

- a) caducidad de las rentas, pero sin obligación de las personas beneficiadas de devolver lo recibido; y
- b) caducidad de dichas rentas y además, obligación de tales personas de devolver lo percibido.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no registra ningún pronunciamiento sobre un caso como el apuntado.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES POSESORIAS

(UNA INTERPRETACION LITERAL,
CON UN EXCURSO METODOLOGICO)

Dr. Enrique P. Haba

Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica
Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung

*Al Dr. Adolfo Gelsi Bidart, en cuyo Seminario de
Derecho Procesal tuvo su origen este estudio.*

SUMARIO: Introducción. I) Planteamiento. A) LOS DERECHOS SUSTANTIVOS CIVILES Y SUS ACCIONES: II) Los derechos reales y los derechos personales. III) ¿Existen derechos civiles privados que no sean reales, ni tampoco personales? IV) La acción y el derecho sustantivo. V) La acción real y la acción personal. VI) Las acciones mixtas: a) opiniones doctrinarias. VII) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. VIII) ¿Existen acciones civiles que no sean reales, ni personales, ni mixtas?: a) opiniones doctrinarias. IX) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. B) NOCION GENERAL DE ACCION POSESORIA; ENUMERACION DE SUS TIPOS: X) Concepto de "acción posesoria" y de "posesión". XI) Tipos de acción posesoria: a) problemas de texto. XII) Continuación: b) opiniones doctrinarias. XIII) Continuación: c) apreciación crítica y conclusiones. C) NATURALEZA DE CADA ACCION POSESORIA: XIV) ¿Las acciones posesorias son reales, personales o mixtas? XV) La acción de restitución: a) opiniones doctrinarias. XVI) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. XVII) La acción de amparo: a) opiniones doctrinarias. XVIII) Continuación: b) apreciación crítica y conclusiones. XIX) La acción de violento despojo. XX) La acción de denuncia de obra nueva. XXI) Síntesis final de conclusiones. EXCURSO: Algunas acotaciones de carácter metodológico.

INTRODUCCION

Este artículo persigue una doble finalidad. Pretende ilustrar sobre la manera de llevar a cabo interpretaciones literales y, además, quiere brindar una información general sobre el régimen de las acciones posesorias en la legislación uruguaya (acaso pueda servir, desde este último punto de vista, como un dato para exámenes de derecho comparado).

Por un lado, pues, se trata de mostrar, a través del análisis de un instituto jurídico determinado, tal cual éste se presenta en una legislación positiva (la uruguaya), de qué manera puede operar una interpretación que busca ser simplemente *literal*. Ello permitirá mostrar, de manera práctica, la *relativa autonomía* de este medio interpretativo. Pero servirá asimismo para destacar, a través del cotejo con soluciones sostenidas por otros autores, que la interpretación literal no es más que uno de los medios interpretativos posibles; es decir, que el mismo puede eventualmente ser completado o desplazado por otros tipos de criterios. Expuse esas ideas en un trabajo aparecido en el último número de esta *Revista*.⁽¹⁾ En tal sentido, el artículo presente puede ser visto como un complemento del anterior.

Por el otro lado, se trata aquí de presentar un comentario ordenado de las disposiciones vigentes sobre *acciones posesorias* en el Derecho escrito uruguayo. Y, puesto que ello ha de basarse sobre una interpretación literal, consistirá en un análisis que pretende ser de carácter antes bien reconocitivo —de lo que "dice" la ley— que "constructivo".

Es cierto que la interpretación de los textos, la manera de indagar lo que ellos "dicen", es asunto abierto a mucha discusión. La problemática de la interpretación constituye tal vez el punto clave —el más difícil de precisar, un objeto de abundantísima controversia— en los estudios sobre metodología jurídica. Ahora bien, las soluciones que "reconoceré" como sentido de los textos a interpretar, reposan sobre esquemas de razonamiento que presuponen una cierta metodología interpretativa. De ello

(1) Enrique P. HABA, "En torno al concepto de la interpretación literal", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 33 (setiembre-diciembre 1977), pp. 127-160.

me he ocupado en otros sitios.⁽²⁾ Aquí debo contentarme con señalar que doy por presupuesta la legitimidad de interpretaciones literales y que, por eso, pienso que vale la pena mostrar la viabilidad de las mismas, propósito para el cual me sirvo de las acciones posesorias como un ejemplo. Ello no me impide ver, por supuesto, que también otras interpretaciones pueden ser legítimas, en la medida en que se acepte *otros* fundamentos; para subrayar este punto agregaré, al final, un Excurso destinado a destacar el carácter contingente que tienen las "naturalezas jurídicas".

Sea como fuere, afirmar la "relativa autonomía" de la interpretación literal no supone desconocer, de ninguna manera, que la doctrina y la jurisprudencia desempeñan un papel activo en la interpretación y aplicación de las leyes. Nada más lejos de lo que piensa el autor de este trabajo que negar ese hecho, por demás evidente. Sin embargo, mientras no se llegue hasta el punto de sostener una identificación absoluta entre estas tres fuentes —legislación, jurisprudencia, doctrina—, resulta obvio que la ley presenta un contenido semántico que guardará *algún* grado de independencia. Dicho contenido puede ser aprehendido por interpretaciones literales.

En efecto: si se admite que la jurisprudencia y la doctrina pueden *equivocarse* al interpretar una ley, o incluso si se considera que ellas deben —con vistas a la aplicación— "mejorar" lo que resulta del texto legal estricto, entonces ya se está admitiendo que la ley ofrece un sentido normativo *propio*, por lo menos en cierta medida. Y es precisamente *ese* sentido, que corresponde a criterios semánticos vinculados al lenguaje legal *mismo*, lo que hay que empezar por reconocer —interpretación literal— antes de saber qué es lo que debería hacerse con aquél: si aplicarlo tal cual (suponiendo que ello sea posible), si modificarlo o si complementarlo de algún modo.

(2) Cf. principalmente dos de mis trabajos: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela (Facultad de Derecho), Cuaderno de Filosofía del Derecho 9, Caracas, 1972 (1976); y "Lenguaje jurídico e interpretación literal", en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, N° 1, Valencia-Venezuela (aparece próximamente). También me he ocupado de aspectos concernientes a la interpretación jurídica en algunos otros estudios, sobre todo en los siguientes: "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII (1973), pp. 371-383; "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Ibid.*, t. XX (1975), pp. 385-400; "La voluntad del Legislador: ficción o realidad?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 32 (mayo-agosto 1977), pp. 73-88; "En torno al concepto de la interpretación literal", en *Ibid.* (ver la nota anterior); y "Sobre una interpretación de la interpretación judicial", aparecerá en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, N° 1.

Por otra parte, corresponde acotar que en el presente trabajo no examino el problema de la *justificación* misma de interpretaciones literales. Me limito a ver cómo *funciona* ésta en un caso concreto: el de la legislación sobre acciones posesorias en el Derecho uruguayo. El problema de la justificación, sin embargo, se encuentra tocado, aunque de una manera más bien lateral, por las acotaciones que efectuaré en el Excurso.

Así, el descubrimiento de un^(2 bis) sentido que corresponde a la propia ley, sea o no que la jurisprudencia y la doctrina se contenten luego con ese mero *re-conocimiento*, constituye el *primer paso* necesario en todo procedimiento dirigido a enterarse de la normación positiva en un sistema de Derecho escrito. Con referencia a las acciones posesorias dentro del Derecho uruguayo, sólo ese primer paso constituirá el objeto de los análisis que aquí se expondrán.

* * *

La legislación uruguaya que en esta materia se halla todavía en vigencia es bastante antigua. El régimen de las acciones posesorias se encuentra regulado en el Código Civil (C.C.), del año 1868. El articulado especial correspondiente fue en lo esencial recogido, y ampliado, por el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), de 1878. Finalmente, en 1934 se sancionó el Código de Organización de los Tribunales (C.O.T.), algunas de cuyas disposiciones modifican artículos del C.P.C. aplicables a las acciones posesorias, especialmente lo relativo a la distribución de la competencia en función de la respectiva naturaleza —real o personal— del tipo de acción.

No abunda doctrina uruguaya sobre el tema. Ella consta, en lo fundamental, de algunos estudios publicados por los alrededores del año 30. Son sobre todo estos trabajos, no obstante su antigüedad, los que habremos de tener en cuenta aquí. Como se trata de un comentario sobre la legislación uruguaya *misma*, no se ve qué utilidad podrían aportar, desde el punto de vista de una interpretación literal, obras más modernas por de doctrinas ajenas al mismo. En los trabajos que se manejarán, por lo demás, el tema es objeto de análisis lo bastante pertinentes como para poner sobre el tapete las líneas esenciales de las cuestiones que importan para interpretar las leyes uruguayas en la materia.

Espero que, de la confrontación entre los puntos de vista sostenidos por esos autores y los que expondré por mi parte, el lector pueda extraer un panorama lo bastante amplio sobre la manera en que, dentro del marco del Derecho uruguayo, cabe enfocar el problema de la naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Pero más aún me interesaría que esa confrontación sirva para hacer ver lo contingente que es, de un modo

(2 bis) En realidad, a veces la interpretación literal puede conducir, según como sea utilizada, a justificar *más de un solo* sentido para las disposiciones interpretadas: cf. el artículo mencionado en la n. 1, esp. los Nos. V y XI. Pero aquí podemos prescindir de ese problema, pues no opondremos "nuestra" interpretación literal a otras interpretaciones igualmente literales, sino que discurrirémos más bien contra interpretaciones de tipo no-literal.

general, la determinación del contenido de las "naturalezas jurídicas"⁽³⁾. Una interpretación literal, en cuanto fundada sobre el carácter convencional del lenguaje, puede así servir de antídoto (lo subrayaremos en el Excurso) contra los "esencialismos" en la conceptualización del Derecho.

I) PLANTEAMIENTO

1.—Abocarse a indagar si las acciones posesorias son de "naturaleza" personal, real o mixta, no deja de tener su importancia desde el punto de vista práctico en el Derecho uruguayo. Sirve, como lo señala Alejandro LAGARMILLA⁽⁴⁾, para dilucidar los siguientes puntos:

(i)—El sujeto pasivo de la acción.

Si la acción es personal, el demandado no podrá ser sino: a) el autor de la turbación o desposesión, b) o sus sucesores universales, c) o los sucesores particulares cómplices del acto ilícito. En cambio, si la acción fuese real podría ser dirigida, en todos los casos, contra cualquier sucesor particular, incluso contra inocentes o de buena fe.

(ii)—La competencia según el objeto del juicio.

Si se trata de una acción personal conocerá el Juez del domicilio del demandado, etc. (según los arts. 27 ss. del C.O.T.).

(3) "Establecer la naturaleza jurídica de un 'concepto' es, pues, establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de preceptos) considerado 'superior' o 'genérico' "(Sergio LE PERA, *La "naturaleza jurídica"*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971; p. 78). Determinar tales "naturalezas" consiste, así, en hallar "conexiones o enganches entre 'conceptos' de distinto nivel" (*Ibid.*, p. 74). Ello se relaciona con dos razones fundamentales: "La primera consiste en que la determinación de la naturaleza jurídica parece presuponer la existencia de (por lo menos) dos conjuntos (conceptos) superiores mutuamente excluyentes entre los cuales es necesario optar. El segundo, y probablemente más importante, consiste en que esta técnica está históricamente vinculada con la reducción de todo el material normativo a los pocos géneros fundamentales a que se recondujo el derecho de origen romano; y por esto la determinación de la naturaleza adquiere énfasis cuando lo que se trata es de introducir algún 'concepto' dentro de las categorías básicas del Derecho Civil" (*ibid.*, pp. 80-81).

En el cuerpo central (Secciones A-C) de este artículo examinaremos bajo qué conceptos fundamentales ("naturalezas jurídicas"), dentro del cuadro de las acciones procesales civiles, se pueden incardinar una serie de procedimientos previstos en el Tít. XV del C.P.C., interpretado literalmente. Y en el Excurso subrayaremos, luego, por qué las "naturalezas" de dichos procedimientos son convencionales.

(4) Alejandro LAGARMILLA, *De las acciones posesorias*, Claudio García, Montevideo, 1930; N° 61, p. 95.

2.—Dice CALAMANDREI,⁽⁵⁾ que entre los diversos criterios empleados a los efectos de clasificar las acciones, se encuentra aquel que toma como base la naturaleza sustancial de la relación o estado jurídico sobre lo cual se contiene. Así, la acción será real o personal, según que el derecho controvertido sea, respectivamente, real o personal. En el mismo sentido, COUTURE⁽⁶⁾ señala que la clasificación tradicional de las acciones —en reales, personales y mixtas— alude en forma directa al derecho que es objeto de la pretensión procesal. Si se acepta esta idea, aunque sea a título provisorio, en última instancia resulta que no habrá más remedio que plantear como cuestión previa: ¿cuándo un derecho sustantivo es real, personal o mixto?

3.—Por otro lado, puesto que el presente trabajo se ocupa de las acciones posesorias, habrá que empezar por tratar de definir el concepto general que corresponde a las mismas. Recién luego será el momento de centrar la atención, en particular, sobre la meta final: averiguar la naturaleza jurídica que es propia, respectivamente, a cada tipo de acción posesoria.

4.—Así planteadas las cosas, deberán dilucidarse, una tras otra, diferentes cuestiones. La resolución de cada una irá suministrando los presupuestos necesarios para pisar el terreno firme requerido a los efectos de pasar a la que le sigue en el orden de exposición. Por lo tanto, serán sucesivamente encarados los siguientes puntos:

- Concepto de derecho personal y de derecho real; diferencias entre ambos; la cuestión de si existen derechos que no sean ni reales ni personales.
- Concepto de las acciones reales, de las acciones personales y de las mixtas; relaciones de cada una de ellas con el derecho sustantivo; la cuestión de si existen acciones que escapen a aquella clasificación.
- Concepto general de acción posesoria; determinación de cuáles son, en particular, los distintos tipos de acciones posesorias.
- Naturaleza jurídica de la posesión; su relación con la naturaleza de la acción posesoria.
- Estudio, en especial, de la respectiva naturaleza de cada clase de acción posesoria.

En los párrafos que siguen se tratará, pues, de ir enfocando brevemente los aspectos fundamentales de los puntos que vienen de ser planteados. Y lo haremos sobre la base de una interpretación literal de la

(5) Piero CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962; Volumen I, N° 40, p. 292.

(6) Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque De palma Editor, Buenos Aires, 1958; N° 49, p. 84.

legislación uruguaya pertinente.

II) LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

5.—Nuestro punto de partida está dado por las disposiciones del C.C.:

"Derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del dominio. El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía; como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase." (art. 472).

Derechos personales son los que sólo puede reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales." (art. 473).

De todos modos, la interpretación de estos textos exige cierto desarrollo aclaratorio. Para esbozarlo, seguiremos indicaciones de ALSINA⁽⁷⁾ y de GUILLOT⁽⁸⁾.

6.—Los derechos personales autorizan a exigir de una persona determinada, el cumplimiento de una obligación (de dar, de hacer o de no hacer). Sus elementos son:

- sujeto activo (acreedor);
- sujeto pasivo (deudor);
- objeto (de la prestación).

La relación entre el acreedor y el deudor, es lo que constituye propiamente el derecho personal: el segundo se obliga, frente al primero, a cumplir una prestación.

7.—Por su parte, los derechos reales son los que permiten usar, gozar y disponer, de una cosa propia o ajena. Sus elementos son:

- sujeto activo (titular del derecho real);
- objeto (cosa sobre la cual se ejerce ese derecho).

(7) Hugo ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941; Tomo I, pp. 205-207.

(8) Alvaro GUILLOT, *Comentarios del Código Civil. De los Bienes*, Jerónimo Sureda Editor, Montevideo, 1926; Nos. 44-46, pp. 41-44.

Hay nítidas diferencias entre los derechos reales y los personales. Esas diferencias saltan a la vista en lo que tiene que ver con cuatro aspectos: el sujeto pasivo, el tipo de prestación, la enumeración de los derechos en cuestión, la existencia o no de preferencias. De esto se ocupan los cuatro numerales siguientes.

8.—Sujeto pasivo.

a) Los derechos personales son relativos, porque desde su nacimiento queda individualizado su sujeto pasivo: el obligado.

b) En cambio, los derechos reales son absolutos; ya que frente a ellos no aparece un sujeto pasivo individualizado más que en el caso de que éste haya incurrido en violación de aquel derecho (es desde ese momento que el violador queda sometido a la pretensión jurídica del titular del derecho). Es decir, que en la naturaleza del derecho real no está la necesidad de la existencia de un sujeto pasivo, sino que siempre aquel derecho preexiste a este sujeto eventual (o sea, a la determinación de un violador —que puede ser cualquiera—).

9.—Prestación.

a) Los derechos personales tienen por objeto una actividad del sujeto pasivo: un hacer propiamente dicho, o una abstención. A su vez, esta prestación (objeto de la obligación) puede o no referirse a una cosa que exista ya en el momento de nacer tal derecho.

b) En cambio los derechos reales se ejercen sobre las cosas —materiales o inmateriales—, con prescindencia de la actividad de las personas. Además, la cosa tiene que tener existencia actual para poder ser objeto de esos derechos.

10.—Enumeración.

a) El C.C. enumera una serie de derechos reales y hay otros establecidos por la legislación especial. De todos modos, su número es limitado, ya que sólo pueden ser creados por ley. La ley otorga situación privilegiada al derecho real. De ahí que todo contrato o disposición de última voluntad que procurase constituir otros derechos reales —fuera de los legalmente previstos—, o modificar los establecidos por ley, en el mejor de los casos valdría únicamente como constitución de derechos personales.

b) En cambio, la cifra de derechos personales posibles, en cuanto a sus clases, es ilimitada. Estos pueden surgir de múltiples tipos de contrato, en función del principio de autonomía reconocido en principio a la voluntad de las partes.

11.—Preferencia.

a) El derecho real es un derecho de preferencia para su titular. P. ej.: quien tiene un derecho real sobre una cosa que no le pertenece, no puede verse perjudicado por el dueño de la misma, ya que éste no consigue obligarla en detrimento de aquél (es el caso del acreedor hipotecario, etc.). El derecho real "sigue a la cosa", crea un vínculo directo entre ésta y su titular, es un derecho que subsiste aun cuando el objeto se encuentre en poder de un tercero (legitima el ejercicio de la acción reivindicatoria, etc.).

b) En cambio, el derecho personal carece por lo general de preferencia en su favor. P. ej.: el deudor de una cosa puede contraer nuevas obligaciones respecto a la misma, perjudicando así al primer acreedor de aquélla. No obstante, este principio —la falta de preferencia— reconoce excepciones para ciertos casos expresamente determinados por la ley.

12.—Merece complementarse lo que viene de ser expuesto, trayendo a colación los siguientes conceptos tomados de Eugenio LAGARMILLA.⁽⁹⁾ Se ha dicho que no es del todo cierto que uno de los principales caracteres diferenciales entre el derecho real y el personal radica en la circunstancia de que el primero no y el segundo sí exijan, de modo necesario, la existencia de un sujeto pasivo. Tanto el titular de un derecho personal (acreedor), lo mismo que el de un derecho real, ambos pueden exigir que todos los individuos respeten su derecho (es decir, que se abstengan de turbar su ejercicio). Pero sucede que en el caso del derecho personal hay, además, una persona determinada (deudor) a la cual el titular (acreedor) puede pedir algo que no puede pedirle a las demás: a éstas no pero a aquél sí, el titular puede solicitarle el cumplimiento de determinada prestación. Frente a un derecho personal hay siempre una obligación correlativa, y viceversa. De esto se infiere que las causas eficientes de los derechos personales son las mismas fuentes que las de las obligaciones. Por el contrario, no hay derechos reales con obligaciones correlativas: porque si los hubiera, ya no se trataría de una relación directa entre la persona y la cosa. Para que haya derecho real es imprescindible que entre la "cosa" en la relación: que haya un poder inmediato sobre ésta, que permita la realización del derecho sin intervención de otra persona (mientras que en los derechos personales no puede adquirirse el objeto sin el hecho del obligado).

III) ¿EXISTEN DERECHOS CIVILES PRIVADOS QUE NO SEAN REALES, NI TAMPOCO PERSONALES?

13.—A propósito de la caracterización genérica de los derechos reales y de los personales, así como acerca de los principales diferencias entre

(9) Eugenio LAGARMILLA, *De las acciones en materia civil*, Claudio García, Montevideo, 1930; Nos. 24-26, pp. 47-55.

ambos tipos, no aparecen registradas mayores discrepancias en lo que se refiere al sistema vigente en el Derecho positivo uruguayo. Cabe pensar que a ese respecto no hay lugar a objeciones *fundamentales* en torno a las características genéricas reseñadas en el párrafo precedente. Sin embargo, más espinosa se presenta la posibilidad de lograr un acuerdo sobre el punto que es objeto del presente párrafo.

14.—Dice GALLINAL⁽¹⁰⁾ que existen derechos extrapatrimoniales que no son ni reales ni personales; sería el caso, p. ej., de los derechos relativos al estado de las personas. Y agrega que tampoco puede concebirse, ni la ley lo establece, un derecho mixto: un derecho que fuese a la vez real y personal.

15.—También E. LAGARMILLA⁽¹¹⁾ arriba a conclusiones similares: es decir, que los derechos de familia no tienen para nada en cuenta los bienes (cosas). Y aun cuando del reconocimiento del estado civil puedan resultar o no ventajas valorables desde el punto de vista económico, éstas no serían sino una consecuencia secundaria y accidental. Los derechos de familia serían otra cosa; ni reales ni personales. Tanto los derechos reales como los personales presuponen siempre una "cosa" (objeto de la relación jurídica); en cambio, sólo confundiendo los términos podría aplicarse el nombre de "propiedad" a las relaciones de familia.

16.—Cabe pensar que el asunto merece ser planteado en los siguientes términos, en función de la legislación uruguaya:

a) Por lo pronto, el art. 471 C.C. no deja lugar a dudas:

"Los bienes incorporeales son derechos reales o personales";

en consecuencia, no puede haber ningún "bien incorporal" que no sea un derecho real o uno personal.

b) A su vez, el art. 460 inc. 2 C.C. descarta que haya "bienes" que no sean corporales o incorporeales:

"Los bienes son corporales o incorporeales".

c) Los arts. 461 ss., C.C. indican cuáles son los bienes "corporales"; evidentemente, esos artículos no permiten incluir entre dichos bienes a los derechos de familia.

d) Por lo tanto, surge una primera conclusión que es indudable en el marco del Derecho escrito uruguayo: si los derechos de familia son "bienes", ellos no podrán pertenecer sino a la especie de los "incorporeales".

(10) Rafael GALLINAL, *Manual de Derecho Procesal Civil*, "Casa A. Barreiro y Ramos" S. A. Editores, Montevideo, 1929; Tomo I, Nos. 40-41, pp. 44-45.

(11) *Op. cit.* (n. 9). N.º 33, pp. 77-80.

17.—¿Pero es correcto afirmar que los derechos de familia son "bienes"? La respuesta depende del concepto mismo de "bienes". El art. 460 inc. 1 C.C. los define así:

"bajo la denominación de bienes o cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad".

Cabe pensar que lo que tiene que ver con el estado civil de la persona, en realidad *no tiene "una medida de valor"*; sin perjuicio de que, como dice E. LAGARMILLA (*supra* núm. 15), ello pueda comportar ventajas económicas accesorias —que empero no son de la esencia misma de ese estado—. En cuanto a si los derechos del estado civil pueden ser objeto de "propiedad", eso es más difícil de resolver. En última instancia, éste es un problema que remite al análisis de la naturaleza jurídica del derecho mismo de propiedad. Habría que ver hasta qué punto le son esenciales a éste, una serie de caracteres, como el de la enajenabilidad del objeto, etc. Si se concluye que el estado civil no es objeto de propiedad por parte de su titular, no pueden haber dudas de que dicho estado escapa a la clasificación de los derechos en reales y personales. Pero si, en cambio, se admitiere que puede ser objeto de propiedad, se viene a caer en los lazos de la siguiente disyuntiva:

—la conjunción "y", empleada en el inc. recién transcrito, ¿significaría que sólo son "bienes", aquellos que tienen "una medida de valor" y que además (copulativamente) "pueden ser objeto de propiedad"?

—o bien, por el contrario, ¿bastaría con que se presente una sola de estas dos condiciones?

Si se admite la primera de las dos soluciones propuestas, resulta que tampoco los derechos de familia son "bienes". Si se consiente la segunda, en cambio, la solución a que finalmente se llegue surgirá en función de la idea que se admita en cuanto a la naturaleza del derecho de "propiedad". En definitiva, cabe inclinarse por la tesis de que *los derechos de familia no son de naturaleza real ni personal*. En este sentido, a las razones ya apuntadas hasta aquí, complementariamente pueden agregarse las que se expondrán en los tres núms. siguientes.

18.—La letra del art. 460 inc. 1 (*supra* núm. 17).

La conjunción "y" pertenece al género de las copulativas: en principio sirve para unir conceptos, no para separarlos. El texto no dice: "... todo lo que tiene una medida de valor y lo que puede ser objeto de propiedad". O sea, que no considera como dos hipótesis diferentes y por separado posibles, la del "valor" y la de la "propiedad". Además, si lo que hubiera querido decir es que la "propiedad" puede presentarse sin "medida de valor" y que en cualquiera de las dos situaciones hay "bienes": ¿por qué no emplea directamente la conjunción "o", en vez de "y"?

19.—El concepto de la "propiedad".

Se encuentra desarrollado en el art. 487 C.C.:

"El derecho de gozar y disponer de una cosa comprende: ... (y siguen seis incisos enumerativos).

Es evidente que al estado civil no pueden aplicarse, por lo menos, las facultades que al dominio otorgan los incs. 3, 5 y 6. Podría argüirse que también, p. ej., el dueño de un inmueble puede llegar a carecer de dichas facultades; p. ej., el nudo propietario de un bien dado en usufructo. Pero en tal caso, esas carencias no serían originarias, ni esenciales al derecho de propiedad mismo. Por el contrario, todas las facultades que mencionan los seis incisos permanecen comprendidas dentro del derecho de propiedad *in totum*; pero al ser dividido ese derecho entre dos o más personas, es natural que no todas las facultades inherentes al mismo queden en manos de una sola de ellas. Además, en cualquier momento aquellas carencias pueden ser levantadas, sea por acuerdo de partes o por el mero transcurso del tiempo.

20.—"Medida de valor".

Más arriba (núm. 15) se adelantó que el estado civil no tiene "medida de valor", ya que él no se encuentra en el comercio. Pero si se aceptase que la tiene, considerándose además que la "y" del art. 460 inc. 1 no es copulativa sino disyuntiva, entonces habría que referir necesariamente el derecho de familia al de dominio. No habría más remedio que desembocar, en tal caso, en la aceptación de esta última conclusión, ya que no se está ante un derecho personal sino real (*supra* par. II); y este derecho (de acuerdo al art. 472 C.C.) tendría que ser, no "un derecho *contra* la cosa" (derecho de garantía), sino un "derecho *en* la cosa" —lo que "supone el dominio o un desmembramiento del dominio"—. Quiere decir que, en tal caso, sería un derecho pasible de propiedad. Por donde retoman importancia (para refutar todo punto de partida dirigido a afirmar que el estado civil tiene medida de valor) las consideraciones que recién se acaban de efectuar (*supra* núm. 19) sobre el concepto de propiedad: puesto que esta categoría jurídica (la propiedad) no es aplicable a los derechos de familia, ellos no son de naturaleza real ni personal.

IV) LA ACCION Y EL DERECHO SUSTANTIVO

21.—La acción, en general, es un instrumento para promover un derecho sustantivo. Pero la acción no es este mismo derecho sustantivo, sino un "*medio*", de acuerdo al art. 240 C.P.C.:

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe".

La acción es una garantía del derecho sustantivo. El legislador programa idealmente la coincidencia entre ambos; pero para que aquel fin de garantía se pueda cumplir en la práctica, surge la necesidad de que ellos dos no se confundan. Aunque la acción no esté verdaderamente fundada en el derecho sustantivo que invoca, igual ella es admisible por lo menos a los efectos de que el asunto se discuta procesalmente: si la pretensión judicial coincide o no con el derecho sustantivo, es cosa que recién se sabrá al final del proceso, en el momento de la sentencia. La acción es uno de los derechos-medio: no se agota en su propio ejercicio, sino que tiende a un fin ulterior, ya que mediante la acción se busca defender la vigencia del derecho sustantivo.

22.—De lo dicho en el núm. anterior, en especial será necesario retener una cosa a los efectos de los desarrollos subsiguientes: que cuando se estudia el funcionamiento y la naturaleza de un tipo de acción en particular, no es imprescindible que la naturaleza jurídica de la acción coincida plenamente con la naturaleza jurídica homónima que presentan los elementos del derecho sustantivo que dicha acción busca promover. Es decir, que cabe distinguir el aspecto procesal frente al aspecto material.

V) LA ACCION REAL Y LA ACCION PERSONAL

23.—Dice E. LAGARMILLA⁽¹²⁾ que las acciones se caracterizan por el derecho de donde emergen, según lo confirma el C.C. en sus arts. 472 y 473 (ambos *in fine*):

"De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase";
"De estos derechos (los personales) nacen las acciones personales".

De tal modo, como los derechos *reales* consisten en una relación directa entre el sujeto y la cosa, resulta que la acción que nace de aquéllos no se dirige contra una persona determinada, sino que persigue la "cosa" y no la persona. En las acciones *personales*, en cambio, la persona obligada es de antemano conocida y la acción no puede dirigirse sino contra ella. Es cierto que algunas veces el legislador se aparta de las inferencias estrictas de tales principios, permitiendo que las acciones surgidas de un derecho personal puedan ser propuestas contra quienes no intervinieron en la relación obligacional. Pero esta circunstancia excepcional no alcanza a alterar la naturaleza de la acción: de un derecho personal, jamás puede surgir una acción real. En el Derecho romano existían las acciones llamadas "*in rem scripta*", que a pesar de ser personales podían ser dirigidas contra terceros; pero nunca hubo dudas sobre su carácter personal, por cuanto tenían origen en una obligación. En cuanto a las acciones *reales*, en todos los casos (sin excepción alguna) ellas se dirigen contra personas indeterminadas, extrañas a la propia relación jurídica de donde ha emergido la acción.

(12) *Op. cit.* (n. 9), Nos. 28-30, pp. 58-62.

24.—GUILLOT⁽¹³⁾ se pronuncia en términos similares a los de E. Lagarmilla. La acción es el derecho de hacer valer un derecho en juicio. De los derechos reales nacen las acciones reales, y de los derechos personales nacen las acciones personales.

25.—En el mismo sentido va también lo que dice GALLINAL⁽¹⁴⁾ la acción, por ser el accesorio del derecho, toma la naturaleza de éste.

26.—No del todo coincidente, al parecer, es la opinión de ALSINA⁽¹⁵⁾ Llega a afirmar que, no siempre que se esté en presencia de un derecho real corresponde decir que la acción que lo protege es también real; de algunos derechos reales nacerían también acciones personales (p. ej.: en el usufructo, en el uso, etc.).

27.—Quede a un lado ver hasta qué punto las afirmaciones de Alsina son correctas en lo que se refiere a la legislación argentina. Es cierto que, desde el punto de vista de los principios doctrinarios, no sería *a priori* descartable una falta de coincidencia entre la naturaleza de la acción y la del derecho promovido por la misma (*supra* par. IV). Sin embargo, ello no resulta compatible con los textos positivos uruguayos: C.C. arts. 472 y 473, C.P.C. art. 241. Cabe pues concluir (como lo hacen Lagarmilla, Guillot y Gallinal) que la acción será real o personal, según lo sea respectivamente el derecho material promovido por cada una. De este principio general, sólo corresponde apartarse si se encuentra texto expreso de Derecho positivo que así lo autorice, a título excepcional, para algún caso determinado: p. ej., en los casos señalados *infra* pars. XVIII y XX.

VI) LAS ACCIONES MIXTAS:

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

28.—ALSINA⁽¹⁶⁾ señala que la doctrina requiere, para admitir la existencia de acciones mixtas, que se den dos presupuestos esenciales:

- que el acreedor tenga un derecho real y uno personal, que pueda ejercitar simultáneamente;
- y que haya vinculación entre ambos derechos.

Así, p. ej., en el Derecho francés se considera mixta la acción de rescisión del contrato de compraventa; pues el vendedor a quien no le ha sido pagado el precio, tiene (contra el comprador) una acción personal para la rescisión del contrato, y a la vez tiene también una acción real

(13) *Op. cit.* (n. 8), N° 58, pp. 50-51.

(14) *Op. cit.* (n. 10), N° 38, p. 42.

(15) *Op. cit.* (n. 7), p. 206.

(16) *Op. cit.* (n. 7), pp. 207-208.

para la devolución de la cosa. Esto ocurre en el Derecho francés porque allí no se exige la tradición, sino que el comprador adquiere la propiedad por el hecho de la convención misma.

29.—GALLINAL⁽¹⁷⁾ entiende que la acción mixta de real y personal no existe en el Derecho uruguayo. Para concebirla, se exigiría, como base, también la existencia de un derecho mixto (*supra* núm. 25): o sea, de un derecho que a la vez fuese real y personal, cosa que la ley no establece. Hay casos, sí, en que una persona puede deducir dos acciones simultáneamente. P. ej.: el acreedor hipotecario tiene acción real contra el inmueble afectado; y si éste no alcanzara para cubrir el crédito, dicho acreedor tiene además acción personal contra los demás bienes del deudor. Pero en tales casos no hay acción mixta, dado que la acción personal del acreedor es subsidiaria de la real —y lo accesorio no es propiamente lo que determina el carácter de la acción—. En el mismo sentido, ALSINA⁽¹⁸⁾ dice que en estos casos no existe la acción mixta, que es una sola, sino que hay dos acciones, de las cuales una es necesariamente accesorio de la otra.

30.—E. LAGARMILLA⁽¹⁹⁾ agrega, por su parte, algunas otras consideraciones. Resumámoslas. Aunque la ley diga que hay acciones mixtas y que son aquellas que “tienen el doble carácter de reales y personales” (art. 243 *in fine* C.P.C.), la ley será siempre impotente para variar la naturaleza de las cosas. No basta que al deducir una acción real se pida al mismo tiempo el cumplimiento de una obligación, para que se esté ya ante una acción mixta. P. ej.: si el que inicia una acción reivindicatoria solicita que el demandado pague también los frutos y demás prestaciones personales, lo que aquí hay son dos acciones, una real más una personal, pero no una acción mixta; en este caso, la acción personal es un mero accesorio de la real, porque quien demanda la propiedad está pidiendo en primer término el reconocimiento de su derecho de dominio, y las demás prestaciones no aparecen sino como una consecuencia necesaria de la propiedad. No son las conclusiones accesorias, sino la naturaleza, el principio, el elemento primitivo de la acción, lo que determina el carácter de ésta. Son “principales”, las acciones que constituyen el fundamento del juicio: las acciones que tienen existencia propia e independiente. En cambio son “accesorias”, las que presuponen otra acción principal. Si se trata de una acción principal más una accesorio, no hay acción mixta. Porque si se dice que la hay, jamás podría concebirse la existencia de una auténtica acción real, sino que todas las de este último tipo serían mixtas. Por ejemplo: hasta la reivindicación (acción real por excelencia) sería entonces una acción mixta, ya que allí juntamente con la demanda de la cosa se piden siempre frutos. Lagarmilla concluye que sólo es acción mixta, aquella por la cual se reclama un objeto en virtud de dos derechos yuxtapuestos: un derecho real y un

(17) *Op. cit.* (n. 10), N° 40, p. 44

(18) *Op. cit.* (n. 7), p. 208.

derecho de crédito, siempre y cuando de estos dos derechos nazcan dos acciones que se ejercitan como principales (no cuando la una se deduce como accesorio de la otra).

VII) LAS ACCIONES MIXTAS (continuación):

b) APRECIACION, CRITICA Y CONCLUSIONES

31.—En el par. anterior quedaron registradas las opiniones de diferentes autores sobre el punto. Sin embargo, cabe pensar que el problema merece ser enfocado de otro modo. El punto de partida ha de ser el texto del art. 243 incs. 3 y 4 C.P.C. A partir de esta disposición expresa, no cabe la más mínima duda acerca de que en el Derecho uruguayo existen las acciones mixtas:

“Se pueden unir estas dos acciones [la civil y la criminal] y entonces se llama mixta. Llámense también así, las que tienen el doble carácter de reales y personales”.

El nudo de la cuestión es otro: no si las acciones mixtas existen para la legislación uruguayana (eso es la evidencia misma), sino *qué* debe entenderse allí por acción “mixta”.

32.—La observación en el sentido de que una acción mixta presupondría un derecho sustantivo también mixto, no constituye una conclusión del todo necesaria. Es cierto que el C.C. y el C.P.C. establecen que las acciones reales y las personales surgen de los derechos respectivamente homónimos (*supra* par. V). Pero no menos cierto es que no hay texto positivo que diga lo propio con referencia a las acciones mixtas: en ningún lado se encuentra establecido que éstas deben emanar de derechos materiales de la misma naturaleza. Y es congruente que la ley no diga esto, ya que tampoco en caso alguno habla de “derecho mixto”. Por lo tanto, en esta situación no corresponde echar mano de una interpretación analógica de aquellos textos del C.C. y del C.P.C.

33.—Pudo apreciarse (*supra* par. IV) que no existe una necesidad de principio de que haya homogeneidad absoluta entre el derecho sustantivo y la acción que lo promueve. Y si, no obstante, fue aceptado que la naturaleza del derecho sustantivo determinaba en principio la de la acción, en cuanto al carácter real o personal de ésta, eso quedó sentado porque había precisamente normas legales expresas que así lo establecen (*supra* par. V). Como para el caso de las acciones mixtas no existe la atadura de una normación positiva semejante, no hay necesidad de admitir que las acciones mixtas suponen derechos que sean mezcla de reales y personales. En efecto, este tipo de derechos —mixtos— no existe: no surge

(19) *Op. cit.* (n. 9), N° 32, pp. 68 y 75-76.

de ningún texto positivo. Es necesario concluir, pues, que la esencia de las acciones mixtas no está en función de tales derechos, inexistentes, sino de algún otro principio, que hay que indagar. Alsina y Lagarmilla (*supra* núms. 28 y 30) dicen que la acción mixta, en realidad está compuesta de dos acciones principales, pero no de una principal más una accesoria. Cabe pensar que no hay ninguna dificultad en admitir que *la acción mixta se compone de dos acciones*. En favor de este punto de partida pueden manejarse unas cuantas razones, que serán esbozadas en los cuatro núms. siguientes.

34.—Todo derecho personal engendra una acción personal, así como todo derecho real engendra una acción real; *supra* par. V. Y no existen derechos mixtos (*supra* núms. 32 y 33). Quiere decir que si la acción mixta no abarcase la acción real más la personal, la primera no podría servir para tutelar derechos patrimoniales.

35.—Tampoco puede suponerse que la acción mixta sería precisamente la apropiada a los derechos extrapatrimoniales, los cuales no son reales ni personales (*supra* par. III). Aquí corresponde traer a colación tres reflexiones:

- a) conviene recordar que, a pesar de todo, puede admitir dudas si tales derechos extrapatrimoniales escapan de verdad a la clasificación en reales o personales;
- b) pero sobre todo, no hay que olvidar que el C.P.C. (art. 243 *in fine*) incluye justamente en la esencia de lo "mixto", "el doble carácter de reales y personales";
- c) y el hecho de que existieren derechos (p. ej., los extrapatrimoniales) que no fuesen reales ni personales, no implica de modo forzoso que lo propio deba darse en el terreno de las acciones civiles (*supra* par. IV); máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo a la clasificación de las acciones civiles del C.P.C. (Capítulo I del Título III), ninguna de éstas deja de participar del carácter de las reales y/o de las personales.

36.—De los incs. 3 y 4 del art. 243 C.P.C. (transcritos *supra* núm. 31), claramente surge que la mixta es una unión de dos acciones. En el inc. 3 no hay ninguna duda de que es así. Si bien la letra del inc. 4 no es igualmente clara, de todos modos parece —ya que este inc. está íntimamente vinculado al precedente— que la expresión "doble carácter" se refiere también a la unión de dos acciones. Tiene sentido entender que, por eso mismo, en ambos incs. se encuentra empleado idéntico término, "mixta", en razón justamente de la similitud de esencias.

37.—Por lo demás, si no se acepta la solución propuesta —que "mixta" significa siempre: unión de dos acciones—, no se ve qué otra interpretación viable cabría (y menos que menos, alguna con tantas sugerencias favorables como la primera). El propio vocablo "mixta" sugiere la unión de elementos heterogéneos preexistentes, que se "mezclan".

38.—Lo que resulta más problemático es decidir si, para que haya acción mixta, no merecerá ser incluido, dentro de este género, el caso en que una de las dos acciones es accesoria de la otra (ver *supra* par. VI). El art. 243 inc. 4 del C.P.C. no establece una tal distinción según la naturaleza de la segunda acción, es decir, según que ésta sea accesoria o principal. La pregunta que corresponde plantearse es la siguiente: ¿La "accesoria" es verdaderamente una "acción" o, en cambio, se trata sólo de un aspecto particular de la acción "principal"? Si se entiende lo primero, no cabrá otra solución, de acuerdo al texto legal, que admitir que también la acción accesoria puede ser elemento de una acción mixta. Podría ser aceptable, desde el punto de vista práctico, la observación efectuada por Largamilla (*supra* núm. 30): si se consiente lo último, se vería restringido notablemente el ámbito de las acciones reales propiamente dichas. Sin embargo, rebasa la tarea del *intérprete*, como tal, el modificar el sentido de la norma legal por el hecho de que ella lleve a consecuencias poco aceptables. Por otra parte, e insistiendo en el aspecto práctico de la cuestión, no parece siquiera seguirse mayor perjuicio para el titular de la acción porque ésta sea calificada, por ejemplo, de mixta y no de real: los arts. 25 y 26 del C.O.T. le permitirán a ese titular, si así lo prefiere, entablar su acción del mismo modo que si ella fuese real.

39.—*En conclusión*. Toda vez que se esté ante la unión de dos acciones, una personal y otra real, habrá acción mixta. Para que haya acción personal o real propiamente dichas, la acción debe necesariamente ser una sola; y si lo "accesorio" a una de éstas merece acceder a la categoría de "acción", obvio es que ya no habrá una acción única sino una acción mixta.

VIII) ¿EXISTEN ACCIONES CIVILES QUE NO SEAN REALES, NI PERSONALES, NI MIXTAS?:

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

40.—Este punto debe ser estudiado sobre la base de lo expuesto *supra* par. III.

41.—GALLINAL⁽²⁰⁾ aporta las reflexiones que se resumirán a continuación. Si bien la diferencia entre las acciones reales y las personales se presenta como una clasificación general que busca comprender todas las acciones, lo cierto es que existen acciones muy difíciles de catalogar desde ese punto de vista. P. ej., las acciones relativas al estado de las personas ponen en juego un derecho extrapatrimonial —ni real, ni personal—. En consecuencia, no quedaría sino la siguiente alternativa:

—si se conserva la idea según la cual la naturaleza de la acción depende del carácter personal o real del derecho tutelado, habrá que afirmar que hay otras acciones que no son ni reales ni personales;

(20) *Op. cit.* (n. 10), Nos. 41-42, pp. 44-47.

—si, por el contrario, se afirma que todas las acciones civiles son forzosamente reales o personales, la naturaleza de la acción no será siempre determinada por la del derecho puesto en movimiento, y entonces se llamaría acción personal incluso a las que no ponen en juego un derecho personal ni uno real (p. ej.: las acciones relativas al estado de las personas serían personales, dado que no ponen en movimiento un derecho real).

Sin embargo, también hay acciones patrimoniales que ponen en movimiento un derecho difícil de clasificar: aquellas que tienen un cierto carácter preventivo, y que tienden más bien a asegurar la prueba de un hecho que la de determinado derecho. P. ej.: un examen pericial pedido como medida preparatoria, sin que se sepa ya si después habrá de ser utilizado para accionar por indemnización (acción personal) o por reivindicación (acción real). Supóngase que se pide como medida previa, la comprobación de cierto hecho: si se pide contra una persona determinada, podría haber acción personal; pero si es contra un número desconocido o imprevisible de sujetos, se aproxima al carácter del derecho real (que por naturaleza es oponible a todos). En conclusión, Gallinal entiende que las acciones patrimoniales no son reales ni personales; y que sólo pueden ser clasificadas como personales si se sostiene que estas últimas abarcan no sólo a las que ponen en juego un derecho personal, sino también a todas aquellas que no ponen en juego un derecho real propiamente dicho.

42.—También E. LAGARMILLA⁽²¹⁾ afirma que las acciones de estado civil son de carácter *sui generis*. Agrega que, por eso mismo, el legislador ha dictado reglas especiales para fijar la competencia en la materia.

IX) ¿EXISTEN ACCIONES CIVILES QUE NO SEAN REALES, NI PERSONALES, NI MIXTAS? (continuación):

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

43.—Cabe pensar que la solución aportada por Gallinal y por E. Lagarmilla merece objeciones. Ya fue señalado que cuando el C.P.C. clasifica las acciones civiles, no admite otras que no sean reales o personales (*supra* par. VII). Esta aseveración se encuentra corroborada ampliamente por el Capítulo III del Título II del C.O.T. Ahí se fija la competencia según el lugar, y para ello se acude en general a criterios que están en función de la naturaleza real o personal de la acción respectiva. Es cierto que ese Cap. maneja también, excepcionalmente, algunos casos especialísimos en donde se aparta del criterio de lo "real" o lo "personal" como guía. Pero resulta que precisamente entre dichos casos, donde no funciona la noción

de acción personal o real, no están señalados los asuntos del estado civil. De donde se infiere que si alguien se empeña en negar que estos asuntos sean pasibles de acciones personales o reales, entonces para ellos no habría en absoluto normas expresas que fijasen la competencia territorial —lo que es inadmisibile—.

44.—Aquí es útil volver a recordar lo señalado *supra* par. IV: del hecho de que tal vez pudiera admitirse la existencia de derechos civiles que no sean reales ni personales (*supra* par. III), no se sigue en forma necesaria que también existan acciones civiles que no tengan carácter real ni personal. Es correcta la disyuntiva que señala Gallinal (*supra* núm. 41): si se afirma que todas las acciones civiles son de por fuerza reales o personales, la naturaleza de la acción no será siempre determinada por el derecho puesto en movimiento. Así es, en efecto. Y no existe ninguna objeción de principio ni de texto frente a tal solución. Por el contrario, es el texto mismo quien para el caso impone tal conclusión.

45.—No obstante, queda todavía en pie un problema más serio: si las acciones de estado civil deben necesariamente ser reales y/o personales, ¿a cuál de estas categorías pertenecen en concreto aquéllas? Gallinal, en la hipótesis mencionada, entiende que no podrían sino ser acciones personales, ya que no ponen en movimiento un derecho real propiamente dicho (*supra* núm. 41). Lo que la ley dice es que de los derechos personales y de los derechos reales nacen siempre, respectivamente, acciones homónimas (*supra* par. V). Pero no dice que las acciones personales y las reales han de corresponder también siempre, respectivamente, a los derechos sustantivos homónimos. Como, al parecer, los derechos de familia no son de carácter personal ni real propiamente dichos, resulta que, en principio, aquéllos no tienen por qué dar lugar ni a acciones personales ni a acciones reales.

46.—Dado que no puede haber acciones civiles que no participen del carácter real y/o personal, ¿cómo hacer para saber cuál es el carácter de las acciones del estado civil? No parece que, al respecto, sea del todo coherente el método que emplea Gallinal (*supra* núm. 41). Así como él afirma que al no poner en movimiento un derecho real propiamente dicho, debe tratarse de una acción personal, con igual validez lógica podría sostenerse que al no poner en movimiento un derecho personal propiamente dicho, debe tratarse de una acción real. En ningún lado la ley estipula que la acción personal sea el principio y la acción real la excepción. Las definiciones del C.P.C. (arts. 240 y 241) no coinciden del todo con las del C.C. (arts. 472 y 473): las primeras pueden dar lugar a un concepto más amplio que el de las segundas, sobre todo en lo que se refiere a la acción real.

47.—El art. 472 C.C. hace sólo referencia a acciones reales que nazcan de derechos reales. A su vez, estos últimos implican íntima conexión con determinada relación de dominio.

(21) *Op. cit.* (n. 9), N° 33, p. 81.

Dice ese art.:

"Derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. El derecho en la cosa supone el dominio o un desmembramiento del dominio. El derecho contra la cosa puede ser constituido meramente por garantía; como sucede respecto de la prenda y la hipoteca. De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase".

48.—En cambio, los arts. del C.P.C. no hablan de "dominio" o "propiedad", sino de "lo que es nuestro":

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (art. 240).

"Las acciones son reales o personales. Real, es la que se dirige a reclamar las cosas que son nuestras, o los derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona. Personal es la que nace de la obligación en que otro está constituido de dar o hacer alguna cosa". (art. 241).

Puede discutirse si son objeto de "propiedad", atento al concepto que de la misma da el C.C., los derechos de familia. De ahí, la dificultad de concebirlas como derechos reales (*supra* par. III). Mas como el término "nuestro" no tiene un contenido técnico-jurídico tan preciso como el de "dominio", se tropieza con dificultades mucho menores en el sentido de admitir que el estado civil sea algo "nuestro" (para el titular del mismo).

49.—No han de haber mayores dudas de que el estado civil no constituye una obligación que tenga algún sujeto pasivo concreto frente a quien detenta aquellos derechos de familia; aun cuando del *status familiae* puedan surgir, de manera accesoria y contingente, obligaciones patrimoniales (*supra* núm. 15). No hay que perder de vista:

- que la acción personal, ella sí, nace necesariamente de una obligación (art. 241 inc. 3 C.P.C.);
- que el derecho de familia no es una obligación ni implica forzosa-mente la presencia de alguna de éstas;
- que las acciones civiles deben ser reales y/o personales.

De todo eso, resulta que las acciones de estado civil no pueden ser personales. Deberán ser reales. Máxime que, dada la amplitud con que el C.P.C. define estas últimas, ello permite que sin violencia de los textos positivos sean incorporadas dentro de este rubro las acciones nacidas de derechos de familia. En cuanto a las acciones patrimoniales que ponen en movimiento un derecho difícil de clasificar (según Gallinal, *supra* núm. 41), habría que resolver en cada caso cuál es su naturaleza, según la situación concreta y en función de los principios generales.

X) CONCEPTO DE "ACCION POSESORIA" Y DE "POSESION"

50.—Qué debe entenderse por "acción posesoria" en la legislación uruguayaya, lo definen de modo expreso —y ambos lo hacen con las mismas palabras— los arts. 658 C.C. y 1171 C.P.C.:

"Las acciones posesorias se dirigen a conservar o a recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos".

Punto clave de esa definición es el concepto de "posesión". A los efectos de aclararlo, se seguirá (en los cuatro restantes números del presente par.) lo que a ese propósito señala GUILLOT.⁽²²⁾

51.—La posesión se halla definida por el art. 646 C.C.:

"La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueños o por otro en nombre nuestro".

L. MERO TENEDOR

Los elementos esenciales de la posesión, de acuerdo a este art., son:

- el *Corpus* (que no es la "cosa" o el "derecho", que son el objeto de la posesión, sino la "tenencia" de esa cosa o el "gocce" de ese derecho);
- y el *animus domini* (que no debe ser confundido con la creencia de ser propietario, ya que el "ánimo de dueño" puede inclusive existir en el poseedor de mala fe: arts. 693 inc. 2 y 1211, C.C.).

Pero para que haya posesión, no es imprescindible que la tenencia o el goce (en ambos casos con "ánimo de dueño") se efectúen por el poseedor mismo, sino que éste puede realizarlos por intermedio de otro sujeto que obre en nombre del primero; este "otro", empero, no será "poseedor", sino mero tenedor (art. 653 C.C.), pues carece del *animus domini*.

52.—Por otra parte, interesa distinguir bien entre sí los siguientes cuatro conceptos:

- *tenencia*;
- *posesión*;
- *derecho de poseer* (es la facultad, que tiene el dueño, de usar y gozar de "su" cosa; este derecho puede existir sin que el titular tenga también la posesión, por ejemplo el propietario aparente es po-

(22) Alvaro GUILLOT. *Comentarios del Código Civil. De la posesión y de la Reinviación*, Jerónimo Sureda Editor, Montevideo, 1926; Nos. 3-10 (pp. 7-12) y 23-24 (pp. 24-26).

seedor pero el propietario real es quien tiene el derecho de poseer; también puede ser, en cambio, que el derecho de poseer se encuentre efectivamente incorporado a la posesión, por ejemplo es ése el caso del usufructuario);

— derecho de posesión (art. 649 inc. 3. C.C.).

53.—La posesión es, desde cierto punto de vista, el hecho revelador de la propiedad: el poseedor es, por lo general, el propietario mismo (pero puede no serlo). De acuerdo al art. 649 C.C., cabe pensar que la posesión es un derecho real, no uno personal. Los derechos reconocidos en los incisos 1º y del 3º al 6º, en el art. indicado, son derechos reales, ya que consisten en un vínculo directo con la cosa (*supra* pars. II y III). Inclusive si las acciones posesorias mismas no se considerasen de naturaleza real, igual la posesión sería un derecho real. Las acciones posesorias, si bien surgen de la posesión, también nacen a consecuencia de un hecho personal: la lesión de los derechos del poseedor. De manera que si, a causa de este hecho ilícito, la acción posesoria puede en algunos casos tener carácter personal, ello no obsta a que la posesión sea siempre un derecho real. Por ejemplo: no hay derecho más real que el de propiedad; y sin embargo, el propietario cuya cosa es dañada por un tercero, no tiene sino una acción personal contra éste.

54.—Por último, a propósito de la posesión, corresponde remarcar que al mismo tiempo se trata de:

— un hecho (la relación material del poseedor con la cosa: corpus más animus);

— y de un derecho (la relación del sujeto con el objeto, encarada desde el punto de vista jurídico: o sea, los derechos implícitos en aquella situación de hecho).

XI) TIPOS DE ACCION POSESORIA:

a) PROBLEMAS DE TEXTO.

55.—En el par. precedente (*supra* núms. 50 y 51) se dio por buena la definición que de la acción posesoria suministran los arts. 658 C.C. y 1191 C.P.C. Ambos arts. están ubicados, respectivamente, dentro de un Capítulo (Cap. II del Título V en el C.C.) y dentro de un Título (Tít. XV en el C.P.C.) que llevan el mismo encabezamiento genérico: "De las acciones posesorias". A estar en rigor a dicho encabezamiento, resultaría que *todas* las acciones comprendidas en ese Cap. o en ese Título deberían ser "posesorias" —salva expresa mención en contrario por texto positivo—. Si se adopta este criterio (que no deja de ser legítimo si no se trata de otra cosa que de interpretar lo que dice la ley misma), obvio es que no habría problema en cuanto a la enumeración de las acciones posesorias: lo serían, ni más ni menos, todas aquellas acciones comprendidas en el mencionado Capítulo o Título.

56.—Sin embargo, la cosa no aparece tan clara si se centra rigurosamente el punto de partida en la definición que de "acción posesoria" dan aquellos arts. 658 y 1191 (*supra* núms. 50 y 51). En tal caso, algunas de las acciones legisladas bajo el encabezamiento expreso genérico de "acciones posesorias", dudosamente podrían tenerse por tales con ajuste al criterio que suministran los arts. referidos.

57.—En el fondo, cabe pensar que el problema (de decidirse por el criterio indicado *supra* en el núm. 55, o en cambio por el núm. 56) no tiene mayor importancia. Lo que interesa es el régimen positivo de esas acciones, tal como se encuentra determinado en el Código. Y no parece que sea posible introducir modificaciones prácticas en ese régimen, por el sólo hecho de que se llegue o no a la conclusión de que algunas de dichas acciones merecen o no llamarse "posesorias". En síntesis: en principio, es legítimo adoptar como punto de partida cualquiera de los dos criterios nominativos señalados (el del encabezamiento genérico de la parte respectiva del Cód.; o si no, el del artículo especial que brinda la definición de la "acción posesoria"); sin que dicho intrínquilis lingüístico de los textos altere, al fin de cuentas, la sustancia misma de las cosas.

XII) TIPOS DE ACCION POSESORIA (continuación):

b) OPINIONES DOCTRINARIAS.

58.—De todas maneras, como a la doctrina le ha parecido importante discutir ese asunto al que viene de restársele importancia en el número precedente (57), no habrá más remedio que detenerse, de pasada, en el punto. Como criterio para orientarse acerca de si una acción es o no posesoria, entonces corresponderá atenerse al establecido *supra* en el núm. 50, ya que sólo éste es capaz de promover problemas (*supra* par. XI).

59.—La doctrina acepta de manera pacífica que la *acción para conservar la posesión* (arts. 1176 ss. C.P.C.) y la *de recobrar la posesión* (arts. 1184 a 1186 C.P.C.) son auténticas acciones posesorias.

60.—En el caso del *Juez despojante* (art. 1189 C.P.C.), GUILLOT⁽²³⁾ tiene razón cuando dice que contra aquél no procede la acción posesoria: puesto que no se halla en poder de la cosa, no puede restituirla. La acción posesoria habrá que dirigirla contra el que tenga la cosa en su poder, con ánimo de dueño. Quiere decir que el art. que se refiere al Juez despojante, en verdad no trae a la palestra una nueva acción; por el contrario, se limita a establecer una hipótesis más de responsabilidad judicial.

61.—Más dificultades existen respecto a la caracterización de la *acción de violento despojo* (art. 1187 C.P.C.). A. LAGARMILLA,⁽²⁴⁾

(23) *Op. cit.* (n. 22), N° 231, p. 158.



considera que no es posesoria. Lo mismo opina GUILLOT,⁽²⁵⁾ argumentando del modo que sigue. No se trata de una acción posesoria, ya que es concedida hasta a los meros tenedores. Por ello es que después de resuelta por sentencia ejecutoriada, las mismas partes pueden entablar la acción posesoria que corresponda. El fundamento de dicha acción no es proteger la posesión, sino apoyar el principio de orden público según el cual nadie debe hacerse justicia por propia mano. Al concederse la acción contra el poseedor y aun contra el propietario —o sea, en favor de todo aquel que ha sido violentamente despojado (tanto de la posesión, como de la mera tenencia)—, la ley tiene en cuenta, más que el derecho del despojado, el hecho ilícito del despojo violento.

62.—En cuanto a la denuncia de obra nueva (arts. 1190 ss. C.P.C.), GUILLOT⁽²⁶⁾ sostiene que es una verdadera acción posesoria porque:

- no se concede más que al poseedor;
- se sustancia en juicio sumario, como las demás acciones posesorias (art. 1194 C.P.C.), y la prueba es la misma que debe ser producida en las otras;
- está incluida en el mismo Tít. que trata de las acciones posesorias;
- el art. 675 C.C. califica de "juicio posesorio", el procedimiento de esta denuncia; y el art. 1199 C.P.C. deja a salvo para la parte vencida, su derecho a promover el juicio petitorio (quiere decir que después de ejercida la acción de denuncia de obra nueva, no puede ejercerse la acción posesoria).

XIII) TIPOS DE ACCION POSESORIA (continuación):

c) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

63.—En realidad, el art. 1187 C.P.C. trae tres hipótesis diferentes de acción:

"Podrán también pedir que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, los que han sido despojados de la mera tenencia y que por poseer a nombre de otros o por no haber poseído el año completo en los casos del art. 1174; o por otra causa cualquiera no pudiesen instaurar acción posesoria. Estos no necesitan probar más que el despojo violento y no se les puede objetar clandestinidad o despojo anterior".

Se trata, pues, de tres acciones distintas en función de las respectivas legitimaciones activas:

(24) *Op. cit.* (n. 4), N° 137, pp. 182-183.

(25) *Op. cit.* (n. 22), Nos. 300 (pp. 206-207) y 320 (p. 223).

(26) *Op. cit.* (n. 22), N° 327, pp. 228-229.

1. mero tenedor;
2. poseedor de menos de un año;
3. cualquier otro poseedor despojado (el texto habla de "otra causa cualquiera"; pero eso no se puede referir al mero tenedor, porque tal hipótesis está contemplada ya en la situación 1; tampoco se puede referir a quien no hubiera sido poseedor o mero tenedor, ya que sin ostentar una de estas dos calidades no es posible ser despojado de la cosa).

Quiere decir que este art. protege: en un caso, al mero tenedor; y en dos, al poseedor. No hay ninguna razón de texto ni de principio que autorice a sentar de modo apriorístico que estas tres acciones deban ser de idéntica naturaleza; máxime cuando el art. que las instaura, ni siquiera les otorga un nombre común (aunque eso lo haga, sí, la doctrina). Por lo tanto, hay que ver en cada uno de dichos tres tipos de acción, por separado, cuál es su respectiva naturaleza. Entonces se podrá ver si ellas coinciden o no entre sí.

64.—En cuanto a la acción acordada al mero tenedor, nadie duda que ella no se ajusta al contenido del art. 1171 C.P.C. No sería, pues, una acción "posesoria".

65.—Con respecto a las otras dos acciones —las que respectivamente tienen como sujeto activo al poseedor de menos de un año o a cualquier otro poseedor despojado—, merecen reparos los argumentos de Guillot recogidos más atrás (*supra* núm. 61). En primer término, nada tiene que ver el hecho de que esas acciones sean también concedidas al mero tenedor; puesto que la acción específica correspondiente al mero tenedor (*supra* núm. 64) presenta solución propia, que no tiene por qué a priori ser necesariamente la misma que la que deba corresponder a estas otras dos. En segundo término, tampoco es una razón concluyente lo establecido en el art. 1188 C.P.C., sobre la eventualidad de una acción posesoria ulterior; hay otras circunstancias importantes a tener en cuenta:

- a) Si la acción inicial se dirige "a recuperar la posesión de bienes raíces" (art. 1171 C.P.C.), será posesoria. Y en el caso examinado lo es, ya que si el actor (poseedor) de la acción de violento despojo triunfa en su pretensión, él recupera la posesión.
- b) Las razones que pueda haber tenido el legislador para establecer esta acción, no tienen por qué entrar en escena cuando la letra de la ley es tan clara. No interesa si aquél quiso o no proteger la posesión; o si, además de querer protegerla, buscó también otros objetivos (verbigracia: defensa del principio del orden público). Lo que sí interesa es ver si protegió o no al poseedor, en cuanto tal. Y esto último no puede cuestionarse, desde que se encuentra exigida la legitimación activa de poseedor, y puesto que el resultado efectivo de la pretensión acogida por la sentencia da protección a la posesión.

Por lo demás, el recurso a la pretendida voluntad *subjetiva* del "Legislador" constituye un método interpretativo que no siempre es aplicable (en forma realista).⁽²⁷⁾

- c) En la base de la argumentación de quienes opinan como Guillot, hay un concepto de "acción posesoria" que no coincide del todo con el del art. 1171 C.P.C. Porque si coincidiera, bastaría comprobar si de la acción resulta la recuperación de la posesión, para inferir —en caso afirmativo— que tal acción es posesoria.
- d) Del hecho de admitir un ulterior ejercicio de otro tipo de acción posesoria (art. 1188 C.P.C.), no resulta nada que sea terminante con relación al punto en discusión. Ante todo, porque ello nada opone a las consideraciones precedentes. Y luego, no se ve por qué la ley no ha de poder permitir que en un segundo juicio se discuta con mayor amplitud una cuestión que fue resuelta antes —por razones de premura— sobre la base de pruebas menos amplias.

66.—Acerca de la acción de *denuncia de obra nueva*, corresponde coincidir con la conclusión de Guillot (*supra* núm. 62), pero no con las vías por las cuales arriba a ella.

- a) El hecho de que la acción sea concedida sólo al poseedor, aquí no importa tanto. Lo que importa, sí, es para qué le es concedida.
- b) La sustanciación en juicio sumario no significa tampoco nada concluyente con vistas al punto en discusión. Aquel mismo procedimiento se sigue para otros juicios que nadie considera posesorios: por ejemplo, en algunos casos de denuncia de obra vieja o ruinosa (arts. 1206 y 1207 C.P.C.), etc. Además, la definición de la acción posesoria (art. 1171 C.P.C.) no hace para nada hincapié en los trámites procesales en sí.
- c) La inclusión dentro del Título "De las acciones posesorias" sería acaso un argumento concluyente si se adoptase el criterio indicado *supra* núm. 55. Pero justamente hubo que apartarse de dicho criterio a los efectos de las consideraciones comprendidas en el par. XII y en el presente, para que la discusión tuviese sentido (*supra* núms. 55 y 58). Por lo demás, es evidente que ni el propio Guillot aceptaba aquel criterio. Porque si lo hubiera aceptado, debería haberlo aplicado asimismo a la acción de violento despojo; y en consecuencia hubiera sido llevado a calificarla, a ella también, como una acción de naturaleza posesoria —sin embargo, respecto a esta última acción, Guillot razona de muy otra manera (*supra* núm. 61)—.
- d) El argumento que resulta importantísimo, sí, es el de parar cuenta en el hecho de que el art. 675 C.C. ubica la acción de denuncia de

obra nueva dentro de un "juicio posesorio". En cambio, no cabe asignarle importancia (en mérito a las mismas razones expuestas respecto a la acción de violento despojo, *supra* núm. 65) a la posibilidad de juicio petitorio posterior. El quid de la cuestión reside en preguntarse: la "obra nueva" de que habla el art. 1190 C.P.C., ¿atenta contra la "conservación" (art. 1171 C.P.C.) de la posesión? Aunque corresponde admitir que el punto es dudoso, cabe inclinarse por la afirmativa, sobre todo teniendo en cuenta la calificación expresa contenida en el mencionado art. 675 C.C.

XIV) ¿LAS ACCIONES POSESORIAS SON REALES, PERSONALES O MIXTAS?

67.—Admitida que fue (*supra* núm. 57) la legitimidad de calificar como "posesorias" todas las acciones comprendidas bajo esa denominación general en el Tít. XV C.P.C., a continuación no se prescindirá de ninguna de ellas para obtener las conclusiones finales en el presente trabajo. Y puesto que no existe ninguna razón para afirmar *prima facie* que todas esas acciones tengan que ser de idénticas naturaleza, habrá que plantear la cuestión de manera renovada, respectivamente, acerca de cada una de ellas en particular, por su orden.

68.—Quedó sentado (siguiendo a Guillot, *supra* par. X) que la posesión es un derecho real. De aquí muchos llegarán a inferir que también la acción correspondiente debe ser, a igual título, real (*supra* par. V). Mas hay quienes dicen que la posesión es un derecho mezcla de real y personal; y afirman que las acciones posesorias, en consecuencia, deben ser mixtas. Ya fue aclarado, empero, que no es éste el concepto recogido por la legislación uruguaya en materia de acciones mixtas, ya que no hay derechos mixtos (*supra* núm. 32). Sin embargo, para algunos casos puede tal vez aparecer justificado que la acción posesoria sea mixta: en aquellos casos en que se presente el "doble carácter" de que habla el art. 243 *in fine* C.P.C. (*supra* núms. 33 a 39).

XV) LA ACCION DE RESTITUCION (Arts. 1772 a 1775, y 1184 a 1186, C.P.C.): a) OPINIONES DOCTRINARIAS

69.—Para GUILLOT⁽²⁸⁾ se trata de una acción *real* porque, del mismo modo que la acción reivindicatoria, puede dirigirse contra cualquiera que posea la cosa (incluso si la posee de buena fe). Quiere decir que la acción sigue a la cosa y no a la persona, igual que en las acciones reales (*supra* par. II). En cambio, la acción para hacer efectiva la indemnización (art. 1172 C.P.C.) contra el usurpador o el tercero de mala fe, esa sí sería una acción personal y no real.

70.—También E. LAGARMILLA⁽²⁹⁾ opina que la acción de restitución es *real*, ya que por su intermedio se persigue la cosa y no la persona.

(27) Cf. mi trabajo sobre "La voluntad del Legislador..." (*supra* n. 2).

El que detenta la cosa es perseguido en razón de ella. Y si la enajena, la acción —por ser real— se dirigirá contra el nuevo detentador; lo que significa que la persona del demandado no tiene aquí otra importancia que la de hallarse entre el acreedor y el objeto de su demanda. El usurpador está obligado a restituir la cosa. Pero no porque aquél sea parte de la relación jurídica entre el poseedor y la cosa. Al formarse esta relación, el usurpador a nada estaba obligado: no existía obligación alguna frente al derecho real que tenía el poseedor. La obligación de entregar la cosa nació después del derecho real, a causa de la violación de éste. Al obligarse al usurpador a restituir la cosa, se repone el derecho en su verdadero estado. La obligación del condenado es un efecto de su propio hecho y no del derecho que ha violado. Se le condena, precisamente, por ser enteramente extraño a la relación jurídica en cuya virtud se reclama la cosa: se le condena como violador del derecho ajeno.

71.—Para A. LAGARMILLA⁽³⁰⁾ también, esta acción es *real*. Porque ella no nace de ningún vínculo preexistente entre dos o más personas obligadas, sino que se dirige a reclamar directamente la cosa. Además, hay un argumento de texto. El art. 28 C.P.C. hace referencia a los juicios posesorios, indicando que será competente el Juez del lugar del inmueble. Y teniendo en cuenta que el C.P.C. en sus arts. del 28 al 35 se ocupa únicamente de acciones reales, la posesoria deberá también serlo. Por último, es de acotar que del art. 1184 C.P.C. se desprende que la acción personal afecta sólo al obligado o al tercero de mala fe.

72.—A diferencia de los autores citados precedentemente, MATTI-ROLO⁽³¹⁾ entiende que la acción de restitución es *mixta*. Es una acción real, porque se pide la posesión; pero es, a la vez, personal, en cuanto también se pide la represión de un hecho ilícito.

XVI) LA ACCION DE RESTITUCION (continuación)

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

73.—Admitiendo que la posesión es un derecho real, resulta indudable que, cuando no se persigue más que recuperar esa posesión, la acción respectiva es real (*supra* par. V). ¿Pero qué pasa si, además, el actor persigue la indemnización? Acá se replantean todos los problemas que tienen que ver con la naturaleza de la acción mixta (*supra* par. VII). Entonces corresponde preguntarse: ¿podría el despojado instaurar nada más que la acción de indemnización, sin pedir la cosa? En función de los prin-

(28) *Op. cit.* (n. 22), N° 299, p. 204.

(29) *Op. cit.* (n. 9), Nos. 27 (p. 57) y 29 (p. 59).

(30) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, pp. 96-97.

(31) Citado por A. Lagarmilla, *op. cit.* (n. 4), N° 58, p. 92.

cipios generales (arts. 1319 ss. C.C.), cabe pensar que puede responderse de manera afirmativa. Y reconocido esto, resulta que cuando se pide la restitución de la posesión (acción real) con más la indemnización (acción personal), hay acción *mixta*.

74.—Aunque Guillot no llega a decir esto mismo, igual cabe entender que ello se desprende en forma implícita de la posición que él sostiene (*supra* núm. 69). En cambio, E. y A. Lagarmilla (*supra* núms. 70 y 71) parecería que entienden que esa acción es siempre real. Tal vez éstos consideren que, para el caso, la acción de indemnización es "accesoria" respecto a la de restitución; esta última sería la acción "principal" (*supra* núm. 30). Sin embargo, cabe pensar que, por razones antes apuntadas (*supra* núms. 38 y 73), ese criterio no merece ser aplicado aquí. En cuanto al argumento de A. Lagarmilla sobre la base de los arts. 28 a 35 C.P.C. (*supra* núm. 71), ha perdido vigencia con la sanción del C.O.T.; y en lo que tiene que ver con la referencia al art. 1184 C.P.C., éste nada dice en contra de la admisibilidad de la acción mixta.

XVII) LA ACCION DE AMPARO (arts. 1172 a 1183 C.P.C.):

a) OPINIONES DOCTRINARIAS

75.—GUILLOT⁽³²⁾ no admite el argumento de que esta acción sea real en razón de ser real el derecho (posesión) del cual aquélla nace. Por el contrario, afirma que la acción de conservar —a diferencia de la de recuperar— no se dirige más que contra el perturbador: o sea, que sigue sólo a una persona determinada. Y agrega todavía las siguientes reflexiones. Dicha acción no sigue a ninguna cosa, sino a una *persona*. No puede seguir a ninguna "cosa" del perturbador, porque para perturbar no es necesario poseer otra cosa diferente de aquella en que se ejecuta el acto de perturbación. Ni la "cosa" seguida puede tampoco ser aquella cuya posesión se perturba; porque aun cuando la acción se refiere a dicha cosa, no se da contra ésta ni contra quien la posee, sino en favor de ésta o de su poseedor. En cambio, en las acciones reales se reclama determinada "cosa", contra cualquiera que la tenga: esa cosa es la principalmente obligada, y la persona responde sólo por su calidad de poseedor. En la acción de amparo, el perturbador es demandado no porque sea poseedor de alguna cosa, sino justamente porque no lo es respecto de aquella en que ha ejecutado los actos de perturbación. No puede decirse que la acción de conservar sea real por el solo hecho de que puede ejercerla cualquiera que suceda en la posesión al perturbado; p. ej., el cesionario de un derecho real puede, lo mismo que su cedente, demandar a la persona obligada. Es demasiado absoluta la afirmación de que siendo la posesión un derecho real, las acciones que emanan de ella no pueden ser sino de idéntico carácter. P. ej.: la acción de indemnización es personal, aunque también ella nace de la posesión; no hay derecho más real que el de propiedad, y sin em-

(32) *Op. cit.* (n. 22), N° 299, pp. 204-206.

bargo es indudable que los daños que se ejecutan contra ella dan lugar a acción personal (no real) contra quien los ha causado. Cuando la perturbación es producida por la posesión de otra finca diferente de aquella cuya posesión se menoscaba (o sea, cuando la perturbación es ocasionada por otra posesión), entonces sí la acción es real; p. ej., si se plantan árboles cuyas ramas invaden la posesión del fundo vecino, aquí la acción cabe contra cualquiera que posea dicho fundo.

76.—En tesis opuesta a la de Guillot, A. LAGARMILLA⁽³³⁾ entiende que también esta acción es *real*. Y lo fundamenta en mérito exactamente a las mismas razones en función de las cuales postulaba que es real la acción de restitución (*supra* núm. 71).

77.—también MATTIROLO⁽³⁴⁾ dice que la acción es *real*, porque está fundada sobre todo en una presunción de propiedad que la ley ofrece al poseedor.

78.—Otros agregan que, puesto que el poseedor tiene acción contra todo aquel que pretenda turbarlo, es claro que el primero goza de una acción que nada tiene de personal, pues este último tipo de acción no podría intentarse más que contra alguien específicamente obligado.

XVIII) LA ACCION DE AMPARO (continuación):

b) APRECIACION CRITICA Y CONCLUSIONES

79.—Cabe pensar que Guillot está en lo cierto (*supra* núm. 75). Es verdad que ateniéndose únicamente a lo que dice el C.C. (arts. 472 y 473, ambos *in fine*), bastaría que hubiese un derecho real o personal, para que de cada uno de ellos naciera (respectivamente) una acción semejante:

"De los derechos reales nacen las acciones de la misma clase";

"De estos derechos (personales) nacen las acciones personales".

Pero estos textos hay que complementarlos, en aspectos fundamentales, con las disposiciones del C.P.C.; mucho más, teniendo en cuenta que es este último Código el que rige de modo específico la materia procesal.

80.—De los arts. 240 y 241 inc. 2 C.P.C. surge que la acción real, para ser tal, tiene que tener por objeto "pedir" o "reclamar" las "cosas" o los "derechos reales que tenemos sobre una cosa". Dicen estos textos:

"Acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe";

(33) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, pp. 96-97.

(34) Citado por A. Largamilla, *op. cit.* (n. 4), N° 58, p. 92.

"Real es la (acción) que se dirige a reclamar las cosas que son nuestras, o los derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona".

"Pedir" o "reclamar" vale aquí tanto como decir: solicitar que vuelva a nuestro poder algo que ha salido de él. Por lo tanto, si la "cosa" o el "derecho" permanece en nuestro poder aunque hayamos sufrido alguna "inquietud" en el ejercicio de nuestras facultades, mal podremos pedir esa cosa o ese derecho. Nuestra pretensión será otra: que determinado sujeto deje de proceder en tal o cual forma, o que proceda de tal otra.

81.—La acción de amparo no es real, ya que no se dirige a pedir el objeto de la posesión. Pero si no es real, por fuerza deberá ser *personal*. No queda otra alternativa (*supra* pars. V a IX). El art. 241 inc. 3 C.P.C. pone empero como condicionante *sine qua non* para que haya acción personal, que ésta nazca de una "obligación". Dice ese texto:

"Personal es la (acción) que nace de la obligación en que otro está constituido de dar o hacer alguna cosa".

¿Cuál será esa "obligación" para el caso que aquí interesa? Es la obligación del perturbador, en el sentido de hacer cesar la perturbación. Se trata de una obligación de hacer, nacida de un delito o de un cuasi-delito:

"Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél, por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo" (art. 1319 inc. 1 C.C.).

"Reparar" significa, cuando eso es posible, volver las cosas al estado en que estaban antes del hecho ilícito. En el caso estudiado, para lograr dicha "reparación", en algunas ocasiones podrá bastar una abstención. Entonces se estará ante una obligación de no hacer; o sea, un subtipo de la obligación de hacer en sentido amplio.

82.—Junto con la obligación de hacer cesar la perturbación propia-mente dicha, podrá accionarse también por una indemnización (obligación de dar). En tal caso se agrega una segunda acción personal a la primera; pero nunca podrá ahí haber acción mixta, porque ésta exige la unión con una acción real (*supra* par. VII). No obstante, Guillot menciona (*supra* núm. 75) como ejemplo de caso en el cual habría una acción real, el de las ramas que invaden el fundo vecino. Cabe pensar que éste sería un caso de servidumbre impuesta ilegítimamente (art. 614 C.C.). Por lo tanto, entraría dentro de las previsiones del art. 1190 C.P.C. Aquí cabría, pues, la acción de denuncia de obra nueva (cuya naturaleza será examinada *infra* par. XX).

83.—En principio, no es de concebir ningún caso de acción de amparo en donde ésta sea de naturaleza real (siempre que se esté de modo

consecuente a los fundamentos expuestos *supra* núm. 80). Como por intermedio de la acción de amparo no se pide la cosa, aquélla jamás podrá ser una acción real, sino personal. Cabe pensar que las razones invocadas por A. Lagarmilla (*supra* núm. 76) y Mattiolo (*supra* núm. 77), en favor de la tesis de la personalidad, quedan en forma implícita replicadas con lo que hasta aquí se lleva dicho en el presente parágrafo. Pero resta todavía por enfrentar otro razonamiento en favor de la referida tesis: que el poseedor no tendría acción contra persona determinada, sino contra todo aquel que pretenda perturbarlo. Cabe pensar que no es así. Antes del acto de turbación, el poseedor no tiene acción de amparo alguna en su favor: ¿contra quién podría ejercerla? Recién nace dicha acción en el momento de la turbación. Y entonces la acción tiene un solo sujeto pasivo, perfectamente determinado: el turbador.

XIX LA ACCION DE VIOLENTO DESPOJO (arts. 1187 y 1188 C.P.C.).

84.—A. LAGARMILLA ⁽³⁵⁾ no estudia la naturaleza de esta acción, pues considera que no es posesoria.

85.—Guillot⁽³⁶⁾ dice que el mismo principio de que no es legítimo hacerse justicia por propia mano, implica el reconocimiento del derecho de no ser despojado con violencia. De este derecho, que es esencialmente personal, nace la acción de restablecimiento; la cual es, por lo mismo, personal también ella. Agrega que, no obstante, de la circunstancia que la acción sea personal, no se sigue que sólo pueda ser entablada contra el autor de ese hecho ilícito: hay acciones personales que se dirigen contra cualquiera en cuyo poder se encuentra la cosa. Cabe discrepar con Guillot en cuanto proclama la naturaleza personal de esta acción; las razones de la discrepancia serán expuestas en los numerales siguientes.

86.—Ya fue explicado más atrás (*supra* núm. 63) que es necesario examinar por separado los distintos tipos de acción de violento despojo; y que por lo menos dos de ellos, aquellas en que tiene *legitimación activa* el poseedor, son de naturaleza posesoria (*supra* núm. 65). Con respecto a estas dos, si se es consecuente, corresponde entender que son acciones *reales*, porque

—nacen de un derecho real, la posesión (*supra* par. V);
—y por intermedio de ellas se "pide" la cosa (*supra* núm. 80).

87.—Tampoco parece que el *derecho a no ser despojado con violencia*, sea un derecho personal (tal como este último tipo es definido por el art. 473 C.C.; *supra* par. II). No hay derecho personal sin obli-

gación correlativa. Pero cabe entender que ese derecho a no ser despojado con violencia, existe desde antes del despojo: o sea, desde antes que haya un despojante. Y a falta de despojante, evidente es que no hay ninguna persona determinada que esté obligada a algo frente al poseedor de la cosa. Quiere decir que, puesto que el derecho a no ser violentamente despojado existe sin un sujeto pasivo concreto obligado, *no se trata de un derecho personal*.

88.—En cuanto a la restante hipótesis de acción de violento despojo, la que es acordada al *mero tenedor*, ya se había señalado (*supra* núm. 64) que no es una acción "posesoria", pues protege la mera tenencia (derecho personal). Pero sea o no acción "posesoria", lo evidente es que no es una acción real; ya que desde el punto de vista del sujeto activo (mero tenedor), no se trata de pedir una cosa "nuestra" ni "derechos reales que tenemos sobre una cosa, independientemente de la persona" (*supra* núm. 80). Es, por el contrario, una acción *personal*. Porque se trata de una acción que:

- no es real, ni tampoco mixta (desde que no posee ningún carácter de real: *supra* par. VII);
- nace de dos derechos personales (uno, la mera tenencia; el otro, la obligación del despojante de devolver la cosa, lo que constituye una obligación de dar y por tanto está comprendida en el art. 241 inc. 3 C.P.C. —*supra* par. V—).

Esta acción será siempre personal, nunca mixta, por análogas razones a las expuestas *supra* núm. 82.

XX) LA ACCION DE DENUNCIA DE OBRA NUEVA (arts. 1190 al 1200 C.P.C.)

89.—Aceptado que se trata de una acción posesoria (*supra* núm. 66), en un primer momento cabría sentirse tentado de suponer que es de naturaleza real, por cuanto tutela el derecho (real) de posesión. Sin embargo, en función de similares razones a las expuestas a propósito de la acción de amparo (*supra* par. XVIII), corresponde señalar que en verdad es una acción personal; ya que en la pretensión respectiva no se pide la cosa poseída, sino el cumplimiento de una obligación de no hacer (no ejecutar "obra nueva"). Si la sentencia acoge la pretensión, justamente confirmará la obligación de suspender la obra; o sea, que obligará al demandado a no hacer.

XXI) SINTESIS FINAL DE CONCLUSIONES

90.—En cuanto a su naturaleza jurídica, las diferentes acciones contenidas en el Título XV del Código de Procedimiento Civil uruguayo *no son homogéneas* entre sí.

(35) *Op. cit.* (n. 4), N° 62, p. 96.

(36) *Op. cit.* (n. 22), Nos. 320-321, pp. 223-224.

91.—Todas ellas son "acciones posesorias" propiamente dichas, en el sentido que a tales términos otorga el art. 1171 C.P.C. La única excepción es la acción de *violento despojo*, siempre y cuando se dé la hipótesis de que ésta la instaure el mero tenedor.

92.—Son reales, las siguientes acciones:

- acción para recobrar la posesión, siempre que no se pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el poseedor y que éste no pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios.

93.—Son personales, las siguientes acciones:

- acción para conservar la posesión;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el mero tenedor;
- acción de denuncia de obra nueva.

94.—Son mixtas, las siguientes acciones:

- acción para recobrar la posesión, siempre que se pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios;
- acción de *violento despojo*, siempre que la instaure el poseedor y que éste pida conjuntamente indemnización por daños y perjuicios.

EXCURSO: ALGUNAS ACOTACIONES DE CARACTER METODOLOGICO

El examen precedente puede tener —así lo espero— un cierto efecto demistificador. La postulación de "naturalezas jurídicas" ha sido uno de los recursos preferidos de la dogmática en el Derecho continental, la cual todavía continúa inspirándose en orientaciones propias de la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia conceptual, conceptualismo jurídico).⁽³⁷⁾ Aunque esta orientación ya no encuentra defensores en el campo de la Filosofía jurídica y en el de la moderna Teoría Fundamental

(37) De la abundante literatura sobre la *Begriffsjurisprudenz*, me limito a mencionar un trabajo que, además de referirse a las características generales de esa tendencia, tiene el particular interés de centrar su exposición sobre el tema que aquí nos interesa especialmente: S. LE PERA, *La "naturaleza jurídica"* (*supra* n. 3). Para la crítica del recurso a "naturalezas jurídicas" (o "esencia jurídica": *Rechtswesen*) en el pensamiento de los juristas, cf., también las severas observaciones contenidas en los dos estudios siguientes: Eugenio BULYGIN, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Col. Nueva Teoría, Buenos Aires, 1961; y Wilhelm SCHEUERLE, "Das Wesen des Wesens" (La esencia de la esencia), en *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 163 (1964), pp. 429-471. Cf. además las breves pero importantes anotaciones de Genaro R. CARRIO, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 73-77.

del Derecho (*Grundlagenforschung*)⁽³⁸⁾, lo cierto es que los presupuestos de aquella siguen sustentando, en buena medida, la labor de la doctrina que se ocupa de sistematizar determinados sectores del Derecho positivo, sobre todo en el Derecho privado; los juristas de esas ramas no suelen enterarse de las críticas dirigidas contra los fundamentos de su quehacer teórico.

La característica más común de esa actitud de la dogmática tradicional consiste en postular que existen ciertas "esencias" jurídicas, que el jurista logra aprehender en algún "cielo de los conceptos" (Jhering), y que ellas, como tales, se imponen a todo aquel que pretenda cumplir una labor "técnica" en el conocimiento y en la aplicación del Derecho. Se trataría de categorías coesenciales al pensamiento jurídico: a *todo* pensamiento jurídico (Teoría General del Derecho), o al menos para ciertas áreas del mismo⁽³⁹⁾. Nuestro estudio sobre la "naturaleza" de las acciones posesorias, en cambio, ha partido de bases distintas.

Quise ofrecer una interpretación literal. Eso me condujo a defender determinadas conclusiones, muchas de las cuales presenté como bastante seguras (desde dicho punto de vista) y otras como siendo por lo menos relativamente plausibles⁽⁴⁰⁾. Pero he dado por supuesta, para ello, la

(38) Después de la tercera década de nuestro siglo, a más tardar, dicha orientación deja prácticamente de tener partidarios a nivel de las discusiones en profundidad sobre los fundamentos del Derecho. A este respecto podría tal vez hacerse una excepción con Kelsen; pero en el caso de este autor, recuérdese que sus obras principales no se hallan dirigidas a la elaboración de "construcciones" (iusesencialistas) para la dogmática de tal o cual rama particular del Derecho.

(39) Desde el punto de vista filosófico, esta clase de puntos de vista se encuentra representada, por ejemplo, a través de ideas como las de Stammler (neokantismo) o Reinach (fenomenología). Pero eso no quiere decir, claro está, que los teóricos del Derecho positivo sientan la necesidad de ir a hurgar tan lejos las bases de sus construcciones; en realidad, lo más corriente es que ellos no lleguen a tematizar los problemas relativos al *fundamento* metodológico de sus propias posiciones.

(40) Digo "*bastante seguras*" o "*relativamente plausibles*", a diferencia de las conclusiones fundadas en métodos científicos *propiamente dichos*. Porque no hay que olvidar que los "métodos" corrientemente aplicados a la interpretación de las leyes, no suelen presentar el grado de seguridad —las posibilidades de un control firmemente *intersubjetivo*— que en general ofrecen procedimientos como los empleados en las disciplinas lógico-formales, en las ciencias de la naturaleza, en la sociología empírica, etc. La metodología jurídica, al menos en su grado de desarrollo alcanzado hasta el presente, se mueve más bien en el campo de lo "razonable" que en el de lo estrictamente *racional*. Es decir, que sus razonamientos no presentan más que un *cierto* grado de plausibilidad, que según los casos puede ser mayor o menor, pero que habitualmente se halla por debajo de la seguridad que presenta la aplicación de métodos propiamente dichos. Sobre este punto se puede cf. mis artículos: "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität? (¿Racionalidad de las Autoridades o autoridad de la racionalidad?) en *Rechtstheorie*, vol. 8/2 (1977), pp. 145-163; "Lo racional y lo razonable", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XVI-Nº 43 (enero-junio 1978), pp. 1-32; y "Rationalité et méthode dans le droit — est-ce possible?", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978).

pertinencia de interpretaciones *literales*. Debo reconocer, sin embargo, que no todo intérprete tiene necesidad de aceptar esto. También las ideas con las que me he manifestado en desacuerdo tienen, si se elige *otros* criterios interpretativos como base para el análisis, su fuente de legitimación; esto es, cuando no se da por descontada la preeminencia de la interpretación literal. Dicho de otro modo: según cuál sea el *punto de partida* adoptado, será más aceptable una u otra interpretación. Ahora bien, es justamente sobre la problemática de dicho "punto de partida" que quiero llamar la atención en este excurso.

La discusión sobre "naturalezas jurídicas" se basa, si vamos al fondo de las cosas, sobre puntos de vista *contingentes*. He ahí lo que oculta el conceptualismo jurídico. Porque dichas discusiones dependen, en efecto, del fundamento que se *elija* (o acepte) para la cadena argumental correspondiente. Las discusiones se deben al hecho de que un intérprete parte del fundamento A, mientras que otro parte de B. Por ejemplo: uno (nosotros) parte de la letra de la ley; mientras que otros (autores con los que hemos discutido) parten de ciertas categorías de la conceptualización jurídica consideradas (por ellos) como nociones que presentan un carácter más o menos suprallegal, como una especie de "esencias" que el jurista no tiene más remedio que aceptar para pensar (correctamente) como tal.

Lo que nosotros hemos hecho, en cambio, no es otra cosa que indicar cómo una interpretación literal lleva, en muchos casos, a soluciones que no coinciden con las de los iusesencialistas. Con ello hemos querido mostrar que la naturaleza jurídica de las acciones posesorias, del mismo modo que ocurre con otros institutos, es cosa *convencional*. Las discusiones a ese propósito, en la medida en que no empiecen por reconocer este hecho, están condenadas a ser diálogos de sordos. Las acciones posesorias —todas en general o algunas de ellas en particular— tienen una u otra "naturaleza" según la fuente de *autoridad* que se presuponga. Si como autoridad se acepta la letra de la ley, en el Derecho uruguayo no existe una "naturaleza", una esencia homogénea, atribuible por igual a todas las acciones posesorias, sino que éstas corresponden a categorías conceptuales disímiles. Pero para un iusesencialista, semejante respuesta es desechable *in limine*, no merecería ser ni siquiera sometida a consideración; para él, una pregunta por la "naturaleza jurídica" presupone que exista (¡tiene que existir!) una *esencia* propia para cada expresión fundamental del lenguaje jurídico.

En efecto, la dogmática de los juristas suele presentar estas discusiones como si se tratara de "descubrir" *una sola* "naturaleza" posible para cada instituto; como si ahí no cupiera, pues, más que una "naturaleza" *verdadera*, así como de un espectador no depende si el objeto contemplado es triángulo o esfera. Pero este paralelo (sobrentendido) es falacioso. Porque las "esencias" de los objetos físicos o las "formas" lógicas presentan poca analogía con lo que ocurre en el plano del pensamiento jurídico. En el Derecho no existen "esencias" más o menos independientes de

una *aceptación* por parte de los intérpretes⁽⁴¹⁾. Dichas "esencias", en cuanto se postulan como *necesarias*, no son otra cosa que una ficción platonizante, un autoengaño del jurista dogmático. Basta tomar conciencia de la *pluralidad* de los fundamentos jurídicos posibles en la interpretación de las leyes⁽⁴²⁾, cosa que se hace patente a través de las discusiones entre los intérpretes, para darse cuenta de que aquí estamos frente a "verdades" de tipo convencional, como en general ocurre cuando se trata de determinar el sentido de los términos del lenguaje común.

Nuestra interpretación en materia de acciones posesorias puede servir, así, como un "test" para mostrar cómo, *según* el punto de vista que se adopte, la "naturaleza jurídica" tiene uno u otro contenido. Sólo *si* se admite la predominancia del texto legal, merecerían ser preferidas las determinaciones que nosotros hemos puesto de relieve; y aun allí, por lo demás, no faltan aspectos en que la respuesta es dudosa, ya que la propia interpretación literal puede, en su caso, ser efectuada de acuerdo a distintas orientaciones⁽⁴³⁾. A diferencia de los iusesencialistas, nosotros reconocemos, pues, también la contingencia de nuestro propio punto de vista. Por cierto, las *bases* del análisis a que hemos sometido el régimen de las acciones posesorias en el Derecho uruguayo son no menos convencionales que las bases en que se fundan otros autores. Mas es ese carácter *convencional* de las soluciones aceptadas por unos y otros, lo que —¡contra todo esencialismo!— queremos subrayar aquí.

Podría empero sernos planteada la pregunta siguiente: ¿sostiene Ud., por lo tanto, que las interpretaciones dependen simplemente del "capricho" del intérprete? Por supuesto, no es eso lo que suele ocurrir en las discusiones jurídicas. En realidad, el intérprete no tiene —*de hecho*— tanta libertad. Se halla sometido a convenciones semánticas que le vienen impuestas por su medio profesional. Pero lo que ocurre es que, en muchos casos, tales convenciones no son unívocas, o sucede que él puede elegir entre dos o más convenciones que se benefician (todas ellas) de una cierta plausibilidad en dicho medio. Expresado de otra manera: es frecuente que el intérprete pueda apoyarse en más de una "autoridad" para fundamentar soluciones jurídicas; y ello le otorga una *cierta* latitud de elección.

Ya habíamos adelantado algo a este propósito. En efecto, el hecho de aceptar, para un instituto jurídico, que su "naturaleza" es ésta o aquélla,

(41) En realidad, puede dudarse acerca de si en general existen "esencias" *puramente* objetivas, en el sentido de que sean por entero independientes de su eventual aprehensión por cualesquiera sujetos. Pero nosotros no tenemos por qué tomar posición, aquí, sobre esta añeja disputa filosófica. Nos basta con admitir —y esto parece indudable— que las verdades de las ciencias empíricas y de las lógico-formales *se imponen*, ante el científico, de una cierta manera que no se da para las "naturalezas jurídicas" (cf. "Lo racional y lo razonable": *supra* n. 40). Podemos prescindir, asimismo, de considerar el problema referente a si en definitiva existen (y en qué forma) aquellas "esencias": discusión sobre los universales y, en general, sobre la posibilidad de que haya objetos sin sujetos.

(42) Cf. *Esquemas*... (*supra* n. 2).

(43) Ver *supra*, ns. 2 y 40.

depende de la *Autoridad*⁽⁴⁴⁾ en que estemos sustentando la solución recogida. Por Autoridad, entiendo la instancia (convencional) a la cual un intérprete sobreentiende que queda sometida la decisión definitiva sobre el punto. Se trata de una Autoridad *presupuesta*, racionalmente, en la medida en que se quiera *fundamentar* una solución interpretativa. Esa Autoridad puede ser, por ejemplo, "la voluntad del Legislador"⁽⁴⁵⁾ o bien puede tratarse de cierta posición doctrinaria. Y no es imprescindible —¡aquí está el *quid* de la cuestión!— que una y otra conduzcan a conclusiones coincidentes; es más, también puede suceder que distintos Legisladores (p. ej., el de hoy y el de ayer) discrepen entre sí, así como es igualmente posible que haya diferencias entre las soluciones vinculadas a distintas corrientes doctrinarias. Ante tal variedad de opciones, cuando ellas se dan, el intérprete no tiene más remedio que *elegir*. Y las razones por las cuales prefiere una u otra solución no son de carácter constrictivo, en el plano intelectual, sino que en última instancia dependen de factores que pueden obrar (sobre él) en un sentido u otro: convicciones de política jurídica, ideas sociales variadas (inclusive perjuicios) propias del medio social del cual el intérprete proviene o de aquel con el cual se siente más identificado, educación técnico-profesional, preferencias en materia de "estilos" o teorías que se presentan en la doctrina del Derecho, etc.⁽⁴⁶⁾

De todas maneras, lo que estoy tratando de señalar no es que el intérprete esté *legitimado* para elegir la solución que mejor le plazca. No es ése el problema que examino. No pregunto qué es lo que él *debe* hacer, sino que me limito a describir —ser— lo que de hecho ocurre: esto es, que las diferencias interpretativas se explican, en última instancia, por *opciones* a las que el intérprete (conscientemente a no) se encuentra enfrentado. Y lo que me importa destacar, —vale la pena repetirlo aún una vez más—, es que ninguna de esas opciones es más "verdadera" que la otra, sino, en todo caso, más (o menos) conveniente, más (o menos) adecuada desde ciertos puntos de vista *axiológicos*. No existe una verdad jurídica, sino distintas verdades jurídicas, todas ellas posibles, según las alternativas que resulten relativamente plausibles en función de las ideas recibidas en un "auditorio" jurídico (ideas que pueden ser contradictorias entre sí).

Sea que yo elija esta o elija la otra solución interpretativa, la justificación de la misma se planteará, pues, sobre el plano de las *decisiones*

(44) Cf. *Esquemas...* (*supra* n. 2), esp. pp. 10 ss.

(45) Cf. "La voluntad del Legislador..." (*supra* n. 2).

(46) Cf., por ejemplo, los libros siguientes: Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Precomprensión y elección del método en la determinación judicial del Derecho), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Rüdiger LAUTMANN, *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik und Politisches System* (Metodología jurídica y sistema político), Dunker & Humblot, Berlín, 1976.

estimativas, no sobre el de "esencias" preestablecidas. Si, por ejemplo, *prefiero* una "verdad" doctrinaria a una "verdad" legislativa, no respondo —si razono correctamente— hacer pasar la primera por una forma de la segunda, sino que debo hacerme *responsable* de aquélla: es decir, exponer qué razones —*estimativas!*— me llevan, en su caso, a poner la doctrina por encima de la legislación como fuente de Derecho. En tal sentido, subrayar que estoy aquí ante una *elección* y no frente a una simple alternativa de verdadero-o-falso, es un requisito indispensable para la transparencia del pensamiento interpretativo, para su "honestidad" racional.

Si bien se mira, la cuestión de las "naturalezas jurídicas" no es más —desde el punto de vista de un análisis lógico— que un problema relativo a la *construcción* de cierto lenguaje especializado. Dicho de otro modo, se trata de la creación o aceptación de una *terminología* profesional. El sentido de esa terminología es, como en todo lenguaje (también en el científico), de carácter convencional⁽⁴⁷⁾. Esas significaciones dependen, ante todo, de dos circunstancias: (a) de la medida en que sean *aceptadas* en el círculo (profesional) correspondiente; y (b) de la *utilidad* que puedan brindar para resolver los problemas prácticos que allí están en juego.

(47) Señalar que el contenido del lenguaje es convencional, no significa otra cosa que recordar esta verdad elemental: que entre un signo lingüístico (acústico o gráfico) y el (o los) sentido(s) a que el mismo suele aludir, esta relación se halla establecida por la *costumbre* de un uso; y en el caso de los lenguajes artificiales, o de determinados términos técnicos de lenguajes especializados, ello es por una definición expresa, de carácter estipulativo. Por qué se originó, en cada caso concreto, una determinada costumbre y no otras —es decir, por qué se acostumbró utilizar tal o cual término de acuerdo a ciertos sentidos precisamente—, ése es un problema que podemos dejar de lado (por lo demás, en general esto no llega a poder averiguarse en el caso de los lenguajes naturales).

Convencional quiere simplemente decir, pues, que el contenido semántico del término se encuentra determinado por una costumbre, no por necesidades de tipo lógico u ontológico. Claro que, una vez consolidada esa costumbre, aquel que quiera ser comprendido por sus semejantes, en el medio social correspondiente, no puede establecer libremente nuevas convenciones sobre el significado de los términos usuales (salvo que los demás estén dispuestos, para algún que otro término, a aceptárselas). Desde este último punto de vista, el carácter convencional del lenguaje se refiere sólo a su *origen*, pero no a su uso actual. La utilización de un lenguaje *ya establecido* tolera sólo ciertos márgenes de libertad: polisemias, vaguedades, etc. El *speaker* que viola esos márgenes recibe como "sanción", por parte de los oyentes, la consecuencia de no ser comprendido por ellos. Pero tampoco hay que perder de vista que estas convenciones lingüísticas varían en el tiempo y en el espacio. De modo que, en definitiva, la pregunta acerca del *sentido* de un término se reduce a lo siguiente: a indicar las reglas lingüísticas según las cuales ese vocablo *acostumbra* ser utilizado, o bien a postular una nueva significación para el mismo. Y si a alguna de estos dos clases de sentidos quiere llamársele "esencia", "naturaleza", etc., eso no quita que se trate, de todos modos, de significaciones *convencionalmente* establecidas: sea por un uso consuetudinario, sea por decisión de algún escritor.

Para una crítica del punto de vista ontologizante sobre el lenguaje jurídico, cf. mis "Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue" (segunda parte), en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20 (1975), pp. 175-207.

Lo peculiar del lenguaje jurídico, en cuanto lenguaje "científico", es que a estos dos aspectos no suele haber, en puntos generales y también ante casos concretos, unidad de apreciación (intersubjetividad) entre los *speakers* de dicho lenguaje, los juristas⁽⁴⁸⁾. Por eso, la doctrina conceptualista está llamando a engaño. Ella lleva a apartar la vista del punto en donde se halla realmente el *eje* de los problemas en esta materia: la cuestión de las convenciones (a) y de la justificación pragmática (b). Todo esto, que es lo fundamental, se encuentra disimulado en cuanto encaramos esos problemas como si se tratara del descubrimiento de "esencias" preestablecidas. Nosotros, en cambio, al no haber dado por aceptado ningún esencialismo como punto de partida, nos hemos visto conducidos a conclusiones heterodoxas sobre la "naturaleza" de las acciones posesorias.

En síntesis:

Frente al platonismo jurídico representado por los autores que se mueven dentro de los cuadros de la jurisprudencia conceptualista, nosotros hemos querido hacer ver, por el contrario, que, para quien no esté dispuesto a aceptar como artículo de fe un *topos uranos* de "naturalezas jurídicas", la determinación de las mismas se presenta como un asunto relativamente convencional. El contenido de ellas depende de criterios lingüísticos (contingentes) que varían según el *tipo* de fundamentación —interpretación literal u otros— que la decisión del intérprete acepte hacer predominar. Dichos "tipos" resultan de contenidos semánticos, más o menos variados y elásticos, vinculados a criterios habituales de comprensión del lenguaje jurídico de que se trate. Así, en el caso de las acciones posesorias, una interpretación piedeletrista puede llevar a determinadas conclusiones, mientras que interpretaciones dogmático-constructivistas pueden conducir a sostener soluciones distintas. Pero el hecho de preferir unas u otras remite, para su justificación, a cuestiones metodológicas y filosóficas de fondo.

Es a *ese* nivel, el de las cuestiones de fondo, que se ubican las razones que en definitiva determinan cuáles son las pautas semánticas preferidas, sea de un modo general o para determinado caso concreto. Sin embargo, dichas razones no suelen ser tematizadas por el jurista dogmático. Mas ellas subyacen, de cualquier manera, en toda interpretación de un instituto jurídico; y son ellas las que determinan, en última instancia, la *elección* del intérprete. De tal modo, el sentido que se le adjudica a los términos del lenguaje jurídico es contingente: tiene carácter *convencional* y reposa en fundamentos de tipo *estimativo*. La discusión acerca de la "naturaleza jurídica" de las acciones posesorias suministra un buen ejemplo de esa contingencia que caracteriza a la interpretación de términos fundamentales del lenguaje jurídico.

(48) Por esa falta de intersubjetividad, justamente, ocurre que el razonamiento jurídico se mueve antes bien en el plano de lo "razonable" que de lo racional: *supra* n. 40.

LIBROS