

Protección civil y penal de la posesión y la tenencia. Alternativas procesales: interdictos, acciones posesorias y policiales, desalojo por intrusión y restitución del inmueble en el proceso penal por usurpación. (Por María Cecilia Domínguez)

CAPITULO I: Introducción.....	3
CAPITULO II: La protección de las relaciones reales en el Código Civil.....	6
1. Esquema general.....	6
2. Acciones posesorias propiamente dichas.....	8
3. Acciones policiales.....	12
4. Tesis Unitaria y Tesis Dualista.....	13
4. Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 1998.....	14
5.- XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011).....	15
6. Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012.....	16
CAPITULO III: El trámite procesal de las Acciones Posesorias y Policiales: Los interdictos procesales del Código de la Nación y la reforma de la ley 25.488. La regulación de las acciones posesorias por procedimientos sumario y sumarísimo en el Código Procesal Civil de Jujuy.....	17
1. Interdictos y acciones posesorias en el Código Nacional.....	17
2. Tesis Monista.....	18
3. Tesis Dualista.....	19
4. Tesis de Palacio.....	20
5. Consecuencias de estas posturas.....	21
6. La reforma de la ley 25.488 al Código Procesal Nacional.....	23
7. La regulación de la cuestión en el Código Procesal Civil Jujeño.....	24
8. Caducidad y prescripción de las acciones.....	26
CAPITULO IV: Análisis de la constitucionalidad de los arts. 622 y 623 del CPCCN. ¿Doctrina civil vs. Doctrina procesal civil?.....	27

CAPITULO V: Superposición de la protección acordada a las relaciones reales por las acciones posesorias con la conferida por el desalojo por intrusión.....	29
CAPITULO VI: Medidas cautelares y tutelas anticipadas en el marco de estos procesos.....	34
1. En los interdictos.....	35
2. En el desalojo por intrusión.....	35
3. La extensión del uso de la tutela anticipada para los procesos posesorios.	37
CAPITULO VII: Prejudicialidad penal en las acciones posesorias.....	40
CAPITULO VIII: Restitución del inmueble en el marco del proceso penal por usurpación. Su constitucionalidad.	41
1. El bien jurídico protegido y el art. 181 del Código Penal.....	41
2. El proceso penal por usurpación en los Códigos Procesales Penales.....	42
3. La opción de las vías civil y penal para la restitución del inmueble usurpado. El art. 29 del Código Penal.....	44
CAPITULO IX: Razones que subyacen al diseño de la protección de las relaciones reales: volviendo a los Fundamentos de la Protección Posesoría.....	47
1. La construcción de las normas y los fines de la protección.....	47
2. Los grandes paradigmas y el reconocimiento de la función social de la posesión en la usucapición.....	48
3. La especial protección del poseedor usucapiente: necesidad y límites.....	51
4. Protección civil y protección penal.....	55
CAPITULO X: Consideración final.	57
INDICE ANALITICO DE MATERIAS.....	58
INDICE BIBLIOGRAFICO POR AUTOR.....	62
MATERIAL BIBLIOGRAFICO UTILIZADO.....	67

CAPITULO I

Introducción.

La doble regulación, mayoritariamente aceptada en doctrina, de la protección de las relaciones reales en el Código Civil Argentino actual ha establecido un diseño sustancial en el que entran en juego diversos factores tales como la legitimación activa, legitimación pasiva, trámite del proceso, alcance de la cosa juzgada, caducidad y prescripción de la acción.

Básicamente se distinguen dos clases de acciones para dos clases de ataques: las llamadas Acciones Policiales (por su carácter dirigido netamente a la interdicción de la violencia civil, pero de trámite judicial) y las Acciones Posesorias propiamente dichas.

A su vez, los códigos procesales civiles, en la mayoría de los casos de factura anterior al Código Civil en el punto, establecieron formas autónomas de protección de estas relaciones fácticas, distintas a las reguladas en las normas de fondo, lo que generó en algunas provincias y a nivel nacional la coexistencia de un régimen de protección procesal con recaudos y alcances distintos a los previstos en la legislación sustancial.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) regula la protección posesoria por vía de los interdictos y las acciones posesorias, de equívoco trámite luego de la reforma de la ley 25.488.

Por su parte, el Código Procesal Civil Jujeño, adaptado al doble sistema del Código Civil, no admite interdictos y regula las acciones posesorias en correspondencia con este último, previendo para ellas la adopción de los procesos sumario y sumarísimo.

A este esquema se incorpora la regulación del proceso de desalojo por intrusión.

Finalmente, el Código Penal y las normas procesales penales autorizan, frente a la configuración del delito de usurpación, la restitución directa de la cosa a su dueño, aislada de todos los procesos civiles anteriormente mencionados.

Con este estudio nos proponemos:

- a) Determinar los sistemas normativos existentes de fondo (civil y penal) y procesales nacional y provincial (también civiles y penales), en la regulación de la cuestión.

- b) Fijar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos discriminando los supuestos en que la superposición de normas genera confusión y posibles consecuencias disvaliosas a la hora de tentar la acción.¹
- c) Exponer y analizar los casos en que la doctrina ha considerado la existencia de normas inconstitucionales.
- d) Establecer las cuestiones que deberían, por su relevancia individual y sistémica, ser consideradas al momento de producir reformas legislativas en estos puntos, incluyendo en ese análisis las propuestas más recientes en el ámbito del Derecho Civil.
- e) Analizar los fines perseguidos con esta protección como un modo de definir cuáles deben ser sus alcances, teniendo presente que una de las relaciones protegidas, la posesión, conlleva la posibilidad de adquirir el dominio mediante el instituto de la usucapión.

La vigencia e interés del tratamiento de esta temática queda puesta de manifiesto, por un lado, en las normas que desarrollaremos más adelante, dispositivos relativamente recientes que se dirigen a agilizar el restablecimiento de la relación de hecho de una persona con una cosa.

En la realidad social, los problemas de falta de titulación, ocupación de tierras privadas (pertenezcan a particulares o al dominio privado del Estado) y los conflictos que esos hechos generan no sólo entre dueños y ocupantes sino de estos últimos entre sí han quedado puestas de manifiesto, tomando inclusive en algunos casos estado público.

¹ Adherimos a las precisas consideraciones del Maestro Morello cuando sostuvo que “El Derecho, como la vida, se exhibe con arrugas, con eclipses, con senderos que se bifurcan en perspectivas diferentes, alternativas posibles y brinda opciones que el destinatario ha de preferenciar orientándose por su saber, experiencia, líneas jurisprudenciales, valoraciones comunitarias y preferencias técnicas que se sustentan en un análisis de las circunstancias del caso (las fácticas y el apoyo probatorio que, en el espejo del derecho, vaticinan la posible y fundada línea de sentido). La del proceso justo y de su acto sentencial. Los abogados tenemos el deber de asumir, responsablemente, el verdadero cuadro de situación, su adecuado encaje jurídico y la estrategia previsible con la que materializar el deseado éxito de la controversia. En este momento sabe que no es lineal lo que ha de recorrer; y también que el Derecho no es una ecuación exacta; que solo puede brindar diversos registros en sus concepciones y las técnicas de aplicación. Que no es infalible, como tampoco es unívoca y excluyente- estática y paralizante- la labor creativa de los jueces. Comprensión, estudio, evaluación exhaustiva de las características del asunto y de lo que tenemos para su demostración son los requisitos a atender de manera preferente, cuidando, claro es, de la observancia del proceso justo” (...) “Los conceptos jurídicos no pocas veces abiertos e indeterminados, exigen de ardua labor de llenado y reformulación, de adaptación a sucesivas y cambiantes realidades. Es la noble y ardua tarea del intérprete y del estudioso del derecho. Hacerlo (o intentarlo) seriamente y con humildad, aunque sin dramatizar. Cada institución debe cumplir con ciertas funciones y su estructura óptima dependerá de la clara atribución previa de éstas. Y ello no es fijo; exige una continua labor de ajuste y perfeccionamiento.” (Morello, Augusto M., Opciones Procesales en supuestos dudosos, en “ La Ley” 2006-C, 1261-LLP 2006,779 y “La Ley on line”).

En lo metodológico, aclaramos que hemos restringido el tratamiento, salvo en cuestiones sumamente generales y cuando a efectos de un abordaje integral sea útil su inclusión, a los supuestos en los que estas acciones se dirigen a la protección de relaciones de hecho ejercidas sobre inmuebles.

Una advertencia para el lector: la compleja forma de diseño de esta protección civil, que obedece más a razones históricas que técnicas, hace que cualquier texto que se aborde no haga sino señalar en primer término las manifiestas dificultades que presenta en su interpretación. De allí también que, para simplificarlo, hayamos seleccionado los contenidos en el curso del trabajo para no abrir excesivamente los detalles de cada uno de los aspectos tratados, centrándonos en las cuestiones en las que entendemos que la superposición de normas genera dificultades concretas en la aplicación cotidiana de los institutos.²

² Se incluyen, en lo pertinente, fallos del Superior Tribunal de Justicia de los últimos años, de acceso libre, gratuito y a texto completo en la página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy: www.justiciajuju.gov.ar. La identificación del registro corresponde al Protocolo señalando: Libro de Acuerdos (LA), Folios (F°) y Número de Registro (N°).

CAPITULO II.

La protección de las relaciones reales³ en el Código Civil.

1. Esquema general.

La protección de las relaciones reales es analizada en el contexto del Código Civil básicamente por las consecuencias⁴ que se asignaron, desde antiguo, a la posesión⁵ y que se extienden hoy a ciertos casos de tenencia⁶ principalmente a efectos de evitar la búsqueda de soluciones de “justicia por mano propia”.⁷

La doctrina ha analizado los fundamentos de esta tutela porque para la mayoría se trata de relaciones de hecho.⁸ Si hubiera sido regulada como derecho no sería necesaria tal argumentación.⁹

A modo de referencia esencial en el punto, cabe considerar que ya en el Derecho Romano se atribuyó a la posesión la posibilidad de su protección independiente de la existencia de un derecho real, siendo histórica en su justificación la llamada “polémica” entre Savigny y Ihering, ambos autores analizando al referido sistema.¹⁰

³ *Hablamos de protección de las relaciones reales puesto que esa designación corresponde al género y la de protección posesoria a la especie toda vez que, en la extensión actual del Código Civil, la primera abarca a la tenencia (arts. 2469 y 2490 del Código Civil).*

⁴ *Básicamente, la protección por acciones propias, distintas a las acciones reales, y la posibilidad de usucapir.*

⁵ *Art. 2351 del Cód. Civ.: “Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.”*

⁶ *Art. 2352 del Cód. Civ.: “El que tiene efectivamente la 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.”*

⁷ *Coincidimos en el fundamento acordado por Jorge H. Alterini quien señala “En la protección posesoria está en juego el propio Estado de Derecho. Esta explicación acaso subyazca en otros autores, pero hay que afirmarla con toda claridad. El Estado de Derecho supone por un lado el monopolio de la fuerza por el Estado, pues descarta que alguien que no sea él ejercite la fuerza. En ese marco, las defensas privadas, las defensas extrajudiciales, deben tener un lugar muy acotado, y paralelamente el monopolio de la fuerza debe ejercitarse con sujeción al Derecho, lo que impone la protección posesoria judicial y que ella sea eficaz.” (Alterini, Jorge H., Protección Posesoria en Cuestiones Esenciales de Derechos Reales, Obra Colectiva, p. 9 y 10, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002).*

En igual sentido Musto, Néstor Jorge, Derechos Reales, Reimpresión Tomo I, p.400, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni 1995.

⁸ *Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VI, p. 62/66, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.*

⁹ *“A cada derecho corresponde una acción.”*

¹⁰ *Pueden consultarse ampliamente los fundamentos de la protección posesoria (Teorías absolutas y relativas) en Highton, Elena I, Posesión, pág. 53/62, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984.*

Su defensa extrajudicial, contemplada en el art. 2470 del Código Civil, queda excluida de nuestro estudio en razón de la manifiesta falta de dificultad para su interpretación y su asimilación a la hipótesis de la legítima defensa penal.

Entrando al ámbito del problema rige, señero, el principio del art. 2468: “*Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales*”. Asimismo, dispone el art. 2469 que “*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.*”¹¹

En el esquema actual, con la reforma de la ley 17.711 al Código Civil, en opinión de la mayoría de la doctrina, frente a dos tipos de ataques distintos a la relación real de que se trate, se erigen dos tipos de acciones diferenciadas entre sí, posesorias propiamente dichas y policiales, resultando en la previsión de cuatro acciones para las que se establecen distintas reglas.¹²

Como lo señalamos en la introducción, la confusa sistematización del Código, surgida inicialmente de las distintas fuentes usadas por Vélez Sársfield en su diseño y no superadas del todo por la reforma de mención, puede sintetizarse partiendo de lo más sencillo, esto es, de la definición de los ataques que pueden producirse respecto de la posesión o la tenencia.

Ambos tipos de lesión, nominados “turbación” y “desposesión”, encuentran distinta gradación y, definidos legalmente en los artículos 2496 y 2497¹³, generan la

¹¹ En ese sentido puede verse la sentencia por la que el poseedor enfrenta al comprador sin tradición que turba su posesión en sentencias del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 13/04/2009, Expte. N° 5962/08: Recurso de inconstitucionalidad... en “Acción Posesoria de Manutención de la Posesión: Anselma Navarro; Justina Pastora Calisaya c/ Ramona Villatarco; Herminio Cardozo” (L.A. 52 F° 342/345 N° 125) y, del mismo Tribunal, 14/04/2009, Expte. N° 5918/08: Recurso de inconstitucionalidad... en “Sumarísimo- Acción Posesoria: Nallar, Adolfo Elías y Zamboni, Mónica Raquel c/ Insaurrealde, Alejandro y Frías, César Ricardo” (LA 52 F° 406/409 N° 151), este último caso en el que, invocándose mandato del dueño, el letrado despoja a los retentores del inmueble y es condenado a su restitución.

¹² En contra Nuta, Prósperi, y Rodríguez Herrera, sostienen que sólo existe una acción de mantener y es la que corresponde a la acción posesoria propiamente dicha. Nuta, Ana Raquel- Prósperi, Fernando- Rodríguez Herrera, Joaquin, *La única acción de mantener prevista en el Código Civil y sus excepciones posesorias en “La Ley”, 1990-B, p.985 y “La Ley on line”*.

¹³ Falcón distingue, con cita de Peyrano, que en el Código Procesal Nacional “No es menester que la turbación de la posesión o la tenencia que dé lugar al interdicto de retener se concrete con la intención de poseer (conf. CNCiv., Sala A, ED 17-714) (Peyrano, Compendio, N° 740; CNCiv., Sala B, JA 1960-V-551) citado por Falcón, Op. cit., Tomo VI, p. 105.

Apunta Iturbide que el concepto de amenaza de perturbación (turbación futura) es mucho más amplio que el del art. 2496 y que resulta razonable puesto que su existencia faculta al juez a disponer prohibición de innovar si es inminente o, producida, a usar una medida innovativa (Iturbide, Gabriela A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dirección: Highton, Elena I.-Areán, Beatriz A., 1° Edición, Tomo 12, p. 21, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009).

Sobre la inexistente configuración de turbación por la inminencia de la promoción de una acción judicial dirigida al recupero de la cosa ver sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 2/03/2006, Expte. N° 7834/09: Recurso

consecuente necesidad de “mantener” la relación real en el primer caso y de “recuperarla” en el segundo.¹⁴

Establece el art. 2496 del Código Civil que “Sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor” y el art. 2497 que “Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo.”

A su vez se enseña, a modo de regla nemotécnica, que en ambos tipos de acciones “a una legitimación activa más restringida, corresponde un efecto reipersecutorio más amplio y viceversa, cuando más ancha es la base de la legitimación activa, más restringido es el efecto reipersecutorio.”¹⁵

En efecto, ambas clases de acciones se confieren para mantener o recuperar la relación real. Lo que las diferencia son, específicamente, las legitimaciones activa y pasiva, el consecuente alcance del efecto reipersecutorio cuando están dirigidas a la recuperación de la cosa y- en principio- el alcance de la cosa juzgada que se produce en unas y otras.¹⁶

2. Acciones posesorias propiamente dichas.

Comenzando por las que confieren mayor protección destacamos que, para el ejercicio de las acciones posesorias propiamente dichas, nominadas técnicamente como Acciones Posesorias de Mantener y de Recuperar, resulta necesario contar con la legitimación del poseedor calificado.

Así, el legitimado activo habrá de ser poseedor anual, no vicioso, con posesión continua y no interrumpida. Apuntamos también que las cualidades de anualidad y carencia de vicios son, para la mayoría doctrinaria, relativas.¹⁷

de inconstitucionalidad...en “Acción Posesorias de Mantenimiento de la Posesión: González Llampá, Ancelmo c/ Prieto Nieves” (LA 49 F° 271/277 N° 87).

¹⁴ Art. 2487 del Código Civil: “Las acciones posesorias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa.”

¹⁵ Musto, *Op.cit.*, p. 407.

¹⁶ Para mejor comprensión de las razones históricas que fueron llevando a ese diseño normativo puede consultarse el desarrollo expuesto por Mariani de Vidal, Marina, en su obra “Derechos Reales”, 7ª ed., Tomo I, p. 205/216, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004.

¹⁷ Arts. 2477 y su nota; 2495 del Código Civil. Indica Alterini que “La posesión de quien acciona no necesita ser anual si quien lo desposeyó o turbó nunca poseyó la cosa antes que el actual poseedor, o su posesión no tenía una antigüedad mínima de un año...La relatividad de los vicios implica que dado que el adquirente de una posesión con vicios, sólo es vicioso frente a quien fue víctima del vicio y no con respecto a terceros, con relación a estos últimos podrían promover acciones posesorias incluso quienes ingresaron a la posesión con vicios.”(Aut. cit. en “Cuestiones esenciales...” p. 13).

Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera, postulan que la anualidad es un requisito absoluto en la acción posesoria de recobrar. (Aut. cit., La posesión anual: requisito absoluto de la acción de recobrar, en “La Ley”, 1990-C,697 y “La Ley on line”).

Esta posesión, calificada, se configura entonces por la existencia de:

- a) Posesión en sentido estricto, no requiriéndose la buena fe.¹⁸
- b) Anualidad:¹⁹ requisito que exige que quien entable la acción haya estado en posesión de la cosa al menos por el término de un año, de manera tal de consolidar la ocupación posesoria. El mismo puede obtenerse a través del instituto de la accesión de posesiones.²⁰ Para la mayoría de la doctrina²¹ es un requisito relativo, tal como resulta del art. 2477 y su nota que reza que la posesión actual es siempre respetable. De tal modo, “ante una posesión actual y una posesión anual, en la acción posesoria propiamente dicha triunfa la posesión anual. Si ninguna de las posesiones tiene la antigüedad de un año, la anualidad - como supuesto- pierde total relevancia, dado que ninguna de las partes podrá esgrimirla.”²² El que no es vicioso respecto al contrario no necesita ser anual.²³
- c) Posesión no viciosa:²⁴ el art. 2473 citado prescribe que la posesión no debe haber sido habida por violencia, clandestinidad²⁵ o abuso de confianza lo que, recordamos,

¹⁸ La posesión se define en el art. 2351 del Código Civil como la sumatoria del corpus, elemento fáctico que supone el contacto físico con la cosa o la posibilidad de disponer físicamente de ella cuando se lo desee (arts. 2374; 2386 y nota) y el animus domini (ánimo de dueño) o, en su caso, animus rem sibi habendi (ánimo de tener la cosa para sí), elemento volitivo que implica no reconocer en otro un señorío jurídico superior aunque el mismo exista y el sujeto que posee conozca esta circunstancia, comportándose respecto de la cosa en consecuencia. Por su parte, el art. 2473 prescribe que “la buena fe no es requerida para el ejercicio de las acciones posesorias.”

¹⁹ Art. 2473: “El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviere a lo menos el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina.”

La anualidad como requisito de la protección posesoria aparece, según reseña Mariani de Vidal, en el derecho francés, de marcado tinte consuetudinario “que dio a luz a la instancia posesoria, separada del petitorio, cuando la “saisine” (o posesión) era dudosa y debía determinarse quién tendría el papel de demandado en la reivindicación.”

“En las viejas costumbres aparecieron una serie de remedios, semejantes a los del Derecho romano, que se otorgaban sólo a los poseedores de inmuebles que cristalizaron finalmente en la complainte, que se daba a los poseedores de inmuebles, siempre que hubieran tenido la posesión durante un año y en forma pública, pacífica, continua y no interrumpida, y que tenía fines tanto recuperatorios como conservatorios.”

“El requisito de la posesión anual derivó del Derecho germánico, que vino a agregarse a los ingredientes románicos, dando origen al sistema de las costumbres.”

“Este elemento- la anualidad- se deriva de una institución del Derecho medieval: la investidura (o saisine) por la cual cada vez que el poseedor de un fundo quería transmitirlo, debía cumplir con la saisine dada ante el señor o sus justicias y, en su defecto, la transmisión era nula. Con el correr del tiempo se llegó a admitir que la posesión anual del adquirente, cuando no había investidura, tenida con conocimiento del señor, valía como saisine y, en consecuencia, hacía adquirir la propiedad. Explica Molitor que: Así fue hasta la época de las Cruzadas, cuando se hicieron sentir los inconvenientes de ésta prescripción demasiado corta, que se remediaron separando la posesión de la propiedad y mediante el siguiente principio: “Si el propietario debe sucumbir a la posesión cuando su desposesión ha durado un año, él puede aún probar su propiedad y triunfar, pero hasta que esta prueba no sea rendida, el poseedor anual se presume propietario.” (Mariani de Vidal, Derechos Reales, Tomo I, p. 212).

²⁰ Arts. 2474; 2476; 4005 del Código Civil y su nota.

²¹ En contra: Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera, La posesión anual...

²² Musto, Op.cit., p. 421.

²³ Art. 2495 Cód. Civil.

²⁴ Arts. 2478; 2479; 2480;2458.

Jorge Alterini postula que la categoría de la posesión viciosa sea eliminada y, consecuentemente, el recaudo a los efectos de la legitimación. (Aut. cit., Inconsistencia y esterilidad de la categoría de posesión viciosa en “La Ley on line”, Acad. Nac. de Derecho, (marzo), 1, 2004).

²⁵ Art. 2479 y su nota: basta que el poseedor anterior haya podido conocer.

son vicios relativos y sólo oponibles por la persona de quien se hubo la cosa a través de los mismos.^{26 27}

- d) Continua:²⁸ el recaudo, fijado en el art. 2481 y explicado- al igual que el siguiente- en la nota respectiva, supone el ejercicio permanente de actos posesorios por el poseedor en estricta conexión con la naturaleza de la cosa. Si se produjeran en el ínterin actos omisivos se configura la discontinuidad en la posesión.
- e) No interrumpida: exige la inexistencia de actos positivos por parte del poseedor o de terceros que configuren interrupción en el ejercicio de la posesión. La interrupción puede ser natural, cuando se produce por el ejercicio de actos posesorios sobre la cosa por parte de terceros o del anterior poseedor.²⁹ La interrupción es civil cuando se produce por demanda interpuesta por el anterior poseedor contra el despojante,³⁰ reconocimiento judicial o extrajudicial o compromiso arbitral.

Acuñaando las reglas interpretativas que se desprenden de esos recaudos, Valdez y Orchansky han señalado que: a) En la contienda posesoria debe triunfar el poseedor anual; b) Si ninguno alcanza la anualidad será preferido el poseedor actual siempre que su posesión no sea viciosa respecto del adversario; c) Siendo dudoso el último estado de la posesión, el que demuestre una posesión más antigua y d) Si no se puede demostrar

²⁶ Al respecto, debe quedar claro que la norma del 2354 establece que nadie puede cambiar por sí ni por el transcurso del tiempo las cualidades y vicios de la posesión. Esto parecería como que quien hubo la posesión por un medio vicioso no podría cambiar nunca esta calidad. Sin embargo, el artículo 3959 establece que la prescripción de las acciones posesorias para el poseedor vicioso comienza a partir del momento en que se purgaron los vicios, lo que hace conteste a la doctrina en sostener que los vicios pueden purgarse aunque difieren en la determinación del momento de esa purga y ello incide en el cómputo del plazo para la prescripción veintenal que se iniciaría luego de producida: unos sostienen que se produce al año o a los dos años de la adquisición según el vicio y otros ni bien cesó el vicio (Cfr. al respecto Alterini, *Inconsistencia y esterilidad ...* y Fuster, Gabriel A. –Ventura, Gabriel B., *De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia*, en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 003/70039470-1).

²⁷ En consideración a la relatividad del vicio, apunta Alterini que el matiz que en la teoría distingue así a las acciones posesorias en estricto sentido de las policiales o de los interdictos está confinado 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.” Asimismo, hace explícito que, en tanto en las defensas posesorias se encuentra comprometido el Estado de Derecho, no es solución valiosa privar de ellas ni siquiera al poseedor vicioso. (Alterini, *Inconsistencia y esterilidad...*).

²⁸ Art. 2481 del Código Civil: “La posesión anual para dar derecho a las acciones posesorias debe ser continua y no interrumpida.”

²⁹ La posesión anual solamente puede interrumpirse por otra posesión anual (art. 2481) pero si la posesión fuera actual, cuando el requisito de la anualidad no se reúne, basta un solo acto interruptivo para configurar el supuesto. Como apuntábamos antes, no es necesario observar este requisito cuando la acción se intenta contra quien no es poseedor anual sino actual (art. 2477). Cuando la posesión es actual los actos interruptivos de un tercero no aprovechan al anterior poseedor. Quien intenta interrumpir la prescripción de las acciones posesorias es quien debe producir el acto interruptivo.

³⁰ No le aprovecha la demanda interpuesta por un tercero puesto que los efectos de la interrupción son relativos (art. 3991).

cuál es la posesión más antigua se juzga que poseía el que tiene derecho de poseer o mejor derecho de poseer (art. 2471).³¹

Atendiendo a tales exigencias, se reconoce para la acción posesoria propiamente dicha una legitimación pasiva amplísima sosteniéndose que, en principio, es “erga omnes”.³²

La excepción está establecida en los arts. 2488 y 2412 en virtud de los cuales no prosperará cuando se dirija en contra de un sucesor particular de buena fe de cosas muebles que no sean robadas o perdidas.

Lógico es aclarar que si la acción se encuentra dirigida a la manutención de la posesión y no a su recuperación no cabe hablar de efecto reipersecutorio puesto que la acción se dirigirá contra quien produzca el acto de turbación, sus copartícipes y, eventualmente, sus herederos si estos continúan los actos iniciados por el causante, ya que no hay desprendimiento de la cosa.³³

³¹ Valdez-Orchansky, *Lecciones de Derechos Reales*, Ed. Lerner, Córdoba-Bs. As. 1969, Tomo I, p. 170 citados por Musto, *Op. cit.* p. 425.

“El juez puede rechazar la acción: por no satisfacer el actor la condición de poseedor, o de poseedor calificado (anual y no vicioso) si el demandado es un precedente poseedor; y por no haber mediado desposesión” (Iturbide, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Tomo 12, p. 114)

³² Highton cita en apoyo de lo expuesto que, de la nota al art. 2351, segundo párrafo, se desprende que las acciones posesorias de mayor jerarquía son de efecto adversus homines, con citas de Alsina Atienza y Alterini en igual sentido aunque destacando el pensamiento de otros autores como Adrogué que sostiene que ese efecto se detiene frente al sucesor particular de buena fe puesto que, no siendo la posesión un derecho real, las acciones que la protegen no cuentan en ningún caso con la reipersecución propia de los derechos reales. (Highton, *Op. cit.*, pág. 243).

En tal sentido, Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera, sostienen que se detendrá frente quien sea adquirente de buena fe y a título oneroso de inmuebles, por aplicación de los artículos 2777 y 2778 del Código Civil a contrario sensu y 1051 del mismo cuerpo normativo. “Piénsese en el comprador de buena fe a quien el dueño hace tradición de la cosa libre de ocupantes y otorga título suficiente. Convertido así en nuevo dueño, podría ser demandado mediante acción de recobrar por el anterior poseedor que alegara despojo hecho por el propietario, ahora enajenante? ¿Podría ser condenado a restituir el adquirente que verificó la publicidad de los estados de hecho, cartular y registral? Pensamos que no, al igual que en materia de muebles, más sería conveniente que una futura reforma regulara expresamente el supuesto.” (Aut. y op. cit., *La posesión anual...*)

Apunta Highton, que “la organización de un sistema de acciones que tienen mayores requisitos, solamente se compadece con la posibilidad de un alcance mayor; pues si ante cualquier turbación o despojo, provenga de quien sea, cualquier poseedor (y aún tenedor) tiene acción- de ello no cabe duda después de la reforma de los arts. 2469 y 2490- carece de sentido exigir requisitos especiales para la legitimación activa, salvo que se le ofrezca al actor algo en cambio.” (Highton, *Posesión*, p. 244/245, nota n° 336).

En igual sentido, Mariani de Vidal, Marina. Heredia, Pablo, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dirección: Bueres, Alberto J., Coordinación: Highton, Elena I. 2° Edición, Tomo 5 A, p. 353, 2004; Areán, Beatriz, *Curso de Derechos Reales*, 5ª Ed. Actualizada, p. 168, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2000; Iturbide, Gabriela, *Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación*, en “La Ley on line”; Musto, *Op. cit.* p. 437.

³³ Iturbide, *Las acciones posesorias...*

3. Acciones policiales.

El género de las Acciones Policiales de Manutención³⁴ y de Recobrar o Despojo reviste, en cambio, una legitimación activa más amplia pues han sido conferidas a “*todo poseedor o tenedor aún vicioso*”, exceptuándose de la disposición a quien es “*tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad*” (art. 2490 del CC).³⁵

No resulta necesario entonces ser poseedor en sentido estricto y menos aún ser poseedor calificado, bastando ser poseedor cualquiera sea su calificación³⁶ o bien tenedor³⁷ interesado.³⁸

El propio artículo de referencia establece una legitimación pasiva más restringida: se dirige contra “*el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere el dueño del bien*”, completando esa definición el art. 2491 que puntualiza que la acción se dirige respecto de los sucesores universales y de los sucesores particulares de mala fe. Se detiene, entonces, siempre que exista un sucesor particular de buena fe.

Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera incluyen también que la acción se detiene frente al tercero que no es sucesor particular, como el despojante del despojante, situación ante la que sería necesario recurrir a la acción calificada.³⁹

Aclaremos que el concepto de despojo no reviste, como ataque, interpretación unívoca. En efecto, “*el mismo Salvat entendió que despojo equivalía a desposesión violenta y que frente a otros tipos de desposesión sólo podría recurrirse a la acción calificada, siempre, claro está, que se reunieran los recaudos de ley, esto es, posesión anual sin vicios. En igual sentido Lafaille. No obstante ello, la doctrina actualmente mayoritaria entiende que despojo equivale a desposesión viciosa, es decir materializada a través de cualquier vicio (violencia, clandestinidad o abuso de confianza en inmuebles; hurto, estelionato y abuso de confianza en muebles).*”

“*Ha sido importante para arribar a tal conclusión la fuente de nuestro art. 2490. Vélez transcribió literalmente en dicha norma el art. 4032 del Esboço de Freitas. Luego, para Freitas el despojo se configuraba por*

³⁴ Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera postulan que “*la reforma del art. 2469 de la ley 17.711, en absoluto modifica el sistema tal como creemos ha sido pensado por nuestro codificador, salvo claro está en lo que hace a la ampliación de la protección al tenedor. En razón de ello y lo expuesto precedentemente, el cuadro de las defensas judiciales se configura en la retención posesoria, a nuestro entender, por sólo una acción de manutención que se paraliza opuesta la excepción de vicio (art. 2495) o de posesión anual (art. 2477) y también obviamente, frente a la prescripción de la acción.*” (Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera, *La única acción de mantener...*)

³⁵ Mariani de Vidal admite sin embargo la legitimación para los llamados “*servidores de la posesión*” cuando el ataque proviene de aquella persona cuya posesión sirve. (*Derechos Reales*, Tomo I, p. 244.)

³⁶ Iturbide apunta, en cambio, que la forma adoptada en el Código es la mayoritariamente extendida en la legislación mundial. (Aut. cit. en “*Las acciones posesorias...*”)

³⁷ Arts. 2355, ss. y cs. del Código Civil.

³⁸ Recordando que la relación de tenencia se define en los arts. 2352 y 2461 del Código Civil.

³⁸ Que son aquellos tenedores que tienen derecho a usar y gozar de la cosa, a diferencia de los tenedores desinteresados, que no lo tienen. En el punto, opina Musto que, si el art. 2490 no los faculta respecto de la lesión mayor, debe interpretarse que tampoco están legitimados en la menor (Op. cit. p. 438).

³⁹ Aut. y op. cit., *La posesión anual...*

violencia, clandestinidad o abuso de confianza (arts. 3718 a 3723). El maestro Allende afirma al respecto: 'Yendo al art. 2363 del Cód. Civil tendríamos: si el despojo es sólo comprensivo de la violencia, la acción de él emergente defendería sólo un sector de la posesión viciosa; si en cambio lo consideramos dentro del sentido amplio, la acción defendería los tres sectores de dicha posesión. Adelantando desde ya mi opinión, diremos que el despojo comprende a toda desposesión viciosa'." En igual sentido Alsina Atienza, Dassen, Alterini J., Mariani de Vidal, Benedetti, Garrido, Andorno, Highton, entre otros.⁴⁰

4. Tesis Unitaria y Tesis Dualista.

En conclusión y desde un punto de vista sistémico, en la regulación sustancial existen dos acciones policiales, dirigidas a mantener y a recuperar la posesión y dos acciones posesorias propiamente dichas con idénticos fines.

No desconocemos que, si bien la reseñada es la postura mayoritaria, designada como Tesis Dualista en la doctrina y jurisprudencia actuales⁴¹, no es admitida uniformemente, habiéndose propuesto también la Tesis Unitaria.⁴²

Esta última, postula prescindir de los requisitos de la anualidad y la falta de vicios y, más allá de la discusión histórica acerca de su existencia, los considera tácitamente derogados frente a los genéricos términos en que fueron redactados los arts. 2469 y 2490 luego de la reforma de la ley 17.711 proponiendo que, frente a los ataques, tanto poseedores como tenedores gozan de una sola acción teniendo en el caso de la dirigida a recuperar la posesión un efecto reipersecutorio restringido a los términos del art. 2491.⁴³

Se considera, sin embargo, que la Tesis Dualista es la que armoniza adecuadamente los requisitos no derogados en el Código Civil.⁴⁴

⁴⁰ Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera, *La posesión anual...* En igual sentido Iturbide, *Las acciones posesorias...*, ap. XII. También por el concepto amplio Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 114 y 120, quien afirma que el abuso de confianza ha sido admitido definitivamente por la jurisprudencia.

⁴¹ Alterini, Highton, Mariani de Vidal, Areán, Musto, Iturbide, Gabás, Papaño, Kipper, Dillon, Causse. Aunque hemos espigado algunos de sus conceptos en el desarrollo precedente, por la valía de sus argumentos queremos destacar la postura de Nuta, Prósperi y Rodríguez Herrera que, reiteramos, aunque en voz aislada, han aportado una lectura armonizadora del sistema vigente postulando la existencia de una sola acción de mantener, posesoria propiamente dicha, que se detiene siempre frente al poseedor anual o si el actor es vicioso respecto de su contrario y que, en cuanto a la acción de recobrar, considera que la anualidad es requisito absoluto y no relativo. Esta postura, desarrollada en los artículos de los autores que citamos en este estudio, es distinta de lo que aquí se designa como Teoría Unitaria y que es a la que la mayoría reconoce como tal.

⁴² Sustentada por autores de la talla de Guillermo Borda y seguida por Palacio en lo procesal.

⁴³ Los legitimados pasivos serían entonces el despojante, sus sucesores universales y los sucesores particulares de mala fe. Mariani de Vidal Marina-Heredia, Pablo D, *Código Civil y normas complementarias...*, Tomo 5 A, p. 351/355.

⁴⁴ Falcón, *Op. cit.*, Tomo VI, p. 68

5. Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 1998.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95 y elevado por sus autores⁴⁵ el 18 de diciembre de 1998, contempla para esta regulación fonal una sola acción de mantener y una sola acción de despojo, con una legitimación activa amplísima que habilita al titular o cotitular de una relación real a la acción protectora contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares, deteniéndose frente al sucesor particular de buena fe a título oneroso.

Se comprende aquí el actual ataque que implica el inicio de obra nueva, contemplado para algunos autores como acción autónoma y para otros como especie de las acciones policiales⁴⁶ pero que se configura particularmente cuando una obra comienza a realizarse y antes de que haya concluido.⁴⁷

En el caso de la Acción de Mantener, el Proyecto de Código prevé que la turbación consista en la realización de hechos materiales que excedan la normal tolerancia, quedando comprendido también aquí el temor fundado de sufrir un daño en el objeto o por la realización de una obra que se comienza a hacer.

Finalmente, indica que ambas acciones habrán de tramitarse por el procedimiento más abreviado que prevea la ley local y su caducidad en el término de un año.⁴⁸

⁴⁵ Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman

⁴⁶ Aunque con reservas respecto de si esos son sus alcances.

⁴⁷ Ver arts. 2498; 2499 y 2500 del C. Civil

⁴⁸ Proyecto citado: arts. 2190 a 2198, pág. 545/546, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1999. Apuntan los autores en los Fundamentos que “se procuró dejar atrás la extrema complejidad y contradicciones del sistema de Vélez Sársfield, que fueron agudizadas por la ley 17.711. Si bien en la actualidad no puede reprochársele a la legislación la inexistencia de remedios para las distintas lesiones, la multiplicidad de acciones superpuestas y con ámbitos de aplicación controvertidos, han despertado conflictos interpretativos en la doctrina y en la jurisprudencia, nada pacíficas al intentar desentrañar la maraña” (p. 133).

6. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011).

En las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁴⁹ se arribó en estos puntos, por unanimidad, a las siguientes conclusiones:

“I. REMEDIOS POSESORIOS JUDICIALES

De lege data

1.- Fundamento. La tutela judicial prevista por el Código Civil (Libro Tercero, Título 3°) se fundamenta en el resguardo del Estado de Derecho y la paz social.

2.- Régimen. El Código Civil Argentino, en su Libro Tercero, Título 3°, contempla cuatro acciones distribuidas en un doble juego: 1) Las posesorias propiamente dichas de mantener y recobrar (artículos 2487 y 2495 CC) y b) La innominada de mantener y la policial de despojo (Arts.2469 y 2490 CC).

3.-Turbación. Se entiende por turbación todo ataque que produzca un menoscabo en el sentido del artículo 2496 del CC. Cuando la lesión no tenga por finalidad adquirir la posesión no son procedentes las acciones del Título 3° del Libro Tercero del Código Civil.

4.- Desposesión. Se entiende por desposesión la privación absoluta, total o parcial, de la posesión o la tenencia, cualquiera sea el modo empleado para concretarla.

5.- Interdictos procesales. Las legislaciones procesales que se apartan de los requisitos sustanciales que prevé el Código Civil con respecto a las acciones policiales son inconstitucionales por vulnerar el Art.75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

6.- Alcances del Art.2468 CC. El artículo 2468 del Código Civil no resulta una vía específica de adquisición de la posesión.

7.- Cosa juzgada. Los hechos juzgados en el juicio posesorio, se trate de una acción policial o de una acción posesoria propiamente dicha, relativos a la existencia o no de la posesión o la tenencia, del ataque inferido y de la fecha en que se produjo, hacen cosa juzgada material.

8.- Interdicto de adquirir. El interdicto de adquirir legislado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es de imposible aplicación práctica, reproche que alcanza a las legislaciones locales que lo regulan de igual manera.

9.- Art.2499 segundo párrafo CC. Se ratifica la declaración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) en el sentido que: “La acción del 2° párrafo del Art.2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión”. Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño. Las normas procesales que desplazan la intervención jurisdiccional ante la actuación de la autoridad administrativa son inconstitucionales (Arts.43 y 75 inciso 12 CN).

10.- Contradicción entre los arts.1132 y 2499 segundo párrafo del Código Civil. Frente a la contradicción existente entre el artículo 1132 y el 2499 segundo párrafo del Código Civil prevalece este último.

De lege ferenda

1.- El régimen de la defensa judicial previsto en el Libro Tercero, Título 3° del Código Civil debe simplificarse dejándose un solo juego de acciones de manutención y de recupero a la manera del Proyecto de Código Civil de 1998.

2.- La legitimación activa de tales acciones debe ser amplia, comprendiéndose tanto a la posesión como a la tenencia.

3.- Deben derogarse los regímenes locales de interdictos posesorios en cuanto signifiquen la superposición o creación de nuevas acciones al margen de lo previsto en el Código Civil.

4.- Para dar seguridad a la norma de fondo, el Código Civil debe prever que las acciones tramiten por el proceso de conocimiento más abreviado existente en la ley procesal local.”⁵⁰

⁴⁹ Realizadas en Tucumán a fines de setiembre y principios de octubre de 2011.

7. Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012.

Este Proyecto, presentado en su anteproyecto en 2012 por la Comisión formada por los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y Ricardo L. Lorenzetti (Decreto 191/11), regula la cuestión a partir del art. 2238.

Mantiene como el Proyecto del '98 el sistema de acción única pero introduce, a nuestro entender, una variable fundamental al regular en el Capítulo de las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales un artículo importantísimo en el armado del sistema: el 2775, que prevé la regulación de las turbaciones o desapoderamientos recíprocos y que trataremos oportunamente.

Por lo demás, se advierte que se mantiene la protección respecto de actos materiales producidos o de inminente producción, como se hacía en el proyecto anterior, así como la acción para adquirir y se declara de modo expreso que lo resuelto en las acciones respectivas hará cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o la tenencia.

Agrega además, que la acción de despojo se extiende al sucesor particular de mala fe (art. 2241), quedando excluidos los sucesores particulares de buena fe, a diferencia del proyecto del 98 que sólo protege al sucesor particular de buena fe cuando su adquisición haya sido a título oneroso (art. 2191 interpretado a contrario).

En lo que hace al proceso, abre las posibilidades conforme la doctrina procesal que reseñaremos luego prescribiendo que *“Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determine el juez, atendiendo las circunstancias del caso”* (art. 2246).

Tal, entonces, el panorama doctrinario y legislativo en cuanto a la legislación de fondo, que se encuentra en plena etapa de revisión a la fecha de este estudio.⁵¹

⁵⁰ Incluimos las Conclusiones completas en el tema pese a que su abordaje toca elementos que son tratados en otros acápite de este trabajo para mejor comprensión de la idea completa. Las mismas pueden consultarse en www.derechocivil2011.com.

⁵¹ Este trabajo tuvo una primera elaboración entre fines de 2011 y comienzos de 2012. Con la presentación del Proyecto de Unificación 2012, y en tanto las soluciones que postula en el punto son diferentes, hemos considerado necesaria su actualización, incluyendo las previsiones respectivas.

CAPITULO III

El trámite procesal de las Acciones Posesorias y Policiales: Los interdictos procesales del Código de la Nación y la reforma de la ley 25.488. La regulación de las acciones posesorias por procedimientos sumario y sumarísimo en el Código Procesal Civil de Jujuy.

1. Interdictos y acciones posesorias en el Código Nacional.

Las normas procesales fijaron la regulación de la protección posesoria consagrando también- en algunos casos- los llamados interdictos, que establecieron legitimaciones activas, supuestos de procedencia y efectos parcialmente coincidentes y parcialmente divergentes para estos últimos con relación a las acciones posesorias reguladas en el Código Civil, realidad que se extiende a gran parte de las legislaciones locales actuales.⁵²

Elena I. Highton observa que en el CPCCN, la regulación de los interdictos contiene ampliaciones que sobrepasan lo establecido por el Código Civil en materia de acciones policiales, lo que se fundó básicamente en la preexistencia del modelo procesal al de fondo.⁵³

⁵² En cuanto a la actualidad de esta problemática, José Roberto Toledo produce una detallada reseña de los Códigos Provinciales vigentes a la fecha (2011) en *La protección posesoria ante la amenaza de turbación* (Ponencia llevada a la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, www.derechocivil2011.com) donde señala que “Del detenido estudio efectuado de los códigos adjetivos provinciales se concluye que la mayoría de las provincias han adoptado la tesis dualista desde el punto de vista legislativo, incorporando en su articulado y de modo expreso los denominados interdictos, estableciendo los recaudos, la legitimación y el procedimiento de los mismos.”

⁵³ Highton, Elena I, *Posesión*, p.283/284. Puntualiza la autora que existieron dos tesis con anterioridad al dictado del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 17.454 y reformado luego por ley 22.434. Tales teorías referían al anterior Código Procesal de la Capital y sostenían la Tesis Dualista (regulación interdictal procesal diferente a la protección fondal) con dos variantes: a) sostiene que las acciones posesorias del Código Civil son independientes de los interdictos del Código Procesal entonces vigente en la Capital y que, elegida una de las vías, sólo queda al interesado la acción real, no pudiendo discutir la cuestión posesoria nuevamente; b) la acción de despojo es una sola con la de recobrar con el Código Civil y se confunde a su vez con el interdicto del Código Procesal en tanto el interdicto de retener deja a salvo la acción del Código Civil (379 CPC). La otra tesis, Monista, sostuvo que los interdictos eran la regulación procesal de las acciones posesorias. En igual sentido cfr. Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16° Ed. Actualizada, p. 811/812, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

Papaño, Kipper, Dillon y Cause expresan que “desde el punto de vista histórico, Allende ha demostrado que el Dr. José Domínguez, a quien el gobernador de la provincia de Buenos Aires le había encargado la redacción de un proyecto de código de enjuiciamiento civil, por decreto del 20 de agosto de 1867, lo presentó más de un año antes de la sanción del Código Civil, de lo que cabe inferir que no tuvo en vista la obra de Vélez Sársfield para su confección.” (Papaño, Ricardo J., Kiper, Claudio M., Dillon, Gregorio A., Cause, Jorge R, *Manual de Derechos Reales*, p. 130, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007). En igual sentido, Falcón señala que no hay indicios de que Domínguez y Vélez Sársfield se hubieran conectado ni que la adopción de ese primer código de procedimientos para la Capital Federal se hubiera hecho estudiando la legislación de fondo. (Falcón, Op. cit., Tomo VI, p. 66/67).

Con posterioridad a la sanción del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454, se mantuvo la división en tesis monista y dualista, preexistente a la luz de las normas anteriores y que desarrollaremos a continuación.

2. Tesis Monista.

Parte de la autorizada doctrina en la materia, entiende que el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación regula a las acciones posesorias propiamente dichas como tales (es decir, con ese nomen iuris) y a las policiales como interdictos.⁵⁴ Su argumento fundamental reside en que, de la supremacía establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, se deriva que las legislaciones procesales no podrían ser contradictorias o ampliatorias de la ley sustancial.⁵⁵ Se advierte entonces que también la polémica unicista y dualista tiene un aspecto procesal.⁵⁶

Esta tesis⁵⁷ refiere a las acciones posesorias de carácter policial y no a las posesorias en sentido estricto y, en abono de ella, los argumentos son:

- que el trámite sumario establecido en el art. 2469 del Código Civil no obsta a que lo sea sumarísimo como lo reglamenta el art. 611 del CPCCN;
- que los requisitos exigidos por el Código Procesal en los arts. 610 a 615 son similares a los del Código Civil en los arts. 2469 y 2490 en cuanto a la legitimación activa;
- los beneficiarios del despojo serían los sucesores particulares de mala fe del art. 2491 y la protección conferida antes sólo por las normas procesales tiene ahora sustento en las de fondo, siendo los interdictos una mera reglamentación práctica de la protección establecida por la ley 17.711 en las acciones policiales.

En ella se enrola Arazi, quien sostiene que el interdicto de retener está legislado en el CPCCN de conformidad con lo sostenido en el art. 2469 del Código Civil⁵⁸ e

⁵⁴ Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*..., Tomo I, p. 256/258.

⁵⁵ Musto, N., *Op. cit.*, p.426/428.

⁵⁶ En realidad, a este aspecto es al que hacen referencia la mayoría de los textos que se ocupan del tema. Falcón indica que, si bien entiende que no existe ningún impedimento para que el Código Procesal gradúe la defensa a distintos niveles, la adopción de la teoría monista resulta más prudente en el aspecto legislativo. (Falcón, *Op. cit.*, Tomo VI, p. 69).

⁵⁷ Atribuida por Highton, *Posesión*, p. 286 a Mariani de Vidal, Adrogué y Reimundin.

⁵⁸ Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª Ed. Actualizada, Tomo II, p. 283, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.

identifica al interdicto de recobrar como el legislado en el art. 2490 del Código Civil⁵⁹. Gabás restringe el concepto de despojo a la desposesión habida por violencia o medios clandestinos⁶⁰, en consonancia con la legislación procesal nacional y diferenciándose de los conceptos de despojo concebidos sustancialmente en la doctrina (amplio y restringido) a los que hemos referido.⁶¹

En esta línea de pensamiento, que apunta que todo género de posesión y la tenencia son protegibles por la acción de despojo y los interdictos, se sostiene que aún después de la reforma de la ley 17.711 subsiste la diferencia entre acciones posesorias e interdictos aunque resulta menos probable que el actor, teniendo a la mano el remedio del interdicto, adopte la vía ordinaria prevista en el art. 623 del CPCCN para las acciones posesorias para las que resulta necesario reunir la legitimación calificada.⁶²

3. Tesis Dualista.

La tesis dualista⁶³ sostiene⁶⁴ que el Código Procesal reguló por separado los interdictos y las acciones posesorias, tramitando los primeros por procedimiento sumarísimo y las segundas por juicio sumario- actualmente ordinario en el CPCCN. En abono de ello sostienen que:

- la ley procesal—en el texto de la ley 17.454- es anterior a la reforma de la ley sustancial, 17.711, que no reformó el art. 2501 y agregó en el 2469 que tramitarán sumariamente, no sumarísimamente, además de las diferencias puntuales de regulación tales como:
 - que cuando sustancialmente se exige el acto turbatorio para el ejercicio de las acciones policiales, la ley procesal admite la mera existencia de amenazas para su ejercicio (art. 610 del CPC).
 - Además de ello, al regular el interdicto de recobrar, admite sólo los casos en que el despojo se hubiera producido en virtud de violencia o

⁵⁹ *Ibid*, p. 285; Mariani apunta que la reforma de la ley 25.488 no ha modificado estos puntos: Derechos Reales, Tomo I, p. 260; Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 67.

⁶⁰ Gabás, Alberto A, Juicios Posesorios. Acciones e Interdictos, 2ª Edición, p. 126, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

⁶¹ Arazi, Derecho Procesal..., p. 286.

⁶² *Ibid*, p. 279. Tanto Falcón como Arazi identifican la correspondencia entre los interdictos de retener y recobrar con las acciones policiales del Código Civil.

⁶³ En la que se enrolan Gatti, Borda, Tolosa y Alvarez Juliá, Alterini, J., entre otros. (Highton, Posesión, p. 287) y a la que también adhiere Gabás aunque con las particularidades que desarrolla en su obra (*Op. cit.* p. 65/73).

⁶⁴ Tesis mayoritaria. Para mayor detalle ver *infra* en la sección 5 de este capítulo (p.21/23).

clandestinidad (614 inc. 2 CPC), a diferencia de la ley sustancial que admite también al abuso de confianza o sólo la violencia para los partidarios de la tesis restringida y

- al regular la legitimación pasiva, la ley sustancial refiere a todo sucesor particular de mala fe (2491) en tanto que el despojo alcanza a los copartícipes y, en su caso, a los beneficiarios del hecho.
- Tampoco diferencia la legislación procesal nacional, al determinar la legitimación activa, a los tenedores interesados de los desinteresados, admitiendo la interposición de interdictos para todos.

Highton indica que Alterini, si bien se enrola en esta tesis, al tratar la cuestión constitucional entiende que la sentencia dictada en el interdicto hace cosa juzgada para enervar la acción posesoria minorada o de carácter policial por lo que las unifica pese a considerarlas separadas o distintas.⁶⁵

4. Tesis de Palacio.

Palacio, adoptando la postura monista en cuanto al fondo a la que refiriéramos anteriormente, afirma, en criterio que no compartimos, que *“la ley 17711, haciéndose cargo del hecho de que, ya con anterioridad a la promulgación del CPCCN, las llamadas acciones posesorias, a raíz del amplio alcance asignado a los interdictos, habían caído prácticamente en desuso, modificó el texto de los arts. 2469; 2487; 2488 y 2490 del Cód. Civ. en forma tal que de tales preceptos, considerados en su conjunto, se desprende que la protección judicial es susceptible de requerirse genéricamente por cualquier poseedor o tenedor a fin de obtener la restitución o la manutención de cosas tanto muebles como inmuebles. Sufrió así una reforma trascendente el alcance de las pretensiones posesorias, ya que actualmente su procedencia no se halla condicionada a los requisitos exigidos a la posesión por el Código Civil (anualidad, carencia de vicios, etc.)”*.

“Aunque la ley 17.711 no derogó expresamente las normas que instituyen tales requisitos, en razón de que el art. 2469 Cód. Civ., en su actual redacción, concede explícitamente las llamadas “acciones posesorias” a todo poseedor, con prescindencia de su naturaleza, se impone la conclusión de que, al margen de la inadecuada técnica legislativa utilizada, aquellas normas deben reputarse implícitamente derogadas”.

Concluye entonces que han perdido razón de ser las teorías unitaria y dualista (referidas a la legislación procesal) y, con ellas, la dualidad de trámites del código procesal para los interdictos y las acciones posesorias de modo que *“cualquiera que sea la calificación que el actor otorgue a su pretensión, se halla facultado para optar entre el trámite sumario y el*

⁶⁵ Highton, *Op. cit.*, p. 287, nota 406. En pensamiento acorde al de Alterini confrontar Gabás, *Op. cit.* p. 76.

sumarísimo”,⁶⁶ planteando una nueva alternativa en cuanto a las vías adoptables por el litigante.⁶⁷

5. Consecuencias de estas posturas.

La diferencia genera también consecuencias interpretativas respecto del tipo de procedimiento a adoptar: si se abona la tesis monista, ante un doble sistema protectorio procesal, para las acciones policiales el proceso habrá de ser el sumarísimo y para las posesorias propiamente dichas el sumario (o-como apuntaremos luego en el marco del Código Nacional actual- el ordinario) siendo la regulación procesal mera reglamentación de las acciones previstas en el Código Civil.

De admitirse la tesis dualista hay, a su vez, dos posibles interpretaciones: a) los interdictos son independientes de las acciones posesorias y estas últimas- como género comprensivo de posesorias propiamente dichas y policiales- tramitan por juicio sumario/ordinario cualquiera sea la clase de ellas conforme al Código Civil⁶⁸; b) tanto interdictos como acciones policiales tramitan por juicio sumarísimo y las acciones posesorias propiamente dichas por juicio sumario/ordinario según el código.⁶⁹

Tradicionalmente aprendimos que, a consecuencia de lo expuesto, los efectos jurídicos de la cosa juzgada también son distintos. En el caso de adoptarse el trámite sumarísimo, dada la limitación temporaria y probatoria, la sentencia no haría cosa juzgada material respecto de la cuestión posesoria, siendo sus efectos de carácter provisional. El trámite sumario u ordinario, en cambio, agota el debate del conflicto posesorio en su totalidad y le pone término teniendo efectos de cosa juzgada material en cuanto a las cuestiones debatidas.⁷⁰

⁶⁶ Palacio, *Op. cit.*, p. 813/814 (obra escrita antes de la reforma de la ley 25.488).

⁶⁷ A sabiendas de su adopción por algunos tribunales jujeños, no reconocemos en las doctrinas mayoritarias expuestas la adopción de esta postura, básicamente por cuanto no han desaparecido las normas legales que fijan una vía posterior de discusión de modo que pensamos arriesgada su adopción por el litigante en el marco de un proceso concreto.

⁶⁸ Ver lo expuesto en el Capítulo III, sección 3. del presente (p.19/20). En igual sentido Papaño-Kipper-Dillon-Causse, *Manual de Derechos Reales*, Tomo I, p. 131.

⁶⁹ Gabás, *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁰ En tal sentido, confrontar infra en la sección 7 de este capítulo la nota al art. 289 del CPC jujeño (p.29).

“La decisión que se dicte en el posesorio es esencialmente provisoria y no impide la posterior iniciación del petitorio, donde la misma cuestión puede ser ventilada y resuelta, ahora sí definitivamente” CNCiv., Sala E, 21/11/72, LL, 150-276; *idem*, Sala D, 10/02/067, LL, 125-621, donde se sostuvo que, no obstante, deben considerarse válidas y firmes las conclusiones del posesorio frente a la posesión misma. En igual sentido, CSJN, 19/10/28, JA, 28-540. (Mariani de Vidal- Heredia, *Código Civil y normas complementarias...*, Tomo 5 A, p. 374)

Apunta Musto que “el conocimiento del juez en el proceso puede encontrarse limitado o restringidas también las medidas de prueba de que puedan valerse las partes, o las defensas o excepciones que puedan esgrimir. En tal caso, a un mayor ámbito de conocimiento y amplitud de debate y prueba, corresponde un más amplio efecto de la cosa

En contra opina Palacio que, en su clasificación de esta clase de pretensiones dentro del ámbito de los procesos especiales, ubica a los interdictos, pretensiones posesorias y al desalojo entre los procesos sumarios propiamente dichos, que no confieren un conocimiento judicial de carácter pleno o total sino fragmentario. Para el autor, están estructurados de modo tal que en ellos no se resuelve el conflicto en su totalidad sino en uno solo de sus aspectos. Por consiguiente, todas las facetas pendientes de decisión deben ser objeto de conocimiento judicial posterior y por ello concluye que los efectos de la cosa juzgada que producen es, en todos los casos, solamente formal.⁷¹

Adoptar, como lo hace Palacio, la teoría monista en lo sustancial y sostener en consecuencia la indiferencia de la vía procesal que se adopte para la tutela, implica aceptar la solución de los arts. 622 y 623 del Código Nacional (cuyo análisis producimos en el capítulo siguiente) en tanto la discusión posesoria posible es sólo una. Por ello, y en los aspectos posesorios, entendemos que habría de considerarse el carácter sustancial de la cosa juzgada respectiva.

Sin embargo, para quienes sostengan la dualidad de acciones en el Código de fondo y dualidad de acciones en el de forma, la inconstitucionalidad de las restricciones

juzgada material (juicios plenarios). En cambio cuando el ámbito de conocimiento del juez, la defensa o la prueba se encuentran restringidos (juicios sumarios propiamente dichos), es también restringido el efecto de la cosa juzgada o desaparece, posibilitando el replanteo en un juicio pleno". El referido autor indica en la nota que la denominación de juicio sumario empleada por el CPCCN es incorrecta ya que el legislado bajo ese acápite se corresponde con los plenarios breves. Ello le hace decir que "la limitación en el conocimiento del juez, permite que se replanteen las cuestiones en ulteriores juicios según una escala de mayor ámbito. Así, quien es vencido en una acción policial podrá plantear el posesorio o el petitorio, según el caso; quien es vencido en el posesorio tendrá expedita la vía del petitorio" (Musto, Op. cit., p. 407/408). Apuntamos que la referencia al proceso sumario, anterior a la reforma de la ley 25.488, resulta útil de igual modo a nuestro estudio en razón de su vigencia actual en otras provincias.

Finalmente, Gabás apunta que la acción posesoria, además de los recaudos a cumplir para su viabilidad, tiene juicio de conocimiento amplio y causa cosa juzgada material-juicio sumario- en tanto que la acción de despojo posee un mecanismo sumarísimo, policial, urgente e interdictal indicando que no causa cosa juzgada material sino meramente formal (Gabás, Op.cit., p. 70 y 80). Completa el razonamiento señalando que el petitorio (acción real) es un juicio distinto del posesorio y no el juicio ordinario posterior como ocurre con los procesos ejecutivos. "No se trata del mismo juicio pero con un tratamiento causado o de conocimiento amplio, sino de un juicio diferente donde se discute otra cosa: en el posesorio la tenencia o la posesión, y en el petitorio, la propiedad". Citando a Greif, Los procesos sumarios, p. 183, indica que "Ni el juicio posesorio, ni el juicio ordinario tienen por finalidad revisar lo actuado en el juicio anterior, pero como el contenido del posesorio es más amplio que el de violento despojo y el reivindicatorio más rico que el del posesorio, la decisión que en ellos se dicte puede rectificar la del juicio que le precede. Si esto es así- y sustancialmente lo es- aún no variando los supuestos de hecho pero si el objeto del proceso se observa que en estos casos no puede hablarse de inmutabilidad de la decisión toda vez que ella puede ser revisada ulteriormente". (Gabás, Op. cit. p. 81/82).

En punto a la extensión del debate posesorio en el proceso sumario y su carácter de sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario de inconstitucionalidad local (Ley 4346, mod. por ley 4848) puede verse la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 19/10/2005, Expte. N° 7410/04: Recurso de inconstitucionalidad... en "Sumario-Interdicto de turbación: Mamani, Nelson Fabián c/ Vilde, Teresa" (LA 48 F° 1960/1965 N° 675) y, precisando que no lo reviste el caso en que, pese a haberse conferido trámite sumario la pretensión fue planteada, contestada la demanda y juzgada como acción policial en el voto del Dr. Sergio R. González en sentencia del mismo Tribunal, 25/11/2008, Expte. N° 5683/07: Recurso de inconstitucionalidad... en "Acción Posesoria. Interdicto de Recobrar: Florentina Sajama c/ Romero, Néstor" (LA 51 F° 1691/1695 N° 607).

⁷¹ Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Vigésima edición actualizada por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palacio, p. 668, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, N° 484.

impuestas al debate posesorio por los arts. 622 y 623 del CPCCN a las que adherimos (al menos en su actual regulación), nos lleva a apuntar que, sin dudas, se admita el desdoblamiento de los interdictos y las acciones policiales para admitir o no que las segundas puedan tentarse luego de los primeros, inequívocamente ha de sostenerse que, ejercidas las policiales y reunidos los requisitos respectivos, la consecuencia natural es que el ámbito de debate pueda ser mayor cuando se reúnan los recaudos fundales y, por tanto, como se ha reseñado anteriormente, que la cosa juzgada interdictal y de las acciones policiales pueda considerarse en estos casos formal⁷² y el de las posesorias propiamente dichas material ya que el debate respectivo puede reabrirse en esta última.⁷³

En el punto, Falcón señala que al hablar de cosa juzgada en los interdictos debe considerarse que el conocimiento aquí es pleno pero sobre los hechos que constituyen su objeto. *“El juicio posterior o petitorio tiene por objeto contemplar aspectos excluidos del conocimiento del interdicto, no en cuanto a la plenitud sino en cuanto al tema.”*⁷⁴

De un modo u otro, la cosa juzgada en la acción posesoria propiamente dicha, y sólo en punto al debate posesorio, tendrá carácter material. Adviértase en abono de lo expuesto que en muchísimos casos el mismo no podrá reeditarse en el ámbito de la acción real ya que no se sustenta en título alguno en cabeza de ninguno de los contendientes.

Advertimos entonces que, procesalmente, sea que se abone la tesis monista o la dualista, ninguna de ellas adopta la postura monista en lo que hace al diseño actual del Código Civil puesto que ambas sostienen la manutención del doble sistema de acciones.

6. La reforma de la ley 25.488 al Código Procesal Nacional.

A las consideraciones precedentes debe añadirse el análisis de la reforma de la ley 25.488 que vino a suprimir- con abundantes cuestionamientos de la doctrina- el

⁷² Sin embargo, esta cuestión es indiscutida hasta por aplicación del art. 2482 del Código Civil que admite que quien se sirve de las acciones posesorias pueda luego tentar las reales prohibiendo la opción inversa. Apunta Falcón que ello no ocurre en el interdicto de obra nueva porque esa sentencia no tiene revisión posterior (Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 74/75).

⁷³ Recordamos aquí el pronunciamiento que, al respecto, se produjera en las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁷⁴ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 112, nota 152.

proceso sumario de entre los procesos de conocimiento, dejando subsistentes al sumarísimo y al ordinario.

Fijó, además, como principio general en el art. 319 que “todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable. Cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario. Cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere el juicio sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable”.

Esta norma ha hecho concluir a autorizada doctrina que, en el caso de las acciones posesorias para las que, con criticable técnica, se ha dejado subsistente el procedimiento sumario (art. 623 del CPCCN), si bien la regla general remitiría al trámite ordinario, sería un despropósito su adopción dada la naturaleza de las cuestiones debatidas y que, a contrario de lo postulado, someter la cuestión posesoria a un procedimiento de igual amplitud al petitorio no parece aconsejable. Entienden entonces que el juez podría adoptar el procedimiento sumarísimo.⁷⁵

La cuestión no es pacífica y no lo será hasta tanto, como lo postula Leguisamón, la regulación se realice de la mano de especialistas en la materia. Necesitamos armonizar disposiciones de fondo y forma para establecer un sistema claro.⁷⁶

7. La regulación de la cuestión en el Código Procesal Civil Jujeño.

El Código Jujeño no se hizo eco de estos extensos conflictos. En efecto, con criterio destacable reguló Snopek que se aplicarán las normas del juicio sumario en las

⁷⁵ Iturbide, *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Tomo 12, p. 135, con cita de Areán, Beatriz (*Derechos Reales*, 6ª Ed., Tomo I, p. 217, 2003).

En igual sentido Abreut de Beguer en *Tutelas procesales diferenciadas-Los interdictos procesales* en “*Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales Diferenciadas*”, Tomo II, 2009-I, pág. 121, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni. y Falcón, *Op. cit.*, Tomo VI, p. 169.

Iturbide destaca, además, que Kielmanovich se muestra contrario a esta postura en tanto postula que, ante la duda, habría de optarse por la solución que mejor o con mayor amplitud asegure la garantía del debido proceso, lo que se logra a través del juicio ordinario. (LL 2002-D-1194; JA 2003-III-528; JA 2004-I-357).

Para un desarrollo in extenso de la cuestión y que justifica que la opción del proceso aplicable quede en manos del juez aconsejamos la lectura del comentario al art. 319 del CPCCN formulada por Damián I. Font en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dirección Highton-Areán*, 1ª Edición, Tomo 6, p. 20/23, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2006,- que, en síntesis y con cita de Arazi-Rojas (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Tomo II, p. 69, 2001), participa “del criterio que considera que la posibilidad que brinda el segundo apartado de la norma en comentario no debe quedar tampoco circunscripta únicamente al proceso ordinario clásico, u otro proceso de conocimiento, sino que la amplitud de criterio con la que el juez debe apreciar los hechos que exige nuestra realidad cotidiana, dentro del activismo jurisdiccional que se le reconoce, permite enmarcar en otra clase de procedimiento la cuestión suscitada, en todos aquellos casos en que por su urgencia y excepcionalidad excedan los moldes clásicos de un proceso plenario.”

⁷⁶ Leguisamón, Héctor Eduardo, *Reflexiones sobre las reformas de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, en “*La Ley*”, 2002-B, 1058.

acciones posesorias (art. 289 inc. 4° CPC) y las del sumarísimo al despojo (art. 290 inc. 5° del Código).

En la nota a la primera de esas normas, apunta el maestro local que “*En lo que respecta al inciso 4°, en virtud del cual se asigna a las acciones posesorias el trámite sumario resulta que, en sustancia, no hacemos más que receptor lo que para este tipo de acciones establece el Código Civil; hacemos propicia la oportunidad para destacar aquí que por nuestra parte no instituímos los llamados interdictos posesorios en virtud de unas muy extensas razones que pone David Lascano en su proyecto de Código (...)*”.

“*Aclaremos aquí que no incluimos entre las acciones posesorias al despojo ya que, según el artículo siguiente (art. 290 inc. 6°), en razón de que como lo enseña este profesor refiriéndose al despojo (...): ‘Su trámite...debe diferir del que corresponde a las acciones posesorias por más que éstas tengan también que sustanciarse en juicio sumario. Aquél reclama un procedimiento casi policial y expeditivo, en tanto que éstos exigen alguna discusión y prueba a la que deben darse las suficientes garantías’. Con toda razón recuerda con anterioridad este profesor que la Suprema Corte de la Nación ha declarado que ‘La acción de despojo tiene por objeto restituir la posesión de bienes raíces al que la ha perdido “violentamente o por vías de hecho”, sin prejuizar nada sobre las acciones posesorias que corresponde’.*”⁷⁷

Adhiriendo al concepto de que los derechos protegidos en la legislación fondal no pueden quedar desguarnecidos en la ley procesal, puede confrontarse el voto que, frente a la adquisición de la posesión con vicio de clandestinidad como modo de consumación, adopta la extensión amplia del concepto, acordando protección por vía de las acciones policiales a quienes se hayan visto desposeídos por medio de cualquier vicio.⁷⁸

Corresponde, por tanto, desterrar de modo definitivo la inadecuada práctica de caratular las acciones posesorias como “interdictos” en el ámbito de la Provincia de Jujuy en tanto los mismos, como lo expone el propio codificador en el año 1949, no han sido receptados en nuestra norma que, a diferencia de la nacional, no genera confusión alguna en punto al trámite a adoptar para una y otra acción receptando la tesis dualista respecto de la regulación del Código de fondo y estableciendo a las acciones previstas en el código procesal como claras regulaciones de las del Código Civil.⁷⁹ De ahí que

⁷⁷ *Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, con notas del Dr. Guillermo Snopek, Tomo II, p. 101, Ediciones Noroeste Argentino, Salta, 2001. Debe considerarse que la nota, que aparenta adoptar el carácter restrictivo del concepto de despojo que la ley no expresa, fue escrita en una época de opiniones divididas. Tal como lo reseña Iturbide “En la doctrina tradicional, quienes se pronunciaron por la tesis restringida, generalmente, sostuvieron también la doctrina dualista en materia de remedios contra la desposesión; tal el caso de Salvat, Lafaille, y la Corte Suprema a partir del caso ‘Urtubey’, entre otros. Al contrario, quienes se enrolaron en la tesis amplia participaban de la doctrina monista como Fornieles y Dassen. A partir de Allende no se mantuvo esta equivalencia, porque si bien se adscribió a la tesis amplia en cuanto al concepto de despojo, se inclinó decididamente por la concepción que admite dos acciones contra la desposesión. En esta última línea cabe enrolar a quienes siguieron sus enseñanzas: Alterini, Mariani de Vidal y Highton. (Iturbide, Gabriela A, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. ... Tomo 12, p. 122)*

⁷⁸ *Voto del Dr. Sergio R. González en “Sajama c/ Romero”, cit.*

⁷⁹ *A la fecha de sanción del Código Jujeño (1949), la reforma de la ley 17.711 no se había producido aún.*

entendemos que tampoco corresponde, como de hecho se hace en algunos tribunales locales, entender derogado el doble sistema de acciones del Código Civil que pervive hasta tanto se produzca una reforma que, tal como lo proponen los Proyectos del '98 y 2012 y se propició en las Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, fije distinta regulación para la cuestión.

Por ello, consideramos fundamental que el magistrado interviniente atribuya a la acción el trámite que corresponda conforme la pretensión esgrimida por la parte y considere, al momento de juzgar, los extremos de procedencia que el Código Civil ha previsto para una y otra acción sin generar confusión e indefensión por la equivocidad del trámite adoptado.⁸⁰

8. Caducidad y prescripción de las acciones.

En punto a la caducidad y prescripción en estas acciones se ha señalado que el art. 4038 del Código Civil establece un plazo de prescripción de un año para las acciones posesorias propiamente dichas y el art. 2493 un plazo de caducidad para las acciones policiales, aunque como bien lo apunta Arazi en su desarrollo de los interdictos, nada obsta a que en ellos se plantee la primera.⁸¹

Ello implica una notoria diferencia de una a otra por cuanto no se aplican a la caducidad las normas atinentes a la interrupción y suspensión de la prescripción, el plazo de caducidad es perentorio y la misma puede hacerse valer de oficio mientras que el juez no puede suplir de oficio la prescripción.⁸²

El art. 621 del CPCCN establece un plazo de caducidad de un año para los interdictos.

⁸⁰ *Las opciones, a la luz de la multiplicidad de interpretaciones expuestas, es muy variable y complica la formulación de una opción segura. En cualquier caso, la diligencia del litigante en el planteo no sólo de los hechos sino también en estos casos del derecho cuya aplicación postula y la del tribunal en la adecuación y atención del trámite pueden zanjar de modo previo muchas de estas dificultades que suelen advertirse recién al momento de ponerse los autos a estudio.*

⁸¹ *Puede consultarse el desarrollo de Iturbide (Las acciones posesorias...) que postula que el plazo previsto en el art. 2493 también es de prescripción y no de caducidad y el análisis de Falcón del art. 621 del CPCCN en punto a la caducidad que admite que puede declararse in limine litis cuando surge del relato de la actora en la demanda, puesto que entonces la misma resulta improponible. (Falcón, Op.cit., Tomo VI, p. 72).*

⁸² *Gabás, Juicios posesorios..., p. 66.*

CAPITULO IV

Análisis de la constitucionalidad de los artículos 622 y 623 del CPCCN. ¿Doctrina civil vs. Doctrina procesal civil?

Los arts. 622 y 623 del CPCCN han establecido, respectivamente, que las sentencias dictadas en los interdictos no impedirán luego el ejercicio de las acciones reales que pudieren corresponder a las partes y que, deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse la acción real.⁸³

Advirtiendo los numerosísimos bemoles que surgen de la diversidad de interpretaciones preapuntadas, la que hemos distinguido en lo procesal como tesis monista es conteste con la dualista en la inconstitucionalidad de esta última norma. Ambas apuntan que, concluido el debate en la acción policial, nada obsta al actor, si reúne los requisitos propuestos en el Código Civil, a renovar el debate en la acción posesoria propiamente dicha y luego entonces, de ser necesario y posible, recurrir al de la acción real.⁸⁴

La tesis dualista apunta adicionalmente que *“no es correcto afirmar que deducida la acción posesoria de carácter policial procede sólo la real sin pasar por la posesoria en sentido estricto, y menos aún que una vez elegida la vía del interdicto se priva al poseedor que reúna los requisitos que estipula el Código Civil de cualquiera de las acciones posesorias (...) por ello es que deben tacharse de inconstitucionales las normas indicadas en cuanto vedan al poseedor calificado acudir a las acciones del sistema común de la legislación civil. El art. 67 inc. 11 (actual 75 inc. 22) de la Constitución Nacional atribuye al Congreso de la Nación el dictado de los códigos de fondo, mientras que a las provincias o estados locales solo corresponde dictar las normas de forma. Es inconstitucional un código ritual local que quite derechos otorgados por el código sustantivo en materia perteneciente al Estado federal”*.⁸⁵

Debe advertirse, sin embargo, que Palacio, Falcón y Arazi no cuestionan la constitucionalidad de estas normas. Por el contrario, Arazi- luego de exponer las tesis existentes- considera favorablemente lo dispuesto en el art. 623, 2ª parte del CPCCN y

⁸³ Esta dificultad no existe en el CPC jujeño donde Snopek señala claramente en la nota al art. 289 ya referida el limitado alcance del debate en el despojo.

⁸⁴ Abreut de Begher, *Tutelas procesales diferenciadas. Los interdictos...*, p 124.

⁸⁵ Highton, *Posesión*, p. 296/297; Iturbide, *Los interdictos...*, ap. XXV.

En igual sentido y con el matiz propio de su interpretación monista que no admite que interdicto y acciones policiales deban diferenciarse Mariani de Vidal, *Derechos Reales*, Tomo 1, p. 259.

Recordar que en ese sentido se han pronunciado también las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas durante 2011.

sostiene que “de esta forma se evita que la misma cuestión pueda plantearse tres veces (por vía de interdicto, por vía de acción posesoria, y, finalmente, por acción real).”⁸⁶

Falcón⁸⁷ apunta que “el poseedor calificado para el ejercicio de la acción posesoria que intentó el interdicto, debatió en el mismo todas las cuestiones que para el progreso de la pretensión de retener o recuperar pueden ser objeto de la acción posesoria, de modo tal que la sentencia del interdicto precluye para él un nuevo debate con los mismos alcances, de allí que deba concurrir necesariamente al petitorio. Así, estando subsumida la pretensión posesoria de las acciones dentro de los interdictos, la cuestión tiene un andamiaje sustancial en el art. 2482 del Código Civil y uno procesal en la preclusión y en la cosa juzgada formal.” En la nota al pie de esa afirmación destaca cómo, si bien desde el punto de vista de la legislación fonal lo descripto no ha sido eliminado y el Código Procesal entra en el art. 623 en conflicto con el Código Civil aún cuando ello pudiera reputarse inconstitucional, “la doctrina procesal, por el contrario, entiende que la adopción de la tesis acogida es la más rendidora”.

En este punto creemos necesario destacar que no en todos los casos son las mismas cuestiones las que se discuten. Si bien puede establecerse por vía de reforma normativa y por razones de política legislativa en qué condiciones las relaciones reales habrán de protegerse, la posibilidad de rediscutir la cuestión pivotea hoy en el discutido alcance de la cosa juzgada y en las distintas “gradaciones” de la legitimación del actor que hemos semblanteado, motivadoras también de diferente protección.

Entendemos que, tal como interpreta el diseño sistémico la mayoría en la actualidad, no se discute en todos los casos lo mismo ni por las mismas razones. En efecto, si se adoptan diferentes trámites y exigen legitimaciones activas y pasivas específicas para cada conjunto de acciones, el objeto de discusión y su alcance también son distintos.

Ello no ocurre cuando, por ejemplo, adoptada la postura que a nivel nacional sostiene que el juez ha de optar por el trámite sumarísimo para la acción posesoria propiamente dicha, el demandado en contra del cual se dirige no requiere acreditar legitimación calificada y se encuentra entre los legitimados pasivos del 2490 del Código Civil. En ese caso, entonces, puede entenderse que la discusión quedaría allí agotada por identidad de trámites y de legitimados.

Finalmente, es clara la diferenciación de ambas con la protección del derecho real que se obtiene a través de las acciones reales y que se sustenta, precisamente, en ese derecho.

⁸⁶ Arazi, *Derecho Procesal...*, Tomo II, p. 279.

⁸⁷ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 167/168.

CAPITULO V.

Superposición de la protección acordada a las relaciones reales por las acciones posesorias con la conferida por el desalojo por intrusión.

Tentado el desalojo por intrusión, surge de modo recurrente el planteo de la defensa que invoca a su favor la existencia de relación posesoria con la cosa y la consecuente inexistencia de obligación de restituir, que impide que prospere.

En la naturaleza propia del proceso del desalojo se encuentra ofrecer al titular del derecho una vía expedita para la recuperación de la cosa de manos de quien no tiene derecho a mantenerla, “*sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión.*”⁸⁸

La pretensión es admisible en los supuestos en que el sujeto “*se introdujo en el inmueble sin derecho y contra la voluntad del propietario o poseedor, aunque sin pretender la posesión de aquél (intruso)*” e “*inadmisible cuando el ocupante del inmueble invoca y prueba prima facie la calidad de poseedor, debiendo en tal caso el actor deducir la correspondiente pretensión posesoria o petitoria.*”⁸⁹

Por ello, el desalojo no es una vía sucedánea de las acciones petitorias o posesorias y no procede si el accionado comprueba prima facie la efectividad de la posesión que invoca justificando lo verosímil de su pretensión. Toda investigación que la trascendiera desnaturalizaría la acción que excluye lo referente al derecho de propiedad, el *ius possidendis* o el *ius possessionis*.⁹⁰

En el punto, creemos de particular valía la distinción puesta de manifiesto por Leopoldo Peralta Mariscal quien, al referir al art. 680 del CPCCN, de idéntica redacción al art. 388 del Código jujeño, distingue que los casos allí enunciados pueden dividirse en dos clases de situaciones: a) aquellas en que, quien se encuentra en el inmueble, ha contratado con el dueño, con quien tenía derecho a hacerlo u ostentaba relación directa avalada por causa jurídica y sea en base a esa relación personal que el accionante funde su reclamo o b) aquellas en las que tal vínculo no exista.

⁸⁸ Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16ª Ed. Actualizada, p. 855.

⁸⁹ *Ibid*, p. 856.

⁹⁰ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 380.

El “*ius possessionis*” está constituido por los derechos derivados del hecho de la posesión: defensas posesorias y usucapión. El “*ius possidendi*” corresponde al poseedor legítimo, titular del derecho real y, por tanto, con aptitud para entablar acciones reales. (Highton, *Posesión*, p. 208)

En el primer caso, el vínculo será contractual, se trate de una relación directa o indirecta entre las partes.

El segundo corresponde a quien no tiene ni derecho real ni personal que sirva de base al corpus, obteniéndolo por vías de hecho. Éste será el intruso: quien hubo la cosa despojando la posesión o tenencia de un inmueble mediando violencia, clandestinidad o abuso de confianza.⁹¹ Adopta, pues, el concepto amplio de despojo.

Sostiene que la acción de desalojo resulta en estos casos innecesaria en tanto si se afirma la existencia de un derecho real puede acudirse a las acciones petitorias y si así no ocurriera se cuenta con la protección posesoria: concretamente, los casos de intrusión son- como lo define- los de despojo mediando vicios por lo que en todos los casos proceden las acciones policiales. De tal modo, el objetivo de recuperar el corpus del inmueble, puede lograrse además por otros procesos *“aún con mayor eficacia.”*

En sus términos, las acciones *“posesorias brindan la misma rapidez e igual o mayor seguridad que el desalojo; las reales otorgan menos celeridad pero una certeza incontrovertible al derecho que reconocen, virtud de la que no participa el proceso que criticamos.”*⁹²

Por esto también sostiene que su planteo es inconveniente puesto que aún asistiendo razón al actor en sustancia puede desestimarse su demanda, lo que depende en parte del temperamento procesal que adopte el demandado y en parte de la aplicación hermenéutica del derecho por el juez pues la acción de desalojo no es medio idóneo para discutir planteos relativos a las relaciones reales.⁹³

Postula finalmente que basta por el demandado la simple alegación (aunque con concomitante prueba) de una relación real en su cabeza para enervar la acción de desalojo e indica que, aún cuando solo se demuestre la existencia de tenencia, la invocación de esa relación real es suficiente para repeler el desalojo si la obligación de restituir no resulta de un contrato válido. Tomar postura en estos puntos requiere de un mayor análisis que excede el campo de este trabajo.⁹⁴ Ninguna duda nos cabe, por el

⁹¹ *Peralta Mariscal, Leopoldo L., Reivindicación y acciones posesorias vs. Desahucio: innecesariedad, inconveniencia e inconstitucionalidad del proceso de desalojo por intrusión, en “Jurisprudencia Argentina”, 1995-III-773 y 779.*

⁹² *Indica que si hubiera de considerarse lento un juicio ordinario como el de reivindicación debe pensarse que si hay sólidos elementos de juicio y motivos suficientes a favor del actor, el corpus puede obtenerse a poco de promoverse la demanda si se arriman a la litis los elementos que permitan al juez decretar una medida cautelar innovativa de lanzamiento del demandado con apoyo en el art. 232 del CPCCN.*

⁹³ *El autor incluye en su análisis a la tenencia como elemento para enervar el desalojo puesto que tiene protección posesoria (art. 2490 C. Civil) sin desconocer que en la mayor parte de los casos no se discutirá la relación fundada en tal carácter sino en el contrato que la causa y, en este caso, el mismo resultaría procedente.*

⁹⁴ *Remitimos a los argumentos vertidos por el autor para su análisis.*

contrario, de que la alegación y prueba “prima facie” de la existencia de posesión, generará el rechazo de la demanda.⁹⁵

La norma del art. 680 del CPCCN encuentra como obstáculo que los intrusos no pueden ser demandados sino por vía de los interdictos, las acciones posesorias o las acciones reales. Se indica así que “es posible de varias objeciones:

- a) *Regula equivocadamente la acción de desalojo para casos en los que ésta no es la vía adecuada.*
- b) *El actor corre el riesgo de que su demanda sea rechazada si el demandado acredita en forma verosímil su condición de poseedor.*
- c) *Es inconstitucional la regulación procesal que altera lo dispuesto por las leyes de fondo.⁹⁶*
- d) *La pretendida celeridad que la acción puede generar un dispendio de la actividad jurisdiccional.”⁹⁷*

El procedimiento previsto por el Código Nacional es el de juicio ordinario, aunque la jurisprudencia le haya acordado distintos trámites: sumarísimo⁹⁸ (art. 679) con sus particularidades, proceso ordinario y la doctrina que indicó que el juez podía fijar la clase de proceso aplicable.⁹⁹ Se advierte entonces que se le acuerda trámite análogo al de los interdictos y acciones posesorias.

Anota Falcón, no obstante, que el proceso de desalojo tiene sistemas más rápidos (urgentes, cautelares), para intrusión (art. 680 bis) y para el tratamiento de otras causales. Aunque en la práctica estas regulaciones especiales puedan llevar al litigante a optar por ellos por razones de celeridad y hayan sido incluidas en el sistema atendiendo a ese objetivo, una vez más destacamos cuán deseable sería una regulación integral que contemple que los procesos que correspondan se desarrollen haciendo efectiva la garantía del plazo razonable y sin riesgos interpretativos del tenor de los apuntados.¹⁰⁰ Señalamos que en el código jujeño, pese a la regulación del desalojo por intrusión, no se prevé ninguna tutela cautelar o anticipada análoga a la referida.

⁹⁵ Aún más, el autor propone que la acción de desalojo interpuesta invocando la calidad de intruso o, en su postura, de mero tenedor a título precario en cabeza del demandado, debe ser declarada improcedente in limine (C.Nac. Civ. Sala A, JA 1961-II-17)

⁹⁶ En igual sentido y en referencia al desalojo por intrusión regulado en los ámbitos provinciales ver Peralta Mariscal, Op. cit. p. 785.

⁹⁷ Iturbide, Cód. Procesal... pág. 121, quien en este punto cita también la obra de Peralta Mariscal que reseñamos en la que se indica que “Esta acción termina volviendo contra una de sus primordiales finalidades: la celeridad; pues en lugar de obtener tal ventaja se padece un grave retraso cuando ante el rechazo de la acción por imposibilidad de discutir en su seno los planteos suscitados, el actor debe encauzar nuevamente su reclamo por las vías idóneas para ello.” (Peralta Mariscal, Op. cit. p. 788)

⁹⁸ Ya hemos analizado el impacto de la ley 25.488 en el punto. Cfr. Arazi, Derecho Procesal..., p. 370 e Iturbide, “Las acciones posesorias...” párr. XVI.

⁹⁹ In extenso y con cita de jurisprudencia nacional ver Falcón, Op.cit., Tomo VI, p. 392 y ss.

¹⁰⁰ Como lo señalamos infra en Capítulo VI, sección 3. (p.37/38), un modo de hacerlo sería admitiendo expresamente la tutela anticipada en las acciones posesorias y policiales.

En palabras del Código Jujeño (artículos 388 y siguientes, concordante en su redacción con el art. 680 del CPCCN), el desalojo procede “*contra... el tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir sea exigible*”. De tal modo ya la propia norma prescribe que, esencialmente, existe en cabeza del hipotético demandado una obligación de restituir, elemento que caracteriza a la relación real de tenencia (art. 2465 del Código Civil), inexistente en la relación posesoria en la que, por definición, el sujeto no reconoce en otro ningún señorío jurídico superior (animus domini- art. 2351 del Código Civil).

El art. 391 de nuestro Código Procesal prescribe que “*Aún cuando el demandado invocase la calidad de propietario o de poseedor legítimo no se detendrá el trámite del juicio. La sentencia, sin prejuzgar sobre el dominio y la posesión, hará lugar o no al desalojo dejando expedita la vía para que las partes promuevan la demanda a que se crean con derecho*”.

Su correcta hermenéutica no es otra que la que, una vez más, con prístina claridad, expone el codificador en la nota en que indica que “*como que la demanda de desalojo es una acción personal desde que sólo persigue el reintegro de un inmueble por los que se encuentran obligados a devolverlo, no resulta admisible permitir que en el trámite del mismo se interpongan por el demandado verdaderas acciones reales como son las que versan sobre el dominio o la posesión. Ya que permitir esto último importaría tanto como desvirtuar los fines perseguidos por la acción a la que se restaría su carácter de expeditiva y sumaria para trocarla en una controversia sobre cuestiones ajenas a las que persigue el actor*”.¹⁰¹

Es al actor a quien incumbe probar que existe en cabeza del demandado una obligación exigible de restituir el inmueble. Si no logra hacerlo, la demanda habrá de rechazarse. Más aún, si el actor al deducirla describe en los hechos una situación que ha de subsumirse en los términos de la relación posesoria, la demanda deberá rechazarse in limine, evitando mayor dispendio jurisdiccional.¹⁰²

Por ello, criteriosamente, la jurisprudencia local ha entendido que la acción de desalojo no prospera cuando el demandado acredita “*prima facie*” que su relación con la cosa es posesoria.¹⁰³

¹⁰¹ Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy... Tomo II, p. 191.

¹⁰² Peralta Mariscal, *op. cit.*, p. 783. En igual sentido, y con cita del autor, confrontar el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 18/05/2011, Expte. N° 7412/10: Recurso de inconstitucionalidad...en”Desalojo: Abalos, Sofía c/ Saracho de Burgos, Isabel; Burgos, Manuel; Burgos, Delia Azucena; Rodríguez de Burgos, Cora Cristina; Burgos, Héctor Ramón” (LA 54, F° 988/994 N° 262), que en el que el voto minoritario indica que la demanda debió rechazarse precisamente por tal circunstancia.

¹⁰³ Confrontar la jurisprudencia reseñada por el Centro de Investigación del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Jujuy, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy anotado con jurisprudencia local, Tomo 4, p. 223/231, Salta, Ediciones Noroeste Argentino, 2009.

Y es que, en tales casos, cierto es que no existe obligación¹⁰⁴ alguna de restituir, cuya existencia- reiteramos- habrá de probar el actor como extremo de procedencia de la acción impetrada.

En cuanto al alcance de la cosa juzgada, Falcón adopta el criterio de Morello para aseverar que *“el hecho de que en el proceso de desalojo no se discuta la cuestión posesoria o petitoria no empece que lo resuelto como “materia o continente propio-la obligación de restituir- sea definitivo (...) lo que se resuelva sobre el carácter o no de locatario”¹⁰⁵ y, en su caso, sobre si tal locatario se halla obligado a devolver el inmueble, es irrevisable. En cambio la posesión (...) podrá ser planteada y examinada y esta vez de un modo exhaustivo, en un posterior proceso declarativo pleno (posesorio o reivindicatorio)”*. Le asigna entonces, y en los estrictos términos fijados, carácter de cosa juzgada sustancial. Por ello disiente con Palacio en que no puede considerarse al proceso un plenario abreviado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ En sentido técnico.

¹⁰⁵ Ampliamos la afirmación, que entendemos debe hacerse extensiva a todo tenedor legitimado.

¹⁰⁶ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 381.

CAPITULO VI

Medidas cautelares y tutelas anticipadas en el marco de estos procesos.¹⁰⁷

1. En los interdictos.¹⁰⁸

El Código jujeño no contiene, como el nacional, regulación específica que disponga cautelares y, en su caso, tutelas anticipadas en el marco de estos procesos. Estas medidas se dirigen, en general, a la restitución del inmueble y, dispuestas de modo temporario, importan en muchos casos un satisfactorio y definitivo adelantamiento de la pretensión cuyo acogimiento se procura en el decisorio final.

Tampoco advertimos que sea de práctica en nuestro foro local procurar la obtención de análogos resultados por vía de otras cautelares o de la medida cautelar genérica y menos aún planteando la concesión de una tutela anticipada.

Por ello, y señalando que nos referimos aquí sólo a las que se verifican en el marco de los procesos civiles ya que más adelante haremos referencia a la que se confiere en el proceso penal por intrusión, consideramos menester incluirlas por cuanto resultan en extremo relevantes a la hora de pensar en el diseño de un nuevo proceso protectorio.

Didácticamente usaremos el orden de gradaciones de los procesos previstos en el Código Nacional.

En primer término, en el marco del interdicto de retener, prevé el art. 613 del CPCCN que *“si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones a que se refiere el art. 37”*.

Su procedencia se verificará a pedido de parte y bajo apercibimiento de aplicación de sanciones conminatorias en caso de no ser acatada. A efectos de acreditar la verosimilitud de su derecho, Iturbide (citando a Fenochietto) sugiere acreditar

¹⁰⁷ El Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio del '98 prevé en su art. 2194: *“Medidas precautorias. El tribunal puede disponer todas las medidas de seguridad adecuadas, si la pretensión es verosímil y se otorga garantía suficiente. También puede disponer en la acción de despojo la restitución de la cosa y en la de mantener el cese de la turbación.”*No se observa norma análoga en el Proyecto 2012.

¹⁰⁸ Seguimos en el punto a los desarrollos que, en lo pertinente, produce Iturbide en el Código Procesal Civil y Comercial citado. Al añadir el análisis de otros autores se incorpora la cita respectiva.

mediante sumaria testimonial, actuación notarial, dictamen técnico u otro medio probatorio idóneo la perturbación alegada.

El interdicto cubre desde la amenaza de perturbación hasta la perturbación en sí y la cautelar cubre sólo la amenaza fundada pero no el hecho en el que la turbación ya tuvo efecto porque no innovar en la turbación significaría seguir manteniéndola. Sin embargo, no habría problema en aplicar la cautelar innovativa en su caso.¹⁰⁹

En el interdicto de recobrar, el art. 616 del cuerpo citado prevé que “*Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.*”

Esta norma admite entonces la entrega anticipada de la cosa (antes de que se dicte la sentencia definitiva), previo cumplimiento de los requisitos propios de las cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela. Esta última reviste particular importancia por la posibilidad de que la parte pueda sufrir perjuicios graves o no susceptibles de ulterior reparación. Por ello, es una facultad que debe ejercerse con suma prudencia y cabe diferir su pronunciamiento hasta tanto se conozcan los términos del escrito de contestación de demanda.

Para Falcón se trata de una variante de anticipación cautelar sometida a condiciones específicas que surgen del posesorio por lo que podrá modificarse en cualquier momento (revocando la medida y respondiéndose además por los daños y perjuicios que la misma hubiera irrogado), con el decisorio final y aún luego del petitorio que podrá modificar la decisión del posesorio.¹¹⁰

2. En el desalojo por intrusión.

El art. 616 tiene su paralelo en el art. 680 bis que prevé: “*En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el*

¹⁰⁹ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 110.

Kielmanovich señala que “*dado que la finalidad que se persigue con el interdicto es la de tutelar al poseedor actual o tenedor de una cosa contra la amenaza o perturbación mediante actos materiales, la medida de no innovar resulta adecuada como anticipo de la garantía jurisdiccional, ya que tiende a evitar que puedan tomarse ilusorios los derechos cuyo reconocimiento se persigue, garantizando incluso la integridad de la cosa litigiosa que de otro modo podría verse alterada.*” Parece entonces no distinguir los momentos como Falcón (Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, 2ª ed. Ampliada, Tomo II, p. 961, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2005).

¹¹⁰ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 134.

Arazi-Rojas la encuadran como cautelar innovativa, opinando en idéntico sentido respecto de la necesidad de usarla con mucha cautela y cuando se advierta claramente el perjuicio al que refiere la norma (Aut. cit. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2ª Ed. Actualizada, Tomo III, p. 157, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007).

juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar.” Se trata entonces de anticipo concreto de la jurisdicción.¹¹¹

Para su dictado es necesaria la prueba clara y contundente de la verosimilitud del derecho pero no el peligro en la demora que se encuentra ínsito en la pretensión instaurada. “Trabar la litis” supone aquí la notificación y no la contestación de la demanda, siempre que haya creado la carga de la contestación. De lo contrario, operará desde que haya nacido la misma.¹¹²

Falcón critica la solución en el punto por cuanto entiende que, por el carácter cautelar de la medida, no debería requerirse otro conocimiento que el que aporta y debe probar quien la pide, criterio que en el presente se suma al requerimiento de reconocimiento judicial previo (art. 680 ter CPCCN). La norma tiene su origen en el art. 676 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires que en su segundo párrafo dice *“El juez sólo ordenará la medida cuando de no decretarse la inmediata entrega del inmueble pudieren derivarse graves perjuicios para el accionante.”*

Destaca, finalmente, que un elemento configurativo importante es el consentimiento del propietario en la instalación del sujeto en la relación real. Si éste la ha consentido, a su criterio no se podrá calificar al tercero como intruso ya que este último es quien se introduce sin derecho o por la fuerza o vía de hecho, o quien se apodera de la cosa contra la voluntad del dueño. Diferimos de esta opinión por las razones que venimos exponiendo.¹¹³

Le atribuye el carácter de procedimiento preventivo, incluido dentro de los sistemas de anticipación de la tutela sustancial. Su especialidad reside en que, salvo que puede levantarse en cualquier tiempo por improcedente, siempre devendrá en daños y

¹¹¹ *Kielmanovich se opone a la designación de esta medida como cautela material, anticipatoria o tutela anticipada por cuanto entiende que reviste carácter cautelar sin que la coincidencia con la pretensión de fondo lo elimine. En tal sentido, destaca la esencial nota de provisionalidad de lo resuelto que podrá en su caso determinar en la sentencia de fondo la restitución de la cosa al demandado y no sólo la condena al actor del pago de daños y perjuicios que eventualmente pudieran demandarse y corresponder. En cuanto al momento en el que puede despacharse coincide con Falcón. Apunta también que coincide con la medida autorizada en el art. 616 para el interdicto de recobrar. (Kielmanovich, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., Tomo II, p. 1084).*

En contra, Arazi-Rojas lo consideran anticipo de la jurisdicción y extienden, a diferencia de otros autores, su aplicabilidad a los supuestos de inquilinos con contrato vencido. (Arazi-Rojas, Código Procesal..., Tomo III, p.366)

¹¹² *Falcón, Op. cit., Tomo VI, p. 436/437.*

¹¹³ *Hemos de recordar en el punto que la posesión viciosa por abuso de confianza se configura, conforme al art. 2458 del Código Civil, por la entrega inicial y voluntaria del dueño a la cosa pero en carácter de tenencia que luego, a través de actos materiales realizados con intención de poseer por quien la recibió y que logran el efecto de excluir al anterior poseedor, se transforman en posesión. Esta es la interversión del título. Conforme lo hemos señalado anteriormente, entendemos que en estos casos también se configura el despojo.*

perjuicios por la duración del proceso y ése es el fundamento de la posibilidad de su ejercicio y de la caución, que debe ser real.¹¹⁴

Concibiéndolo como tutela anticipada o coincidente y refiriendo al sistema vigente en Provincia de Buenos Aires en el art. 676 bis referido, Mabel de los Santos sostiene que aquí el recaudo de procedencia es distinto de las medidas cautelares puesto que el “peligro en la demora” se sustituye por el agravio irreparable propio de las tutelas de urgencia no cautelares, “*lo que no depende de la duración del proceso sino de la naturaleza y características objetivas de la situación antijurídica que se desea remover.*” Es que, de ese modo, se asegura la garantía de la tutela efectiva de los derechos evitando situaciones generadoras de daño irreparable derivado del proceso judicial, siendo a su vez un modo de neutralización del abuso de la defensa.¹¹⁵

El recaudo de que la denegatoria del lanzamiento pedido pudiere causar grave perjuicio al accionante, previsto en el Código de Buenos Aires pero no en el nacional como requisito de procedencia, se justifica en el hecho de que sólo la existencia de un grave perjuicio justifica anticipar lo que debiera ser objeto de decisión en la sentencia pues la evitación de ese daño funda la tutela anticipada. Sosteniendo lo expuesto, Mabel de los Santos entiende mejor regulado el supuesto en el CPCBA que en el nacional y sostiene que, aún cuando no escrito, la lógica más elemental exige que el juez verifique la concurrencia del recaudo.¹¹⁶

3. La extensión del uso de la tutela anticipada para los procesos posesorios.

Para la conclusión de este desarrollo consideramos fundamental incluir la posibilidad analizada por Vargas de extender el sistema de la tutela anticipada tanto al sistema interdictal cuanto al de las acciones posesorias.¹¹⁷

Para ello, y con análisis puntual de cada uno de los recaudos de procedencia, detalla que las mismas permiten al juez adoptar una decisión “anticipada” (definitiva o provisional) sobre el mérito de la litis, tratándose de casos “evidentes” en cuanto al

¹¹⁴ Falcón, *Op.cit.*, Tomo VI, p. 439/440.

¹¹⁵ De los Santos, Mabel, *Juicio de desalojo y desocupación inmediata en la reforma procesal civil de la Provincia de Buenos Aires*, p. 1091, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Octubre 2011, ISSN 1852-0693.

¹¹⁶ *Ibid*, *Op. cit.*

¹¹⁷ Vargas, Abraham Luis, *Tutela anticipada. Perfiles actuales* en “*Cuestiones Procesales Modernas*”, Suplemento Especial La Ley Octubre 2005, p. 174.

grado de convicción emergente de los hechos constitutivos y, fundamentalmente, de la prueba arrojada.

Los requisitos a los que refiere son: urgencia (en sentido amplio, la que considera debe tenerse por sobreentendida en todo pedido de anticipación de tutela), fuerte probabilidad, certeza suficiente o convicción suficiente, periculum in damni o perjuicio irreparable o daño irreparable, traba de la litis (o que no se haya contestado la demanda), requerimiento de parte, contracautela y reversibilidad.¹¹⁸

Creemos que la regulación integral del sistema protectorio debiera contener de modo expreso no sólo la regulación de la tutela cautelar sino también la de la tutela anticipatoria, haciendo efectiva la garantía de la tutela judicial efectiva.¹¹⁹

¹¹⁸ El detallado análisis de esos recaudos puede consultarse en el artículo citado.

¹¹⁹ "A poco que se piense que se hace mella no sólo de un interés privado (el del actor) sino, fundamentalmente de un "interés público" (el de la Administración de Justicia) que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuales debe servir, surge como respuesta inevitable la del "aborto liminar de la secuela procedimental", a partir de lo que se llama por la doctrina el fenómeno de la "Tutela Anticipada" que, entre otros mecanismos se nutre de las "sentencias anticipadas". "Al respecto, las objeciones constitucionales son salvadas por la elocuencia de Morello quien opina que "Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después ... Si el demandado viene "chicaneando" y levanta -sin razón un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a la que el actor tiene derecho, según lo que ya está demostrado en los autos, ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? Ninguna". "Es que las resoluciones anticipadas de mérito "provisionales" satisfacen en modo equivalente a la de mérito lo que el accionante reclama "aunque el proceso prosiga y la sentencia definitiva modifique la anticipada." (Vargas, Tutela anticipada....)

CAPITULO VII

Prejudicialidad penal en las acciones posesorias.¹²⁰

Resulta útil reseñar con Iturbide que suele suceder que el despojado, en forma conjunta con la deducción del interdicto (o, agregamos, la acción policial de que se trate), inicie acción penal por usurpación, pretendiendo también la restitución de la cosa por esa vía.

Jurisprudencialmente, “*se resolvió que la sentencia dictada en juicio criminal que, con motivo de la absolución de los querellados por usurpación, ordena restituirles la tenencia del inmueble, debe prevalecer sobre el pronunciamiento de la justicia civil que, en el interdicto de recobrar la posesión, dispuso que ésta fuera entregada al querellante si, en el caso, la justicia penal absolvió, por aplicación del art. 13 del respectivo Código Procesal, sobre la base de que no se había acreditado el hecho de que la querellante tuviese la efectiva posesión del inmueble, por lo que no pudo mediar despojo. En tales condiciones la sentencia dictada en sede civil, que declaró probado lo contrario, importó inobservancia del art. 1101 del Cód. Civil, pues en ambos juicios se trataba de dilucidar la existencia de un mismo hecho (CSJN, 1960, Fallos 248:274).*”

“*También se ha decidido que no debe suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta la resolución de la causa penal, pues, de hacerse lugar a aquél, quedaría siempre a los demandados la posibilidad de discutir en el petitório posterior su derecho, de modo que, no teniendo el pronunciamiento carácter de cosa juzgada en el sentido material, no puede suscitarse el escándalo jurídico que trata de evitar el art. 1101 del Código Civil (CNCiv., Sala B, 19/08/94, LL, 1994-E-282).*”¹²¹ En igual sentido, cita jurisprudencia que indica que “*Tratándose de la acción de despojo es inaplicable la norma contenida en el art. 1101 del Cód. Civil, toda vez que la resolución dictada en la mencionada acción sólo hace cosa juzgada formal y no material, quedándole a la parte demandada el juicio posterior sobre las acciones posesorias o reales tornando, por ende, imposible el dictado de sentencias contradictorias (Cám. Apel. Civ. Com. Lab. Fam. Crim. y Corr. Laboulaye, 3/12/02, LLC, 2003 (septiembre) 988)*”.¹²²

La disparidad de las decisiones señaladas nos lleva a considerar las reflexiones de Peyrano: “*la doctrina más autorizada se niega a decir que el litigio civil pueda generar verdades meramente “formales” o “procesales” distintas de las verdades “histórica”, “objetiva” o “material”, por reputarla una falsa distinción propia de la doctrina alemana decimonónica. Se diga lo que se quiera, la susodicha distinción obedeció al hecho de que años ha se pensaba que el proceso civil era incapaz de desentrañar la verdad, a diferencia del proceso penal. Durante mucho tiempo se reservó al proceso penal la calidad de idóneo para develar la verdad “histórica” y se le asignó al proceso civil el rol de una suerte de Cenicienta que casi siempre debía*

¹²⁰ Cfr. Peyrano, Jorge W., *Límites de la prejudicialidad penal* en “*Jurisprudencia Santafesina*”, Revista N° 89, p. 167.

¹²¹ Iturbide, *Cód. Proc. Civil y Comercial cit.*, Tomo 12, p. 81.

¹²² En igual sentido Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. Corrientes, 30/04/97, LLLitoral, 900.

conformarse con la mezquindad de una verdad “formal” o “procesal”. Lo relatado explica, asimismo, el funcionamiento de las cuestiones prejudiciales penales, en las cuales, palmariamente, se está expresando que es más confiable el proceso penal que el civil a la hora de demostrar cuál es la plataforma fáctica del caso. Afortunadamente, las cosas han cambiado y ya no impera, irrestrictamente, dicha fatalidad.”¹²³

En punto a la prejudicialidad y el desalojo por intrusión, el Superior Tribunal se pronunció en “Tolaba Mamani c/ Salas” (LA 54 F° 1352/1355 N° 379), en circunstancias en que los demandados invocaron la acción penal por usurpación deducida en su contra sosteniendo que había hecho cosa juzgada respecto de su carácter de poseedores por lo que había de enervar el desalojo tentado a su respecto. Se aclaró allí que, además de que los mismos no sometieron (pese al conocimiento de su existencia) de modo tempestivo la consideración de la cuestión al juez civil, la causa penal, concluida con el sobreseimiento por prescripción, en modo alguno juzgaba sobre la calidad de poseedores de los demandados, acotando también la relación entre ambos procesos conforme al contenido de la sentencia.

Por ello consideramos que, habida cuenta de las reales dificultades que presentan este tipo de acciones en las que las pruebas refieren íntegramente a relaciones fácticas y en las que la determinación final de la plataforma del caso resulta a menudo de compleja reconstrucción para el juez, habrá de ser muy estricta la apreciación del valor que el proceso penal pueda tener en ella puesto que, por ejemplo, la posibilidad de contradicción que suministra el proceso civil, puede ser en muchos casos más eficaz a ese efecto y, con ello, para la solución justa del caso.

De todos modos, habida cuenta de la encontrada jurisprudencia existente en el punto, fruto también del debate respecto de los efectos de la cosa juzgada en uno y otro tipo de acción, además de considerar si deben estos casos incluirse en los de su aplicación imperativa, debiera ser también objeto de detenido estudio al momento de repensar la regulación de la cuestión en el Código Civil.¹²⁴

¹²³ Peyrano, Jorge W., *El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil* en www.elateneo.org/Doctrina-J-W-Peyrano.php.

¹²⁴ Tanto Peyrano en el artículo precitado (nota 120) como Andrés F. Varizat refieren a la excesiva demora en la tramitación de la causa penal como excepción de la prejudicialidad del art. 1101 del CC. Aunque este último particulariza su análisis en los procesos de daños, rescatamos sus argumentos en orden a su consideración para una futura reforma del art. 1101 del Código Civil. La causal adquiere particular relevancia en los casos que ahora tratamos en los que desde siempre se ha procurado la rápida respuesta. (La excesiva demora en la tramitación de la causa penal como excepción de la prejudicialidad del art. 1101 del Código Civil. Su recepción en los procesos de daños en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 0003/70044528-1 y LNC. 2008-5-51). El Proyecto de Unificación 2012 contempla expresamente en su art. 1775 inc. b) la excepción a la prejudicialidad “si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”.

CAPITULO VIII

Restitución del inmueble en el marco del proceso penal por usurpación. Su constitucionalidad.

1. El bien jurídico protegido y el art. 181 del Código Penal.

Hasta aquí hemos pretendido delimitar el ámbito de la protección de las relaciones reales en la legislación civil fonal, su correlato en la legislación procesal, encargada fundamental de hacerla efectiva mas queda aún una cuestión a abordar: su compatibilización con la restitución producida en el marco del proceso penal por el delito de usurpación.

El tipo delictivo ha sido diseñado en el art. 181 del Código Penal que reza que “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º- El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.

2º- El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo.

3º- El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”

A simple vista advertimos la utilización de muchos de los conceptos técnicos cuyo alcance precisamos en los capítulos anteriores y nos permiten producir una lectura comprensiva de lo que se describen como hechos típicos en este delito.

En este tipo penal, lo protegido también es el ejercicio de facultades que corresponden a quien tiene la cosa bajo la esfera de su custodia y no a quien tiene derecho a ocuparlo.¹²⁵ Por ello, aún cuando se enuncie a la titularidad de los derechos reales, claro es que lo tutelado en el caso no es el derecho sino el ejercicio efectivo de estas relaciones de hecho definidas en el Código Civil.¹²⁶

¹²⁵ Froment, Carlos D. Cassani, Belén, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dirección: Baigún, David- Zaffaroni, Raúl Eugenio, Coordinación: Terragni, Marco A., Tomo 7, p. 733, Ed. Hammurabi, 2009.

¹²⁶ En el concepto de posesión se incluye- por advertir que en los textos penales es material de tratamiento- a la cuasiposesión que, en sencillos términos, no se diferencia de la anterior en sus consecuencias jurídicas y es una terminología casi inutilizada en el ámbito civil. La cuasiposesión es la posesión que constituye el ejercicio de los derechos reales distintos a los que recaen sobre cosa propia, esto es, a los derechos de disfrute o que recaen sobre cosa ajena (recordar la enumeración del art. 2503 del Código Civil). El tipo tampoco la enuncia y habla sólo de posesión pero hacemos la distinción sobre la base de la lectura de la doctrina penal consultada.

La tenencia protegida, a su vez, es la que confiere el uso y goce de la cosa, que caracterizáramos como tenencia interesada.¹²⁷ No abarca entonces ni a los tenedores desinteresados ni a los servidores de la posesión.

Tampoco se exige legitimidad en el título de la relación real sino que se protege la existencia “*de un poder de hecho y consolidado sobre la cosa*”.¹²⁸

Debe destacarse que las reglas de adquisición, conservación y pérdida de la posesión se rigen, para su juzgamiento, por las normas del Código Civil (art. 2373 y ss.).

Se advierte entonces que, en el Derecho Penal, el bien jurídicamente protegido no difiere del Civil. No ha de interpretarse que se protege a quien tiene titularidad del derecho real frente a quien no la tiene: por el contrario, siguen protegiéndose las relaciones reales.¹²⁹

2. El proceso penal por usurpación en los Códigos Procesales Penales.

Hemos referido ya a la regulación del desalojo por intrusión contemplada en el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹³⁰ Recordamos esta previsión al advertir que la doctrina penal lo introduce en el análisis dogmático del proceso seguido ante la comisión de este delito y que también la doctrina civil propicia su tratamiento conjunto.¹³¹

Por su parte, el art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación¹³² dispone: “*Reintegro de inmuebles: En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario.*” Se advierte

¹²⁷ Froment/Cassani. *Op. cit.*, p. 738/739, quienes apuntan discrepancias en punto a si resulta protegido quien ejerce el derecho de retención.

¹²⁸ Froment-Cassani, con cita de Creus, Carlos, *Op. cit.*, p. 740.

¹²⁹ En igual sentido Iturbide, *Código Procesal...*, Tomo 12, p. 151/154.

¹³⁰ En defensa de esta norma apuntan Froment y Cassani (*Op. cit.* pág. 762) que “Partiendo de la base de la proliferación de ataques a la propiedad producidos por la situación de emergencia relativa a la falta de vivienda de gran parte de la población, la incorporación legislativa ha significado una innovación eficaz. En efecto, a través de ella pueden retrotraerse las cosas a su estado originario, devolviendo rápidamente a su titular el inmueble usurpado, lo que significa un avance, puesto que ya no resulta necesario esperar el resultado de la investigación final para reclamar dicho acto.”

¹³¹ Iturbide, *Cód. Proc. Civ. y Com...*, Tomo 12, p. 153 y Areán, Beatriz en la misma obra, Tomo 13, p. 90/91, 2010.

¹³² Reseña jurisprudencial producida en el mismo capítulo por Claudia E. Velcirov, *Código Penal y normas complementarias...*, Tomo 7, p. 796/797.

también aquí una medida análoga a la anterior, solución prevista también en el art. 205 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy.

Este último prevé en su art. 416, relativo a la condena, que la sentencia dispondrá *“también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito”...* *“Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción civil no hubiere sido intentada.”*¹³³

En tal dirección, el art. 522, que regula la “Ejecución Civil”, dispone que *“La condena por restitución (...) se hará efectiva ante el tribunal encargado de la ejecución, por la parte civil o por el Ministerio Público en su caso, según las reglas establecidas por las leyes de procedimiento civil para la ejecución de la sentencia.”*

De tal modo, hoy puede observarse la restitución de inmuebles en sede penal aún cuando no haya ejercicio de la acción civil.

Este Código Procesal Penal ha sido reemplazado por el que fuera aprobado por la ley 5623 que, en lo que aquí interesa, mantiene la posibilidad de restituir el inmueble por parte del tribunal disponiendo, a modo de novedad, que las sentencias *“cuando no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por simple orden del órgano judicial que las dictó, se ejecutarán (...) ante los jueces civiles que correspondan”*. Inferimos entonces que la sentencia, en la hipótesis subsidiaria, será dictada por el juez penal pero ejecutada por el juez civil (art. 538).

Apuntamos que se reconoce acción civil para la restitución de la cosa obtenida por el delito en el art. 42, y facultades expresas a ese actor civil para pedirla (art. 132). Por su parte, el art. 159 declara el derecho de la víctima *“A requerir el inmediato reintegro de los objetos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda según las disposiciones de este Código”* (inc. 7).

En palabras de la nota al artículo *“Este capítulo resulta imprescindible a los fines de adecuar las disposiciones de nuestro Código Procesal Penal proyectado a los principios consagrados en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985”*.

¹³³ Texto de aplicación residual a los casos en tratamiento frente a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, cuyo trámite compete a los Juzgados de Instrucción de Causas Ley 3584. De ellos, el que tiene sede en la ciudad capital, San Salvador de Jujuy, informó que, a partir del 1º de septiembre de 2011, al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, recibió por Mesa de Entradas casi 128.000 expedientes, y mencionó la existencia de 600.000 expedientes en el Archivo de la Policía de la Provincia con lo que el número de causas en las que sigue vigente resulta relevante para su consideración. Noticia del 26/09/11 publicada en la página web del Poder Judicial de la Provincia.

Respecto de la vigencia del nuevo Código pueden consultarse las Acordadas N° 126/11 y 130/11 en la página web del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy.

3. La opción de las vías civil y penal para la restitución del inmueble usurpado. El art. 29 del Código Penal.

Muchos sujetos que sufren lesiones en el ejercicio de su posesión o tenencia evitan el ejercicio de las acciones civiles para producir la denuncia penal que, tratándose de un delito de acción pública, pondrá en cabeza del Estado el ejercicio de la acción y si, como consecuencia de ello, finalmente obtienen la restitución del poder de hecho sobre la cosa, habrán conseguido el objetivo sin necesidad de dar cumplimiento a los recaudos civiles analizados.

Fuster y Ventura¹³⁴ en el tratamiento de normas análogas por sus efectos a las citadas en el apartado anterior pero en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba apuntan que, bajo la esencia de un modelo acusatorio como el que ahora se implanta en la provincia de Jujuy, se pone en cabeza del fiscal el deber de impedir que el delito cometido “produzca consecuencias ulteriores” (art. 350), de modo que debe, “hacer cesar” sus efectos.

Perdida la posesión por cualquiera de los modos que el Código Civil establece y cuando esa pérdida obedece a la acción de un tercero que se ejerce en contra de la voluntad del anterior poseedor (art. 2382 del Código Civil), conforme la doctrina actualmente mayoritaria este nuevo poseedor comienza a gozar de la protección civil que brindan las acciones policiales aún frente al antiguo poseedor que, en el sistema, debiera acudir a la justicia para la restitución de la cosa (art. 2468 del mismo Código), haciendo ejercicio de las acciones posesorias propiamente dichas que debieran permitirle desplazarlo fácilmente por el carácter vicioso que- a su respecto- reviste el contrario.

Pero esa restitución, que es la que prevén las acciones policiales y en su caso, los interdictos, al menos se superpone con la que prevé el art. 29 del Código Penal y las normas que enunciaremos de los Códigos Procesales Penales en los que no necesariamente existirá sustanciación que permita a las partes controvertir los extremos de una situación que es esencialmente de hecho.

¹³⁴ Fuster, Ventura, *De la usurpación y la protección jurídica...*

En efecto, el art. 29 del Código Penal dispone que: *“La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias...”*.¹³⁵

De tal modo, coexisten dos sistemas protectorios, civil y penal, que prevén la restitución de la cosa como consecuencia del proceso pero que pueden tramitar paralelamente llegando aún a conclusiones disímiles. De allí también que resolver la cuestión de la prejudicialidad del proceso penal no resulte una cuestión menor.

Cuando por esa vía opera la restitución definitiva de la cosa, se manifiesta un conflicto de sistemas ya que el penal no fija los recaudos del civil ni brinda, fundamental y necesariamente, posibilidad de defensa y prueba al contrario para su procedencia.

Debieran armonizarse también los recaudos de las cautelares.

Veamos: la protección civil de las relaciones reales está receptada en el derecho de fondo, con los canales procesales expuestos. La legislación penal toma a su vez la punición del delito en el que se compromete la acción estatal pero que, en una más moderna visión, contempla también a la víctima y, por ello, se dirige a su reparación. Los derechos penal y procesal penal de hoy avanzan, en este sentido, de un modo que nos llena de optimismo.

Sin embargo, tal como lo exponen Fuster y Ventura, verificada la causal de pérdida de la posesión que contempla la norma sustancial y, por lo tanto, a fin de recuperar la cosa, no podría eludirse la vía legal pertinente contemplada en el derecho de fondo y, a ese efecto, remiten al concepto de usurpación que, en el art. 2456, enuncia al supuesto dentro del Código Civil fijando que el plazo por el cual la cosa puede recuperarse es de un año.

¹³⁵ Refiere Terragni que se discutió la posibilidad de que el Código Penal incluyera una regla como ésta, que implica la posibilidad de que el juez penal se expida sobre cuestión civil, sosteniendo que *“para implantar una institución, darle vida y uniformidad, no hay más remedio que decir cómo se pondrá en funcionamiento en todo el país, sin perjuicio de las disposiciones procesales que deben establecer las provincias (y la misma Nación en el ámbito de su jurisdicción, como legislatura local). La Comisión del Senado en su Exposición de Motivos no juzgó admisible la objeción.”* *“Otro aspecto constitucional puesto en discusión es el referido a la defensa en juicio, pues si la reparación del daño se impone de oficio en la sentencia- y no ha sido materia de discusión en el proceso- queda afectado el derecho constitucional del imputado a discutir su procedencia y cuantía”* (agregamos nosotros, en este caso, la restitución de la cosa). *“Dejando de lado las distintas soluciones que se han propuesto, la cuestión presenta hoy un aspecto exclusivamente teórico pues los Códigos de Procedimiento reglan la intervención del actor civil y resulta improbable que un juez de nuestros días decida en la sentencia aplicar literalmente el art. 29 y condenar a la reparación de perjuicios (decimos nosotros, a la restitución de la cosa) sin pedido de parte y- por ende- sin debate previo. Si lo hiciese habría agravio del principio constitucional de la defensa en juicio.”* (Terragni, Marco A., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dirección: Baigún, David- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Coordinación: Terragni, Marco A., Tomo 1, p. 452, Parte General, Ed. Hammurabi, 1997.)

Por ello, con citas de Lafaille y Salvat¹³⁶, entienden que aquellas hipótesis en las que, vencido este plazo y por vía penal (habiendo precluido la oportunidad del ejercicio de las acciones civiles) se ordenara la restitución de la cosa, ello configuraría un “despojo judicial” con la “consecuente responsabilidad funcional de quien la ordena”. Ese despojo judicial se describe como el que se verifica cuando la resolución judicial se dicta sin audiencia del verdadero poseedor o por una autoridad que careciera de atribuciones para ordenarlo y éste es desposeído. Así, es un acto de fuerza en el que la intervención de la autoridad basta para configurar el despojo porque los particulares no pueden resistir sus órdenes. Añade Fuster que “pretender el restablecimiento de la situación de hecho en el marco de una acción penal por usurpación triunfante, entablada luego de prescripta la acción civil posesoria deviene en un verdadero supuesto de fraude a la ley.”¹³⁷

Resulta confusa para el litigante- una vez más- la opción: se ejerce la acción civil, comprometiendo tiempo, actividad probatoria a cargo de la parte, sometimiento a posturas doctrinarias y jurisprudenciales confusas a la luz de lo expuesto, límites temporarios para el ejercicio de las acciones más restringidos y, finalmente, costas, o se deja todo en manos de la investigación estatal y oficiosa del proceso penal esperando la restitución por este medio?

El problema excede este trabajo, que pretende dejar planteado también este interrogante.

¹³⁶ Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tomo III. Tratado de los Derechos Reales. Vol. I*, p. 341, parágrafo 424, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores SRL, 1943 y Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales, Tomo I*, en nota al pie de p. 404, p. 310, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1927.

¹³⁷ Cfr. la ponencia de Fuster, *La usurpación en el Código Civil*, presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 2011, www.derehocivil2011.com.

CAPITULO IX

Razones que subyacen al diseño de la protección de las relaciones reales: volviendo a los Fundamentos de la Protección Posesoría.

1. La construcción de las normas y los fines de la protección.

Peyrano nos recuerda con acierto que hay figuras que se encuentran “a caballo del Derecho Civil y del Derecho Procesal, ubicándose así en ese territorio que califica Roberto Goldschmidt como Derecho Justicial Material Civil. Recordemos: para el autor citado sólo pertenecen al Derecho Procesal las disposiciones que indican al juez “cómo debe proceder”, pero no las que establecen “cómo debe decidir” resultando indiferente la colocación de las disposiciones en el Código Civil (o Comercial), o en un Código de Procedimientos. Anota Goldschmidt: ‘El criterio decisivo tanto para la justicia penal, como para la justicia civil, está constituido, más bien, según la fórmula de Kipp, por el hecho de que el derecho procesal determina cómo se debe llegar al fallo, mientras que el derecho justicial material determina su contenido’. La cosa juzgada y los efectos de la sentencia, las normas sobre prueba incluso las relacionadas con los indicios y presunciones, las defensas de prescripción liberatoria pertenecen, por ejemplo, al derecho justicial material no obstante ser instituciones reguladas, total o parcialmente, por los Códigos Procesales Civiles.”¹³⁸ Los casos de nuestro estudio abarcan claramente esta conjunción de cuestiones. De allí el desarrollo procurado respecto de cada uno de sus aspectos.

Al realizarlo, comprobamos que el diseño de la protección de las relaciones reales se sustenta en decisiones de política legislativa que les atribuyen consecuencias jurídicas enmarcándose en concepciones ideológicas, modelos sociales, necesidades de períodos históricos y culturas determinadas así como de los avances del propio derecho en cada tiempo. La regulación así construida ha ido generando la conflictividad normativa expuesta.

Si a lo largo de los siglos ha sido necesario encontrar y exponer “fundamentos de la protección posesoria”, ello pone de manifiesto que su concepción no es única ni su determinación pacífica.

Entendemos sin embargo, que ese esfuerzo en la justificación excede ampliamente el campo teórico y resulta necesario a la hora de pensar un diseño normativo concreto.

¹³⁸ Peyrano, Jorge W., *Esquema de la excepción de incumplimiento contractual* en “Jurisprudencia Argentina”, 2008-I-1078-SJA 12/03/2008 y “Abeledo Perrot on line”, Lexis N° 0003/013729.

No estamos pensando que deban abandonarse las modernas tendencias que, propugnando justas soluciones, se dirigen a la construcción de institutos “ad hoc” pero sí que hay campos que, en la descripción de los supuestos de hecho, presentan una casuística que es factible determinar y simplificar, diseñando un sistema protectorio accesible que no ponga al litigante y, fundamentalmente, al titular del derecho, en el riesgo de que, teniendo razón, no la obtenga por la inadecuación de la vía elegida.

En este caso, es presupuesto esencial determinar los objetivos perseguidos con la protección de modo, una vez más, que el Derecho brinde respuesta adecuada a la necesidad del hombre concreto.

2. Los grandes paradigmas¹³⁹ y el reconocimiento de la función social de la posesión en la usucapión.

El pensamiento predominante en nuestra legislación civil¹⁴⁰ puede sintetizarse en el paradigma del decimonónico “Código de las Propiedades” (Código de Napoleón) que fue tomado por el Código de Vélez.

Su concepción, netamente liberal y protectora de la propiedad, respondió al resguardo de la garantía consagrada desde la propia Constitución Nacional que, desde 1853 y hasta hoy, la declara “inviolable”, sin atribuir idéntica connotación a otros derechos de igual o mayor valía.¹⁴¹

En correspondencia temporal, los diseños procesales nacidos bajo los liberales postulados de la Revolución Francesa, se dirigen a una tutela eminentemente resarcitoria y protectora del deudor a la que aún tributamos honores pese a los ingentes esfuerzos por responder a los nuevos paradigmas protectorios hechos desde la doctrina y jurisprudencia y con los avances efectivamente legislados en su dirección.

Estos modelos, sin embargo, adoptaron la protección posesoria que, sin necesario sustento en la titularidad de un derecho real, existe desde hace siglos, reconociendo en ella las consecuencias jurídicas que le son tradicionalmente atribuidas: protección por acciones propias y posibilidad de usucapir.

¹³⁹ Sobre el concepto de “paradigma” ver Peyrano, Jorge W., *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, en “La Ley” 2009-E-785

¹⁴⁰ Sin desconocer en modo alguno la trascendencia en estos aspectos de la ley 17.711.

¹⁴¹ Luna, Daniel G., *El derecho de dominio en el ordenamiento jurídico argentino en los umbrales del siglo XXI en “Abeledo Perrot on line”*, Lexis N° 003/014099.

Vale poner de resalto esta circunstancia porque, aún en los códigos concebidos bajo el influjo liberal, la importancia que se reconoce a esta relación de hecho hizo que estas acciones pudieran ejercerse hasta en contra del titular del dominio.¹⁴²

En esa línea de sentido, es dable advertir que la usucapión es un modo de adquirir el dominio por el transcurso del tiempo regulado legalmente.¹⁴³

Con él se premia al poseedor diligente para permitir la circulación de la riqueza y, dando al titular real la posibilidad de amplia y sostenida defensa de su derecho a lo largo del tiempo, se admite también que la pérdida cuando no lo ejerce. Claramente está reconociéndose una función altamente relevante a la posesión y dirigida a hacer efectivo su fin más social.¹⁴⁴

Por ello, al pensar en la protección de las relaciones reales, el objetivo puede dirigirse sólo a la interdicción civil de la violencia pero también puede mirar un poco más allá protegiendo a quien, en el marco del mismo sistema legal, se encuentra en el ejercicio de una relación que, consolidada en el tiempo, va realizando los extremos requeridos por la norma a ese efecto.

Nos enrolamos en las escuelas de los maestros que propugnan diseños procesales y fundales que sean compatibles con la mejor tutela de los derechos, con la tutela eficiente y eficaz.¹⁴⁵ Para ello consideramos importante esforzarnos en identificar cuáles son los derechos o hechos protegidos y simplificar las vías para hacerlo.

¹⁴² Recordar el texto expreso del art. 2490 del Código Civil.

¹⁴³ Art. 2524 inc. 7º del Código Civil

¹⁴⁴ Cfr. en el punto el análisis de Cossari, Nelson G.A., *Remedios posesorios: la usucapión y la manera de juzgar la existencia de la posesión*, en diario "La Ley" del 7/06/11, p. 1/4.

¹⁴⁵ *Compartimos plenamente el pensamiento de Jorge W. Peyrano quien afirma que "resulta ser que cada vez más asiduamente se piensa al proceso civil como una empresa común, principalmente a cargo de las partes, orientada a asignarle eficacia y eficiencia al Servicio de Justicia. Corresponde, pues, establecer cuándo un juicio civil será eficaz y eficiente. La "eficacia del proceso" se verifica cuando los mecanismos procesales existentes de origen legal, funcionan en la práctica aproximadamente igual a la manera como fueron concebidos. Vale decir que no debe haber una brecha demasiado amplia entre lo que dice la ley procesal (v.gr. que la sentencia se debe dictar transcurrido cierto lapso) y su realización en lo cotidiano. La eficiencia procesal es algo distinto y más amplio. Para una cabal comprensión de dicho paradigma, es preciso tener en cuenta la significación asignada a la palabra "efectivo" por el Diccionario de la Real Academia Española. Éste le reconoce valor opuesto a lo que es "quimérico" o "dudoso". Ahora bien: ¿cuándo estaremos ante un proceso "elogiable"? Pues cuando no sólo se le otorga la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) y más o menos dentro del lapso programado por el legislador (proceso eficaz), sino cuando por añadidura el pronunciamiento de mérito viene a satisfacer realmente al requerimiento del justiciable consistente en que se le restituya o compense sus derechos violados o "desconocidos" (la sentencia no es "lítica" porque se traduce en una efectiva ejecución); o, llegado el caso, le brinden tutelas diferenciadas (tutela anticipada, por ejemplo) que de no concederse, se provocaría la infructuosidad, en términos reales, del proceso respectivo." (Peyrano, Jorge W., *El Proceso Civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso* en www.elateneo.org/Doctrina-J-W--Peyrano.php).*

Creemos absolutamente relevante la consideración de que la protección de las relaciones reales se dirige a la del Estado de Derecho, aplicable en todos los casos. En esos términos es posible exponer que el motivo que subyace en la protección interdictal o policial es evitar la violencia privada, lo que justifica impedir que lo discutido por interdicto o acción policial pueda reeditarse por otro proceso posesorio. Para satisfacer ese fin es suficiente un único tipo de acciones.

No obstante, tradicionalmente se han señalado en los textos clásicos otras razones que apuntan al análisis de lo que la posesión, como especie de relación real, representa en su función, en la expresión de la voluntad humana, en el inicio de una propiedad, en la protección del sujeto frente a quien no tiene motivos jurídicos preponderantes para oponer a ella, etc.¹⁴⁶

Axiológicamente, entendemos que la provisoriedad de la primera escala protectora actual (acciones policiales e interdictos) se corresponde también con el encomiable pero específico objeto que se persigue y que conferir protección mayor a la relación que revela alguna estabilidad y, por tanto, potencialidad para revestir otra función (acciones posesorias propiamente dichas), se dirige a un distinto orden en la selección de los motivos de política legislativa.^{147 148}

¹⁴⁶ Musto, *Op.cit.*, Tomo I, p. 372/385.

¹⁴⁷ En tal sentido Nuta y otros, *La anualidad como requisito absoluto...*

148 A modo de ejemplo de la relevancia de esta problemática vale destacar que, durante 2011, el rector de la Universidad Católica Argentina, sacerdote Víctor Manuel Fernández, reeditó, en ocasión del debate por la ley de extranjerización, las consideraciones formuladas por la Iglesia en el documento emitido por la Conferencia Episcopal Argentina *“Una Tierra para Todos”* (editado por la propia Oficina del Libro de la Conferencia y emitido en 2005, p. 68 y 69). (Cfr. noticia del 7/10/11 en www.lacapitalmdp.com/noticias/El-Pais/2011/10/08/197289.htm). Ese documento, formula en capítulo específico “Propuestas-Hacia una Tierra para Todos-Hacia el Estado y la Sociedad” las siguientes, que ponen de manifiesto la trascendencia de la cuestión que tratamos y que se traducen en la necesidad de:

- “Establecer una política de largo alcance que contemple integralmente la cuestión de la tierra y los recursos naturales.”
- “Generar políticas fiscales que favorezcan el uso racional y eficiente de la tierra, de manera adecuada y equitativa.”
- “Garantizar el acceso y la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra, por el estudio de disposiciones innovadoras y de figuras jurídicas nuevas allí donde no se adapte la legislación vigente (propiedad comunitaria u otras)”
- “Desarrollar sistemas catastrales apropiados que simplifiquen los procedimientos de registro de tierras, a fin de facilitar la regularización dominial y las transacciones.”
- “Revisar las leyes de usucapión y otras, para simplificar, acortar los trámites y reducir los costos para los usuarios”
- “Diseñar políticas ágiles que permitan el traspaso de tierras fiscales nacionales, provinciales y municipales, en primer término, a la población carenciada que las ocupa.”

Pese a la fecha de emisión del documento y el hecho de que contiene muchos datos estadísticos que a la fecha deben estar desactualizados, su lectura muestra de modo patente el contexto de nuestro país en punto al problema de la titulación de las tierras, lo que torna de gran relevancia la adecuada regulación de la posesión y su protección con expresa contemplación de estos aspectos.

En efecto, si reconocemos que la posesión, con las complejidades que se derivan de su carácter esencialmente fáctico, tiene aptitud para llegar a la adquisición del derecho real por el transcurso del tiempo, claro es que habrá de prestarse especial atención a su protección (sustentada sólo en esa relación de hecho) durante la etapa que se comprende desde su comienzo¹⁴⁹ y hasta el momento en que se cumpla el plazo necesario.

3. La especial protección del poseedor usucapiente: necesidad y límites.

Por ello es importante incluir un breve abordaje de la postura que ha señalado que la diferenciación entre acciones posesorias propiamente dichas y policiales, además de los efectos reipersecutorios diferentes atribuidos casi a modo de justificación por la doctrina para el doble juego, reseña que la misma tiene una razón fondal que la sustenta: la protección del poseedor usucapiente.

Hemos citado ya que para sus autores la posesión anual es requisito absoluto¹⁵⁰ en el sistema actual de la acción de recobrar y, fundamentalmente, se basa en las fuentes históricas de su regulación.

Filosóficamente sustenta el dualismo en que, desde antaño, en el debate posesorio ha triunfado la posesión justa frente a la injusta. Entiende que Vélez concibió una acción en defensa del orden público que se ve afectado en las vías de hecho y otra para definir el conflicto posesorio en base al *ius possessionis*, mejor calificado según el parámetro de la anualidad. Así es como la acción de despojo tiene carácter provisionalísimo pero, remediada la agresión al sistema, queda al poseedor anual la instancia posesoria plena para hacer valer el *ius possessionis*. De ese modo, el requisito de la anualidad conforma un elemento objetivo establecido para decidir un conflicto subjetivo fundamentalmente en defensa del poseedor usucapiente. “Así, aquel que a punto de adquirir el dominio por prescripción es despojado y recupera de propia autoridad, condenado judicialmente a restituir cuando se le entabla la acción policial de despojo, cuenta todavía con protección legal en orden a su mayor *status posesorio*”, protección con la que -claramente- no contaría en caso de establecerse un único sistema al modo en que venía concibiéndose hasta el Proyecto 2012.¹⁵¹

¹⁴⁹ Que se produce cuando se reúnen el *corpus* y el *animus domini* (art. 2373 del Código Civil).

¹⁵⁰ Por oposición a la relatividad que le atribuye el texto del Código Civil y, en su interpretación, la mayoría de la doctrina.

¹⁵¹ “...históricamente ha triunfado en el debate posesorio la posesión justa frente a la injusta. En el derecho romano clásico, era la de quien primero había sido agredido dentro del último año; en el derecho francés la del poseedor anual. Los argumentos de la protección posesoria fueron disímiles. Nuestro sistema, por cierto intermedio al decir de

A nuestro juicio las opciones, tal como se plantean hoy, son tres: o se establece una sola clase de acciones como lo propicia el Proyecto '98 y se recoge en las Conclusiones de las últimas Jornadas Nacionales referidas o se mantiene un doble sistema protectorio para este único caso. En esa hipótesis, pueden repensarse los recaudos de modo tal que no resulten en interpretaciones injustas, apartadas de la realidad o, tal como ahora sucede, superpuestas.

La tercera opción es la planteada por el Proyecto del 2012 que, sin establecer legitimaciones diferenciadas específicas, admite para el caso de nuestro análisis que, luego de restituir la cosa, el poseedor anterior pueda entablar o continuar la acción posesoria o real respecto del hecho anterior.

No estamos tan seguros de desestimar la exigencia de una legitimación calificada –en la que la consolidación en el tiempo sea insoslayable- y la atribución de consecuente protección, sólo y de modo estricto, para el poseedor usucapiente.

Más allá de que en su origen razones históricas pudieron llevar a que se acuñara jurisprudencial y legislativamente como un requisito para la protección posesoria frente al antiguo propietario, entendemos coherente que, si reconocemos que la propiedad reviste actualmente función social, que el derecho a la propiedad se ha consagrado como derecho humano¹⁵² y que aún en nuestro decimonónico sistema civil el propietario que no ejerce sus derechos puede perder el dominio por la prescripción adquisitiva de un tercero, siendo ésta una figura que integra el propio ordenamiento, la determinación de un solo sistema protectorio conferido a todos sin diferenciación dejaría- en principio- sin protección al poseedor en el supuesto especificado.

Advertimos con claridad la necesidad de simplificar el sistema en todos los demás casos y de no duplicar vías para la misma discusión de fondo así como la necesidad de atribuir a las resultas de estos procesos el carácter de cosa juzgada material.

Benedetti, cuenta con dos fundamentos: `uno de orden externo y tendencia publicista-prevención y represión de la violencia y vías de hecho, -otro de orden interno y privatista- el reconocimiento del derecho del individuo a ser respetado en toda exteriorización de su voluntad, aplicada concretamente a su relación con la cosa sometida a su poder de disposición material que responda a un fin lícito y justo, mientras los datos sensibles de la realidad aparente no revelen lo contrario`” (Nuta, Prósperi, Rodríguez Herrera, La posesión anual...).

¹⁵² Ver en el punto el profundo análisis constitucional de Caballero, Alejandra María Luz, *Derecho a la Propiedad: inviolabilidad, acceso a la vivienda familiar; al consumo y a los medios de producción o participación productiva, en Derechos Fundamentales de la Persona Humana, Director: Carlos Ghersi, p. 319/353., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.*

Pero en el supuesto que consideramos nos preguntamos qué ocurriría, por ejemplo, con quien siendo poseedor usucapiente es despojado, supongamos, a los dieciocho años de posesión y, en lugar de recurrir a la justicia para su recupero, lo hace por vías de hecho. Esta situación constituye una realidad cotidiana en provincias como la nuestra en las que el problema de la falta de titularidad sobre las tierras está bastante extendido.

Si así lo hiciera, al desaparecer la protección de la “posesión calificada”, no le quedaría remedio alguno porque quien se hizo de la nueva posesión por medio “injusto”, en el caso de que dedujera la única acción prevista, resultaría triunfante.

¿Perdería entonces, este sujeto, la posibilidad de usucapir?

El art. 2484 del Proyecto de 1998 prevé la “Interrupción por privación de la posesión” y dispone que *“El curso de la prescripción adquisitiva también se interrumpe cuando por el hecho del propietario o de un tercero se priva al ocupante de su posesión durante un año.”* Por imperio de esta norma, el usucapiente que recuperó por sí la cosa antes del año de ocupación del despojante no vería interrumpida su posesión y podría consolidar la prescripción adquisitiva.¹⁵³ Se advierte allí un primer nivel de protección que quedaría enervado, en nuestra interpretación, si el despojado tentara en su contra la única acción prevista en el sistema ya que si este último resultara triunfante no quedaría ya posibilidad alguna al usucapiente de restablecer su relación con la cosa.

En este punto, creemos más cercana a nuestro pensamiento la solución del Proyecto 2012. En sus Fundamentos se sostiene, notoriamente, que *“Tal vez técnicamente hubiera sido más completo el ejercicio académico de aclarar pero manteniendo un doble juego de acciones, unas denominadas policiales y las restantes conocidas como acciones posesorias propiamente dichas. A ello se agregarían las de obra nueva en sus dos variantes, más algunas otras como el daño temido, etc. No obstante, la normativa debe existir para actuar en una sociedad moderna, rápidamente, a fin de restablecer la situación fáctica violentada. Sin dejar ninguna situación desprotegida, debe prevalecer lo práctico sobre lo académico”.* Más adelante agrega: *“La protección civil diseñada no difiere demasiado de la contenida en el Código Vigente pero se esclarecen algunos términos y situaciones.”*¹⁵⁴

Sin hacerlo explícito, se ha conferido una solución al problema que planteamos mediante la incorporación del art. 2275 al que refiriéramos anteriormente, norma que no tiene análoga en el Proyecto del '98.

¹⁵³ Agradecemos la deferencia del Dr. Jorge H. Alterini, a quien consultamos en el punto y esclareció el supuesto.

¹⁵⁴ Ver en Fundamentos del Proyecto (www.nuevocodigocivil.com). Edición impresa del Anteproyecto de Código Civil unificado con el de Comercio 2012, 1ª Edición, p. 808/809, Ed. Codice, Buenos Aires, 2012.

La que ahora nos ocupa define: “*Turbaciones o desapoderamientos recíprocos. Si los hechos constituyen turbaciones o desapoderamientos recíprocos, quien es condenado en la acción posesoria y cumple con la sentencia de restitución, puede a su vez entablar o continuar la acción posesoria o real respecto del hecho anterior.*” Como se aprecia, faculta en la hipótesis planteada, a accionar nuevamente contra el despojante, permitiendo al poseedor usucapiente el resguardo de esa trascendente relación.

Reiteramos, entonces, que exclusivamente para este supuesto es necesario un orden de protección diferenciado del de la única acción.

Respecto de los demás, los análisis de los autores que reseñamos han dejado claro que la regulación de un segundo tipo de acciones es innecesario. De tal modo, concluimos que la legislación, tanto procesal cuanto sustancial, deben prever que en los restantes no sea factible el replanteo de la cuestión.

Como óptima solución, a nuestro entender, la legislación procesal debería adaptarse a la sustancial para no sufrir tacha de inconstitucionalidad alguna y brindar seguridad al sistema.

Proponemos para ello que se establezca en el Código Civil como requisito sustancial de la demanda la carga de describir los hechos en que el actor funda esta especial legitimación, describiendo su posesión “consolidada” o “calificada” con especificación de las razones por las cuales la acción única o general resultaría inviable para la solución de su caso. De ese modo, el juez podría disponer el rechazo in limine cuando el litigante no cumpla con la carga o no satisfaga sus condiciones, sin perjuicio de que pueda, en su caso, reconducir la postulación en la única acción.¹⁵⁵

Más allá de la regulación prevista en el Proyecto 2012, entendemos que una solución de tal naturaleza evitaría la deducción de inútiles acciones que pretendan fundarse en el supuesto de hecho previsto en el art. 2775, reduciendo su campo de aplicación al supuesto que comentamos. Teniendo presente el estado actual del trámite legislativo del Proyecto 2012 sería apreciable una inclusión de este tipo en futuras reformas procesales.

¹⁵⁵ Morello, Augusto M., *Opciones procesales...*

4. Protección civil y protección penal.

Finalmente, si sólo se entiende a la protección de las relaciones reales como una vía dirigida estrictamente a la interdicción civil de la violencia, habrá que plantearse si es necesario diseñar un sistema de protección civil y no bastará con la protección penal que, sancionando al “delincuente”, disponga directamente la restitución de la cosa, lo que aparentemente no resulta la solución más adecuada.

La elección de una regulación civil de la protección posesoria responde, a nuestro entender, al hecho de que se trata de intereses en los que se involucran esencialmente derechos privados de contenido patrimonial y, por tanto, disponibles.

Confesamos que la reflexión de estos temas nos puso frente a una difícil búsqueda de equilibrio en su ponderación. En efecto, puestos en la balanza, se encuentran por un lado la función social de la posesión¹⁵⁶ y, por otro, los derechos de quien se ve injustamente despojado y pretende con derecho recuperar la cosa en tiempo propio y sin dilaciones indebidas.

Habrá entonces de determinar el Estado a través de sus órganos legislativos, si la interdicción civil de la violencia, como primera escala en esta protección, requiere la tutela penal y en qué casos (lo que entendemos así debe ser cuando, al tentarse las vías de hecho, se compromete el orden que éste debe garantizar) pero, particularmente, si ese orden debe restablecerse por vía de la punición del delito y restitución de la cosa en sede penal (en cuyo caso sería innecesario el orden de los interdictos y acciones policiales) o si el orden penal debe restringir su accionar a la punición en casos estrictos y dejar que la restitución opere con adecuada posibilidad de contradicción en el proceso civil.

Ésta nos parece la solución más adecuada por el argumento expuesto: el interés comprometido en la posesión, mirada también en su función social, es esencialmente privado y por ello debe ser objeto del proceso civil o ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

¹⁵⁶ *Que reviste muchísimas expresiones de las cuales la usucapión es, tal vez, la más acentuada pero que no resta importancia a ninguna de las demás. Piénsese, por ejemplo, en los regímenes regulatorios de las tierras fiscales provinciales, que pertenecen en principio al dominio privado del Estado. A modo de ejemplo cito al art. 5 de la ley 3169 de la Provincia de Jujuy que dispone: “Declárase norma esencial para la interpretación y aplicación de la ley, el concepto de que la tierra es un bien al servicio de la persona humana, que tiene una función social (...) La adjudicación, uso y destino de los bienes que se otorguen en virtud de este ordenamiento y actos dictados en su consecuencia, responden a exigencias del bien común y se rigen por ellos.”*

Finalmente, tampoco escapa de nuestro análisis que las soluciones dictadas en ambos procesos no deberían resultar contradictorias y que resultaría contrario a la economía procesal obligar a deducir la acción civil cuando resulta factible obtener el mismo resultado al cabo de la realización del proceso penal.

CAPITULO X

Consideración final.

Etapas como la que transitamos, en las que se abren oportunidades importantísimas a través de la revisión de la legislación general, son únicas, y el hecho de que se encomienden a especialistas es fundamental para la concepción de esquemas superadores que brinden respuestas eficientes y eficaces.

En el problema que nos ha ocupado se conectan y enlazan diversas ramas del Derecho que es factible armonizar desde, primero, la determinación de las políticas que deseen adoptarse y, luego, desde la adecuación de todas ellas a esos objetivos.

Creemos que simplificar la protección, atribuirle a quienes compete realmente sin superponer esquemas o duplicar competencias para su tratamiento y fijar normas claras es el modo de evitar que el justiciable peregrine en búsqueda de soluciones inciertas y el Estado invierta, a través del Poder Judicial, tiempo y recursos en procesos que en definitiva no satisfagan su necesidad.

Retomar el estudio de la cuestión parece a veces sólo una tarea de reconstrucción teórica y que se realiza desempolvando bibliotecas. Hemos intentado reflejar lo contrario.

Finalmente, creemos que cada nuevo interrogante, cada nueva idea o recordar los caminos ya recorridos por otros, puede contribuir para que, entre todos, pueda elaborarse el mejor producto final.

María Cecilia Domínguez

INDICE ANALITICO DE MATERIAS

A

Acciones posesorias:

Acciones policiales:

Clases: 12

Legitimación activa: 12

Legitimación pasiva: 12

Acciones posesorias propiamente dichas:

Cosas muebles: 11

Clases: 8

Legitimación activa: 8/10

Legitimación pasiva: 11

Reglas interpretativas: 10

Tesis Unitaria: 13

Ataques a las relaciones reales:

Despojo: 12/13

Desposesión: 7/8

Turbación: 7/8

Turbaciones o desapoderamientos recíprocos: 16; 54

C

Caducidad: 26

D

Desalojo por intrusión:

Concepto: 29

Cosa juzgada: 33

Intruso: 30

Medidas cautelares y tutelas anticipadas: 31; 35/37

Relación con las acciones posesorias: 30; 31

Tutela urgente: 31

I

Interdictos

Cosa juzgada: 21

Diferencia con las acciones posesorias del Código Civil: 17

Tesis monista: 18

Tesis dualista: 19

Tesis de Palacio: 20

Medidas cautelares y tutelas anticipadas: 34

Relación con las acciones posesorias y reales: 30/31

L

Legitimación activa:

Acciones policiales: 12

Acciones posesorias propiamente dichas: 8/10

Interdictos: 29

Relación con el efecto reipersecutorio: 8

M

Medidas cautelares:

Conflicto de sistemas: 45

En el desalojo por intrusión: 35

En los interdictos: 34

En el proceso penal por usurpación: 42

Medida de no innovar: 34

Restitución de la cosa: 35/36; 42/43

P

Posesión:

Concepto: 5

Posesión calificada: 9

Posesión anual: 9

Posesión no viciosa: 9

Posesión continua: 10

Posesión no interrumpida: 10

Prejudicialidad penal: 39/40

Prescripción: 26

Prescripción adquisitiva: Ver Usucapión

Fundamento: Ver Protección de las relaciones reales.

Proceso:

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: 23

Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy: 24

Proceso penal por usurpación: 41/44

Proyecto de Unificación 1998: 14

Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011: 15

Proyecto de Unificación 2012: 16

Vías civil y penal: 44; 55

Protección de las relaciones reales:

Fundamentos de la protección posesoria: 6; 47

Función social de la usucapión: 48/51

Interdicción civil de la violencia: 6/7

Prohibición de hacer justicia por mano propia: 6/7

Relación de hecho: 6

R

Relaciones reales:

Concepto: 6

Ataques: 7/8

Posesión: 6

Tenencia: 6

Tenencia interesada: 12

Servidores de la posesión: 12

T

Tutelas anticipadas:

En el desalojo por intrusión: 35/37

En los interdictos: 36

En los procesos posesorios: 37

Requisitos: 38

U

Usucapión:

Función social: 51

Posesión calificada o consolidada: 52

Protección del poseedor usucapiente: 51/54

Turbaciones o desapoderamientos recíprocos: Ver Ataques a las relaciones reales.

Usurpación:

Concepto. Tipo delictivo. Bien jurídico protegido: 41/42

Comparación con los procesos posesorios civiles: 44; 55

Proceso penal: 42

Reintegro del inmueble en el proceso penal: 44/46

INDICE BIBLIOGRAFICO POR AUTOR

- Autores varios, Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012, Comisión designada por Decreto N° 191/11 en www.nuevocodigocivil.com. y su Anteproyecto, 1° Edición, Ed. Codice, Buenos Aires, 2012.
- Autores varios, Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, Autores varios, Ed. Abeledo Perrot, 1999.
- Autores varios, Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011) en www.derechocivil2011.com.
- Abreut de Beguer, Liliana, Tutelas procesales diferenciadas-Los interdictos procesales en “Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales Diferenciadas”, Tomo II, 2009-1, p. 121, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni
- Alterini, Jorge H., Protección Posesoría en “Cuestiones Esenciales de Derechos Reales”, p. 9 y 10, Obra Colectiva, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
- Alterini, Jorge H., Inconsistencia y esterilidad de la categoría de posesión viciosa en “La Ley on line”, Acad. Nac. de Derecho, (marzo), 1, 2004.
- Arazi, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª Ed. Actualizada, Tomo II, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- Arazi, Roland- Rojas, Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2ª Ed. Actualizada, Tomo III, p. 157, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.
- Areán, Beatriz, Curso de Derechos Reales, 5ª Ed. Actualizada, p. 168, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2000.
- Areán, Beatriz en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial.” Dirección: Highton, Elena I., Coordinación: Areán, Beatriz, Tomo 13, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010.
- Caballero, Alejandra María Luz, Derecho a la Propiedad; inviolabilidad, acceso a la vivienda familiar; al consumo y a los medios de producción o participación productiva, en “Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, Director: Carlos Ghersi, p. 319/353, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

- Cassani, Belén- Froment, Carlos D. en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinación: Marco A. Terragni, 1º Edición, T. 7, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Centro de Investigación del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Jujuy en el “ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy anotado con jurisprudencia local”, Tomo 4, p. 223/231, Salta, Ediciones Noroeste Argentino, 2009.
- Conferencia Episcopal Argentina, Una Tierra para Todos, 1º Edición, Oficina del Libro de la Conferencia Episcopal Argentina, p. 68/69, Buenos Aires, 2005.
- Cossari, Nelson G.A., Remedios posesorios: la usucapión y la manera de juzgar la existencia de la posesión en “La Ley” diario del 7/06/11.
- De los Santos, Mabel, Juicio de desalojo y desocupación inmediata en la reforma procesal civil de la Provincia de Buenos Aires, p. 1091, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Octubre 2011, ISSN 1852-0693.
- Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. VI, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.
- Font, Damián I., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección: Highton, Elena I.-Areán, Beatriz A., 1ª Edición, Tomo 6, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2006.
- Froment, Carlos D.- Cassani, Belén en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinación: Marco A. Terragni, 1º Edición, T. 7, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Fuster, Gabriel A. –Ventura, Gabriel B., De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 003/70039470-1.
- Fuster, Gabriel A., La usurpación en el Código Civil en “www.derehocivil2011.com”, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 2011.
- Gabás, Alberto A, Juicios Posesorios. Acciones e Interdictos, 2ª Edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.
- Heredia, Pablo- Mariani de Vidal, Marina en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: Alberto J.

- Bueres, Coordinación: Elena I. Highton, 2º Edición, Tomo 5 A, Ed. Hammurabi, 2004.
- Highton, Elena I, Posesión, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984.
 - Iturbide, Gabriela A. en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, 1º Edición, T. 12, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
 - Iturbide, Gabriela, Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación en “La Ley on Line”.
 - Kielmanovich, Jorge. L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, 2ª ed. Ampliada, Tomo II, p. 961, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2005.
 - Leguisamón, Héctor Eduardo, Reflexiones sobre las reformas de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en “La Ley” 2002-B, 1058.
 - Luna, Daniel G., El derecho de dominio en el ordenamiento jurídico argentino en los umbrales del siglo XXI en “Abeledo Perrot on line”, Lexis N° 003/014099.
 - Mariani de Vidal, Marina. Heredia, Pablo en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: Alberto J. Bueres, Coordinación: Elena I. Highton, 2º Edición, Tomo 5 A, Ed. Hammurabi, 2004.
 - Mariani de Vidal, Marina, “Derechos Reales”, 7ª ed., T.I, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004.
 - Morello, Augusto M., Opciones Procesales en supuestos dudosos, en “La Ley” 2006-C, 1261-LLP 2006,779 y “La Ley on line”.
 - Musto, Néstor Jorge, Derechos Reales, Reimpresión, Tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni 1995.
 - Nuta, Ana Raquel, Prósperi, Fernando y Rodríguez Herrera, Joaquin, La única acción de mantener prevista en el Código Civil y sus excepciones posesorias en “La Ley” 1990-B, p.985 y “La Ley on line”.
 - Nuta, Ana Raquel, Prósperi, Fernando y Rodríguez Herrera, Joaquin, La posesión anual: requisito absoluto de la acción de recobrar en “La Ley” 1990-C,697 y “La Ley on line”.
 - Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 16º Ed. Actualizada, p. 811/812, Ed. Abeledo Perrot, 2001.

- Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Vigésima edición actualizada por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palacio, p. 668, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Papaño, Ricardo J., Kipper, Claudio M., Dillon, Gregorio A. y Causse, Jorge R., Manual de Derechos Reales, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.
- Peralta Mariscal, Leopoldo L., Reivindicación y acciones posesorias vs. Desahucio: innecesariedad, inconveniencia e inconstitucionalidad del proceso de desalojo por intrusión, en “Jurisprudencia Argentina” 1995-III-773 y 779.
- Peyrano, Jorge W., Límites de la prejudicialidad penal en Jurisprudencia Santafesina, Revista N° 89, p. 167.
- Peyrano, Jorge W., El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil en “www.elateneo.org/Doctrina-J-W--Peyrano.php”.
- Peyrano, Jorge W., El Proceso Civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso en “www.elateneo.org/Doctrina-J-W--Peyrano.php”.
- Peyrano, Jorge W., Esquema de la excepción de incumplimiento contractual en “Jurisprudencia Argentina” 2008-I-1078-SJA 12/03/2008 y “Abeledo Perrot on line”, Lexis N° 0003/013729.
- Peyrano, Jorge W., El cambio de paradigmas en materia procesal civil en “La Ley” 2009-E-785.
- Prósperi, Nuta, Rodríguez Herrera, La única acción de mantener prevista en el Código Civil y sus excepciones posesorias en “La Ley”, 1990-B, p.985 y “La Ley on line”.
- Prósperi, Nuta, Rodríguez Herrera, La posesión anual: requisito absoluto de la acción de recobrar en “La Ley” 1990-C, 697 y “La Ley on line”.
- Rodríguez Herrera, Nuta, Prósperi, La única acción de mantener prevista en el Código Civil y sus excepciones posesorias en “La Ley”, 1990-B, p.985 y “La Ley on line”.
- Rodríguez Herrera, Nuta, Prósperi, La posesión anual: requisito absoluto de la acción de recobrar en “La Ley” 1990-C, 697 y “La Ley on line”.
- Rojas, Jorge A.-Arazi, Roland., Aut. cit., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2ª Ed. Actualizada, Tomo III, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.
- Snopek, Guillermo, Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, con notas del Dr. Guillermo Snopek, Tomo II, p. 101, Ediciones Noroeste Argentino, Salta, 2001.

- Terragni, Marco A. en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinación: Marco A. Terragni, T. 1, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1997.
- Toledo, José Roberto, La protección posesoria ante la amenaza de turbación en “www.derechocivil2011.com”, ponencia llevada a la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.
- Varizat, Andrés G. La excesiva demora en la tramitación de la causa penal como excepción de la prejudicialidad del art. 1101 del Código Civil. Su recepción en los procesos de daños en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 0003/70044528-1 y LNC. 2008-5-51.
- Vargas, Abraham Luis, Tutela anticipada. Perfiles actuales en “Cuestiones Procesales Modernas”, Suplemento Especial La Ley, Octubre 2005.
- Velciov, Claudia en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinación: Marco A. Terragni, 1º Edición, T. 7, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2009.
- Ventura, Gabriel B., Fuster, Gabriel A, De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 003/70039470-1.

MATERIAL BIBLIOGRAFICO UTILIZADO

- Abreut de Beguer, Liliana, Tutelas procesales diferenciadas-Los interdictos procesales en “Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales Diferenciadas”, Tomo II, 2009-1, pág. 121, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Alterini, Jorge H., Protección Posesoría en “Cuestiones Esenciales de Derechos Reales”, Obra Colectiva, p. 9 y 10, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
- Alterini, Jorge H., Inconsistencia y esterilidad de la categoría de posesión viciosa, en “La Ley on line”, Acad. Nac. de Derecho, (marzo), 1, 2004
- Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012, en www.nuevocodigocivil.com. Texto publicado en Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012, Comisión designada por Decreto 191/11, 1º Edición, Ed. Codice, 2012.
- Arazi, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª Ed. Actualizada, Tomo II, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- Arazi, Roland- Rojas, Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 2ª Ed. Actualizada, Tomo III, p. 157, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.
- Areán, Beatriz, Curso de Derechos Reales, 5ª Ed. Actualizada, p. 168, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2000.
- Areán, Beatriz en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección: Highton, Elena I, Coordinación: Areán, Beatriz, T. 13, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010.
- Caballero, Alejandra María Luz, Derecho a la Propiedad; inviolabilidad, acceso a la vivienda familiar; al consumo y a los medios de producción o participación productiva en “Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, Director: Carlos Gherzi, p. 319/353, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.
- Cassani, Belén- Froment, Carlos D. en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Coordinación: Marco A. Terragni, T. 7, 1ª Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Centro de Investigación del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Jujuy, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy anotado con

- jurisprudencia local, Tomo 4, p. 223/231, Salta, Ediciones Noroeste Argentino, 2009.
- Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011) en www.derechocivil2011.com.
 - Conferencia Episcopal Argentina, Una Tierra para todos, 1ª Edición, Oficina del Libro de la Conferencia Episcopal Argentina, p. 68/69, Buenos Aires, 2005.
 - Cossari, Nelson G.A., Remedios posesorios: la usucapión y la manera de juzgar la existencia de la posesión, en “La Ley” diario del 7/06/11.
 - De los Santos, Mabel, Juicio de desalojo y desocupación inmediata en la reforma procesal civil de la Provincia de Buenos Aires, p. 1091, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Octubre 2011, ISSN 1852-0693.
 - Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. VI, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.
 - Font, Damián I., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección: Highton, Elena I.-Areán, Beatriz A., 1ª Edición, Tomo 6, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2006.
 - Fuster, Gabriel A. –Ventura, Gabriel B., De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 003/70039470-1.
 - Fuster, Gabriel A., La usurpación en el Código Civil, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, www.derechocivil2011.com.
 - Gabás, Alberto A, Juicios Posesorios. Acciones e Interdictos, 2ª Edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.
 - Heredia, Pablo- Mariani de Vidal, Marina, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección: Bueres, Alberto J., Coordinación: Highton, Elena I., 2ª Edición, Tomo 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
 - Highton, Elena I, Posesión, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984.
 - Iturbide, Gabriela A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección Highton, Elena I.-Areán, Beatriz A., Tomo 12, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
 - Iturbide, Gabriela, Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación en “La Ley On Line”.

- Kielmanovich, Jorge. L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, 2ª ed. Ampliada, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2005.
- Leguisamón, Héctor Eduardo, Reflexiones sobre las reformas de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en “La Ley” 2002-B,1058.
- Luna, Daniel G., El derecho de dominio en el ordenamiento jurídico argentino en los umbrales del siglo XXI en “Abeledo Perrot on line”, Lexis N° 003/014099.
- Mariani de Vidal, Marina, “Derechos Reales”, 7ª ed., T.I., Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004.
- Morello, Augusto M., Opciones Procesales en supuestos dudosos en “La Ley” 2006-C, 1261-LLP 2006,779 y “La Ley on line”.
- Musto, Néstor Jorge, Derechos Reales, Reimpresión, Tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995.
- Nuta, Ana Raquel, Prósperi, Fernando y Rodríguez Herrera, Joaquin, La única acción de mantener prevista en el Código Civil y sus excepciones posesorias en “La Ley”, 1990-B, p.985 y “La Ley on line”.
- Nuta, Ana Raquel, Prósperi, Fernando y Rodríguez Herrera, Joaquin. La posesión anual: requisito absoluto de la acción de recobrar en “La Ley” 1990-C, 697 y “La Ley on line”.
- Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 16º Ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 20º Ed. actualizada por Lino Alberto Palacio y Luis Enrique Palacio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Papaño, Kipper, Dillon y Causse. Manual de Derechos Reales, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.
- Peralta Mariscal, Leopoldo L., Reivindicación y acciones posesorias vs. Desahucio: innecesariedad, inconveniencia e inconstitucionalidad del proceso de desalojo por intrusión en “Jurisprudencia Argentina” 1995-III-773 y 779.
- Peyrano, Jorge W., Límites de la prejudicialidad penal en “Jurisprudencia Santafesina”, Revista N° 89, p. 167.
- Peyrano, Jorge W., El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil en “www.elateneo.org/Doctrina-J-W--Peyrano.php”.

- Peyrano, Jorge W., El Proceso Civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso en “www.elateneo.org/Doctrina-J-W--Peyrano.php”.
- Peyrano, Jorge W., Esquema de la excepción de incumplimiento contractual en “Jurisprudencia Argentina” 2008-I-1078-SJA 12/03/2008 y “Abeledo Perrot on line”, Lexis N° 0003/013729.
- Peyrano, Jorge W., El cambio de paradigmas en materia procesal civil en “La Ley” 2009-E-785.
- Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, Autores varios, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1999.
- Snopek, Guillermo, Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, con notas del Dr. Guillermo Snopek, Tomo II, p. 101, Ediciones Noroeste Argentino, Salta, 2001.
- Toledo, José Roberto, La protección posesoria ante la amenaza de turbación, en “www.derechocivil2011.com” ponencia llevada a la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.
- Terragni, Marco A., en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dirección: David Baigún- Eugenio R. Zaffaroni, Coordinación: Terragni, Marco A., T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- Varizat, Andrés G., La excesiva demora en la tramitación de la causa penal como excepción de la prejudicialidad del art. 1101 del Código Civil. Su recepción en los procesos de daños en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Abeledo Perrot on line”, Lexis 0003/70044528-1 y LNC. 2008-5-51.
- Vargas, Abraham Luis, Tutela anticipada. Perfiles actuales, en “Cuestiones Procesales Modernas”, Suplemento Especial La Ley Octubre 2005.
- Velciov, Claudia en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Coordinación: Marco A. Terragni, 1° Edición, T. 7, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2009.