

LA ACCIÓN PUBLICIANA Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Rosa Luz Casen
Susana Isabel Estrada
Universidad Nacional de Tucumán

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene la finalidad de analizar de qué manera el derecho romano, en la configuración de la acción publiciana, ha sido receptado en el derecho civil argentino tanto de fondo como de forma, acotado en razón de las pautas impuestas para este encuentro, a la protección de la posesión.

II.- ANTECEDENTES: LA PROPIEDAD QUIRITARIA

Entre los romanos, el principio según el cual toda propiedad emanaba originariamente del Estado se aplicó a las cosas muebles y con más rigor aún respecto de los inmuebles. La propiedad territorial que pertenecía al pueblo, era concedida exclusivamente por el Estado no pudiendo ninguna ocupación crear un poder legal respecto de ella.

Originariamente se otorgaba a cada patricio una proporción de dos yugadas, espacio apenas suficiente para la casa y el jardín. Además de esta propiedad individual el padre de familia tenía el disfrute del dominio público, cuya extensión aumentaba a cada nueva conquista. La cantidad de tierras asignadas a los plebeyos comprendía siete yugadas, lo que demuestra la poca importancia que se daba a la propiedad privada. Pero paulatinamente las transacciones entre particulares, las asignaciones de tierras a los veteranos, las usurpaciones frecuentes y la acumulación de riquezas muebles acabaron por atribuir una influencia muy grande a la propiedad individual. No obstante, hasta llegado el imperio se mantuvo el principio de que la propiedad de las cosas sólo podía ser transmitida bajo la garantía del Estado o de la autoridad constituida, mediante el acto solemne (*mancipatio*) celebrado ante cinco testigos que representaban a las cinco clases del pueblo o por el acto celebrado ante el pretor (*in iure cessio*). Cualquier otra forma de enajenación no transfería al adquirente la cosa según el derecho de los quirites; no obstante, daba carácter legal a la propiedad si la había ejercido a la vista de la nación entera durante cierto tiempo mediante la *usucapio*. La posesión públicamente ejercida equivalía al consentimiento de toda la nación y suplía la sanción expresa pues la usucapio era a la mancipación, lo que el derecho consuetudinario a la ley votada en los comicios.

Es así que según esta forma solemne de transmisión aparecen la clase de las *res mancipi*, en oposición a las que se transmitía por la simple tradición o entrega, las *res*

nec Mancipi, división esta que se remonta a la ley de las XII Tablas.

En sus orígenes la protección absoluta que caracterizó a la propiedad romana no se concedía más que a las *res Mancipi*. Pero esta ventaja bien pronto fue extendida a todas las cosas que se encontraban en el patrimonio es decir tanto a las cosas *Mancipi*, como a las *nec Mancipi*, exceptuándose a las *res extracomercium* y a los fundos provinciales.

Desde entonces la única particularidad que caracterizó a las *res Mancipi* fue la de ser adquiridas por aquel modo solemne que implicaba la garantía formal de los quirites. Esta propiedad (*dominium ex iure Quiritium*) gozaba de protección absoluta mediante una *in rem actio* que seguía a la cosa a donde estuviera, la *reivindicatio*. Para que se configurara esta propiedad era necesario que se reunieran tres condiciones: capacidad del sujeto, idoneidad del objeto y adquisición conforme al *ius civile* mediante un modo solemne. Si faltaba alguno de ellos no se configuraba la propiedad quiritaria pero la cosa podía estar en el patrimonio como propiedad bonitaria o pretoria (Gayo II. 40). Este tipo de propiedad si bien era tolerada por los quirites no tenía garantía alguna regulada por el derecho civil.

Recién en el derecho de gentes se le otorga un medio de defensa contra las agresiones provenientes de un delito o contra las que podían dar lugar a una acción posesoria. Pero esta protección tenía un alcance muy restringido, pues sólo era procedente contra el despojante, en tanto la *reivindicatio* podía intentarse contra cualquiera que estuviera en posesión de la cosa, aunque la hubiera adquirido de la manera más legal, en razón de que el reclamante tenía el dominio *ex iure Quiritium*¹. A medida que transcurrió el tiempo las exigencias del derecho primitivo fueron perdiendo vigor y los medios de protección creados por el *ius gentium* obtuvieron mayor eficacia. La analogía entre propiedad quiritaria y bonitaria era tan grande que Justiniano sancionó una fusión entre ambas, que ya se había manifestado de hecho en época anterior.

III.- EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA Y LA PROPIEDAD BONITARIA

Cuando las cosas no podían formar parte del patrimonio como propiedad quiritaria por carencia de alguno de los tres requisitos ya aludidos, se estaba en presencia de la propiedad bonitaria.

Cuando los adquirentes eran peregrinos -que por su condición de extranjeros carecían del *ius commercium*- no podían adquirir la propiedad quiritaria, y sólo se configuraba una clase de propiedad bonitaria, la propiedad peregrina. Por tal razón no gozaban de acción civil alguna. Entonces el pretor, para suplir tal carencia, comenzó a otorgarles acciones en las que, recurriendo a la ficción de considerar al extranjero como si fuese ciudadano, le concedía la *actio furti* o la *actio legis Aquiliae*. Para la acción de hurto contra un extranjero la fórmula dice²:

¹ En tal caso la *intentio* no llevaba inserto el nombre del demandado, el juez sólo debía examinar *SI PARET, HANC REM EX IURE QUIRITIIUM A. AGERII ESSE*. En caso afirmativo tenía que condenar al demandado que se encontraba en posesión de la cosa, aún cuando él no hubiera causado la lesión al actor. Cf. Ortolán, 1896, II: 578

² Gayo, IV, 37.

“*Iudex esto: si paret ope consiliove dionis hermaei filii furtum factum esse paterae aureae ,quam ob rem , si civis romanus esset, pro fure damnum recidere oporteret, etc. »*

Esta causal de incapacidad perdió importancia desde la constitución de Caracalla, y desapareció por completo en virtud de las constituciones de Justiniano.

Cuando se transmitía un inmueble ubicado en las provincias no se podía transmitir sobre él la propiedad quiritaria sino que se configuraba otro tipo de propiedad bonitaria, la propiedad provincial. Sobre los fundos provinciales, a diferencia de los itálicos, sólo se concedía un derecho de posesión y uso a cambio del pago de una renta anual, porque consideraban que la propiedad pertenecía al pueblo romano o al emperador y por lo tanto carecían de medios de defensa conforme al derecho civil y no se podían adquirir por *usucapio*, *mancipatio* o *in iure cessio*. Pero la relación entre el fundo provincial y su ocupante se fue tornando tan estrecha que se permitió la transmisión por actos de última voluntad e *inter vivos*. En tiempos del Imperio apareció una institución que permitió adquirir la propiedad provincial por el transcurso del tiempo llamada *longi temporis praescriptio* que sólo difería de la *usucapio* por el lapso de tiempo requerido. Por último al propietario provincial se le hizo extensiva la protección de la acción publiciana. Cuando se privó al suelo itálico de la inmunidad del impuesto, el derecho de posesión sobre los inmuebles provinciales quedó de hecho asimilado a la propiedad quiritaria y por ende las disposiciones legales referidas a ellos exclusivamente habían perdido casi toda su importancia.

Cuando se transmitía una cosa susceptible del dominio quiritario y aunque fuera entre ciudadanos romanos, sin observar los modos prescriptos por el derecho civil, tampoco se podía constituir la propiedad quiritaria. Nació otro tipo de propiedad bonitaria, la propiedad *in bonis* (transmisión de una *res Mancipi* sin las formalidades del derecho civil, como si se hubiera hecho por simple tradición) o la propiedad peregrina (cuando el pretor acordaba a una persona poderes análogos al del propietario civil, como el caso en que otorgaba la posesión de un edificio vecino que amenazaba ruina, o la adjudicación de un esclavo que ha causado un daño, o la venta de los bienes del deudor insolvente, o la adquisición de los bienes de una sucesión por el heredero pretoriano).

Tanto la propiedad *in bonis* como la pretoria podía adquirirse por usucapión siempre que concurrieran los requisitos de transcurso del tiempo, buena fe y justo título, transformándose así en propiedad quiritaria. Podía ocurrir que mientras transcurría el tiempo de la usucapión, el enajenante que conservaba el *nudum ius quiritium* pretendiera perturbarlo o privarlo de la cosa al propietario bonitario, entonces el pretor protegió su derecho otorgándole dos medios de defensa.

Uno de ellos es la *exceptio doli* que podía interponer contra el enajenante de mala fe que pretendiera desconocer la transferencia realizada.

Pero como esta excepción tenía carácter personal no era procedente contra un tercero de buena fe a quien el propietario hubiera cedido el *nudum ius quiritium*. Entonces el pretor creó una excepción análoga, pero de una aplicación más extensa,

la *exceptio rei venditae et traditae*. Por medio de ello el adquirente o sus causahabientes podían rechazar la acción, no sólo del que les había vendido y entregado la cosa, sino también de todos los que sucedían en el derecho de aquél. Esta excepción, creada primeramente para los casos de tradición hecha en virtud de una venta, fue con el tiempo, generalizada y aún extendida a las transmisiones a título gratuito, conservando no obstante su nombre originario.

Con las dos excepciones mencionadas el propietario bonitario estaba protegido durante todo el tiempo de su posesión, pero cuando había perdido la posesión de la cosa antes de haber cumplido el tiempo de la usucapión no tenía medio procesal para perseguir la cosa. Podía recurrir a las acciones posesorias pero sólo contra los autores de la desposesión, y no contra cualquier otro detentador.

IV.- LA CONFIGURACIÓN DE LA ACCION PUBLICIANA EN EL DERECHO HONORARIO.

Mientras el poseedor estaba poseyendo con la finalidad de usucapir, todos los interdictos y acciones destinados a proteger esta posesión le eran aplicables pues se trataba de una posesión legal. Pero si por algún motivo perdía el poseedor la posesión antes que la usucapión o la prescripción fuesen consumadas, entonces, según el derecho estricto, no siendo ya poseedor, no gozaba de protección y no siendo tampoco propietario según el derecho de los quirites, no tenía acción de reivindicación, es decir su pérdida era irreparable.

Al intentar la acción sucumbía por no poder probar la legitimidad de su adquisición. Para reparar esta injusticia un pretor llamado *Publicius* no vaciló en conceder una protección que la equidad y la seguridad de las transacciones sociales exigían. Con este fin creó en favor de ese poseedor una acción fundada en una ficción, llamada acción publiciana (*publiciana in rem actio*).

No existen noticias relativas a este pretor. Cicerón en *Pro Cluentio*, 45 nos dice que sostuvo un pleito ante un pretor *Q. Publicius*. La más antigua mención de esta acción se encuentra en Neracio Prisco.

En virtud de tal acción, cuya fórmula fue dada por Gayo³:

“(Octavius) Iudex esto: si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem, de quo agitur eius ex iure quiritium esse oporteret, neque is homo arbitriotuo Aulus Agerius restituetur; quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulus Agerius condemnato: s. n. p.a. »

Ante el hecho de que quien había sido privado de la cosa no tuvo tiempo de usucapirla, se fingía que el mismo había llegado a usucapir la cosa, cuando en realidad el tiempo para que esta operase sólo había comenzado. De este modo la acción publiciana daba a su titular un instrumento de la misma eficacia que la acción reivindicatoria

³ Gayo , IV, 36

concedida al propietario civil. Como consecuencia de este beneficio el propietario bonitario quedó equiparado al propietario quiritario y a partir del siglo III d. C. al derecho bonitario se lo designa también como *dominium* o *proprietas*. Luego en la legislación de Justiniano desapareció toda distinción y no había más que un solo tipo de propiedad en el derecho nuevo.

Posteriormente se hizo extensiva la aplicación de la acción publiciana a la *bonae fidei possessio*. Como éste era un medio de adquirir para aquel que había obtenido *ex iusta causa* una cosa de quien no era su propietario, la fórmula creada para el propietario bonitario, se aplicó al poseedor de buena fe que estaba en vías de usucapir y esta aplicación ha sido conservada en la compilación justiniana⁴ en estos términos:

« *Si quis id quod traditur ex iusta causa, a non domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo* »

No obstante prevalecieron las diferencias que separaban a las dos instituciones, en el sentido que la acción publiciana del propietario bonitario era tan absoluta como la acción de reivindicación concedida al propietario civil y podía ser intentada contra cualquiera, mientras que el *bonae fidei possessor* sólo podía servirse de la acción contra los que tenían un derecho inferior al suyo. La posesión de buena fe no exigía en el poseedor, más que una adquisición *ex iusta causa* y este requisito no tardó en dominar en esta materia.

De esta manera en el derecho nuevo, la acción publiciana aparece siempre como una *utilis in rem actio*.

Tratándose la acción publiciana, de una reivindicación útil, jugaban las normas de ésta, respecto a las partes, al objeto y a los efectos jurídicos que la misma traía aparejados. Podía tener por objeto toda cosa susceptible de ser reivindicada siempre que su usucapición no estuviera prohibida por la ley. Le competía a aquel que había adquirido la cosa en virtud de una justa causa y que se encontraba privado de la posesión de ella. Por lo tanto el demandante debía probar su adquisición y la posesión por parte de otro (el demandado).

En lo relativo a la primera probanza, originariamente, como ya lo dijimos *ut supra*, la acción publiciana, igual que la *exceptio rei venditae et traditae* se daba sólo a favor del que había adquirido la cosa como consecuencia de una venta. Pero más tarde se extendió a todo el que había obtenido la posesión de la cosa de una manera no viciosa, con justa causa y aún a título gratuito.

También se admitió el ejercicio de esta acción a favor de quien tenía una justa causa de adquisición, sin exigírsele que hubiera tenido la posesión de la cosa, aunque este supuesto sólo se aplicaba a algunos casos excepcionales en los que expresamente el título en que se fundaba el demandante, era específico para transmitir la propiedad sin la toma de posesión. Tal aplicación extensiva de la acción publiciana es muy discutida sostiene Maynz⁵ aunque se invoca dice, el axioma indiscutible enunciado en

⁴ D. 6, 2, 1.

⁵ Maynz, 1892, I, pag. 854

un fragmento del Digesto⁶:

“Sine possessione usucapio contingere non potest”;

Pero tal argumento, continúa sosteniendo el autor, muy valioso en los orígenes de la institución, pierde todo valor en el derecho nuevo.

La aplicación extensiva de la mentada acción está en perfecta consonancia con el desenvolvimiento de la institución; salvo en aquellos casos en que se trate de legados, fideicomisos o donaciones por causa de muerte, en los que sí se requería para ejercitarla, que la cosa haya estado efectivamente en poder del accionante, porque sin tal requisito, no existiría la causa en la que se fundara la creencia de haber llegado a ser propietario.

El edicto sólo exigía una justa causa de adquisición. Estando probado el justo título, el demandante no tenía necesidad de probar su buena fe, la que se presumía y era requerida sólo en el momento de la adquisición. De tales exigencias podemos colegir que el demandante en la acción publiciana se encontraba en una posición mucho más ventajosa que el demandante en la reivindicatoria, quien además del justo título de su adquisición, debía probar el derecho de propiedad de sus autores siempre que hubiera adquirido la cosa de un modo derivativo. Por eso, el propietario muchas veces ejercitaba la acción publiciana ya sea directa, o conjuntamente con la acción reivindicatoria en orden subsidiario. Nada le impedía que ejercitara la publiciana después de haber sucumbido la reivindicatoria.

Más tarde se exigió también buena fe, pero solamente para las adquisiciones derivadas; pero como éstas eran las más numerosas, terminó por generalizarse tal exigencia. Y desde la época clásica ya se admitió como regla general que toda usucapión exigía la confluencia de dos condiciones: *iusta causa* o *iustus titulus* y *bona fides*.

La segunda cuestión que debía probar era la posesión de la cosa reclamada por parte del demandado, porque justamente este hecho era el que constituía la lesión del derecho del demandante. El propietario que estaba en posesión de la cosa no tenía permitido ejercitar la acción reivindicatoria, porque el demandado le cuestionaba su derecho de propiedad. Para suplir esta falta, Gayo aconsejaba que el propietario lesionado en su derecho examinara si estaba en condiciones de ejercitar los interdictos posesorios y aún después de haber intentado la acción reivindicatoria, tenía todavía la posibilidad de intentar el interdicto.

La acción publiciana igual que la reivindicatoria, podía intentarse contra todo poseedor, contra el simple detentador y contra el *fictus posesor*. Pero para que ésta prosperara, el derecho del demandante tenía que ser superior al del demandado, y por ende tal acción no podía prosperar contra el verdadero propietario. Contrariamente cuando la acción se intentara contra el poseedor sin título o sin buena fe prosperaría sin inconvenientes. Ahora bien cuando ambos poseían *ad usucapionem* la acción debía prosperar a favor de aquel a quien se hizo primero la tradición, o en su defecto se daba prioridad al que estaba en posesión.

⁶ D. 41, 3, 25.

El principio de la acción publiciana acabó por extenderse a todas las adquisiciones de derechos reales *ex iusta causa*, aún a los casos en que la adquisición no podía servir de base para la usucapión. Así se aplicó a los fundos provinciales y a las servidumbres en la época en que estos fundos y estos derechos no podían adquirirse por usucapión, a los derechos de enfiteusis y de superficie que nunca en el derecho romano, han podido usucapirse y también a los derechos de prenda e hipoteca respecto de los cuales no se puede imaginar ningún derecho de usucapión.

En las servidumbres, la acción confesoria llamada *petitio servitutis*, que tenía por objeto hacer reconocer por el demandado el derecho reclamado por el demandante, se ejercitaba como publiciana por aquel que solamente era poseedor de buena fe de la servidumbre que reclamaba, o que teniendo el derecho de servidumbre prefería intentar la publiciana porque habría sido de prueba más fácil.

El principio de la acción publiciana podía aplicarse a la acción negatoria. Nada parecía oponerse aunque las leyes no contienen norma al respecto, sostiene Maynz⁷.

Entre las acciones con las que se podía proteger el derecho de enfiteusis también estaba la publiciana como una acción útil que se otorgaba al que de buena fe se encontraba en posesión de un fundo en el cual, el que no era propietario le había constituido una enfiteusis. Si bien no se exigía la tradición para constituir el derecho de enfiteusis, pues la *actio in rem* competía a los arrendatarios enfiteúticos, aquella sí era requerida para ejercitar la acción publiciana.

El derecho de superficie en un principio sólo estaba protegido por las acciones personales que el superficiario podía tener respecto del cedente. Pero el pretor para proteger el goce de la superficie contra atentados exteriores, creó un interdicto de *superficiebus* y para cuando la concesión hubiese sido hecha a perpetuidad o por un tiempo muy largo concedió una *utilis in rem actio*. Esta acción estaba en todo conforme con la *actio vectigalis* y se admitió ejercitarla como publiciana.

También para la protección del derecho de hipoteca, la acción hipotecaria se concedía como publiciana, a quien sin exigirle probar que la persona que había constituido la hipoteca era propietaria, justificaba por lo menos una posesión *ex iusta causa* por parte de esa persona. En el caso en que las dos partes hubieran tenido ambas su derecho de un poseedor de buena fe, correspondía aplicar la misma distinción, expuesta *ut supra*, que se hacía en la acción publiciana, destinada a reivindicar una cosa corporal.

V.- LA RECEPCION DE LA ACCIÓN PUBLICIANA COMO PROTECCION POSESORIA EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO.

Si bien la terminología usada en el derecho romano no coincide exactamente con la empleada en nuestro Código Civil, es indudable la recepción en esta materia. Así el derecho romano utilizó para referirse a las diferentes clases de posesión, voces como *possessio ad usucapionem*, *possessio naturalis*, *naturalis possessio*, *iusta possessio*, *pos-*

⁷ Op. cit. pag. 895.

sessio civilis, a las que Vélez Sársfield no ha recurrido.

Es evidente que toda la materia referida a la posesión está impregnada del derecho de Roma. Así los elementos constitutivos de la posesión en el derecho romano coinciden con la definición de posesión que da el Art.2351 del Código Civil:

"Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

En efecto, en esta norma se hace referencia a los elementos integrantes del instituto posesorio, cuáles son el *corpus* y el *animus*, cuya reunión fue considerada necesaria en el derecho romano para que produjera efectos jurídicos.

La influencia romana es innegable y coincide en este punto con la concepción romana de la posesión.

En cuanto a la clasificación de la posesión nuestro codificador, como lo adelantamos, si bien no sigue exactamente la terminología romana utiliza criterios semejantes para clasificar este instituto.

La primera clasificación de la posesión que contiene nuestro Código Civil en legítima e ilegítima, surge del art. 2355, definida la primera, en la primera parte de esta norma:

"La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido de conformidad a las disposiciones de este código." [...].

Esta definición de posesión legítima hace referencia a la posesión ejercida por quien tiene derecho a hacerlo, contemplando algo semejante a la *iusta possessio* del derecho romano, que al estar fundada en una *iusta causa* gozaba de la más amplia protección.⁸

También Vélez tomó la división de la posesión de los romanos en posesión de buena y de mala fe circunscribiéndose esta clasificación a la posesión ilegítima, atento a que respecto de la legítima carece de sentido hablar de buena o mala fe.

Es el art. 2356 del Código Civil el que prevé esta clasificación de los romanos:

"La posesión puede ser de buena o de mala fe." [...].

Igualmente nuestro codificador recoge también el concepto romano de posesión *iniusta* o viciosa en los arts. 2364 al 2368, que contemplan la posesión que se tiene mediante violencia (*vi*); en los arts. 2369 al 2371, mediante clandestinidad (*clam*) y en los arts. 2372 y 2364, por abuso de confianza (*precario*).

En cuanto a lo que los romanos consideraron como *quasi possessio* o posesión de derechos ejercida sobre cosas incorporales, nuestro codificador, si bien la excluye del esquema del digesto velezano como categoría de posesión, la define en la nota al art. 2400:

⁸ Mariani de Vidal, Curso de Derechos Reales, 1974,v. I-pág 176, .

[...]Esta cuasiposición de un derecho consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece”.[...]

También en la nota al art. 2351 hace referencia a la misma institución:

[...]“Se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la iuris possessio o la quassi possessio”.[...]

Equivalentemente hace referencia a la terminología romana de *quassipossessio* en el art. 2361, único en el que la toma expresamente.

Va de suyo que la influencia romana es evidente e indiscutible, incluso en la sinonimia terminológica usada en las notas.

V-1.-LA PROTECCIÓN POSESORIA

Uno de los efectos de la posesión son las acciones posesorias que tienen por objeto protegerla, en cuanto éstas otorgan a los poseedores el derecho de defender el hecho mismo de la posesión, con independencia del derecho en que se funda, pues estas acciones son esencialmente *in personam*, como lo eran en Roma. Claro que la protección legal difiere según la clase de posesión de que se trate.

Nuestro derecho organiza la protección de la posesión de forma judicial o extrajudicial. Es evidente la influencia romana en la elaboración del esquema previsto por el legislador.

Esta protección no sólo está reglada en nuestro Código Civil, sino también en los códigos de procedimiento, encontrándose prevista en casos de excepción la propia defensa privada (art. 2470 C. C.).

Tal como lo hicieron las legislaciones modernas, nuestro derecho ha organizado el régimen de protección posesoria tomando como base acciones que tienden a conservar la posesión que ha sido simplemente turbada o acciones destinadas a recuperar la posesión que se ha perdido, otorgándose también facultades al propio poseedor para defenderla y recuperarla siempre y cuando actúe en forma inmediata.

Tal como lo hicieron los romanos, nuestro derecho contempla tanto acciones (art. 2487 y 2499) como interdictos, destinados a proteger la posesión. Ellos representan un claro ejemplo de influencia romana, ya que conservan todos sus lineamientos en las defensas posesorias. Se encuentran también previstas en el sistema del Código Civil, acciones de carácter policial en los art. 2490 y 2498.

En lo relativo a los interdictos previstos en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, la recepción del derecho romano está reflejada en su articulado (arts.606 a 623).

Así, el interdicto de adquirir regulado en él, es el que el derecho honorario con-

templó bajo el nombre de *adispiscendae possessionis* previsto, tanto en nuestro derecho como en aquel sistema, para los casos en que la posesión no se tiene aún, sino que es necesario adquirirla. Para interponerlo el accionante debe acreditar sumariamente su derecho a la posesión que reclama y la ausencia de derechos en el contrincante.

Por su parte, el interdicto de retener o mantener la posesión es aquél que los romanos llamaron *interdicta retinendae possessionis*. Tal como se ejercitaba en el derecho romano, se otorga para el actual poseedor de la cosa que es amenazado o perturbado en la posesión de ella, mediante actos materiales. Nuestro derecho no realiza la distinción que efectuaba el derecho prejustiniano, según que la cosa sobre la que se ejerciera la posesión, fuera mueble o inmueble.

En lo inherente al interdicto de recobrar la posesión, es aquel medio de tutela que el derecho romano denominó interdicto *unde vi*, interdicto *clandestina possessione*, y el de *precario*, protecciones éstas correspondientes a la categoría de *interdicta recuperandae possessionis*. Tal como aquellos interdictos, la legislación procesal nacional protege al poseedor actual despojado mediante violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

Veremos que en el sistema de protección de la posesión de nuestro Código Civil, resulta que del juego armónico de sus artículos puede “leerse” la presencia de la acción publiciana creada por el pretor.

Así, la impronta de esta acción se evidencia en las disposiciones contenidas en el Art. 2487 del Código Civil que textualmente prescribe:

“Las acciones posesorias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa”.

En efecto, de los requisitos que nuestro digesto normativo dispone como necesarios para la procedencia de esta acción (Arts. 2473 a 2481) pueden notarse características semejantes a las de la acción publiciana.

En el Art. 2487 se otorga la acción a fin de recuperar o mantener la posesión, exigiéndose como requisitos, en los artículos anteriormente citados, que tal posesión deba por lo menos contar con el requisito de un período determinado de tiempo (un año) y ser no viciosa. En esas condiciones tiene efectos *adversus omnes*, reales o reipersecutorios.

En tal sentido legislan las siguientes normas:

Art. 2473: *“[...]el poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviera a lo menos el tiempo de un año”.*

Este requisito está en plena consonancia con la idea romana puesta de manifiesto en el interdicto *utrubi*, que requería un tiempo mínimo de permanencia en la posesión y coherente con el criterio del pretor que le otorgaba esta protección a quien se encontrara poseyendo *ad usucapionem* pero que aún no había alcanzado el tiempo necesario para transformar esa posesión en propiedad.

El Art. 2477 es la excepción al requisito de la exigencia de un determinado perí-

odo de tiempo, al prescindir del efectivo transcurso del tiempo para otorgar esta acción posesoria, cuando el turbador no es un poseedor anual y no tiene ningún derecho de posesión.

Esta excepción se asimilaría al elemento ficticio de la acción publiciana, que prescindía del efectivo transcurso del tiempo para fingir cumplido el mismo, a fin de tornar viable el ejercicio de la acción creada por *Publicius*.

Como al poseedor protegido por la acción publiciana, nuestro codificador exige la publicidad, continuidad e ininterrupción en la posesión. Ello en razón de que estos actos de goce público, reiterados no interrumpidos y pacíficos, permiten deducir que quien los ejerce es el propietario, dando ello el fundamento de la protección posesoria. Estos extremos exigidos surgen de los Arts. 2479 y 2481 respectivamente:

“[...]para que la posesión dé lugar a las acciones posesorias debe ser pública”.
“La posesión anual para dar derecho a las acciones posesorias, debe ser continua y no interrumpida”.

En cuanto a la buena fe expresamente el legislador en el art. 2473, tercera parte, prescribe:

“[...]La buena fe no es requerida para las acciones posesorias”

Ello nos remonta a los primeros tiempos de la acción Publiciana en donde tal requisito –buena fe– no era considerado presupuesto para esta protección posesoria, transformándose después en necesaria en épocas del derecho clásico. El sentido de esta norma descansa en la protección del hecho mismo de la posesión, con prescindencia del derecho a ella.

De este análisis concluimos en que la acción publiciana se encuentra en nuestra legislación, siendo un ejemplo evidente de transfusión y vigencia del derecho romano.

Por último otra acción tratada por el codificador en el capítulo de las acciones posesorias es la de obra nueva, incorporada en el año 1968 por la Ley 17.711.

Su origen romano, podemos encontrarlo en la *cautio damni infecti*, creada por el pretor, que acarrea el ejercicio de la acción publiciana, para tutela de su propiedad. Al decir de Arguello⁹, esta institución romana, de la que se apartó Vélez, “...reapareció con la ley N° 17.711”.

A ese respecto se consagró el Art. 2499, segundo párrafo:

“Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

⁹ Arguello, L. R.; Rev. Jur. N° 26, 1985, pág.85

Si bien no se puede discutir la neta raigambre romanista de esta acción, sí se ha discutido el carácter de acción posesoria de la misma, siendo el criterio de Alba Crespo¹⁰ que se trata de una acción preventiva de daños

VI.-CONCLUSIÓN.

El Derecho Romano, esta fuente inagotable, nutrió tanto al hombre romano de aquel entonces, como al de hoy frente a la problemática del los litigios.

Si bien nada que no sea conocido por esta pléyade de prestigiosos romanistas se ha dicho en este trabajo, nuestro objetivo fue mostrar una vez más, la pervivencia del derecho de Roma, esta vez manifestada en la protección brindada a través de la acción publiciana.

No obstante que en el código de Vélez no se la designa con esta terminología, como ya lo destacamos, el espíritu y la finalidad de la acción han sido receptados como medio de protección, aunque sin llegar a la contundencia de los romanos.

Ello muestra acabadamente que la transfusión del derecho de la Ciudad Eterna, se mantiene vivo hasta nuestros días y conserva la autoridad de la razón escrita.

Para concluir nos resta decir que el estudio de la asignatura en las facultades de Derecho, sólo se mantendrá vivo si en nuestra labor cotidiana vinculamos permanentemente las normas romanas, con las modernas, con las actuales y aun con las que se encuentran en vía de formación, para lograr que arraigue en las jóvenes generaciones lo que constituyó lema de uno de nuestros encuentros: "Si el Derecho olvida sus raíces no merece tener futuro".

Abog. Rosa Luz Casen
Abog. Susana Isabel Estrada

BIBLIOGRAFÍA

I.- FUENTE DOCUMENTAL

- Código Civil, Zavalía, Buenos Aires, 2005
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- García del Corral, Idelfonso L., Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de diferencia, Barcelona, 1892 (6 volúmenes).

¹⁰ Alba Crespo, J.J. De la *cautio damni infecti* romana al daño temido de las cosas en el Derecho Civil Argentino. Próspección histórica, (tesis doctoral).

II.- BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- Arangio Ruiz, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, tr. F. De Pelsmacker e Ibañez, Madrid, Reus, 1943.
- Instituciones de Derecho Romano, tr. J. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1952.
- Arguello, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones, 3° edición corregida, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ¿Continúa la transfusión del Derecho Romano en la Argentina?, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y C. Sociales, Tucumán, 1985, N° 26.
- Borda, G., Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, Buenos Aires, Perrot, 1974.
- Cuenca, H., Proceso Civil Romano, Buenos Aires, Ejea, 1957.
- Elguera, E. y Russomanno M., Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1967.
- Mainz, Carlos, Curso de Derecho Romano, tr. A.J. Pou y Ordinas, Barcelona, Molima, 1892.
- Mariani de Vidal M., Curso de Derechos Reales, vol. I, de Zavalía, Buenos Aires, 1974
- Ortolán, M., La Historia de la Legislación Romana, tr. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades, Pérez Rivas, Madrid, Leocadio López, 1887.
- Instituciones del Emperador Justiniano, Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas, Madrid, Hijos de Leocadio López, 1912.
- Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, tomo V, Buenos Aires, Abeledo 1975.
- Peña Guzmán, Luis A. y Arguello, Luis R., Derecho Romano 2° edición, Buenos Aires, TEA, 1966.
- Peña Guzmán, Luis A., Derecho Civil- Derechos Reales, vol. I, Buenos Aires.
- Salas Acdeel y Trigo Repesas F., Código Civil y leyes complementarias anotadas, De. Depalma, 2° ed. Buenos Aires, 1974.
- Savigny, Federico C. de, Sistema de Derecho Romano Actual, tr. J. Mejías y M. Poley, Madrid, Gongora Alvarez, 1879.
- Scialoja, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, Buenos Aires, Ejea, 1954.
- Vazquez, Humberto y otros, Sobre las Penas a los Litigantes Temerarios, Córdoba, Talleres Gráficos U.N.C., 1983.
- Vescovi, Enrique, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Buenos Aires, Depalma, 1988.
- Von Ihering, Rudolf, El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, tr. E. Príncipe y Santos, Madrid, Bailly, Bailliere.

