

# LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS RUPTURAS EN EL PROYECTO DE REFORMA CIVIL DE 1936\*

## POSSESSION IN THE CIVIL CODE AND THE BREAKS IN THE CIVIL REFORM PROJECT OF 1936

*Raquel Virginia Moyano\*\**

**Resumen:** El instituto de la posesión es regulado en el Código Civil de 1871. El proyecto de reforma integral civil se presenta en 1936. El trabajo realiza el cotejo del derecho positivo sobre tres ejes temáticos para verificar la existencia de rupturas entre el tratamiento de ambas fuentes jurídicas.

**Palabras-clave:** Posesión - Rupturas - Código Civil - Proyecto Reforma 1936.

**Abstract:** The institute of possession is regulated in the Civil Code of 1871. The project of integral civil reform was presented in 1936. The work compares the positive law on three thematic axes to verify the existence of ruptures in the treatment of both legal sources.

**Keywords:** Possession - Breaks - Civil Code - Reform Project 1936.

**Sumario:** I. Introducción. II. La posesión en el Código Civil de Vélez Sarsfield. III. La posesión en el Proyecto de Reforma de 1936. Concepto. Objeto. Elementos. Modos de adquisición. IV. Conclusión.

## I. Introducción

### *a. El Código Civil*

Resulta necesario recordar someramente las ideas jurídicas profesadas en Europa durante el movimiento codificador en la Argentina. Ello se vincula con las que se discutieron al surgir los proyectos de las importantes reformas propuestas en el transcurso de la historia de nuestro país.

---

\* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 11 de abril del mismo año.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Adjunta de Derecho Privado V en la Facultad de Derecho de la UNC. Investigadora en la Secretaría de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho, UNC.

La codificación del Siglo XIX constituyó una significativa reforma que giraba en torno a una nueva concepción del Derecho. Mientras para algunos implicaba obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes, para otros, una transformación del método y de los principios del antiguo derecho. El movimiento codificador se propagó, desde Europa, por Hispanoamérica<sup>1</sup>.

Una de las escuelas de jurisprudencia más influyentes del Siglo XIX fue la Escuela francesa de la Exégesis, nacida como consecuencia de la codificación civil (1804) y condicionada por su importancia política. El espíritu de los exégetas no fue otro que el de guardar incólume al Código Napoleón. Los postulados básicos de la Exégesis eran: El culto a la ley y la interpretación de la ley por la intención del legislador<sup>2</sup>.

Contemporáneamente a la codificación, y como reacción a su ideología, surgió y se difundió en Alemania la Escuela Histórica del Derecho. Desde una óptica cultural amplia se podría considerar como una expresión -en el ámbito del Derecho- del Romanticismo,

Nadie puede dudar de la historicidad del derecho, ni que se trata de una construcción cultural.

El programa de la Escuela Histórica, justamente, consistía en buscar las fuentes no estatales ni legislativas del Derecho.

Esta fuente la constituye la característica de cada pueblo, que en su evolución manifestaría una lógica y espíritu propios, el “espíritu del pueblo” (*Volksggeist*), que estaría en el origen y, al mismo tiempo, daría unidad y sentido a todas las manifestaciones histórico-culturales de una nación.

Posteriormente, el nuevo interés del creador de la Escuela Histórica, Savigny, se orientó a la construcción de un sistema dogmático de derecho privado. Este modelo científico tenía como base de estudio el derecho romano y el imperial alemán aún vigente. Se trata de la escuela del Derecho científico.

Al decir de Levaggi, son dos líneas ideológicas las que se perfilaban como vertebrales: Una iluminista-liberal, y la otra tradicionalista-historicista (1810-1820).

La primera asentaba su creencia en la fuerza creadora de la razón y en su capacidad para acelerar el ritmo histórico; la segunda, en el cultivo de las tradiciones y en el curso evolutivo de la historia<sup>3</sup>.

---

(1) Cfr. TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Ed. Librería Editorial Histórica, 2º ed., Buenos Aires, 2008.

(2) Cfr. LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia de Derecho argentino. Castellano-Indiano-Nacional*. T. I. Parte general, Ed. Depalma, 1991, Buenos Aires, p. 178.

(3) LEVAGGI, Abelardo. *Op. Cit.*, p. 217; TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *Op. Cit.*: “... advertimos como fuerzas sobrevivientes el viejo racionalismo, el enciclopedismo dieciochesco, el romanticismo más joven, y sobre todo el eclecticismo”, p. 247.

Hay que destacar que en la época de la organización nacional afloran las ideas racionalistas, aunque “cubiertas por la capa del Eclecticismo”<sup>4</sup>, que era la ideología prevaleciente en el momento. El Eclecticismo jurídico se caracterizaba por la actitud de conciliar las leyes o doctrinas en la articulación del nuevo ordenamiento legislativo. Así se unirían los sistemas en pugna: racionalismo e historicismo.

La codificación, en general, y el proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield, en particular, son ejemplos del eclecticismo práctico de esa época<sup>5</sup>.

### ***b. El Proyecto de reforma de 1936***

Es reiterado el argumento de que las codificaciones están vinculadas con la evolución de las comunidades. La Escuela Histórica del derecho lo acuñó en su programa en la primera parte del Siglo XIX. Y es sin duda la fundamentación de las propuestas de reforma. Los códigos sufren, sin duda, las consecuencias de las transformaciones sociales, y entonces requieren de la revisión, y en su caso, de la reforma que los adecue a las nuevas situaciones sociales, económicas y políticas.

La obra de Vélez Sarsfield se escribe en la segunda mitad del Siglo XIX.

En un juicio duro, Marco Aurelio Risolía expresa: “... La cultura jurídica del país era más que pobre. Los claustros universitarios difundían una enseñanza que, como lo anotara el Deán Funes, parecía a propósito para confundir el ingenio, embotar el entendimiento y hacer gemir la memoria. El jurista estaba ausente. Los tribunales, integrados con dificultad y sacudidos por las convulsiones políticas, no eran, por cierto, escuelas de aplicación de la ley. Por ello el Codificador, sumido en el fárrago de la legislación española, acude a la legislación y la doctrina extranjeras, y con un criterio más racional y dogmático que histórico...”<sup>6</sup>. El Código de Vélez responde al mismo espíritu que inspiró la codificación francesa. Un programa eminentemente revolucionario y liberal, calcado sobre el molde francés. Son estas las razones que esgrime Alberdi en sus críticas<sup>7</sup>. Vélez Sarsfield respondió oportunamente a las críticas<sup>8</sup>: “El principio democrático, en un Código debe sólo aparecer en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder jamás privilegios personales...”.

---

(4) LEVAGGI, Abelardo. *Op. Cit.*, p. 220.

(5) *Idem*.

(6) RISOLÍA, Marco Aurelio. *El espíritu de la Legislación Civil y su Reforma. En la Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al Estudio del Proyecto de 1936*, Ed. Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940.

(7) ALBERDI J. B. “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina”, en *Garcías Manuel R. et al., Juicios Críticos sobre el Proyecto de Código Civil Argentino*, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 157 y ss. (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1155>): “El Código Civil, para ser fiel a su instituto, debe ser la codificación de la revolución de América en lo relativo a la familia y a la sociedad civil... código ateo, sin fe política, sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne, sin mira ni mente nacional, que tanto puede ser código de un imperio como de una república, del Brasil como del Plata”.

(8) VÉLEZ SARFIELD D. “El folleto del Dr. Alberdi”, en *Juicios Críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino*, *Cit.*

Ya vemos entonces que la intención de reformar el Código Civil se manifiesta desde el mismo momento en que comienza a aplicarse. Se critica, pues, el espíritu individualista del Código, con múltiples manifestaciones en el campo de la política, la economía y la filosofía del momento. Casi todos están de acuerdo en el repudio del espíritu individualista que presidió, indudablemente, la labor de Vélez<sup>9</sup>.

El Decreto N° 12542 de julio de 1926, por el que se designa la Comisión Reformadora, alude a la conveniencia de una revisión ilustrada y serena de la gran ley civil “para su mejor armonía con las nuevas condiciones de la vida argentina”, luego de mencionar las reformas introducidas durante su vigencia. Se recomendaba esta reforma para colmar vacíos, eliminar contradicciones, reducir casuismos, corregir el método, el lenguaje, etc.

Es verdad que en la historia había transcurrido una guerra mundial, y al momento de las propuestas reformadoras se gestaba una nueva conflagración mundial, con todas las consecuencias que aquella había producido, y la inseguridad que generaba la próxima.

Se pregunta Risolía: “... ¿Se han modificado las condiciones sociales, económicas y políticas del momento en que Vélez redactaba su Código? Tal vez. Medio siglo de vigencia da a los comentaristas una autoridad experimental para responder a la pregunta. Empero, ningún reparo consigue amenguar la gloria de Vélez ni echar sombras sobre su obra, eficaz instrumento de perenne valor jurídico”<sup>10</sup>.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el planteo, hay que decir que la Comisión designada no da respuestas concretas sobre los estrictos motivos que sostienen la reforma. Salvo la expresión “Espíritu nuevo”.

Trataremos ahora las partes pertinentes del Informe elevado por la Comisión designada según el decreto reseñado *supra*.

La Comisión destaca, en el Informe, el método utilizado en razón de su uniformidad -repite idéntica estructura en cada libro-, lo que redundaba en una mayor armonía y un eficaz plan didáctico. También logran una mejor comprensión al agregar anotaciones marginales en cada artículo con la finalidad de facilitar el manejo del texto de la figura jurídica regulada, sin interés alguno en otorgarles un valor distinto al tratado en la norma.

También pone de especial manifiesto que el proyecto elevado dispone su contenido en sólo dos mil ciento cuarenta y cuatro artículos, frente a los cuatro mil ochenta y cinco del Código Civil vigente al tiempo de elaboración del Proyecto<sup>11</sup>.

---

(9) RISOLÍA, Marco Aurelio. *Op. Cit.*, p. 16.

(10) *Ibidem*, p. 14.

(11) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Reforma del Código Civil. Antecedentes. Informe. Proyecto*, G. Kraft Impresiones Generales, Buenos Aires, 1936 (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1141>). La Comisión fue designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RI-

Nos interesa ahora establecer las conexiones o rupturas que existen entre la regulación de la posesión y su tratamiento en el Código decimonónico de Vélez Sarsfield y la doctrina vertida en el Proyecto de Reforma integral de 1936.

Como adelantáramos, el análisis se ordena en relación a tres ejes básicos en la reconstrucción del instituto de la posesión. Y cotejaremos las normas y proyectos referidos a tales ejes:

- a. Concepto y Objeto
- b. Elementos
- c. Modos de adquisición

Expondremos este orden en el Código Civil y luego en el Proyecto de 1936.

## II. La posesión en Código Civil de Vélez Sársfield

### *a. Concepto. Objeto*

#### a. 1. Concepto

El Código, en la ubicación referida, regula lo siguiente:

*Artículo 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"<sup>12</sup>.*

---

VAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario-).

(12) Transcribimos aquí, en razón de su posterior utilización, y a fin de completar la conceptualización e ideología del instituto, la Nota del artículo 2351: Véase L. 47, Tít. 28, Part. 3<sup>a</sup>. La L. I, Tít. 30, de la misma Partida dice que posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento. Esta definición está enteramente conforme con la nuestra. El Cód. Francés. Art. 2228 dice: La posesión es la tenencia, o goce de una cosa o de un derecho que tenemos, o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre. El Código, dice Troplong, toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simple, es decir, es el primer grado, que tiene por resultado poner al individuo en relación con la cosa. En cuanto a las variedades de esa relación, que son muy numerosas, por ejemplo, posesión a título de propietario, posesión precaria, etc., el Código aún no se ocupa. En los artículos siguientes, el legislador designará las cualidades de que ella debe revestirse a medida que venga a ser la fuente de derechos particulares>. Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesión por la que tiene la 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 la posesión que sólo sirve para los interdictos o acciones posesorias. La definición, pues, del Cód. 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 Cód. Francés supone que la posesión puede no ser de las cosas corporales, sino de meros derechos, lo que en la jurisprudencia se llama cuasi-posesión. Las Leyes Romanas declaraban que sólo podían

La norma expone, con claridad meridiana, el concepto de posesión. Así entendemos su significado como la situación de hecho en que alguien se encuentra respecto a una cosa determinada y que se traduce en la posibilidad física, inmediata y exclusiva de dar a la cosa cualquier destino que la persona pretenda. Consideramos que esta aseveración es concluyente al expresar la norma, la idea de ejercicio de un derecho de Propiedad<sup>13</sup>.

El contenido de tal derecho -derecho real por antonomasia- está constituido justamente por el haz de facultades integradas por el uso, goce o disfrute, y la disposición de la cosa. Le asisten, así, las más amplias facultades que pudieran ejercerse sobre cosa alguna. Implica, de tal modo, la posibilidad de darle a la cosa el destino que, quien la detente, pretenda.

La situación que describe la norma se denomina *poder efectivo*, locución universalmente aceptada, que concibe la noción de que la posesión es, por un lado, un poder sobre las cosas; y por otro, un poder de hecho, que puede abstraerse del correspondiente poder jurídico; además, un poder ya creado y no un poder meramente posible<sup>14</sup>.

En general, quien es propietario, ostenta la posesión de aquello de que es dueño. Ya sea de manera directa, o través de otros que detentan y disfrutan la cosa, pero reconocen en él la Propiedad "... alguna persona por sí, o por otro,..."

Puede suceder, sin embargo, que la coincidencia que hemos descripto no se presente -por regular que fuera-, y que exista una disociación entre quien está investido del poder jurídico -esto es que sea el titular del derecho de Domino- y quien se encuentra en poder efectivo de la cosa. Esta situación nos enfrenta con el conflicto entre el hecho y el derecho.

---

*poseerse las cosas corporales... quia nec possideri intelligitur jus incorporale (L.4, # 27, Tit. 3 Lib. 41, Dig.) Possidere autem possum, decía otra ley, quae sunt corporalia (L. 3, Tit. 2, Lib. 41, Dig.). 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. Bajo este punto de vista práctico, la idea ha parecido susceptible de ser extendida a otros derechos reales, especialmente a los derechos de servidumbre, que son desmembraciones del derecho de propiedad; y se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la juris possessio o la quasi possessio. Los romanos habían restringido la cuasi posesión a las servidumbres, y no la habían extendido a otros jura in re, y menos a los derechos personales y a los derechos de las obligaciones, respecto de los cuales la idea de ejercicio de un poder físico no es admisible bajo relación alguna. El Cód. Francés, como se ha visto, extiende la posesión a todos los derechos. Molitor se empeña en demostrar que la cuasi posesión no puede extenderse sino a las servidumbres. (De la Posesión, n° 14). 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 un derecho a la vez. Molitor ha combatido esta opinión, a nuestro juicio, victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho".*

(13) Aquí le damos el alcance de derecho real de dominio.

(14) VALDÉS, H - ORCHANSKY, B. "Lecciones de derechos Reales", Ed. Lerner, Córdoba, 1969, T. I, p. 44.

Ahora bien, debe quedar claro que la especulación acerca del instituto posesorio no distingue. El hecho posesorio existe con independencia de la eventual investidura jurídica que la califique. De manera que, quien ejerce el poder efectivo como dueño, aunque no lo sea, reviste la calidad de poseedor.

El hilo conductor del análisis nos lleva a la siguiente norma que completa la idea del artículo inicial, distinguiendo otra relación real.

Dice el artículo 2352:

*"El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho"<sup>15</sup>.*

Pero el codificador trata la idea en dos artículos. Además lo hace en el artículo 2461: *"Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer a nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa"*.

Efectivamente, al referir el 2351 que quien *"... por sí o por otro tenga una cosa..."*, inicia la reflexión del artículo siguiente y del 2461 mencionado. Ese *otro*, a través de quien el poseedor efectiviza su posesión, es nombrado en estas normas como simple tenedor de la cosa. Nos refiere una nueva relación real, de vinculación entre la persona con la cosa, pero con una composición intencional distinta a la del poseedor: *"... reconociendo en otro la propiedad..."*. Claro también es que la mención del artículo 2352 de que la relación repose sobre un derecho, alude a un derecho personal.

## a. 2. Objeto

Cabe señalar que sólo las cosas son objeto de posesión. Lo adelanta el 2351, ya mencionado. El artículo 2400 establece: *"Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueron cosas, no son susceptibles de posesión"*. Y que esto informa, igualmente, el concepto posesorio. También citamos el artículo 2311 que estipula: *"Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor"<sup>16</sup>.*

(15) Nota del artículo 2352: *"L. 5, Tít. 30, Part. 3ª y L 1, Tít.8, Lib.11, Nov.Rec.-L.22, Tít.29, Part.3ª.-L.1, Tít.30, Lib.7, Cód. Romano.-Savigny, De la posesión #23. Duranton, tomo XXI, nº 181.-En el rigor de los principios, lo que otro tiene en mi nombre yo no lo poseo realmente, no lo tengo actualmente en mi poder, pues que él es quien lo tiene en el suyo. Más, siendo la posesión precaria respecto de mí, las leyes me consideran como poseedor, como que ejercito la posesión por su ministerio, y a él, como sólo está en posesión ajena"*.

(16) Nota al Artículo 2311: *"...La palabra cosas, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. mas como objeto de los derechos privados,*

Determinada la noción de cosa, los requisitos necesarios para que sea susceptible de posesión, son los que normativamente preceptúa el Código Civil. Conforme a ellos, la cosa debe estar en el comercio, y es indispensable que sea determinada.

a. 2. i. *Posesión plurium in solidum*

En relación con la cosa como objeto de la posesión, cabe señalar la siguiente situación: El artículo 2401 dice que *“Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa”*.

Se establece el principio de imposibilidad de coexistencia de dos posesiones de la misma naturaleza, por el todo, sobre una misma cosa.

Acompañamos el ejemplo y comentario de Valdéz y Orchansky al decir que, cuando el propietario entrega la cosa en usufructo, y el usufructuario la entrega después a tercero en arrendamiento, habrá tres personas que señorean la cosa por distinta causa; pero que se reconocen recíprocamente sus respectivas situaciones. La primera conserva su posesión, que es tal en sentido estricto, la segunda una cuasi posesión del *uti* y del *frui*, y la tercera tan sólo una simple tenencia de la cosa<sup>17</sup>.

Las tres posesiones (llamadas así *lato sensu* por el artículo 2401) concurren simultáneamente, porque siendo de distinta naturaleza, y no repeliéndose entre sí, cada una de ellas se coordina y enlaza con las otras, para formar entre todas una intermediación regular entre el verdadero poseedor y los otros que le siguen y que poseen para él.

El axioma cobra rigor frente a dos o más posesiones rivales y exclusivas, porque, como lo decía la ley romana, *“es contra naturaleza que cuando yo tenga alguna cosa, se considere que tú también la tienes... no de otra suerte que si se considerase que tú estás en el mismo lugar en que yo estoy, o que yo estoy sentado en el que tú estás sentado”*<sup>18</sup>.

Luego de recrear la cita romana, continúan sosteniendo que, este razonamiento, esclarece el sentido de la regla y da la medida de su aplicación. Dos poderes físicos pueden sucederse, pueden alternarse, mas no superponerse sobre la misma cosa<sup>19</sup>.

---

*debemos limitar la extensión de esa palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”*.

(17) VALDÉS, H. y ORCHANSKY, B. *Op. Cit.*, p. 55.

(18) *Idem*.

(19) Nota al artículo 2401: *“La Ley Romana dice: plures eadem rem in solidum possidere non possunt. L 3, #5, Dig.De adq. poss. Una cosa, dice Molitor, puede ser para muchas personas un objeto de posesión, en el sentido que la una sea corporis, y la otra juris. El usufructuario no hace sino tener la cosa a nombre del propietario, él no tiene una juris 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 la otra el jus. El principio que establece el artículo no se opone a la regla, dice Troplong, que muchas personas pueden poseer en común la cosa indivisible que les pertenece, pues*



No puede admitirse la *posesión plurium in solidum*.

A fin de completar la idea de situaciones en que existe pluralidad de sujetos, vemos los artículos:

2407: “Para tomar posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada”.

2409: “Dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa”.

2410: “Para tomar la posesión de una parte de una cosa indivisible, es indispensable que esa parte haya sido material o intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa”.

### **b. Elementos de la posesión**

Respecto a los elementos integrativos de la posesión, y utilizando unas expresiones de Valdés y Orchansky, “... nuestro derecho positivo, nos permite afirmar que la posesión es un concepto binario, compuesto de dos elementos, ideológicamente separables”<sup>20</sup>. El primero es el denominado “*corpus*”, y el segundo el “*animus*”. Cabe señalar que sobre este, entre otros temas, se ha planteado una conocida disidencia entre dos grandes juristas, conocida como la polémica Savigny-Ihering, aunque no se ha tratado estrictamente de ello, por no ser sincrónica la expresión de sus opiniones.

Ocurre que, en las sucesivas ediciones de su obra “La Posesión”, Savigny realiza agregados en forma de notas esclarecedoras de su posición. Allí se refiere, en general, a “los autores” que no han llegado a comprender bien su tesis, basada en el Derecho Romano, pero de ninguna manera menciona expresamente a Ihering<sup>21</sup>.

También destacamos que nuestro codificador ha seguido la posición del primero, siendo ésta la que se encontraba en apogeo en la época. Podemos sostener que no conoció la posición de Ihering<sup>22</sup>.

En este sentido, es a través de Freitas que recepta el codificador las nociones de aquél, pero no accedió a su obra.

No obstante, en varios pasajes se plantea una dicotomía entre la letra de la norma y la que ilustra la nota correspondiente<sup>23</sup>.

---

que ellas no la poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla 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. Sobre el artículo 2228, n° 244”.

(20) VALDÉZ, H. - ORCHANSKY, B. *Op. Cit.*, p. 45.

(21) MARIANI de VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*, Ed. Zavalía, T. I., Buenos Aires, 1993.

(22) *Idem*.

(23) Ver nota 3.

Particularmente sucede en los artículos que refieren la naturaleza de la posesión<sup>24</sup>.

### b.1. Corpus

Citando nuevamente el 2351. Vemos que no sólo nos facilita la noción del instituto posesorio, sino también exige la presencia de estos dos elementos mencionados para concebir la idea posesoria. Más que eso: no permite que sin ellos exista técnicamente posesión. Efectivamente, de la norma que prescribe que: *“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”*, se advierte que -con las expresiones *“tenga una cosa bajo su poder”* y *“con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”* - el codificador ha querido fijar, ineludiblemente, la concurrencia de estos dos requisitos. En la práctica, ambos elementos se refunden y se complementan, razón por la que ninguno de ellos, por sí solo, es suficiente para generar la relación posesoria.

El artículo 2374 dice: *“La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla”*. De este modo tenemos la noción del corpus como la posibilidad material de disponer de la cosa, aunque no se entre en un contacto personal con ella y, además, la posibilidad de hacer con ella lo que apetezca, con exclusión de toda injerencia extraña<sup>25</sup>.

---

(24) Nota del artículo 2351 *in fine*: *“... Savigny... 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”*; Nota del artículo 2470 *in fine*, en el que habla del hecho de la posesión, señalando, sin embargo en aquella, que... *Para nosotros que juzgamos que la posesión es un derecho, es con más razón un principio la resolución del artículo”*.

(25) Nota del artículo 2374: *La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede a cada momento poner 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 que basta la sola vista de una cosa presente. Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. (L.1, #21, Dig. De adq. 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 venditor in mea turre, demonstrat, vacuumque se possessionem trajere dicat, non minus possidere, oepi, Quam, si pedem finibus instulissem. (L.18, Dig., De acquirend. vel omit. 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 debes, 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 procurador rem trajere, cum ea in presentia sit, viteri mihi traditam. (L.1, # 21, Dig. De adq. vel omit.*

## b. 2. Animus

Abordando el concepto del *animus domini*, recordemos lo pertinente del artículo 2351. Este elemento estará presente toda vez que, quien se encuentre en contacto material con la cosa, tenga la intención de comportarse como dueño respecto de aquella.

En realidad este elemento, subjetivo desde la perspectiva de la posición de Savigny, hace radicar el valor específico de la relación posesoria en un aspecto psicológico interno. Seguido por Vélez, se da al *animus* un doble juego. En primer lugar, su presencia se advierte en tanto existe *corpus*. Hemos dicho anteriormente que los dos elementos se encuentran refundidos, de manera que ninguno, independientemente y por sí solo, posibilita la existencia de la posesión. Por esto, el *corpus* lleva ínsito el *animus* de tener materialmente la cosa. En un segundo momento, ese *animus* es consistente con la intención de comportarse como dueño de la cosa. Pero no debemos confundir esta voluntad con aquella de querer ser el dueño. Aquí queda absolutamente claro que el poseedor es el que tiene la cosa y le da a la misma el trato y destino que le daría el dueño. Pudiendo ser el dueño, pero, aun no siéndolo y aun no queriendo estar investido jurídicamente con ese título. Como dijéramos anteriormente, esta es la concepción subjetiva, sostenida por Savigny quien, de manera muy ilustrativa se expresa así a ese respecto:

*“El animus possidendi no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad. Esta definición, sin embargo, no es suficiente porque el detentador de una cosa puede tener dicha intención de dos maneras diferentes. Ejercer el derecho de propiedad de otro o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro, derecho que el reconoce, no tiene el animus possidendi necesario para que el hecho de la detención se transforme en posesión. La segunda hipótesis es en la que el detentador tiene la intención de ejercer su propio derecho de propiedad de suerte que en este caso el animus possidendi no aquí otra cosa que el animus domini o el animus sibi habendi. Así para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa... quien pretende disponer en los hechos como tendría el propietario la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, implica en particular también el desconocimiento en cabeza de otro de un derecho superior al suyo. La idea de la posesión no exige absolutamente más que este animus domini; y sobre todo no supone la convicción, de ser realmente el propietario (opinio seu cogitatio domini) he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden también ser poseedores de la cosa robada como el propietario mismo, y del mismo modo es diferente del arrendatario, que no es poseedor, porque no considera la cosa como suya”<sup>26</sup>.*

---

posses.) Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables textos. Véase Durantón, tomo XXI, n° 195.-Molitor, Tratado de la posesión, n° 29”.

(26) SAVIGNY, F. *Traité de la posesión en droit roman*, Trad. H. Staedler. Ed. Durand - P. Lauriel, 7° ed., París, 1870.

Igualmente el *animus domini* no implica la convicción de ser realmente propietario. Ni tampoco voluntad de serlo.

La doctrina de Savigny ha querido atribuir a la expresión *animus domini*, aplicada a la posesión, el significado de una voluntad medida por lo que el propietario puede hacer sobre la cosa objeto de propiedad, y no que la voluntad del poseedor sea la misma del propietario.

Von Ihering, luego de relacionarla en sus rasgos más salientes, calificó a la doctrina de Savigny como “teoría subjetiva” o “teoría de la voluntad” y dijo: “La tengo por totalmente falsa, oponiéndole bajo el nombre de ‘teoría objetiva’ mi propia opinión, que resumiré brevemente: “Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene «siempre» posesión, a menos que una disposición ‘legal’ prescriba, excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia”. “Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*) que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia ‘absoluta’, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia ‘relativa’, la existencia de una de las ‘*causae detentionis*’, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la ‘existencia’ de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la no existencia ‘no existencia’”<sup>27</sup>.

### ***c. Modos de adquirir la posesión***

El tratamiento del tema es de relevancia, porque la determinación de estos modos permite ubicar el momento exacto de adquisición de la posesión y sus características, y con ello, establecer las trascendentes consecuencias jurídicas que se producen.

Adquirir la posesión implica asumir el poder efectivo de disponer físicamente de la cosa para sí. Se trata de un momento dinámico, después del cual puede suceder un hecho posesorio estático, o sin claras manifestaciones. Debemos destacar, entonces, que es el momento en que deben concurrir ambos elementos configurativos de la posesión, y en el cual éstos deberán exponerse con mayor fuerza. La presencia del *corpus* exacerbado -en el que subyacerá intrincadamente el *animus*- se exige en todos los modos adquisitivos, justamente por la importancia de determinarlos.

---

(27)VON IHERING, R. *La posesión* (La voluntad en la posesión), versión española de Adolfo Posada, Ed. Reus, Madrid, 1926 (Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1896: <https://archive.org/details/BRes040497>).

Luego de la adquisición, su conservación requiere menos exigencias, al punto de poder hacerlo sólo *animus*, según la norma del artículo 2445<sup>28</sup>.

Retomando el tratamiento de los modos de adquirir, luego de denotar la importancia del momento adquisitivo, señalamos que ellos responden a la clasificación, cuyo criterio distintivo, atiende a las voluntades que intervienen en tales actos de adquisición. De tal manera puede tratarse de modos originales o unilaterales, o modo derivado o bilateral.

Los unilaterales u originarios son aquellos en los cuales la posesión de la cosa se toma directamente por aprehensión u ocupación. El modo bilateral o derivado, en cambio, es aquel en el cual la cosa es recibida del actual poseedor, o la posesión se toma con su consentimiento.

El modo derivado se expresa mediante la Tradición.

### c. 1. Modos originarios

Refiriéndonos concretamente a los modos unilaterales, el Código prevé la posibilidad de adquirir cosas muebles en los artículos 2375 y 2382.

*“Artículo 2375: Si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación según las disposiciones de este Código, la posesión quedará adquirida con la mera aprehensión”.*

La norma prevé el modo originario denominado “*aprehensión*” ahora considerado en sentido estricto como modo específico para la adquisición de posesión de cosas sin dueño o abandonadas por el dueño -indiscutiblemente muebles-.

Mientras que el artículo 2382 en su primera parte dice: “*La posesión de las cosas muebles no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto o estelionato;*” advirtiendo la norma, que existe un poseedor anterior, mas la unilateralidad responde a la voluntad contraria del mismo.

Con respecto a la posibilidad de adquisición unilateral en materia de cosas inmuebles, la segunda parte del artículo citado continúa diciendo: “*...y la de los inmuebles en igual caso por la ocupación, o por el ejercicio de actos posesorios, si fue violenta o clandestina*”.

---

(28) Artículo 2445: “*La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria*”.

## c. 2. Modo derivado

El modo bilateral por antonomasia es la tradición.

Debemos destacar que la tradición reviste importancia por constituir un modo, no sólo de transmitir la posesión, sino también la tenencia y, lo es de adquirir derechos reales. En este sentido, preside todas las normas al respecto el artículo 577: *“Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”*.

Esta adquisición de la posesión se llama también derivada, porque el adquirente la recibe del actual poseedor. Se produce aquí una dimisión del poder posesorio sobre una cosa por parte de uno, y una conducta concurrente de otro, dirigida a crear una posesión propia.

Nos ilustra sobre su concepto el artículo 2377: *“La posesión se adquiere también por la tradición de las cosas. Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”*.

Respecto al modo bilateral de adquisición en el Código Civil, nos basta con la breve reseña de las normas citadas. No obstante es de señalar la vasta casuística que refiere el cuerpo legal citado.

## III. La posesión en el Proyecto de reforma de 1936

El Proyecto destina el Libro Cuarto al tratamiento de Derecho sobre las cosas.

Advertimos que desaparece no sólo el título I *“De las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos”*, que ya eliminara Babiloni, sino también el que figuraba como I en el Anteproyecto: *“De las cosas consideradas con relación a las personas”*, cuya materia, por razones de método, son tratadas en la parte general.

La Sección Primera, regula la posesión. Los Títulos I y II se reservan para las Disposiciones generales y para la adquisición y pérdida de la posesión.

Antes de analizar el contenido de la norma del Proyecto que vamos a cotejar, corresponde/es útil/se torna insoslayable considerar el contenido del informe que realiza la Comisión reformadora designada en 1926.

En relación a nuestro tema, manifiestan los integrantes de la Comisión: *“... Una reforma fundamental consagra este título, al abandonar la doctrina tradicionalista que inspiró a Vélez”*. Babiloni ha expuesto en la nota respectiva, las razones que abonan este cambio que concuerda con el sistema de los códigos suizo y brasileño. La teoría objetiva anima las nuevas disposiciones, y de acuerdo con ella, esta figura jurídica no se legisla teniendo en cuenta únicamente que es el medio de llegar a la usucapión. Su fin es ahora más amplio: proteger a aquel que ejerza un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de alguna de las facultades inherentes al dominio.

Dentro de las disposiciones generales de este título, se agrupan los principios básicos de la materia, con las reformas doctrinarias que el cambio de concepto impone.

Es de considerar también la incorporación del Registro de inmuebles con asientos de libros que pudieran dar publicidad y conocimiento a terceros. Esto lleva a desplazar a la tradición de su función constitutiva de los derechos reales<sup>29</sup>. El efecto traslativo se realizará entre partes “... *por acto entre vivos, se requiere también el simple acuerdo, que en ese caso se completa con la inscripción en el Registro*”<sup>30</sup>.

Continuamos el análisis con igual mecanismo que en la fuente anterior, el Código Civil de Vélez Sarsfield.

### *a. Concepto y objeto*

#### a.1. Concepto

La letra del Proyecto de Reforma de 1936 comienza la regulación del instituto posesorio estipulando en el artículo 1403:

*“Será poseedor quien de hecho ejerza plenamente o no, todas o alguna de las facultades relativas al dominio. Cuando el poseedor entregare la cosa a un tercero, para conferirle un derecho de usufructo, uso, locación, depósito, u otro análogo, ambos tendrán la posesión de aquélla: el primero como poseedor mediato, el segundo como inmediato”.*

El informe de la Comisión expresa que la propuesta que vierten en el artículo citado contiene un concepto preciso de la posesión, que no está en Bibiloni, pero que han considerado necesario sentar como consecuencia de la nueva teoría adoptada.

Se refieren luego a las situaciones del poseedor inmediato y mediato, procurando, sostiene, una mayor claridad que aquella que puede encontrarse en los códigos que sirvieron de modelo al de Vélez, incluyendo el alemán.

Manifiesta que la terminología “*poseedor mediato e inmediato*”, no impone como único supuesto para el primer caso, la transmisión realizada por un poseedor originario, comprendiendo también aquellas hipótesis en que puede existir la doble

---

(29) Comisión Reformadora del Código Civil. Designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RIVAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario-). *“En lo que se refiere al derecho sobre las cosas, siguiendo a Bibiloni, proyectamos un Registro de Inmuebles para todo el país. La necesidad de reemplazar la tradición – siempre equívoca e insuficiente como medio de publicidad – por los asientos de libros que pudieran llegar al conocimiento de terceros, era una exigencia ya impostergable,.... El Proyecto presupone este Registro, que legisla dentro de una ley complementaria... nuestro plan en este punto no se ajusta al Anteproyecto. La materia ha sido ampliada, y al mismo tiempo trasciende el propósito de centralizar en lo posible, los distintos organismos creados, sin desmedro de los derechos que corresponden a las provincias”*, Op. Cit., p. 19.

(30) Idem.

posesión sin una transferencia efectuada por el mediato al inmediato. En otros términos, sostiene que posesión inmediata no equivaldrá siempre a posesión derivada<sup>31</sup>.

Se determinan los casos en que se puede ejercer un poder de hecho, sin que él implique posesión.

En nuestra opinión el concepto de posesión se brinda a partir de la descripción de un hecho que sólo alude a la presencia del elemento *corpus*". La referencia al ejercicio "... plenamente o no, de todas o algunas... facultades relativas al dominio...", no es otra cosa que la mención que hace el artículo 2351 del Código al decir "... tenga una cosa bajo su poder, ... ejercicio de un derecho de propiedad", ya que alude a las facultades que integran el derecho de dominio, el derecho real por antonomasia. Al punto de ser utilizado como sinónimo de derecho real.

1404. "No será poseedor, quien por razones de su oficio o empleo ejerciere, para el dueño de la cosa, en establecimiento industrial o comercial ajeno, el poder de hecho sobre ella: ni tampoco el que se hallare obligado en virtud de relaciones de dependencia semejantes, a obedecer respecto de la misma, las órdenes e instrucciones de otro".

La norma completa las ideas enumerando situaciones en que no existe hipótesis de posesión inmediata.

La nueva denominación reserva la expresión *posesión mediata* para el poseedor en los términos del Código Civil, y de *posesión inmediata* para el tenedor y para un *cuasiposeedor*. Es decir para un sujeto cuya relación repose sobre un derecho, real o personal.

## a. 2. Objeto

1405. "Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. No lo serán los bienes que no fueren cosas, salvo disposiciones especiales del presente Código".

En el tema no se aleja de la normativa del Código Civil.

Sí, se puede mencionar el agregado del artículo en cuanto establece que en relación a bienes que no son cosas no podrán ser objeto de posesión "... salvo disposiciones especiales del presente Código".

1415. Si fueren varios los poseedores de una cosa, la naturaleza de la posesión se juzgará respecto de cada uno de ellos.

---

(31) Comisión Reformadora del Código Civil. Designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RIVAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario), *cit.*



*Tratándose de personas representadas, se aplicará lo dispuesto por el art. 187.*

*1416. No pueden poseerse a título de dueño, partes materiales de cosas que integren un solo cuerpo; pero en la posesión de éstas por otro título, la de partes materiales y determinadas se juzgará según la naturaleza y contenido del derecho que se ejerza.*

Las normas citadas completan la regulación respecto al objeto y coinciden con la imposibilidad de coincidencia de más de una posesión de igual naturaleza sobre la misma cosa establecida en el código velezano.

## ***b. Elementos de la posesión***

### **b.1. Corpus**

El ya citado artículo 1403 es base para analizar la presencia de los elementos integrativos de la posesión.

Es clara la ausencia de toda mención a la intención o la voluntad de ese ejercicio.

Es entonces acorde con el cambio doctrinario del proyecto al asumir una postura en que se refleja la idea de la teoría de Ihering cuando dice: *Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el corpus) que, como tal, implica el animus, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión*<sup>32</sup>. Ahora bien, queda claro que de ningún modo se plantea la prescindencia del “animus”. Lo que queda explicitada es una cuestión probatoria, que deviene presuncional sin duda alguna.

### **b.2. Animus**

Nos remitimos a lo mencionado al tratar el elemento “corpus”.

*1406. “Nadie estará obligado a producir su título a la posesión, salvo cuando deba exhibirlo como obligación inherente a ésta: posee porque posee”.*

Reproduce el principio “posee porque posee” del 2363 del Código Civil y sus consecuencias relativas a la exhibición del título, con simples variantes de forma.

*1407. “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión, ni mudarlas del título, cualidades o vicios de ella. Tal cual comenzó, así debe continuar mientras no se creare un título nuevo para adquirirla. No causará interversión*

---

(32) Ver *supra*.

*del título la mera circunstancia de comunicar al poseedor mediato el propósito contrario, si esta noticia no fuere acompañada de actos que le priven de su posesión, o que por su naturaleza sean incompatibles con los que tiene derecho a ejecutar el poseedor inmediato”.*

Aquí vemos que se han incluido las máximas tradicionales de los artículos 2353 y 2354, unidos en un solo texto, con cambios no solamente de forma, sino también con los doctrinarios indispensables. Esto es el abandono de la teoría subjetiva.

Aparecen eliminadas las definiciones de posesión legítima e ilegítima. El informe sostiene que ello es así tanto para evitar los conceptos puramente didácticos, como para prevenir la confusión que suelen traer aquellos que resultan paralelos.

### *c. Modos de adquirir*

#### *c.1. Modos originarios*

*1417. “Se adquiere la posesión de una cosa, cuando mediante su aprehensión se obtenga el poder efectivo sobre ella. Pueden adquirir por aprehensión la posesión originaria, quienes hubieren cumplido diez años, como también toda persona capaz de discernimiento, en los términos previstos por el art. 140. Dichos extremos no serán necesarios, cuando por acto de tercero se hubiere puesto una cosa bajo el poder de una persona, aunque fuere incapaz”.*

La primera parte del artículo está referida a la adquisición de la posesión a través de modos originarios, cuando se realice la aprehensión de la cosa para obtener el poder efectivo sobre ella. La norma utiliza esta expresión con el alcance del modo originario *stricto sensu* del artículo 2373 del Código Civil.

El artículo fija la capacidad para adquirir a través de estos modos en la edad de diez años, considerando igualmente capaz a toda persona con discernimiento según el artículo 140<sup>33</sup>.

*1418.” Serán actos posesorios respecto de inmuebles: su cultura, percepción de frutos, deslinde, la construcción o reparación que en ellos se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes”.*

Enumera actos considerados posesorios a fin de establecer cuando se produce la adquisición de la posesión. En similitud con el artículo 2384 del Código Civil.

---

(33) Artículo 140. “Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento. 1° Cuando fueren lícitos y sus agentes no hubieren cumplido catorce años, o diez en los ilícitos. 2° Cuando sus autores, por cualquier causa estuvieren privados de razón. 3° Si procedieren de persona sujeta a interdicción, salvo en los casos previstos por el art. 55. Se tendrán por cumplidos sin intención, los viciados por error o dolo, y sin libertad cuando mediare fuerza o temor”.

## c.2. Modo derivado

1419. *“Adquirida la posesión, se transmite a los sucesores universales del poseedor. También podrá transferirse cuando por convenio entre el poseedor y el adquirente, éste último se encuentre en situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa. Dicho acuerdo no requiere forma especial para su validez”.*

En este artículo, segunda parte, se advierte la alusión a la tradición, *“... convenio... entre el poseedor y el adquirente, éste último se encuentre en situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa...”*. Coincidiendo el modo derivado que regula la norma con el establecido en el Código velezano.

## IV. Conclusión

Podemos sostener que del cotejo de la normativa de derecho positivo y la propuesta doctrinaria del Proyecto de reforma resultan las siguientes observaciones: El concepto del instituto no muda de su naturaleza fáctica.

Se incorporan en el tratamiento de la relación real posesoria una nueva nominación -posesión mediata e inmediata- para referir dos relaciones reales distintas: la tenencia y la cuasiposesión, que no es más que una posesión de distinta naturaleza que coexiste sobre la misma cosa.

No existe diferencia respecto al objeto de la posesión.

Los elementos *corpus* y *animus* -integrativos del instituto posesorio- se requieren en ambas fuentes jurídicas. Pero se verifica un abandono de la teoría posesoria subjetiva.

Los modos de adquirir la posesión que prevé el Código se replican en el Proyecto. Pero debemos señalar que, respecto a la tradición, existe un desplazamiento de su función constitutiva del derecho real. Consecuencia de la previsión de Registros inmobiliarios de carácter constitutivos según la letra del Informe. De todos modos ello apunta a un efecto de la posesión, pero no a su entidad.

Ahora bien. Sí encontramos que el mudar de la teoría subjetiva de Savigny a la objetivación que surge de la nueva ideología y su redacción, produce una ruptura que impacta en el sistema posesorio. El artículo 1403 del Proyecto omite referencia al *animus*. Se distancia del artículo 2351 del Código que presenta en su redacción y con meridiana claridad la exigencia expresa de *corpus* y *animus*. La letra del Proyecto no libera de la presencia del *animus*. Pero crea una presunción de posesión con la sola presencia del *corpus*. Esto implica un cambio importante en la carga probatoria. Circunstancia que no es menor, ni la única.

Así entonces estamos en condiciones de decir que, a pesar de las menciones realizadas en cuanto a algunas discontinuidades entre el tratamiento de la pose-

sión en ambas fuentes, ninguna de las diferencias encontradas es de la suficiente trascendencia como para producir la ruptura del instituto. Salvo lo manifestado respecto a la teoría objetiva que el proyecto sostiene, y con el alcance manifestado.

Con esta conclusión entendemos que, la reconstrucción del instituto posesorio en la propuesta doctrinaria de reforma no ha intentado provocar una desconexión en lo que atañe a su entidad.

## VI. Bibliografía

DE SAVIGNY, Federico Carlos. *Traite de la Possession en Droit Romain*, Ed. Bruylant-Christophe & Compagnie Libraires Editeurs, Bruxelles, 1866.

IHERING, Rodolfo. *La Posesión: El fundamento de la protección posesoria. La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, Traducida por Adolfo González Posada, Hijos de Reus editores, Madrid, España, 1912.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia de Derecho argentino. Castellano-Indiano-Nacional*, T. I, Parte general, T. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*, Ed. Zavalía. Buenos Aires, Argentina, 1993.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique. *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2000.

RISOLÍA, Marco Aurelio. *El Espíritu de la legislación Civil y su Reforma. En la Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al Estudio del Proyecto de 1936*, Ed. Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940.

TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Ed. Librería Editorial Histórica, 2º ed. Buenos Aires, Argentina, 2008.

VALDES, Horacio - ORCHANSKY, Benito. *Lecciones de Derechos Reales*, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 1969.

VON IHERING, R. *La posesión (La voluntad en la posesión)*, versión española de Adolfo González Posada, Ed. Reus, Madrid, 1926.