

Título: **Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa**

Autor: **Alterini, Jorge Horacio**

Publicado en: **Acad.Nac. de Derecho 2004 (marzo), 01/01/2004, 1**

Cita Online: **AR/DOC/1823/2009**

Sumario: SUMARIO: I. Principio de la buena fe. "Vivir honestamente". - II. Esquema. - III. Algunas categorías de la posesión. - IV. Posesión simplemente de mala fe y posesión viciosa. - V. Mínima trascendencia del distingo. - VI. Estado de derecho. - VII. Prescripción adquisitiva. - VIII. Inutilidad de la distinción. Relatividad de los vicios. - IX. Fugacidad de la posesión viciosa. - X. Conclusiones.

I. Principio de la buena fe. "Vivir honestamente"

Es conocida mi firme persuasión acerca de que seguramente la buena fe expresa el principio general del derecho de mayor importancia, pues no sólo es orientadora de una convivencia ordenada, sino que también corporiza buena parte de las utopías éticas que deben orientar a los ciudadanos.

No creo que sea conveniente fracturar la unidad de la buena fe a través de captar en ella dos perfiles que se presentan como distintos. Se dice que en materia contractual debe reinar la llamada buena fe objetiva, que se corresponde con la sujeción al deber de fidelidad, por contraposición a la que se califica como buena fe subjetiva, que describe la creencia errada del adquirente de que su emplazamiento en determinada situación jurídica es conforme a Derecho.

De ningún modo, los dos ángulos de observación expuestos para captar la buena fe, deben conducir a desvirtuar la noción central de que la buena fe siempre implica un determinado comportamiento con contenido ético. Es que, como lo expresa el Diccionario de la Real Academia Española, la buena fe supone "rectitud, honradez" y es recto y honrado tanto el proceder de quien cumple con fidelidad sus compromisos, como el de quien actúa en correspondencia con su convicción de que ostenta un derecho legítimo.

En los dos matices indicados la buena fe siempre importa un comportamiento y desde esa unidad central he enfatizado inveteradamente que si el Derecho tuviera que resumirse en una sola norma, ese precepto con la mayor riqueza y suficiente generalidad debería imponer a las personas comportarse de buena fe [\(1\)](#).

Por cierto, que con el punto de partida expuesto no coincido con que a la manera de lo que sostuvo quien fuera destacado Profesor de Turín, Norberto Bobbio, cuya postura recordara la doctora Kemelmajer de Carlucci [\(2\)](#), la reducción a una sola norma conduzca a exigir simplemente el "no dañar a los demás".

No se me escapa la trascendencia de la regla del "neminem laedere", es decir del no dañar a los demás, que junto con las directivas del vivir honestamente y del dar a cada uno lo suyo, conformaron el arquetipo de comunidad jurídica que imaginaron los juristas romanos, según el feliz tríptico de Ulpiano recogido por el Digesto [\(3\)](#).

La única norma que exigiera el comportamiento de buena fe, sin duda supondría el requerimiento de la conducta negativa del "no dañar a los demás", pero también la postura activa del "vivir honestamente" y el dinamismo propio del actuar justo que refleja la directriz del "dar a cada uno lo suyo".

Si debiera optarse por una sola de las tres directivas romanas, me inclinaría por la que, proclama el deber de "vivir honestamente", pues en términos jurídicos ese reclamo de rectitud, de honradez, coincide con la pretensión del actuar de buena fe, y también porque el vivir honestamente, interpretado con amplitud, hasta presupone que no habrá de incurrirse en la deshonestidad del dañar a los demás o en la conducta desviada de no dar a cada uno lo suyo. La comprensión amplia del "vivir honestamente", se explica sin esfuerzos, si con la matización defendida por Max Weber entre la ética de las convicciones y la ética de las responsabilidades, se concibe a la ética no sólo como un compromiso íntimo con Dios o con la conciencia, sino también como reflejo de deberes o responsabilidades para con los demás, incluso mediante conductas activas [\(4\)](#).

De todos modos, creo que lo más adecuado es que desde la soledad de la supuesta norma única se exalte la impronta del comportamiento de buena fe.

Como lo destacué en su oportunidad, el derecho constitucional comparado exhibe un remoto antecedente en el Japón, que parece responder a una idea en estado embrionario compatible con la que expusiera, pues la constitución de 17 artículos adoptada en el año 604 durante el principado de Shotoku, proclamó en su art. 9º que: "La buena fe es la fuente del derecho..." [\(5\)](#).

II. Esquema

Sentado mi criterio con relación a que el principio de la buena fe es probablemente el de mayor fecundidad para el Derecho, me ocuparé de reflexionar sobre su proyección con respecto a la posesión de buena fe, de la noción contrapuesta de la posesión de mala fe y dentro de esta última especialmente de la posesión viciosa [\(6\)](#).

Procuraré demostrar que frente a la forma en que ha sido legislada la categoría de la posesión viciosa, carece de suficiente consistencia y es prácticamente estéril, e incluso que puede y debe prescindirse de ella, con ventaja para la clarificación y simplificación de la teoría posesoria y para contribuir a robustecer la seguridad jurídica.

III. Algunas categorías de la posesión

En virtud de la correlación de los arts. 2356, 4006, 4007 y 929 del Cód. Civil, la posesión de buena fe se configura si el poseedor por error de hecho excusable se persuadiera, sin duda alguna, de su legitimidad. Por contraposición, la posesión de mala fe se presenta si mediara error de derecho, o de hecho no excusable, o la persuasión sobre la legitimidad de la posesión fuera dubitativa.

Es sabido, que los vicios de la posesión de cosas inmuebles son la violencia, la clandestinidad y el abuso de confianza, mientras que para las cosas muebles lo son el hurto, el estelionato y nuevamente el abuso de confianza (art. 2364, Cód. Civil).

La violencia puede ser física o moral; a la violencia física alude el art. 2365 del Cód. Civ. como "vías de hecho" o como "violencias materiales", y a la violencia moral con esa denominación o al mencionar las "amenazas de fuerza". La violencia física o moral puede presentarse en el inicio de la posesión o posteriormente, pues a tenor del citado art. 2365 es violenta tanto la posesión "adquirida" como la "tenida por violencia".

La posesión es clandestina si media ocultamiento, o se aprovecha la ausencia del poseedor, o se toman precauciones para que la posesión adquirida no pueda ser conocida por quien la ejercitaba con anterioridad (art. 2369, Cód. Civil). También la clandestinidad puede ser originaria o sobreviniente (arts. 2369 y 2370).

El abuso de confianza, vicio común a la posesión de las cosas inmuebles y muebles, se presenta si el tenedor de la cosa, que por tal emplazamiento está obligado a restituirla, no la reintegra cuando debe hacerlo (arts. 2364 "in fine" y 2372, Cód. Civil).

El vicio del hurto surge ante el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena (arts. 1091 y 1092, Cód. Civil y también art. 162 del Cód. Penal). Es lugar común en la doctrina argentina el señalar que el vicio de hurto comprende también al robo, reflexión teñida de ingenuidad, ya que es evidente que si es viciosa la posesión adquirida por hurto, con mayor razón la posesión será viciosa si el apoderamiento ilegítimo se concretó con violencia, es decir si existió lo que penalmente se califica como robo (art. 164, Cód. Penal). La duda pudo haberse presentado si el vicio hubiera sido el robo y no el hurto, aunque el problema también pudo haberse superado sin mayores dificultades, puesto que el concepto de robo contenido en el art. 2766 del Cód. Civil es muy amplio y ajeno al tipo penal [\(7\)](#).

Frente a las distintas posibilidades interpretativas acerca del alcance del estelionato como vicio de la posesión de cosas muebles, me he pronunciado por su existencia si alguien mediante engaños consigue que se le entregue una cosa mueble que debía ser recibida por un tercero [\(8\)](#).

IV. Posesión simplemente de mala fe y posesión viciosa

Haré tema ahora con diversas cuestiones en las cuales el Código Civil parece tratar de manera diversa al poseedor simplemente de mala fe y al poseedor vicioso.

El Código regula las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe en el Capítulo IV del Libro III, en los arts. 2422 y sigtes.

En materia de frutos el tratamiento de los poseedores de mala fe simple y viciosos es idéntico, pues ambos deben restituir tanto los frutos percibidos, como los que dejaron de percibir por su culpa y también los que hubiera podido percibir el propietario (arts. 2438 y 2439) [\(9\)](#).

Con respecto a las mejoras, mientras el poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado por las mejoras necesarias y por las útiles y puede llevarse las mejoras voluntarias, si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa (arts. 2440 y 2441), el derecho del poseedor vicioso se limita a la indemnización de las mejoras necesarias, pero para ser indemnizado de ellas carece del derecho de retención del que goza el poseedor de mala fe (arts. 2436 y 2440 "in fine"). Incluso, una opinión minoritaria, cuya formulación obsta a la unanimidad, pero que no desvirtúa el "acuerdo generalizado" en sentido contrario que he destacado en su oportunidad [\(10\)](#), sostiene que el poseedor vicioso debe ser indemnizado también de las mejoras útiles, bien que sin derecho de retención para ninguna de las mejoras que realizara [\(11\)](#).

El poseedor de mala fe simple responde por el caso fortuito, salvo que la cosa, como dice el art. 2435, "hubiese de haber perecido, o deteriorándose igualmente, estando en poder del propietario", por lo cual no responde ante casos fortuitos que por su generalidad también habrían afectado a la cosa aunque ella se encontrase en poder del propietario. Por el contrario, el poseedor vicioso debe hacerse cargo siempre de las

consecuencias del caso fortuito, dado que el art. 2436 dispone que ni siquiera puede invocar que la cosa también se habría dañado de haber permanecido en poder del propietario. La responsabilidad del poseedor vicioso por el caso fortuito, aunque su actuar no tuviera ninguna gravitación en la producción del daño, pese a haber sido explicada como una suerte de imposición de una pena civil, recibió fuertes reproches en la doctrina porque ese responder irrestricto excede las reglas de la causalidad (12). La cuestionada postura del Código, es también antitética con la tajante disposición del art. 906, según la redacción de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), que proclama: "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad".

V. Mínima trascendencia del distingo

Téngase en cuenta, que en los aspectos analizados es mínima la trascendencia del distingo entre la posesión de mala fe simple y de mala fe viciosa. Es idéntico el régimen para los frutos, para las mejoras la única diferencia en la que coincide toda la doctrina es en la carencia del derecho de retención para el poseedor vicioso y en lo que atañe a la incidencia del caso fortuito, el agravamiento de la responsabilidad para el vicioso ha sido severamente censurado.

En materia de protección posesoria, concretamente con respecto a las llamadas acciones posesorias en estricto sentido, o sea para la acción de restitución o de recobrar y para la acción nominada de manutención o de mantener (arts. 2487, modificado por la ley 17.711, y 2495), el art. 2473 "in fine" postula que: "La buena fe no es requerida para las acciones posesorias". Quiere decir, que es indistinto que el poseedor sea de buena fe o de simple mala fe, sin embargo, el poseedor de mala fe vicioso carece de legitimación para promover dichas acciones posesorias (art. 2473 "in principium"). A nadie escapa que el matiz enunciado confina su repercusión a un plano meramente teórico, pues la "praxis" muestra que la defensa de la posesión no se canaliza por las acciones posesorias en estricto sentido, sino básicamente por los interdictos de los códigos procesales y eventualmente por las acciones posesorias en sentido lato o policiales, o sea la acción de despojo (arts. 2490 a 2494) y la acción innominada o policial de mantener (art. 2469, Cód. Civil, reformado por la ley 17.711) y tanto para los interdictos como para las acciones policiales es indiferente que el poseedor de mala fe sea vicioso o no.

VI. Estado de Derecho

Pero existe otro argumento de decisiva importancia que muestra la inconveniencia de privarlo al poseedor vicioso de la defensa posesoria, que hace al fundamento mismo de la protección posesoria, que procura explicar porqué se protege la posesión.

Entre las múltiples teorías que procuraran justificar las defensas posesorias, me limitaré a una muy simplificada referencia a las más conocidas, que son las expuestas por Savigny y por Ihering, para poner el acento en cuál es mi criterio el verdadero fundamento.

Para Savigny, la protección de la posesión responde al propósito de resguardar a la persona del poseedor, en tanto se interpreta que la posesión es una emanación de la persona. La réplica a esa postura, consistió en mostrar la inconsecuencia a la que conducía la carencia de acciones posesorias en el derecho romano para los tenedores, pues también ellos eran personas.

La respuesta de Savigny arguyó que los tenedores no requerían de la protección a título propio, porque no estaban privados de tutela, pues ellos podían defenderse mediante la asistencia que podían reclamar a su respectivo poseedor.

Según Ihering, la posesión debía ser protegida porque por ese medio se tutelaba a la propiedad. Se le contestó que esa fundamentación no era coherente con la concesión de acciones posesorias a quien incurriera en una usurpación, pues el usurpador era la contrapartida de la propiedad, su negación.

Ihering respondió que la derivación esgrimida importaba un fin no querido por la ley. El fundamento obedecía a la intención de proteger a los propietarios, y si ocasionalmente se extendía la tutela a los usurpadores, esa era una consecuencia que la ley no quería, pero que no podía evitar en aras de su propósito de resguardar a los verdaderos propietarios.

En los primeros tiempos de mi desempeño docente, difundí las teorías referidas y también otras de menor repercusión, y no obstante exaltar el humanismo de la concepción de Savigny en cuanto apuntaba a la persona y el realismo de la versión más materialista de Ihering, ninguna de ellas me resultaba de por sí totalmente satisfactoria, por lo que me impuse buscar fundamentos de la protección posesoria más contundentes, sencillos y comprensivos de los diferentes casos. Inquietudes paralelas tradujo en aportes anteriores, en los que concluí que debían elevarse las miras y razonar que lo que en verdad estaba en juego era el Estado de Derecho (13).

Es por todos conocido que el Estado de Derecho supone por un lado el monopolio de la fuerza por el Estado, pues no es deseable que se ejerce la fuerza fuera del Estado, tal monopolio conduce a descartar o limitar al

máximo la defensa privada, por ello, las defensas extrajudiciales, deben tener un lugar muy acotado. Por tanto, es imprescindible no sólo la existencia de defensas posesorias judiciales, sino también que esa tutela sea efectiva, por su eficacia y rapidez.

Tampoco existe Estado de Derecho, pese al monopolio de la fuerza por el Estado, si la fuerza no se ejerce con sujeción a los dictados del Derecho, pues un Estado de Derecho "...no puede admitir ni a quienes conspiran para destruirlo ni a los que diciendo defenderlo lo hacen sin someterse a las formas jurídicas"⁽¹⁴⁾.

La historia argentina es testigo de distintas crisis del Estado de Derecho, ya porque el Estado en ciertas ocasiones perdió el monopolio de la fuerza, o en otras, porque ejerció ese monopolio sin someterse a los límites que impone el Derecho.

Y porque en las defensas posesorias, ante todo, está comprometido el Estado de Derecho, no es solución valiosa privarlo de ellas ni siquiera al poseedor vicioso.

VII. Prescripción adquisitiva

En lo que atañe a la prescripción adquisitiva, el poseedor de mala fe es beneficiado por la prescripción adquisitiva larga, que se otorga a quien incluso de mala fe posee de manera continua e ininterrumpida durante veinte años (arts. 4015 y 4016, Cód. Civil). En cambio, el poseedor vicioso no puede usucapir, tal como se lo infiere del art. 3959 del Cód. Civil, y también del art. 4016, que implícitamente acepta que pueda esgrimirse contra la pretendida prescripción larga que la posesión tenía vicios.

En una primera visión, parecería que en la prescripción adquisitiva se presentaría una nítida diferencia de tratamiento entre la posesión de simple mala fe y la viciosa, pero por lo que veremos sobre la relatividad de los vicios y la fugacidad de la posesión viciosa, también aquí ese distingo se diluye.

VIII. Inutilidad de la distinción. Relatividad de los vicios

Pero más allá de que en general la diferencia de tratamiento entre la posesión de mera mala fe y la viciosa sea menor y de que pareciera atrincherarse con alguna energía únicamente en materia de prescripción adquisitiva, existen decisivas razones que denotan que a la escasa consistencia del distingo se le suma que los alcances de la posesión viciosa son limitados y también su fugacidad, por lo que tal categoría se convierte en poco fecunda y hasta ciertamente en estéril.

Me referiré en primer término a los alcances de la posesión viciosa, que califiqué como limitados. Según el art. 2368 del Cód. Civil: "La violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquel contra quien se ejerce"; el art. 2371 expresa: "El vicio de la posesión clandestina es asimismo relativo al anterior poseedor solamente" y el art. 2495 otorga la acción de mantener a quien fuere turbado en su posesión, pero, "con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado".

Los preceptos reproducidos reflejan el carácter relativo de los vicios de la posesión, propio de todos ellos, pese a la ceñida enunciación del Código ⁽¹⁵⁾.

Quien adquiere la posesión a través de la comisión de alguno de los vicios (violencia, clandestinidad, abuso de confianza, hurto o estelionato), se convierte en poseedor vicioso, pero ese estigma puede ser invocado únicamente por el anterior poseedor víctima de alguno de esos vicios. El adquirente con vicios es poseedor vicioso exclusivamente con relación al poseedor que los sufrió.

El poseedor anatematizado por vicioso al haber incurrido en un vicio contra el anterior poseedor, por extraña transfiguración capaz de asombrar a un profano, de ningún modo desmejora su posición frente a todos los demás, pues la generalidad de sus otros congéneres humanos, no pueden reprocharle la comisión de esos vicios, ya que frente a ellos es nada más, o nada menos, que un simple poseedor de mala fe. Singular dicotomía propia del maniqueísmo, de quien ante los más es reconocido como meramente "malo" por su mala fe, mientras que algún otro, que sí le puede reprochar su vicio, puede descalificarlo con el máximo desdoro de la deshonrosa calificación de "muy malo", por ser vicioso.

La relatividad de los vicios de la posesión y entre ellos el de la clandestinidad, desmerece de manera tajante la eventual importancia de la posesión viciosa para obstar a la usucapición.

Para que sea viable la usucapición la posesión no debe ser clandestina, o sea que se exige que el propietario desposeído la conozca o pueda conocerla. Sin embargo, para poder usucapir no basta el conocimiento o la posibilidad de conocimiento por el propietario desposeído, pues es necesario que la posesión sea ostensible, manifiesta, para todos, dado que la adquisición por usucapición se configura no sólo contra el anterior propietario, sino contra todos los terceros. No debe olvidarse que el derecho real adquirido por usucapición es regularmente oponible a todos, sin requerirse ninguna publicidad registral, y ello es así por la implícita exigencia de una posesión ostensible, o sea cognoscible por la generalidad. Y tal requisito de que la posesión sea ostensible,

producto del requerimiento de publicidad para la oponibilidad de los derechos reales, poco tiene que ver con la clandestinidad como vicio de la posesión [\(16\)](#).

IX. Fugacidad de la posesión viciosa

Los vicios de la posesión, aparte de su muy limitado alcance por ser relativos, sólo colorean fugazmente a la posesión adquirida con el rasgo de viciosa.

Enfatizo en la fugacidad de la posesión viciosa, porque contrariamente a lo que se inferiría del art. 2354 del Cód. Civil, la posesión subsistirá como viciosa sólo por un lapso que presumiblemente será muy breve.

Según el art. 2354, no se pueden "cambiar por la propia voluntad, ni por el transcurso del tiempo...los vicios de la posesión...", lo cual podría llevar a suponer la inmutabilidad y consiguiente perdurabilidad de la posesión viciosa. La doctrina argentina se ha resistido a aplicar la norma citada en forma aislada y propicia sistemas diversos para alcanzar la purga de los vicios de la posesión.

Una corriente interpretativa admite la purga de la posesión viciosa a través de la extinción de las respectivas acciones posesorias. Al anotar el Código Civil, atribuí esa tesis a Dassen-Vera Villalobos, Molinario y a Laquis y resumí su desarrollo en la siguiente forma: "Si la posesión es viciosa por violencia, la purga sobrevendría al extinguirse las acciones de recobrar y de despojo; la primera prescribe al año (art. 4038 del Cód. Civil) y para la segunda se discute si su duración de un año importa que caduca o que prescribe vencido ese plazo (ver glosa al art. 2493). Según Molinario, la purga de los vicios de clandestinidad y de abuso de confianza opera a los dos años, pues hasta que venza el primer año no se produce la pérdida de la posesión (art. 2456, Cód. Civil) y existirá sólo una turbación, transcurrido el año y perdida la posesión se inicia el curso de la extinción anual de las defensas contra la desposesión (acción de recobrar y acción de despojo)" [\(17\)](#).

Con la tesitura expuesta con relación a la purga de los vicios, se advierte, verbigracia, que la prescripción adquisitiva larga dejaría de operarse al cumplirse el plazo de 20 años (claro está, siempre que no mediaren causales de suspensión o de interrupción del curso de la usucapión), pues los 20 años recién empezarían a contarse luego de la purga de los vicios, la que insumiría uno o dos años, o acaso más si se admitiera que la prescripción de las acciones posesorias se alongara con las pertinentes causales de suspensión o prescripción de esas acciones. Sin que ninguna norma brinde sustento bastante a esa construcción doctrinaria para imaginar tal mecanismo de purga de los vicios, se arrimaría una nueva incertidumbre para el cómputo de la prescripción, que conspiraría abiertamente contra la seguridad jurídica.

Otra orientación, encuentra el procedimiento para la purga de los vicios en el art. 3959 del Cód. Civil. Ese precepto establece: "La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión".

El recto sentido del art. 3959 se ilumina con el apoyo de su indiscutible fuente, el casi idéntico art. 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851. A tenor de ese texto: "La prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado aquel vicio".

Al glosar la disposición proyectada, Florencio García Goyena puntualiza: "Los artículos extranjeros y el nuestro admiten que el mismo forzador pueda prescribir desde que se purgó el vicio, es decir, desde que cesó la fuerza o violencia..." [\(18\)](#).

La convincente interpretación que predica que la posesión queda expurgada de su condición de viciosa con el cese del vicio respectivo, demuestra el porqué de la afirmación de la fugacidad de la posesión viciosa.

X. Conclusiones

Si los vicios de la posesión son relativos, porque el poseedor es vicioso únicamente con relación a quien soportó el vicio, pero no frente a todos los demás y si la posesión deja de ser viciosa con la desaparición del vicio, cuando cesa, por ejemplo, la violencia, la clandestinidad; es evidente, la fragilidad de la construcción que quiso armarse con una apoyatura de tan restrictiva aplicación y efímera perdurabilidad. Si quien adquiere la posesión de una cosa con algún vicio, supera el pretendido tratamiento discriminatorio de su posesión como viciosa, al mismo tiempo en que desaparece el vicio que la originó, se volatiliza el distinguo entre el vicio de la posesión y la subsiguiente posesión viciosa.

Llama la atención, por su notoria desproporción, el esfuerzo normativo para alumbrar la categoría de la posesión viciosa y la grandilocuencia con que se la rodeó, si se la compara con sus escasas consecuencias en el derecho vivo, con su muy limitada esfera de acción y su existencia fugaz.

La aparatosa puesta en escena del instituto de la posesión viciosa, no se corresponde con la orfandad de resultados valiosos y con su presencia en gran medida fantasmagórica, por todo lo cual se arraigan mis persuasiones acerca de su inconsistencia y esterilidad y de la conveniencia de su supresión para propender a la

clarificación y simplificación de la teoría posesoria y como elemento coadyuvante para afirmar la seguridad jurídica [\(19\)](#).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de diciembre de 2003.

(1) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLVI, Segunda Epoca, Número 39, p. 47 y sigtes.

(2) En la disertación que pronunciara el 27 de septiembre de 2003 en ocasión de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(3) "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo). Ver "Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte Instituta-Digesto, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889, p. 199. Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid -España- 1988.

(4) Ver WEBER, Max, "Política y Ciencia", traducción de Carlos Correa, Editorial Leviatan, Buenos Aires, 1985, p. 77 y sigtes. Dice: "...toda acción éticamente ordenada...puede seguir una 'ética de la convicción' o una 'ética de la responsabilidad'. Esto no quiere decir que la ética de la convicción carezca de responsabilidad o que la ética de la responsabilidad coincida con la falta de convicción ... me resulta infinitamente conmovedor el caso de un hombre maduro (no importa si de pocos o de muchos años) emotivamente consciente de la responsabilidad de su acción, que obra según una ética de la responsabilidad y que en un momento dado dice: 'Hasta aquí llegué. No puedo obrar de otro modo'. Esto es profundamente humano y conmovedor. A menos que uno esté espiritualmente muerto, esta situación se nos puede presentar en cualquier momento. En este sentido, una ética de la convicción y una ética de la responsabilidad no son elementos contrapuestos, sino complementarios y que al unísono han de formar al hombre auténtico...Es una verdad probada por la experiencia histórica que en este mundo sólo se consigue lo posible si una y otra vez se lucha por lo imposible. Pero para esto el hombre debe ser tanto un dirigente como un héroe. E incluso los que no son ni dirigentes ni héroes deben armarse con esa fortaleza de corazón que capacita para tolerar la destrucción de toda esperanza; en caso contrario, ni siquiera se logrará realizar lo que actualmente es posible..." (las transcripciones se corresponden con las ps. 83, 93, 94 y 95). Ver también, HONIGSHEIM, Paul, "Max Weber", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1977, ps. 103 a 106; 114/115.

(5) Ver op. cit. en nota 1, p. 55, en especial nota 19.

(6) En los distintos aspectos de todas estas categorías de la posesión me he detenido en mis glosas a los 2356 a 2372 del Cód. Civil, vertidas en LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, "Código Civil Anotado. Doctrina. Jurisprudencia", Tomo IV-A, Buenos Aires, 1981, con varias reimpressiones, p. 91 y sigtes.

(7) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Acciones Reales", Buenos Aires, 2000, ps. 42 a 44, en glosa al art. 2766.

(8) Op. cit. en nota 6, ps. 103/104, en glosa al art. 2364.

(9) Se ha señalado que el tratamiento dispar con relación a las mejoras entre el poseedor de buena fe y el de mala fe, tiene el alcance de "penalidad civil evidente" y se retrotrae al derecho romano (ver SANCHEZ ROMAN, Felipe, "Estudios de derecho civil", Tomo tercero, 2º edición, Madrid, 1900, ps. 445/446); pero como advertí, esta intensificación de la responsabilidad se aplica con indiferencia de la calidad de viciosa o no de la posesión de mala fe.

(10) Ver op. cit. en nota 6, p. 189, en glosa a los arts. 2440 y 2441, § II, punto 8.

(11) Ver MOISSET DE ESPANES, Luis, "Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas", p. 106, Córdoba, 1982.

(12) Ver op. cit. en nota 6, p. 184, en glosa a los arts. 2435 y 2436.

(13) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "El boleto de compraventa. Efectos de la entrega de la posesión entre las partes", *Revista del Notariado* N° 796 (julio-agosto de 1984), p. 881 y sigtes. y "Protección posesoria", en "Cuestiones esenciales de Derechos Reales", ps. 10 y sigtes., LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

(14) Así lo dije en el trabajo indicado en primer término en la nota anterior, en la p. 897.

(15) El derecho romano puso el acento en la relatividad de los vicios de la posesión (ver NAMUR, P.,

"Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain", troisième édition, Tome premier, Bruxelles, 1878, p. 158 y sigtes., § 118, en particular en punto 6 de p. 160). En ese sentido, especialmente en materia de defensas posesorias, ver, entre otros: SAVIGNY, Frédéric Charles, "Traité de la possession en droit romain", traduit de l'allemand par Henri Staedtler, quatrième édition, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, Paris, 1893, p. 433 y sigtes.; GIRARD, Paul Frédéric, "Manuel élémentaire de droit romain", ps. 260, 271, deuxième édition, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1898; PETIT, Eugene, "Tratado elemental de derecho romano", traducido de la novena edición francesa por José Ferrandez Gonzalez, p. 929 y sigtes., Editorial Albatros, Buenos Aires, 1961, en núm. 810; D'ORS, Alvaro, "Derecho Privado Romano", octava edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, p. 191, en § 144. También, "Gayo Institutas", texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, quinta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 759 y sigs., núms. 150 y sigtes.

(16) La idea expuesta en el texto, ya tuve oportunidad de canalizarla como integrante de la llamada "Comisión Federal", constituida en el seno de la H. Cámara de Diputados de la Nación, que redactó el "Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial" de 1993, con media sanción unánime por esa Cámara. En los nuevos textos de los artículos 3999, 4016 y 4016 bis proyectados se incluyó el concepto de posesión ostensible y en el Informe respectivo donde se fundamentan las reformas, se lee: "De manera coherente con las implicancias otorgadas a la publicidad posesoria en los artículos 1189 y 3169, se prevé para los distintos supuestos de prescripción adquisitiva que la posesión del usucapiente tiene que ser ostensible, o sea, que la conozcan o puedan conocerla tanto el dueño de la cosa como los terceros interesados de buena fe; noción que no adolece de la limitación conceptual de la posesión pública, como contrapuesta a la viciosa por clandestinidad, que se infiere de los artículos 2369 a 2371 y del artículo 2479" (Ver Orden del Día N° 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación, ps. 7743 y 7779).

En el Proyecto de Código Civil de 1998, que también tuve el honor de corregir, en el cual se plasmó mi criterio acerca de la conveniencia de suprimir la categoría de la posesión viciosa, con el epígrafe "Posesión exigible", se estableció en el art. 1834 que: "La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua".

(17) Ver op. cit. en nota 6, ps. 84/85, en glosa al art. 2354.

(18) Ver GARCIA GOYENA, Florencio, "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editora, Madrid, 1852, t. III, ps. 310/311.

(19) Como ya lo advertí en la nota 16, en el Proyecto de 1998 se suprimió la categoría de la posesión viciosa.