido y de la misma manea que en Portalis (uno de los redactores del Código Civil francés de 1804), quien lo explicaba a sus legisladores de la siguiente forma: “la verdadera libertad consiste en una sabia composición de los derechos y de los poderes individuales con el bien común (...). Se debe ser libre con las leyes y jamás contra ellas. En consecuencia, reconociendo al proletario el derecho de gozar y de disponer de la propiedad de la manera más absoluta, hemos agregado: siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos” (92)

2- Caracteres del dominio:

2.1 Absolutidad.

Este carácter surge de la lectura de los arts. 2513, 2514 y 2515 del C.C. y de las notas de los arts. 577 y 2805.

Aquí cabe la siguiente aclaración: no debemos confundir el carácter absoluto de todos y cada uno de los derechos reales (93) con el carácter de este derecho real de dominio (94).

Recordemos que los dos primeros artículos referenciados (2513 y 2514) fueron modificados por la ley 17.711, por aquello de la recepción en nuestro Código Civil de la teoría que atañe al “ejercicio regular de los derechos” y al erróneamente denominado “abuso de derecho” (95).

Queriendo, en esta parte del Código, otorgarle a la propiedad un sentido social – sin pretender polemizar acerca del éxito o no de aquella reforma del año 1968-, lo cierto es que Vélez, a nuestro parecer, cuando se refería al carácter de absoluto, no quería con ello significar que el titular de un derecho real de dominio podía hacer con la cosa lo que se le antojara, sino tan sólo que ello significaba que era el derecho real que mayores facultades otorgaba a sus titulares, a diferencia de los restantes derechos reales; esto lo decimos con la fuerza de la evidencia que surge de las notas de los arts. 2509, 2505 y 2971 ya analizados, así como también de las de los arts. 2506 (96), 577 (97) y 4044 (98) de nuestro Código.

Finalmente, la cuestión queda remarcada por las expresiones vertidas por Vélez en la nota del art. 2513 (99).

Volviendo al carácter de absoluto del dominio ello es así habida cuenta de que otorga el uso, goce y disposición (100); pero nunca –se insiste- es absoluto, porque tiene limitaciones, que son sus restricciones y límites (101)

.Y si alguna duda quedara sobre todo lo expuesto, en el sentido de que Vélez no fuera excesivamente individualista –ergo, absolutista-, él suprimió precisamente la parte en que los juristas franceses hacen referencia a las palabras “de una manera absoluta y exclusiva”.

Los propios Aubry y Rau dan cuenta de los límites de este derecho, al señalar: “aunque la propiedad sea un derecho absoluto por su naturaleza, su ejercicio está, empero, sometido a diversas restricciones establecidas en interés público”, agregando en



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

la nota respectiva: “Es a estas restricciones que hace alusión la disposición final del art. 544” (102)

2.2 Perpetuidad

Este carácter surge principalmente de la lectura de los arts. 2510 y 2511, así como también de los arts. 2758, 2763, 2771 y 2777 C.C..

Decimos “perpetuo” en el sentido de que se trata de un derecho ilimitado en el tiempo y que no se extingue ni por la muerte ni por la incapacidad que pueda sobrevenirle a su titular, ya que pasa a sus herederos.

Aunque no haga uso de este derecho, igual lo mantiene salvo, claro está, en el caso de que pasado algún tiempo, frente a la desatención de su titular, alguna otra persona haga producir ese bien; entonces, la ley toma en cuenta dicha circunstancia, y opta por esta última (es lo que se llama “prescripción adquisitiva” o “usucapión”).

2.3 Exclusividad

Este carácter surge de la lectura de los arts. 2508, 2516, 2517 y 2523 C.C., y de las notas de los arts. 2805 y 2508.

Significa que el titular de dominio –él, tan sólo él- es el dueño; de ahí también que pueda excluir a otro que lo perturbe en su derecho.

Y con razón podemos decir que de la absolutidad se desprende este otro carácter.

En otras palabras, por su carácter absoluto, el dominio otorga a su titular un poder soberano (llamémosla “función positiva”), y por su carácter exclusivo, un poder privativo de exclusión (“función negativa”).

En definitiva, decimos que el dominio es exclusivo porque excluye la coexistencia de un derecho igual sobre la misma cosa; es decir, en palabras de Vélez al redactar el art. 2508 “Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa”.

Ahora bien, como toda regla este carácter de “exclusividad” del dominio no escapa al famoso adagio complementario de su “excepcionabilidad”, y Vélez Sarsfield da cuenta de él en la nota de este artículo, al expresar: “Cuando establecemos que este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”.

3- Extensión del dominio:

Aquí debemos distinguir si hacemos referencia a las cosas muebles o a las inmuebles.

Si se trata de las cosas muebles, podemos decir, con relación a su extensión, que no hay inconvenientes en delimitarla, por cuanto la propiedad de ellas se confunde con la cosa y no se extiende sino más allá de los límites dados por la cosa misma.

Si nos referimos a las cosas inmuebles, podemos decir, con relación a su extensión, que sí hay inconvenientes en delimitar, por cuanto la propiedad de ellas, en principio, aparece ilimitada en altura y profundidad.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El tema fue explicado por Vélez en el art. 2518, C.C., al establecer que *“la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario, es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino, que a cualquier altura avancen sobre ese espacio”*. Esta norma se complementa con los arts. 2519 a 2523, C.C.

Con respecto al espacio aéreo, nos parece un tanto excesivo el hecho de que el propietario sea “dueño exclusivo del espacio aéreo”, y en este punto coincidimos con Rudof von Ihering en que *“el derecho al espacio atmosférico, o, más francamente: la atmósfera de la propiedad, no se extiende más allá de las necesidades practicas a las cuales se trata de satisfacer... .Admitirlo más allá de ese límite implicaría destruir el valor práctico de la propiedad del suelo: nadie podría dejar volar sus pájaros a través de mi espacio atmosférico, ni hacer pasar por él ni el humo, ni el polvo, ni el vapor, etc., y el paso de una bala por encima de mi granja constituiría un atentado a mi espacio atmosférico....El único interés práctico que tiene el propietario en la libertad de su espacio atmosférico consiste en que no se le quite el aire, la luz y el agua del cielo; que no se le impida edificar tan alto como le plazca; que no se le haga imposible la morada en su fundo, llenando su aire atmosférico de olores pestilentes, o de humareda o polvareda exageradas, etc. ...Más allá de esos límites, el derecho a la atmósfera pierde su razón de ser y tendría por único resultado poner las armas de la ley en manos de la chicana, fomentar el espíritu procédurier y colocar a los vecinos en pie de guerra”*.

Entonces, parecería razonable, a tenor de estas deducciones, que un propietario no pudiera oponerse a que un avión pase sobre su espacio aéreo, o a que le pasen una línea telefónica o telegráfica a una altura tal que no lo prive de nada; en caso de privarlo de algo, claro, estaríamos frente a determinadas servidumbres, como la de electroducto.

Con respecto a la profundidad, nos parece también razonable la idea de que ella se extienda hasta donde haya un interés práctico en ejercerla.

Es decir, un propietario deberá tolerar que a una profundidad a la cual a él no le sea posible utilizarla, otros, a quienes sí les sea posible, lo hagan, acudiendo, quizás, en lo que a su regulación se refiere, al derecho minero, para poder así dilucidar la cuestión.

3- Clases de dominio:

3.1 Dominios pleno e imperfecto

Dos son los tipos de dominio contemplados en nuestro derecho: a uno se lo denomina pleno o perfecto, y al otro, menos pleno o imperfecto.

Así surge de la lectura del art. 2507, C.C.: *“El dominio se llama <<pleno>> o <<perfecto>> cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama <<menos pleno>> o <<imperfecto>> cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de un condición, o si la cosa que*



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc.”

Ahora bien, hay igualmente otra categoría de dominio imperfecto, la del llamado *fiduciario*, que vamos a hallar a partir del art. 2661 y está específicamente definido en el art. 2662, modificado por la ley 24.441 (103), promulgada en el mes de enero de 1995, que reza: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

Así, entonces, quedan conformadas las distintas categorías que componen este dominio imperfecto o menos pleno, que son: revocable, desmembrado y fiduciario.

A continuación, vamos a estudiar cada caso en particular:

3.2 Dominio revocable

El dominio revocable está definido en el art. 2663 del C.C.: *“Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”*.

Ataca el carácter de perpetuidad de la propiedad.

Se habla de “dominio menos pleno o imperfecto” porque el derecho de propiedad ha sido transmitido en virtud de un título revocable.

Hay dos formas y cuatro causas de revocación del dominio:

- a) A voluntad de quien lo ha transmitido (art. 2665 C.C.) -v.gr.: pacto de retroventa (art. 1366, C.C.), cláusula de arrepentimiento del vendedor (art. 1373, C.C.);
- b) Cuando el actual propietario pueda ser privado de la propiedad por una causa derivada de su título (art. 2668 C.C.) -v.gr.: revocación de una donación por ingratitud (art. 1858, C.C.).

En cuanto a los efectos hay que diferenciar si se trata de bienes inmuebles, en cuyo caso *“la revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiera en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario”* (art. 2669 C.C.), o de bienes muebles, supuesto en el cual *“la revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa”* (art. 2671 C.C.).

3.3 Dominio desmembrado

El dominio desmembrado está definido en el art. 2661 del C.C.: *“Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”*.

Ataca el carácter de exclusividad de la propiedad.

Se habla de “dominio menos pleno o imperfecto” porque el derecho de propiedad carece de toda utilidad y de una parte de los beneficios económicos que



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

reporta, al estar el bien gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo uso, habitación, prenda, hipoteca o anticresis (104).

3.4 Dominio fiduciario (105)

El dominio fiduciario está definido en el art.2662 del C.C.: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*”.

Ataca el carácter de perpetuidad de la propiedad.

Se habla de “dominio menos pleno o imperfecto” porque si bien el derecho de propiedad existe en cabeza del denominado “fiduciario”, esta propiedad es transitoria, ya que quedará extinguida el día en que se cumpla la condición o plazo resolutorio.

Para graficarlo de alguna manera, en el caso de una empresa constructora de edificios para comercializarlos:

Transmitente-----	Fiduciario-----	Plazo resolutorio-----	Fideicomisario
(Constructora	(Banco)	(Condición)	(Comprador).
o fiduciante)			

Por su parte, el art. 1 de la ley 24.441 establece: “*Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”.

Con respecto a la recepción de esta figura en nuestro derecho, consideramos que recién ha tenido lugar en virtud de la sanción de la ley 24.441, habida cuenta de que si bien fue mencionada por Vélez en los arts. 2661, 2662 y 2841 del C. C., al tratar sobre las distintas especies de dominio imperfecto, en el primero de los artículos del Código en que se hace mención de ello (esto es, el art. 2507) se habla de “dominio revocable” y “dominio desmembrado”, como clases de dominio imperfecto o menos pleno, y no se menciona el fiduciario, y en lo pertinente del Código Civil (arts. 2661 y ss.) son metodizados aquellos dos pero no ocurre lo propio con el fiduciario.

Entonces, frente a la falta de una normativa expresa que la regule, entendemos que sólo ahora se halla contemplada esta figura, y nuestra postura hace hincapié en el orden público (*numerus clausus*) que rige en la materia de los derechos reales, para cuya existencia no basta una simple “mención”, sino toda una estructura, una metodología, una tipicidad que la torne tangible y concreta, circunstancias, todas éstas que lejos estaban de plasmarse conforme a las normas originarias de nuestro Código Civil.

Por ello pensamos que este vacío se debió a un desliz de Vélez, olvido que no puede ser suplido por vía interpretativa; de ahí que condenábamos la mismísima existencia del dominio fiduciario.

Ahora bien, no negamos que en la “faz de los hechos” podrían darse diversas circunstancias que en más o menos se ajustasen a su regulación (v.gr.: el caso del tío preocupado por el futuro de su sobrino –estudiante universitario de abogacía-, que constituye un dominio fiduciario en cabeza de un amigo, sobre un inmueble destinado a



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

un estudio jurídico del fideicomisario, para que le sea entregado a éste luego de su graduación; también los casos de fideicomisos de garantía sobre derechos o cesión de derechos; los casos de actividades benéficas, etc.).

Pero creemos que en la “faz del derecho” –insistimos- hubo un desliz legisferante al respecto, quizá atribuido a un olvido de Vélez.

De todas maneras, la confusión podría provenir del hecho de tratar con el mismo alcance tres situaciones diferentes, cuales son: fideicomiso en sí, propiedad fiduciaria, dominio fiduciario y fideicomiso de garantía.

IX- LA COMÚNMENTE DENOMINADA “PROPIEDAD ABORIGEN”

1- La Constitución Nacional:

A partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 surgen una serie de cuestiones e interrogantes generados por la redacción del art. 75 inciso 17 que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos (106).

La Constitución reconoce la “*posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*”. (107).

Todo ello surge expresamente de la lectura del artículo 75 inciso 17 (108), el cual textualmente reza: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad (109) comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas ser enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (110).

2- Nuestro Código Civil:

En relación al punto específico del presente trabajo análisis, denominado para nosotros, "Propiedades Autóctonas", y para otros "Propiedad Indígena", "Propiedad Aborigen", □"Comunidades Aborígenes", etc. (111), variada y dispersa es la opinión en nuestro derecho positivo si referenciamos dicho problema y a la vez lo correlacionamos, de manera genérica, junto al otro problema denominado “derechos reales existentes con anterioridad a nuestro Código Civil”.

En esa inteligencia pensamos, juntamente con Lisandro Segovia que "...*el Código Civil no puede suprimir o modificar los derechos reales que no reconoce, pero que al tiempo de su sanción existían ya...*" (112).

No obstante ser esta nuestra opinión, debe tenerse presente que existen otras opiniones en sentido contrario, como la del maestro José Olegario Machado, el que expresaba que "...*si se ha impedido que los particulares puedan crear derechos reales, ¿por qué no habría podido anular los ya creados ?; nadie había adquirido derechos, eran meras expectativas que la ley podía alterar...*" (113).



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

3- Nuestra opinión:

Nos inclinamos por la tesis de la subsistencia de los derechos reales adquiridos con anterioridad a la sanción de nuestro Código Civil, de manera genérica, y, de manera específica, apuntamos aquí a la que preferimos llamar “Propiedad Autóctona”.

Ello es así porque, en primer lugar, constitucionalmente hablando nos parece que esta postura se compadece con la garantía de la "inviolabilidad de la propiedad" consagrada por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar, porque de la lectura de nuestro propio Código Civil, en su artículo 3º, surge el principio de irretroactividad de las leyes.

Y finalmente, porque, en tercer lugar, la lectura de las notas, tanto del artículo 3º ("...las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos...") como de la nota del artículo 4048 del C. C. ("...los derechos reales no pueden ser quitados ni modificados por las leyes posteriores...") abonan nuestro argumento.

4- XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (114):

La Conclusión VI de la Comisión N° 4, de Derechos Reales, de estas Jornadas Nacionales fue la siguiente: "*La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente*".

Mas aún, en nuestra opinión sería discriminatorio y hasta inconstitucional porque se estaría reconociendo algo preexistente al nacimiento del Código Civil.

4- XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (115):

La Comisión Derechos Reales, al abordar el tema de las Formas Coparticipativas de Propiedad, y en lo que hace al tema específico tratado en el presente trabajo (es decir, la “naturaleza” o, más precisamente, la "condición jurídica de la propiedad aborígen"), concluyo que estamos frente a nuevo derecho real de fuente constitucional, en coincidencia con nuestra modesta opinión.

X- EL CASO LHAKA HONHAT

1.

A partir de la reforma constitucional de 1994 comenzaron a tener visibilidad situaciones conflictivas relacionadas con las tierras reclamadas por las comunidades originarias.

En tal sentido se pueden mencionar los casos del Lago Escondido, en la Provincia de Río Negro, o de los Esteros del Iberá o del parque Sierra de las Quijadas, en la Provincia de San Luis.

Sin perjuicio de dichas situaciones, tal vez el caso más emblemático en cuanto a su relevancia judicial, a su conflictividad local y a la inserción del complejo tema de la llamada “plurilegaldad” (coexistencia de sistemas diversos de legalidad) sea el llamado “Caso Lhaka Honhat”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El caso en cuestión gira en torno al dominio de los lotes fiscales 55 y 14, situados en el Departamento Rivadavia, en la Provincia de Salta, los que son reclamados por las comunidades originarias de la zona, organizadas en la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat.

Dichas comunidades están conformadas por varias aldeas de pueblos cazadores, recolectores y pescadores que habitan el chaco salteño y que totalizan cerca de 7.000 personas.

Entre dichos pueblos podemos encontrar a los Wichí (Mataco), Iyojwaja (Chorote), Nivacklé (Chulupí), Qom (Toba) y Tapy'y (Tapiete).

Dichos pueblos, como en general todos los de cazadores-recolectores, se basan en valores de igualitarismo en lo político y de compartir en lo económico.

Ya en el año 1984 (es decir, diez años antes de la última reforma constitucional) esas comunidades presentaron una "Declaración Conjunta" en la que rechazaban la urbanización de los lotes y su entrega a cada comunidad, que era la pretensión del gobierno provincial, y solicitaban la entrega de un título único sobre las tierras, basándose en las costumbres tradicionales que parten de la no existencia de espacios de uso exclusivo.

En el año 1987 se dictó la Ley Provincial N° 6469 destinada a "*posibilitar a los ocupantes del Lote Fiscal N° 55 el acceso a la propiedad de la tierra*".

El criterio elegido por esta ley para identificar a los beneficiarios y el tamaño de la superficie a titular fue la llamada "unidad de explotación". Este criterio era perjudicial a las comunidades cazadoras-recolectoras, las que, luego de una férrea oposición, consiguieron que el Poder Ejecutivo no aplicara la ley, aunque ésta nunca fue derogada.

En el año 1988 la Provincia de Salta reformó su Constitución, quedando el artículo 15 redactado de la siguiente manera: "*Art. 15. PUEBLOS INDÍGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros*".

El 28 de Julio de 1991 las comunidades presentaron un reclamo administrativo al Gobierno de la Provincia de Salta solicitando la entrega de un título de propiedad único de las tierras.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

A este documento lo llamaron “Nuestro Pedido” y fue firmado por 27 caciques y acompañado por una historia de las comunidades, un censo poblacional y mapas en base a la toponimia indígena.

Como consecuencia de dicho reclamo, el 5 de Diciembre de 1991 se firmó un Acta Acuerdo entre las comunidades y la Dirección General de Adjudicaciones de Tierras Fiscales, la cual fue ratificada por el Poder Ejecutivo Provincial por el Decreto N° 2609, del mismo año 1991, a través de la cual este último se comprometió a *“adjudicar una superficie sin subdivisiones y mediante Título Único de Propiedad a las comunidades aborígenes (...) en las dimensiones suficientes para el desarrollo de sus modos tradicionales de vida”*.

Las comunidades originarias de la zona conformaron el 17 de Septiembre de 1992 una Asociación Civil, con personería jurídica otorgada por Resolución Ministerial N° 449 del 9 de Diciembre de 1992, llamada “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat”.

El principal objetivo de dicha Asociación, según el Artículo 2° de su Estatuto es el de *“obtener el título de propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y poseen las comunidades mencionadas en el artículo 1°, en los lotes fiscales 14 y 55 del Municipio de Santa Victoria Este, Departamento de Rivadavia, Provincia de Salta, República Argentina, y recibir títulos de propiedad comunitaria sobre otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano”*.

La decisión de organizarse como una Asociación Civil fue motivada por el hecho de que, pese a que el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional habla de *“reconocer la personería jurídica”* de las comunidades indígenas, la Inspección General de Justicia no tiene prevista la inscripción de una persona jurídica con el nombre de “comunidad originaria” o similar.

El 13 de Enero de 1993, el Gobierno de Salta dictó el Decreto N° 18, por el cual se creó una Comisión Asesora Honoraria formada por la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, la Universidad Nacional de Salta, la Universidad Católica de Salta y familias criollas (esta últimas totalizan cerca de 3.000 personas que también reclaman sus derechos sobre tierras ubicadas en los lotes fiscales en cuestión).

En Abril de 1995, la citada Comisión entregó sus conclusiones, a través de las cuales se recomendaba adjudicar las tierras tanto a pobladores criollos como a aborígenes, según procedimientos diferenciados.

Al no poder arribar a un consenso en su seno, la Comisión elaboró dos modelos de distribución de tierras.

El modelo oficial, generado en el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia, abarcaba solamente el lote 55 y, del total de 234.000 hectáreas, preveía la entrega de 2/3 a los indígenas (145.000 hectáreas) y 1/3 a las familias criollas (72.500 hectáreas).

El modelo de la Universidad Nacional de Salta proponía la entrega a las comunidades indígenas de 330.000 hectáreas (un 42,2% de la superficie afectada), en su mayor parte del lote fiscal 55, respetando sus áreas de recorrido. La Comisión expresó que *“esta propiedad deberá ser comunitaria, sin subdivisiones y bajo título único”*.

Para los pobladores criollos se recomendaba adjudicar 210.000 hectáreas.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Entre ambos territorios, se proponía la creación de una franja de amortiguación, con carácter de área de protección ecológica, de unas 70.000 hectáreas.

El Informe de la Comisión fue aprobado por el gobierno provincial en el año 1995, a través del Decreto N° 3097; en dicha norma el Poder Ejecutivo salteño proponía la adjudicación de 240.000 hectáreas a las comunidades indígenas de una superficie única y sin subdivisiones aunque esta propuesta fue enviada al Poder Legislativo Provincial como proyecto de ley. La Legislatura nunca trató el proyecto.

2.

En el mismo año 1995 el Gobierno Salteño resolvió iniciar, con el aval del Gobierno Nacional, la construcción del Puente Misión La Paz (Argentina) – Pozo Hondo (Paraguay) sobre el Río Pilcomayo (en la zona en conflicto).

Esta decisión incluía la construcción de obras de infraestructura para Aduana, Migraciones, Gendarmería Nacional y un centro comercial en la cabecera del puente y la construcción de una ruta para unir el Puente con la localidad de Tartagal (en el Departamento San Martín de la Provincia de Salta). Todo ello en el territorio en conflicto.

La obra formaba parte de la red de carreteras conocida como “corredor bioceánico”, proyecto de integración regional que uniría el sur de Brasil, con Paraguay, el noroeste de Argentina y Chile.

La situación motivó que Lhaka Honhat presentara una acción de amparo a efectos de que se ordene la suspensión de la construcción del puente y se realice un estudio de impacto ambiental y social.

Esta acción de amparo fue rechazada por la justicia provincial y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo del 10/12/1997).

El Máximo Tribunal de Justicia de la Nación fundó su decisión, en voto firmado por los jueces Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez, en que la presentación no se había dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal

3.

En Agosto de 1996 la empresa constructora del nuevo puente intentó cortar el alambrado del cerco de cultivo de la aldea de Misión La Paz, para instalar allí el obrador.

Esto motivó que Lhaka Honhat decidiera la toma pacífica del puente en construcción.

Luego de 23 días de ocupación del puente por las comunidades se firmó un Acta Acuerdo en la que el Gobierno de Salta se comprometió a crear una Unidad Coordinadora y a hacer efectiva la entrega del título en el plazo de 90 días. La Unidad Coordinadora nunca se formó.

El 4 de Agosto de 1998 Lhaka Honhat, con el apoyo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), presentó una denuncia contra el Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), a la no injerencia arbitraria en la vida privada



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

(artículo 11.2), a la información (artículo 13), a la libertad de asociación (artículo 16), a la circulación y residencia (artículo 22), y a la protección judicial (artículo 25), en concordancia con la obligación general de respetar los derechos humanos reconocida en el artículo 1.1, todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos XI, XII, XIII, y XXII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre.

El Estado Nacional contestó a dicha presentación el 7 de julio de 1999 ofreciendo que Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (organismo dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación) "*arbitrara todos los mecanismos disponibles para dar cumplimiento al imperativo constitucional de reconocer la posesión y propiedad comunitarias de las tierras ocupadas por los indígenas (artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional)*".

A partir de dicha respuesta se dio inicio a un "procedimiento de solución amistosa" propiciado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que duraría hasta Julio de 2005.

4.

En Noviembre de 1999 el Gobierno de Salta, a través de la Resolución N° 423 de la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia, ordenó la publicación de un edicto en el que se citó a los ocupantes no relevados y a quienes se consideren con derechos sobre los terrenos del lote 55 "... *a fin de hacer valer sus derechos...*" sobre 9 parcelas de dicho lote.

Lhaka Honhat solicitó la revocación de esa Resolución por ignorar los antecedentes que existían al respecto.

El 24 de Diciembre de 1999 el Gobierno Provincial dictó el Decreto N° 461, por el que adjudicó las 9 fracciones de tierra (por un total de 3.809 has.) a cuatro comunidades indígenas que no forman parte de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat y 4 fracciones de tierra (por un total de 4.357 has.) a cinco familias criollas.

Lhaka Honhat presentó una acción de amparo tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de las dos normas recién citadas, acción rechazada por la justicia provincial.

La Corte de Justicia de Salta sostuvo que las normas en cuestión no violaron el procedimiento establecido por la Ley Provincial N° 6469 (sancionada el 06/08/1987 a efectos de "*posibilitar a los ocupantes del Lote Fiscal N° 55 el acceso a la propiedad de la tierra, con títulos de dominio perfectos, a través de un racional parcelamiento y equitativo proceso de adjudicación*").

En cuanto a la legitimación de Lhaka Honhat estableció que la circunstancia de que esta Asociación hubiera intervenido en representación de las distintas etnias que habitan los Lotes Fiscales 55 y 14, no invalida la adjudicación de fracciones a otras comunidades aborígenes que no participan de la Asociación.

Interpuesto recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 28 de Noviembre de 2003 el Procurador General de la Nación emitió



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

dictamen favorable a la revocación de la sentencia del Máximo Tribunal de la Provincia de Salta.

Para así opinar, la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal de la Nación se fundó en entender que la sentencia recurrida fue arbitraria por cuanto omitió considerar el argumento de que las normas salteñas cuestionadas (Resolución N° 423 y Decreto N° 461) habían dado curso a peticiones de personas que solicitaban fracciones de tierras ubicadas en las áreas que Lhaka Honhat había reclamado varios años antes.

De igual modo entendió como arbitraria la falta de valoración del Acta Acuerdo firmada el 5 de Diciembre de 1991 por la Dirección General de Adjudicaciones de Tierras Fiscales.

Finalmente, con fecha 15 de Junio de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, basándose en los fundamentos del Procurador General de la Nación, dejó sin efecto la sentencia y ordenó remitir las actuaciones para que se emita un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

A mediados del año 2005, cuando aún no se había dictado sentencia en los términos ordenados por el Máximo Tribunal Nacional y mientras el expediente se encontraba radicado ante el Tribunal Superior de la Provincia de Salta, el Gobierno Salteño solicitó se declare abstracta la acción de amparo, basándose en el dictado de la Ley Provincial N° 7.352 (a la que más abajo se hará referencia).

Recién en el año 2006 la Corte de Justicia de Salta dictó nueva sentencia declarando nulas las adjudicaciones de parcelas efectuadas en 1999.

5-

Mientras tanto, el 20 de Septiembre de 2000, y como consecuencia del proceso de solución amistosa propiciado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de la denuncia presentada por Lhaka Honhat, se inició una serie de reuniones entre caciques y representantes del Gobierno de la Provincia.

Luego de un segundo encuentro llevado a cabo el 1° de Noviembre de 2000, finalmente el 4 de Diciembre de 2000, y siempre en el marco del citado proceso de solución amistosa antes citado, se realizó una reunión formal entre Lhaka Honhat, el Gobierno de Salta y representantes Estado Nacional.

En un nuevo encuentro, el día 15 de Diciembre de 2000, la Provincia presentó una propuesta consistente, fundamentalmente, en la entrega de fracciones de tierra del lote 55 a cada comunidad, la adjudicación de tierras en el lote 55 a familias criollas y la exigencia de que cada comunidad se constituya como Persona Jurídica.

En el mes de Febrero de 2001, Lhaka Honhat formalizó su propuesta, la que, en lo esencial, consistía en exigir el cumplimiento de los convenios anteriores, la inclusión del lote 16 en la negociación, el cese del cerco de tierras por las familias criollas y el reconocimiento de la Asociación como representante de todas las comunidades.

En ese momento se suscribió un acta entre las partes, por la cual, entre otros puntos, la Provincia se comprometía a no continuar con el proceso de adjudicación parcial de tierras, así como a la realización de un informe de impacto socio-ambiental y la correspondiente consulta a las comunidades con relación a las obras iniciadas en el



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

territorio indígena. Lhaka Honhat se comprometió a pedir se dejara en suspenso el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a ello, la Provincia continuó con la política consistente en propiciar que las distintas comunidades indígenas obtuvieran la personería jurídica por separado y solicitaran el otorgamiento de parcelas.

En efecto, en el año 2002 se decidió la normalización del intervenido Instituto Provincial de Pueblos Indígenas de Salta. Para ello, se convocó a las comunidades a elegir representantes; pero sólo podrían hacerlo las comunidades que estuvieran inscriptas ante la Inspección Provincial de Personería Jurídica.

El 5 de Agosto de 2002, en la sede del Gobierno Provincial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se reunió con representantes de la Provincia, el Estado Nacional y Lhaka Honhat. El diálogo fue muy tenso y con graves acusaciones vertidas por los caciques contra el Gobierno de Salta.

El 22 de Noviembre de 2002 se realizó una nueva reunión de la que participaron el Gobierno Nacional, el Gobierno Provincial, Lhaka Honhat, la Organización de Familias Criollas (-OFC-, que representaba al 90% de la población criolla), dirigentes indígenas que se habían apartado de Lhaka Honhat y dirigentes criollos que actuaban por fuera de la Organización de Familias Criollas.

Los llamados “disidentes” indígenas abandonaron la reunión expresando que no aceptaban el proceso de solución amistosa y que deseaban que el Gobierno continuara con la entrega de tierras en forma de parcelas.

El resto de los participantes decidió la constitución de un Equipo Técnico conformado asesores de Lhaka Honhat, las familias criollas, el Estado Nacional y el gobierno de la Provincia de Salta.

Este grupo de trabajo tenía, como misión principal, la de elaborar información demográfica.

Al mismo tiempo, se conformó una Mesa Ampliada con la participación de las mismas partes, cuyo objetivo era continuar con la negociación política.

El 5 de Marzo de 2004, en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se acordó que, en un plazo no mayor a cinco meses desde que se presentaran los informes técnicos, el Equipo Técnico debía completar un avance sobre la propuesta técnica para la entrega de los títulos de propiedad.

Los informes técnicos fueron finalmente presentados el 22 de Octubre de 2004.

Luego de varias reuniones del Equipo Técnico y la Mesa Ampliada, el 22 de Diciembre de 2004 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación remitió a Lhaka Honhat una propuesta elaborada por la Provincia de Salta.

El 26 de Enero de 2005, Lhaka Honhat formuló sus observaciones a dicha propuesta.

El 2 de Marzo de 2005 se llevó a cabo una nueva reunión en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual la Provincia de Salta formalizó la presentación de una propuesta de entrega de las tierras en conflicto.

En esa misma reunión se acordó el otorgamiento de un plazo de 30 días al Estado Nacional y a Lhaka Honhat para el análisis de dicha propuesta.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

El 22 de Marzo de 2005, a pedido de Lhaka Honhat, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó una prórroga de 30 días para la realización de dicho análisis.

El 18 de abril de 2005, Lhaka Honhat y el Estado Nacional recibieron una nota, firmada por el fiscal de Estado de Salta, en la cual se informaba que la Provincia de Salta había decidido no participar de nuevas reuniones y convocar a un referéndum sobre el destino de los lotes 55 y 14.

El día 14 de Julio de 2005 el Poder Legislativo Provincial sancionó la antes mencionada ley 7352 cuyo artículo primero expresa: *“Convócase, en los términos del artículo 60 de la Constitución Provincial, a los electores del Departamento Rivadavia para que se expidan respondiendo por sí o por no sobre si es su voluntad que se entreguen las tierras correspondientes a los lotes fiscales 55 y 14 a sus actuales ocupantes, tanto aborígenes como criollos”*.

El artículo segundo de la norma citada fija como fecha de realización del referéndum la del 23 de octubre de 2005.

El 25 de Julio de 2005, a través del Decreto Provincial N° 1492/2005, el Poder Ejecutivo salteño formalizó la convocatoria al referéndum *“para que los electores del Departamento Rivadavia, se expidan por sí o por no sobre si es su voluntad que se entreguen las tierras correspondientes a los Lotes Fiscales N° 55 y 14 a sus actuales ocupantes, tanto aborígenes como criollos, ejecutándose las obras de infraestructura necesarias”*.

6.

Lhaka Honhat presentó una medida cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una acción declarativa de certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitando la suspensión del referéndum.

Como consecuencia de la medida cautelar, la Comisión manifestó al Estado Argentino su preocupación por el referéndum y advirtió que en caso de fracasar el diálogo presentaría la causa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La acción declarativa de certeza presentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía por objeto solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 7.352 y fue impetrada contra la Nación y la Provincia de Salta.

Asimismo, se solicitó que, hasta tanto se resolviera la cuestión planteada, la Corte ordenara al Gobierno de la Provincia de Salta abstenerse de realizar el referéndum, así como de todo acto que conduzca a su realización, y al Estado Nacional que adopte las medidas necesarias a los fines de evitar que la consulta popular se realice.

La Asociación fundó su reclamo en que la convocatoria a referéndum violaba los arts. 14, 16, 17, 31 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, los arts. 21 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los arts. 17 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los arts. XI y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 11 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también, los arts. 3, 4, 5, 6,



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

8, 13, 14, 16, 17, 30 y 35 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales.

Afirmó que los demandados tienen la obligación (no la facultad discrecional) de entregar en propiedad dichas tierras y señaló que demandaba a la Provincia de Salta por dictar y aplicar una ley que implicaba, no sólo una palmaria violación de los actos propios (Decretos del Poder Ejecutivo Provincial 2609/91, 18/93 y 3097/95), sino también el incumplimiento de la obligación emanada de la ley 24.071 y de compromisos formalmente asumidos por ella y el Estado Nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del antes mencionado procedimiento de solución amistosa.

Asimismo, indicó que dirigía su pretensión contra el Estado Nacional por la responsabilidad internacional que el dictado de esta ley local le generaba, en cuanto traducía la violación de tratados internacionales, y por la omisión en que ha incurrido, al no haber adoptado las medidas para garantizar los derechos de las comunidades indígenas y tratar de evitar su violación inminente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

El voto mayoritario del Supremo Tribunal Nacional (Jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay), en la sentencia del 27 de Septiembre de 2005, declaró que la causa no era competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para así decidir, dicho voto resolvió “*apartar a la Nación como parte sustancial en este proceso*”, por cuanto, se dijo, “*no se advierte cuáles han sido las omisiones - por cierto genéricas- que se imputan al Estado Nacional en orden a la previsión constitucional contenida en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y, particularmente, la relación que guardarían tales omisiones con el objeto principal de la demanda; y, en todo caso, por qué resultaría insuficiente a tal efecto el remedio establecido en el art. 14 de la ley 48*”.

Asimismo, expresó que “*tampoco se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial en el marco del ‘proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos’*”.

Con respecto a la naturaleza federal de la cuestión planteada, el voto mayoritario recurrió a jurisprudencia de esa misma Corte Suprema que establece que “*cuando se arguye que un acto es contrario a leyes provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar a esta Corte por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48*”.

Asimismo, el voto mayoritario estableció que la primera confrontación normativa se produce entre dos artículos de la Constitución de la Provincia de Salta: el 15 (antes transcrito) y el 60 (que autoriza la convocatoria a consultas populares a través del sistema de referéndum).

Concluyó, entonces, que “*resulta evidente que el conflicto normativo constitucional enunciado pertenece al ámbito local y requiere para su solución la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico provincial, ello sin perjuicio de una eventual cuestión federal en los términos del art. 75 inc. 17 de la Constitución*”.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Nacional que oportunamente podría habilitar la instancia extraordinaria ante la Corte Suprema”.

Con respecto a la colisión, planteada en la demanda, entre la ley provincial que convocó al referéndum y los decretos provinciales “*que habrían determinado el reconocimiento de la posesión de las tierras a las comunidades aborígenes*”, el voto mayoritario expresó que “*el respeto a las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versen sobre aspectos propios de su derecho público, y ello es lo que determina la incompetencia de esta Corte para intervenir en el proceso*” como jurisdicción originaria.

Finalmente, el voto mayoritario recalcó que se debe evitar “*silenciar la expresión de los diversos actores sociales afectados, los que bien pueden tener intereses encontrados. En tal sentido cabe recordar que la decisión que se adopte involucrará no sólo a la comunidad actora (Lhaka Honhat) sino también a otras comunidades indígenas e incluso a la población en general del Departamento Rivadavia*”.

Por su parte, el voto del Juez Fayt resolvió rechazar “*in limine*” la demanda.

Para así decidir, dicho Juez expresó que las acciones declarativas de inconstitucionalidad deben responder a un caso o controversia, carácter que “*se encuentra ausente cuando, como en el caso, sólo se persigue la declaración de inconstitucionalidad de la convocatoria al electorado a expresar su voluntad en comicios, de cuyo resultado eventualmente podría surgir una vulneración de los derechos constitucionales de un sector de por sí vulnerable*”.

Concordante con ello, remarcó que “*la eventual afectación constitucional en cabeza de los peticionarios recién se configuraría en caso de que prosperara en ese proceso de participación popular una postura adversa a los legítimos derechos que invocan. Este extremo no puede presumirse, no sólo porque no es la única alternativa posible sino, fundamentalmente, porque el Tribunal no debe partir de la base de que la decisión del pueblo de la Provincia de Salta se traduzca en el desconocimiento de los derechos de seres vulnerables, respecto de los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005) ha sostenido que es deber de los Estados ‘tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural...’, criterio rector para ‘valorar el alcance y contenido de los arts. de la Convención Americana’*”.

Concluyó opinando que “*la grave cuestión propuesta, en su caso y de completarse el proceso de creación de una norma violatoria de los derechos de los pueblos aborígenes, podrá encontrar remedio en esa oportunidad. Pero ello, sin necesidad de suspender el proceso participativo de creación de la ley provincial en el que esta Corte no puede interferir, al menos sin vulnerar principios básicos de la forma federal de gobierno*”.

Por su parte el único voto en disidencia, el del Juez Zaffaroni, decidió declarar que la acción interpuesta por Lhaka Honhat correspondía a la competencia originaria de la Corte.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Con respecto a la cuestión de la consideración de la Nación como parte del proceso, el Juez Zaffaroni opinó que *“no resulta procedente ni oportuna la presencia del Estado Nacional en el ‘sub lite’”*.

Para así decidir, se fundó en el hecho de que la instancia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos continuaba abierta.

Con respecto a la naturaleza federal de la cuestión planteada, el Juez Zaffaroni opinó que los argumentos *“expuestos por la actora habilitan la apertura de la instancia toda vez que se ha puesto en tela de juicio en forma directa e inmediata la inteligencia que cabe atribuir a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional cuya dilucidación es definitiva para juzgar la afectación que se invoca”*.

Basó su opinión en el hecho de que la parte actora consideró al dictado de la ley local como contrario a lo establecido en varios artículos de la Constitución Nacional y en normas del derecho internacional de los derechos humanos.

7.

En forma casi simultánea al proceso judicial recién transcrito, el Sr. Indalecio Palermo, cacique de una comunidad ajena a Lhaka Honhat interpuso una acción de amparo, cuyo resultado fue una sentencia del 7 de Septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Provincia de Salta (Circunscripción Tartagal), por la cual se ordenó a la Asociación abstenerse *“de realizar acciones tendientes a entorpecer por cualquier vía el derecho a sufragar en el referéndum convocado para el día 23 de Octubre de 2005”*.

En el referéndum convocado por el Gobierno Provincial hubo una participación del orden del 30% de los casi 17.000 electores inscriptos en el Departamento Rivadavia.

La propuesta gubernamental por el “SI” obtuvo el 98% de los votos emitidos y, a partir de este resultado, se dictaron varios Decretos y Resoluciones tendientes a concretar la entrega de tierras a las familias criollas.

Dentro de dichas normas cabe destacar al Decreto N° 939/05 por el cual se creó la Unidad Ejecutora Provincial (UEP), como Autoridad de Aplicación responsable de la ejecución de la propuesta presentada por la Provincia de Salta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a la que más arriba se hiciera referencia).

8.

El referéndum también provocó la ruptura del procedimiento de solución amistosa que llevaba a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, motivo por el cual el 21 de Octubre de 2006 dicha Comisión dictó el Informe 78/2006, por el que se declaró la admisibilidad del reclamo de Lhaka Honhat.

Dentro de los fundamentos utilizados por la Comisión merece destacarse el que sostiene que el Estado Argentino *“ha tenido múltiples oportunidades de resolver el asunto de fondo, es decir, la tutela efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de la Asociación ‘Lhaka Honhat’”*.

A partir de dicho fundamento concluye que ha existido demora indebida en las tramitaciones judiciales llevadas a cabo en Argentina, lo que excusa el cumplimiento



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

del requisito de agotamiento de las instancias internas previsto por el artículo 46.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9.

En el marco del proceso ante la Comisión y como consecuencia del trabajo de la Unidad Ejecutora Provincial antes mencionada, el 17 de Octubre del 2007 se firmó un acuerdo entre la Provincia de Salta, la Asociación Lhaka Honhat y la Organización de Familias Criollas (OFC), que fijó las pautas para la regularización de las 643.000 has. que componen los lotes fiscales 14 y 55, por el cual se reconocían 400.000 has. a las comunidades de pueblos originarios y 243.000 has. a los pobladores criollos que acreditaran derechos posesorios de más de veinte años.

Dicho acuerdo fue aprobado por el Decreto Provincial 2786/2007.

La Cláusula Segunda del acuerdo expresó que la adjudicación de tierras a las comunidades indígenas se haría *“garantizando la continuidad de sus tierras, el acceso al río y recursos naturales del monte, sin que se entienda como fracciones comunicadas por caminos”*.

La Cláusula Tercera de dicho acuerdo estableció que la metodología para identificar las porciones respectivas que correspondan a las comunidades indígenas y a las familias criollas se basaría en los siguientes puntos:

“- Identificar mediante resolución ministerial definitiva o final la nómina de carpetas de familias criollas con derecho adquirido

- Comunicar plazos para que aquellas familias no presentadas aún lo hagan para acreditar sus derechos

- Georeferenciar familias que aún no lo estén

- Cargar en el mapa todos los puestos criollos con derecho

- Identificar de común acuerdo áreas posibles dentro del área de uso tradicional de las comunidades a ser destinadas para las familias criollas y su reagrupamiento

- Identificar las familias criollas a trasladarse a la zona libre de ocupación tradicional”.

Pese al convenio, la Cláusula Quinta expresa que el acuerdo no afecta la continuidad del proceso litigioso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho proceso ha continuado y, en el mes de Noviembre de 2009, Lhaka Honhat solicitó a la Comisión su cierre y la elevación del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos del artículo 61.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con respecto al trabajo de la Unidad Ejecutora Provincial, encargada de llevar a cabo las tareas de determinación de los espacios a ocupar por las comunidades indígenas y las familias criollas dentro de los lotes 14 y 55 en función del acuerdo del 17 de Octubre de 2007, cabe destacar que, también en Noviembre de 2009, se llevó a cabo la primera reunión entre las partes tendiente a delimitar el territorio.

En Abril de 2010 se llegó a un primer acuerdo para que el equipo técnico de la Unidad Ejecutora Provincial y representantes de las comunidades indígenas y las



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

familias criollas comenzara a recorrer el área para elaborar los croquis que servirían de base a las futuras mensuras.

De allí en adelante se han llevado a cabo reuniones periódicas destinadas a cumplir con el acuerdo del 17 de octubre de 2007.

XI- CONCLUSIONES DEL DERECHO VIGENTE

Como corolario al presente trabajo y en lo que hace al análisis del derecho vigente, pueden establecerse las siguiente conclusiones:

- a- La posesión de las comunidades autóctonas no es muy distinta al concepto de posesión de nuestro Código Civil (116). Lo que existe es una posesión preexistente al nacimiento de nuestro Código Civil.
- b- Existe un nuevo derecho real constitucional autónomo (117) basado en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, con aristas de carácter administrativo, y que debiera legislarse fuera del Código Civil. Si bien reconocemos que este nuevo derecho real autónomo presenta semejanzas con el dominio y el condominio ya conocidos por todos, existen ciertos perfiles diferenciadores que coadyuvan a manifestarse a favor de una nueva figura. Por ejemplo, el hecho de que la posesión y consecuente propiedad de la tierra permite la preservación de la cultura, los valores, el lenguaje, las formas de vida y las costumbres de esas comunidades; o el hecho de que la cultura indígena tienen una vinculación muy particular con la tierra de sus antepasados (más que poseedores de la tierra, la tierra los posee a ellos, según su propia espiritualidad).
- c- El sujeto de la tutela constitucional no es el indígena como persona aislada, sino las comunidades aborígenes como sujetos colectivos. Es un instituto jurídico distinto, que por esencia exige un sujeto titular de carácter plural.
- d- La propiedad comunitaria no puede, a diferencia de la propiedad privada, ser subordinada a plazos o condiciones resolutorios.
- e- Si la propiedad comunitaria fuera traducida en un derecho real de grado menor que el dominio, por ejemplo usufructo, uso, habitación o servidumbre (118), no puede ser extinguida por el no uso, a diferencia de lo que ocurre con esos derechos reales recién citados en nuestro Código Civil.
- f- Hasta la sanción de una normativa específica, y previo reconocimiento expreso de la "personalidad" jurídica en sí misma (en cuanto grupos autóctonos, étnicos o culturales), a los fines de lograr una efectiva "personería" (119), la vía indicada sería la Acción Meramente Declarativa prevista por los Códigos Procedimentales.

X- PROPOSICIONES NORMATIVAS

Asimismo, "de lege ferenda", pueden marcarse las siguientes conclusiones que debieran tenerse en cuenta para las modificaciones normativas:



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

- a- Las Comunidades Autóctonas deben disponer de su derecho real de una manera distinta a las demás comunidades conocidas (120). Debe tenerse presente que esta propiedad no podrá ser enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos y que cuenta, a partir del año 1994, con una jerarquía constitucional. A partir del desigual trato que tuvieron en el pasado, debiera surgir un trato diferente, tuitivo, a los fines de lograr una justa igualdad, una justa reparación histórica.
- b- No sería conveniente su incorporación de manera específica al Código Civil, atento que ello implicaría una desjerarquización y hasta una discriminación no querida.
- c- Es conveniente el dictado específico de una nueva ley nacional (121) que establezca el procedimiento de carácter administrativo a seguir por estas comunidades autóctonas a efectos de perfeccionar su derecho de propiedad de manera definitiva y con ello lograr la tan ansiada seguridad jurídica.
- d- En ese sentido, propiciamos que se declare la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria que pudieran intentar estas comunidades preexistentes, basando nuestro argumento en considerar a dicha situación como subsumida dentro de aquellos casos tipificados como "delitos de lesa humanidad".

Notas:

- (1) Cura Grassi, Domingo; "Derechos Reales. Vol. 1- Parte General", Editorial Depalma. Bs.As. 1998.
- (2) Alterini, Jorge- Corna, Pablo- Vázquez, Gabriela; "Propiedad Indígena", Educa. B.A. 2005, pág 155.
- (3) Highton de Nolasco, Elena; "Propiedad Comunitaria, nuevo derecho", Revista Plenario. Asociación de Abogados de Bs.As. Año 3 N° 22, Agosto de 1996.
- (4) Hablamos de "...nuevo Derecho Real Constitucional, con connotaciones que generan, indudablemente, una implementación de carácter Administrativo..." y no de nuevo Derecho Real Administrativo porque, como bien lo señala González Pérez, los Derechos Reales Administrativos son aquellos que tienen por objeto cosas del dominio público y aquí, en la denominada Propiedad Indígena, el titular no es el Estado sino, precisamente, esas comunidades.
- (5) Existen otros institutos que tienen esa doble vertiente: v.gr.: la tutela judicial efectiva, el llamado "poder de policía", etc.
- (6) Con este último agregado tuvimos en cuenta las sugerencias vertidas por el Dr. Horacio A. García Belsunce, si bien en otros términos y con otros alcances, referidas puntualmente a "Derecho Inmobiliario: ¿Una nueva rama del Derecho?". ("Diálogo por escrito" mantenido en la Revista Jurídica El Derecho, entre el Dr. Domingo Cura Grassi y el Dr. García Belsunce, publicado durante los días 7 de mayo del 2007, 8 de junio del 2007, 12 de septiembre del 2007 y 5 de octubre del 2007).



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

- (7) El Artículo 2, párrafo segundo, de la ley 23.302 establece: “...*Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familia que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad*”. La noción de “comunidad indígena” que contiene la ley 23.302 es similar a la de “*población tribal o semitribal*” del Artículo 1° del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo.
- (8) Magrassi, Guillermo; “Los aborígenes de la Argentina”. Eudeba. Bs. As. 2000. Pág. 46.
- (9) Con estado nos referimos tanto al Estado Nacional como a los Estados Provinciales porque, si bien este reconocimiento a “...*la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan...*” surge expresamente del inc. 17 del art. 75 de la Constitución Nacional, igualmente de la última parte de este mencionado inciso surge que “...*Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones...*”.
- (13) Diario La Nación. Nota del día 23 de noviembre del año 2004 y Carta de Lectores del mismo diario de los días 6 y 8 de diciembre del año 2004 y 2 de enero del 2005.
- (14) Magrassi, Guillermo. Obra citada. Pg. 51.
- (15) Se advierte la existencia de la denominada condición o “cargo” jurídico.
- (16) Nos remitimos a lo que más adelante se verá en cuanto a la diferencia existente entre posesión, propiedad y dominio desde el punto de vista jurídico.
- (17) Diario La Nación. Domingo 16 de Agosto del 2009. Información General. Pág. 19.
- (18) Cura Grassi, Domingo C.; “Posesión”. Ad-Hoc. Bs.As. Segunda Edición. 2009. Pág. 21.
- (19) “Derecho civil. Derecho de cosas”, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1951, pp.19/24.
- (20) Significa vestidura, investidura, transmisión de señorío; además implica el efecto de esta transmisión, el mismo señorío sobre la cosa.
- (21) V.gr. nuestro art. 577, Cód. Civil la mantiene exigiendo la tradición de la cosa para el nacimiento del derecho real. (Cura, Gras, Domingo; “Publicidad posesoria y registral”, LL, 29/7/2004.).
- (22) Elaborado por una comisión de juristas integrada por Portalis, Tronchet, Bigot du Préameneu y Maleville, del año 1804.
- (23) Entre otros, Planiol, Colin, Capitant, Aubry y Rau, Ripert y Boulanger
- (24) Savatier, René; Cours de Droit Civil, Paris, 1947, N° 694
- (25) Especialmente nuestro derecho a partir de la reforma 17.711 que modificara el Art. 2490 de nuestro Código Civil respecto de la acción de despojo, ampliando la legitimación activa (correspondiendo no sólo a poseedores sino también a tenedores).
- (26) Messineo, Francesco; “Manuale di diritto civile e commerciale”, t. II, Milán, 1947, p. 12.
- (27) Art. 2351 del Código Civil Argentino
- (28) Barassi, Ludovico; “Diritti realis e possesso”, t. II, Milán, 1952, n° 188
- (29) *Ibidem*
- (30) Similar al Art. 2398 de nuestro Código Civil.
- (31) Destacamos el término “*ilustrar*” porque nuestro ordenamiento carece de una norma específica en el estadio correspondiente a la adquisición de la posesión, debiendo



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

recurrirse a los art. 3410, 3418, 3430 y , para mayor ilustración, la nota del 3282, todo ello en la parte correspondiente al libro IV, Derechos y Obligaciones del Heredero, de nuestro Código Civil.

(32) En cierta manera, esta norma, junto al art. 446, comprenderían lo expresado en los Arts. 2468 y 2470 de nuestro Código Civil.

(33) Díez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio; “Sistema del Derecho Civil”, vol.III, “Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral”, Civitas, Madrid, 1990, pp. 101 y ss.

(34) Similar al Art. 2412 de nuestro Código Civil, complemento necesario, en relación al título oneroso referido por el art. 2767.

(35) En lo referente al sistema inglés, véase Armijos, Boris-Nolde y Wolf; “Traité de droit comparé”, t. III, París, 1950, n° 742.

(36) Véase Reale, Miguel; “Fundamentos del derecho”, Depalma, Buenos Aires, 1976 y “Actualidad de un mundo antiguo”, Rio de Janeiro, 1936.

(37) Ley 10.406 del 10/1/2002 (comenzó a regir en enero de 2003).

(38) Al igual que Werner Goldschmidt, aunque con un enfoque distinto.

(39) Cura Grassi, Domingo; “Derechos Reales, vol. I, Parte General”, Depalma, Buenos Aires, 1998, con una postura defensiva, como así también en el trabajo publicado en La Ley, 6/2/2003, en relación a la superficie forestal.

(40) Todo ello reflejado en la equidad, buena fe y remachado con la incorporación del instituto de la lesión, que no contemplaba el antiguo código de 1916.

(41) La incorporación dentro del cuerpo del Código Civil brasileño de un libro dedicado al derecho de la empresa implica un cambio de enfoque esencial al respecto. Lo mismo cabe expresar respecto a la no admisión de sociedades unipersonales.

(42) Llamado “Derecho de las cosas”.

(43) Y no dominio.

(44) Cura Grassi, Domingo; trabajo publicado en La Ley, 6/2/2003

(45) Seguramente, así tratado, como derecho real, este derecho del prominente generará debate, por ser contrario a la postura dualista: derechos reales por un lado, derechos personales, obligaciones o creditorios por otro.

(46) En particular las siguientes: “Histoire du droit Roman au Moyen Age”, Mesnier, París, 1830; “Traité de droit Roman”, Firmin Didot Freres, París, 1855/1860; “Le droit des obligations”, A. Durand, París, 1863; “Traite de la posesión en droit Roman”, Bruylant, Christophe y Compagnie, Bruselas, 1866.

(47) Pp.2 y 3, 1, 6; pp. 37, 47, 69, 16, 22, 23; p, 498, n°7.

(48) Cura Grassi, Domingo; “Contratos en moneda extranjera”, Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 16.

(49) Seguimos a Savigny en el entendimiento de que Vélez Sársfield también lo hizo; en consecuencia, nos apartamos de la opinión del Dr. Guillermo Allende, quién opina que Vélez tuvo en sus manos la traducción de Savigny al francés por Faivre D´Audelange. Para mayor ilustración, véase Allende, Guillermo; “La posesión”, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1959,p, 157, notas 140 y 141.

(50) Diversas han sido las obras de este autor dirigidas al punto que interesa; se han tomado en cuenta las siguientes: “El fundamento de la protección posesoria”, Reus,



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

Madrid, 1926; “La dogmática jurídica”, Losada, Buenos Aires, 1947; “La voluntad en la posesión”, Madrid, 1926. Debe aclararse que jamás fue citado por Vélez Sársfield en el Código Civil.

(51) Para Rudolf von Ihering, los derechos son intereses jurídicamente protegidos.

(52) Cabe recordar aquí sus enseñanzas en el sentido de una trillada frase suya: “*El interés es la medida de la acción*”.

(53) Extraemos la opinión de Raymond Troplong de su gigantesca y voluminosa obra denominada “*Le droit Civil expliqué*”, París, 1833-1857. Sobre el art. 2228, Cód. Civil francés, se analizó de esta obra los números 67, 68, 251, 259, 261, 263, 270, 272, 274, 275, 277, 284, 287, 317, 337, 357, 370 y 1061.

(54) Tomamos la opinión del referido doctrinario de su obra *Contenant les traites du droit français*, Bechet, París, 1824-1825; de posesión n° 18, 19, 26, 33, 44, 50, 51, 53, 55, 61, 66, 70, 73, 74, 80, 91, 107, 114, 118, de propiedad, n° 340, y de prescripción, n° 37.

(55) Extraemos la opinión de estos autores de su obra *Cours de droit civil français*. D’Après la méthode de Zachariae, 4° ed., t. II Cosse, Marchal y Cie., París, 1869, n° 177, pp. 77 y ss.

(56) Nos referiremos a su obra *La posesión, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain*, Gand, H. Hoste, 1868. Remitimos a “De la posesión”. N° 14, 25, 26, 29, 39, 41, 45, 100, 102, 103, 104.

(57) De su obra *Cours de droit français suivant le Code Civil*, t. 4, Añex-Gobelet Libaire, París, 1826, n° 245, p. 195

(58) Veremos su obra *Éléments de droit romain*, Ang. Sshnée ert Cie., Bruselas y Leipzig, 1856-1859. Ver Lib. 2, 162, 170, 171, 173, 174, 205, 206.

(59) De su Obra *Le droit civil français*. Traduit de l’allemand sur la cinquième édition annoté et rétabli suivant l’ordre du Code Napoléon par G Massé et Ch. Vergé, t. I 81, n° 282.

(60) Tomaremos su Obra *Traite du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, t. 2 Victo Lagier, Dijon, 1839, n° 445, p. II.

(61) De su obra *Traité de la prescription*, t. A, Pedone, París, 1901, p. 400, n° 414.

(62) Extraeremos la opinión de este autor de su libro *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. IV, Nibrairie Cotillon, París, 1893, n° 113, p. 143

(63) Sabemos que los derechos reales, es decir, las relaciones entre las personas y las cosas, no se encuentran exclusivamente tipificadas en el marco de nuestro derecho civil. En otras palabras, los derechos reales, y por ende el instituto posesorio que estamos estudiando, también se lo va a encontrar en otras ramas del derecho, tanto del derecho público (llámese derecho constitucional, derecho penal u derecho administrativo) como del derecho privado (llámese derecho comercial, derecho aeronáutico y derecho minero). Nuestro estudio estará exclusivamente limitado a la posesión dentro de nuestro derecho civil.

(64) Desbrozaremos este punto de tres maneras; primeramente tomaremos la opinión del redactor de nuestro Código Civil, Dalmacio Vélez Sársfield; en segundo lugar



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

iremos directamente a los artículos del Código, y, en tercer lugar, analizaremos todo lo concerniente a la injerencia de la ley 17.711 en el tema posesorio.

(65) Revista de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, 1969, n° 6.

(66) De varias normas de nuestro Código Civil podemos extractar conclusiones, tanto para un lado, de que la posesión en su naturaleza es un hecho, como para el otro, de que es un derecho. Tomaremos los artículos más significativos al respecto.

(67) Morello, Augusto M.; “El boleto de compra y venta inmobiliaria y el art. 2355”, JA, 2/9/1969.

(68) Cura Grassi, Domingo; “Contratos en moneda extranjera”, Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 117.

(69) Desde ya, para conocer la opinión del Dr. Vélez Sarsfield al respecto, nos remitimos a lo ya elaborado *supra*.

(70) Extraemos la opinión de este autor de su obra El Código Civil de la Republica Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas, t. II, Imprenta de Pablo E Coni, Buenos Aires, 1881, p. 74, comentario al art. 2505.

(71) Su opinión la rescatamos de la obra exposición y comentarios del Código Civil argentino, t. IV, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Buenos Aires, 1928, p. 233, comentario al art. 2351.

(72) Su opinión la obtenemos de a obra Concordancias y comentarios del Código Civil argentino, La Facultad, Buenos Aires, 1931, t. VII p. 52, comentario al art. 2351

(73) Tomamos su postura de la obra La posesión y las acciones posesorias en el Código Civil argentino, conferencia leída en el Centro Jurídico y de Ciencias Sociales el 1°/9/1887, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1918, pp. 27, 28, 29, 30, y 31.

(74) Tomamos su postura de la obra Derecho civil, t. III, “*Tratado de los derechos reales*”, vol. I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, pp. 82 y ss.

(75) De su obra *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp.51 y ss.

(76) Manual de derechos reales. Parte General, “*Posesión-Defensa posesoria*”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, pp. 35 y 36.

(77) *Panorama De derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 199.

Paradójicamente en su obra *La posesión* no encontramos opinión alguna al respecto.

(78) *Derechos reales. Parte General*, t. I, “posesión, protección posesoria”, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 264 a 271.

(79) De Alterini, Jorge H., y Llambías, Jorge J.: Código Civil anotado, t. IV-A, “Derechos reales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 77, 78, y 79.

(80) Tomado de su obra “Teoría general de los derechos reales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 91.

(81) Extractado de su obra “Posesión”, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 51.

(82) Ver arts. 2351, 2506, 2507, 2509, 2510, 2543, 2545, 2546, 2553, 2594, 2610, 2617, 2663, etc., C.C. ; Vélez utiliza indistintamente ambos conceptos, v.gr., en la nota del art. 2509: “Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna cosa nueva de adquisición puede agregarsele,



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

cuando él existe en su plenitud y perfección”. También resultan interesantes las notas de los arts. 2506 y 2507.

(83) Años 1225 a 1274.

(84) Por la importancia que tuvo ese derecho en nuestro ordenamiento.

(85) Ver nota del art. 2506, C.C.

(86) Entre otras, podríamos enumerar, aparte de la ley, las siguientes teorías que fundamentan el derecho de propiedad: del pacto social, de la ocupación y del trabajo.

(87) Ahrens, H., *Derecho natural o filosofía del derecho*, ps. 353 y 356.

(88) Ob. Cit. en la nota anterior, p. 356

(89) Caso “Horta c. Harguindeguy”, “Fallos”, 137-47.

(90) Caso “Bourdieu c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

(91) De su obra “Dominio y usucapión”, pag. 21

(92) Frase, esta última, incorporada al actual art. 544 del Código Civil francés.

(93) Este carácter absoluto atañe a la oponibilidad de los derechos, es decir se los ejerce *erga homines*, contra todos: yo soy titular de un derecho

(94) El carácter absoluto del titular de un derecho de dominio implica que aquél puede hacer uso, goce y disposición de la cosa; pero, en realidad, nunca es absoluto, habida cuenta de que median las restricciones y límites al dominio que atañen a su propia esencia (es decir, no se concibe un dominio sin duda consecuente régimen de restricciones).

(95) Calificamos de errónea tal definición porque parecería que si hay “abuso” no hay “derecho”. Ver el actual art. 1071, C.C.

(96) “[...]La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor [...]”.

(97) “[...] Tómoste a la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atendió a su elemento social [...]”.

(98) “[...]El interés privado, sin duda, es un punto de vista capital, pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas [...]”.

(99) “[...] Los excesos en el ejercicio del dominio son, en verdad, la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. La palabra “*abuti*” de los romanos expresaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa [...]”.

(100) El famoso “*utendi*”, “*fruendi*” y “*abutendi*” que se desprende de la definición dada por los romanos

(101) Ver arts. 2611, ss. y concs., C.C.

(102) De su obra *Droit civil francais*, t. 2, p. 171.

(103) Denominada “de financiamiento de la vivienda y la construcción”. Ver arts. 1 al 26 de la mencionada ley y el art. 73, que es el que sustituyó al antiguo art. 2662, C.C.

(104) La definición se complementa, igualmente, con el art. 2507, C.C., en el cual se hace referencia a que “la cosa que forma su objeto es un inmueble”; mas ello no obsta a que pueda ser también un mueble, por lo que surge de la última parte del art. 2661.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

(105) El fideicomiso era una disposición por la cual el testador dejaba su herencia encomendada a la buena fe de una persona, para que en el caso y el término determinados la transmitiese a otros. Posteriormente, la palabra se extendió a los actos entre vivos, basados igualmente en la confianza: una persona transmite un derecho a otro que a su vez debe transmitirlo a un tercero. A los efectos de profundizar en el tema, recomendamos la lectura del art. 3724 C.C., y su nota.

(106) Ya el primer interrogante surge ante la decisión de hablar de Comunidad Aborigen o Comunidad Indígena. Nosotros preferimos hablar de Comunidades Autóctonas, □Étnicas, Culturales o Preexistentes, habida cuenta de que las otras expresiones parecerían peyorativas y hasta discriminatorias.

(107) Segundo interrogante: Posesión o Propiedad. Ya hemos analizado que son dos conceptos distintos. Parecería, entonces, que el reconocimiento apunta a esa posesión originaria de estas comunidades. Reconocimiento que, procedimiento mediante, finalizaría con un dominio, es decir, un derecho real por excelencia. En ese sentido cabe recordar que cuando llegó la colonización española al cono sur ya aquí estaban asentadas esas comunidades autóctonas: es decir, cinco siglos de posesión originaria.

(108) Dentro del Capítulo sobre las Atribuciones del Congreso el anterior inc. 15 del art 67 antes de la reforma decía: "Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo". En relación al Derecho Comparado cabe recordar que el Preámbulo de la Constitución Española de 1978 refiere: "*Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*". En este orden no podemos dejar de mencionar el desconocimiento o negación del reconocimiento dominial en algunos estados de Norteamérica.

(109) Tercer interrogante: Surge o no una posesión distinta a la regulada por el Código Civil. Pensamos que no. Lo que se menciona es una posesión preexistente a la puesta en funcionamiento en nuestro Código Civil. La posesión es un instituto del derecho en general.

Y lo que sí podría existir es un nuevo derecho real, con algunas similitudes al dominio y condominio pero con algunos perfiles típicos que permiten darle una nueva forma.

(110) Cuarto interrogante: Podemos o no afirmar que las comunidades autóctonas deben disponer de sus derechos en la particular situación de una "comunidad diferente" a las restantes. Pensamos que sí. Habida cuenta el trato desigual que recibieran, en la misma inteligencia, deberían ser tratados distintos para lograr una efectiva igualdad. En ese sentido, en relación al tema de la "igualdad" nuestra Corte Suprema de Justicia ha reiterado en numerosas oportunidades que el artículo 16 de la Constitución Nacional exige tratar de modo igual a quienes se hallan en igualdad de situación y de manera diferente a quienes se hallan en situaciones distintas. En suma, ser diferente a los demás para ser igual a sí mismo; de ahí nuestra postura al respecto.

(111) Quinto interrogante: ¿Quién es el titular de la tierra? Tal cual como está redactada la norma constitucional, pensamos que es la "comunidad", independientemente de todos y cada uno de los miembros que la integran. A partir de ello se plantean diversas cuestiones, como, por ejemplo, la situación de un ciudadano ajeno a la comunidad que contrae matrimonio con un integrante de aquélla.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

- (112) Segovia, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina con sus explicaciones y críticas bajo la forma de notas". Imprenta de Pablo Coni. Bs. As. 1881. Nota al art. 2616, que corresponde al art. 2614.
- (113) Machado, José Olegario, "Exposición y comentario del Código Civil Argentino", Ed. L.J. Rosso, Bs. As. 1928. Nota al art. 2502.
- (114) XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Buenos Aires durante los días 20 al 22 del mes de Septiembre del año 2001.
- (115) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Córdoba durante el mes de septiembre del año 2009.
- (116) Artículos 2351 al 2501 del C.C., es decir 150 artículos dedicados por Vélez Sársfield al tema posesorio.
- (117) Decimos "nuevo derecho real constitucional" y no administrativo habida cuenta que, como bien señala González Pérez, el titular de un derecho administrativo es el Estado y acá el titular es la comunidad originaria.
- (118) Debemos recordar aquí que las personas jurídicas no pueden ser sujetos titulares de los derechos reales de uso y habitación atento su carácter eminentemente alimentario.
- (119) Es esencial la distinción entre "Personalidad" (Atributo) y "Personería" (Aptitud, tanto activa como pasiva de estar en juicio).
- (120) Ya que existen otras propiedades comunitarias que no son autóctonas
- (121) O una reforma a la ley 23.302 del año 1985.

Bibliografía general utilizada:

- Allende, Guillermo. Panorama de los Derechos Reales. La Ley. Bs. As. 1967.
- Alterini, Jorge. Corna, Pablo. Vázquez, Gabriela. Propiedad Indígena. Educa. Bs. As. 2005.
- Bengoa, José. Historias del pueblo Mapuche. Ediciones Sur. Santiago de Chile. 1985.
- Bidart Campos, Germán. Los derechos de los pueblos indígenas argentinos. L.L. 1996-B- Pg. 1205.
- Carrasco, Morita. Tierras duras. IWGIA, Copenhague, Dinamarca, 2009
- Cresto, Juan J. Nota del diario La Nación del día 23 de noviembre del 2004.
- Cura Grassi, Domingo César. Derechos Reales. Vol. I. Parte General. Depalma. Bs. As. 1998; Derechos Reales. Vol. II. Posesión. Ad Hoc. Bs. As. 2005; Derechos Reales. Vol. III. Dominio. Condominio. Propiedad Horizontal. Depalma. Bs. As. 2000; Derechos Reales. Vol. IV. Usufructo. Uso. Habitación. Servidumbre. Ad Hoc. Bs. As. 2009; Derechos Reales. Vol. V. Hipoteca. Prenda. Anticresis. Ad Hoc. Bs. As. 2008; Derechos Reales. Vol. VI. Protección de los Derechos Reales. Acciones Reales. Publicidad. Depalma. Bs. As. 2000; Derecho Inmobiliario. La Rocca. Bs. As. 2006.
- González Perez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Civitas. Madrid. 1989.



Universidad Nacional de La Matanza
Departamento de Derecho y Ciencia Política
Secretaría de Investigación

- Highton, Elena. Propiedad comunitaria, nuevo derecho. Revista Plenario. Asociación de Abogados de Bs. As. Año 3. N. 22. Agosto 1996.
- Magrassi, Guillermo. Los aborígenes de la Argentina. Galerna. Bs. As. 2005.
- Quiroga Lavié, Humberto. Constitución de la Nación Argentina. Comentada. Zavalía. Bs. As. 1997.
- Rosatti, Horacio. Status constitucional de los pueblos indígenas en la Reforma de la Constitución Nacional. Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 1994.
- Stavenhagen, Rodolfo. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. Colmex-IIDH. México.