

NOTAS PARA UNA FILOSOFÍA TRIALISTA DE LOS

DERECHOS REALES (*)

por Alejandro Aldo MENICOCCI (**)

A los integrantes del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Miguel Angel Ciuro Caldani, Diego Colomino, Mario Chaumet, Jorge De Miguel y Ada Lattuca. A Félix Clementino Menicocci. Arroyo Seco, Cuaresma de 1985

1. ADVERTENCIA PRELIMINAR: LA MULTIVOCIDAD DOBLE DE TODOS LOS VOCABLOS (1)

Casi todos los vocablos son multívocos. La "doble" multivocidad nos indica que, además de servir un mismo vocablo para designar objetos diversos (multivocidad), puede también referirse a distintos aspectos de un mismo objeto.

La brevedad de nuestras notas nos impiden detenernos en un exhaustivo análisis de los términos multívocos del libro tercero del Código Civil y las demás leyes sobre derechos reales. Nos basta señalar las controversias debidas al promiscuo empleo de los vocablos "posesión", "uso y goce", "bien raíz", "predio", "inmueble", y algunos otros (2).

La multivocidad de los vocablos permite la manipulación ideológica de los mismos, dando lugar al fenómeno que Goldschmidt denomina "desviación". En los derechos reales es clara evidencia de ello al concebir la relación real como una relación entre el hombre y la cosa, echando un manto de niebla sobre el resto de la comunidad, verdadero sujeto pasivo de la relación, privado del uso o consumo de la propiedad atribuida (3).

(*) Las líneas que siguen constituyen una síntesis del trabajo presentado al finalizar el curso "Filosofía de las ramas del mundo jurídico", desarrollado en la Facultad durante el año 1984. Se ha mantenido lo fundamental del mismo, abreviándose en la exposición teórica del trialismo, por lo que consideramos imprescindible recurrir a las siguientes obras para el esclarecimiento de los conceptos: GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 5a. ed. (Bs. As.; Depalma; 1976); CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y Política*, (Bs. As.; Depalma; 1976); del mismo, *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política* (Rosario; F.I.J.; t. I, 1982; t. II y III, 1984); del mismo, *Aportes para la Teoría General del Derecho (El "sistema jurídico")*, (Rosario; F.I.J.; 1984).

(**) Alumno adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p.1 y ss.

(2) V. COLMO, Alfredo, *Técnica Legislativa del Código Civil Argentino* (Bs. As.; Edit. Lib. e Imp. Europea de M.A. Rosas - Casa Editora; 1917).

(3) V. RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, trad. José Medina Echavarría (Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1952), p. 176 y ss.

II. FILOSOFIA JURIDICA "MENOR"

El estudio filosófico del mundo jurídico es susceptible de ser abordado de dos maneras diferentes: por un lado, partiendo desde el Derecho y orientándose hacia la Filosofía (tarea de un jurista); por otro, desde el marco filosófico general se aborda la problemática del Derecho en relación con la Filosofía en su totalidad (tarea de filósofos). Para salvar entonces la multivocidad del término "Filosofía del Derecho", llamaremos Filosofía Jurídica "Menor" o Jurídica a la primera y Filosofía Jurídica "Mayor" o Filosofía del Derecho a la última.

La Filosofía Jurídica "Menor" de los derechos reales desde una perspectiva trialista considera a aquellos como el conjunto de *adjudicaciones de potencia e impotencia* —en este caso, a través de cosas— (dimensión sociológica), descrito e integrado por *normas* —el libro III del Código Civil y las leyes relativas al mismo— (dimensión normológica), valorados —hechos y normas— por la *justicia* (dimensión dikelógica) (4).

II.1 DIMENSION SOCIOLOGICA

II.1.1 LAS ADJUDICACIONES AISLADAS

Las adjudicaciones de potencia e impotencia se desenvuelven al hilo de *repartos* (cuando las mismas son llevadas a cabo por el hombre) y de *distribuciones* (cuando adjudican la naturaleza, el azar, o las influencias humanas difusas). Coexisten ambas clases en los derechos reales, si bien con preponderancia de las primeras.

Las distribuciones tienen, no obstante, un notable marco de actuación, en especial las provenientes de la naturaleza, y por tal razón han merecido una detallada regulación en nuestro Código Civil. Por lo demás, resta aclarar que la fuerza adjudicataria de las mismas opera a través del acto del legislador, o sea, un reparto. A título ejemplificativo mencionamos la *accesión* (acrecer una cosa mueble o inmueble a otra, por adhesión natural o artificial, art. 2.571 C.C.) y sus diversas clases: el *aluvión* (acrecentamiento de tierra de los terrenos confinantes de los ríos debido a la acción paulatina e insensible de las aguas, art. 2.572), la *avulsión* (tierra, arena o plantas se unen a un fundo por fuerza súbita del agua, art. 2.583 y 2.584), la *adjucción* (dos cosas muebles se unen de tal manera que pasan a formar una sola, por lo cual el dueño de la principal adquiere la accesoría, art. 2.594). Se contemplan también las *mareas* y las *crecidas medias ordinarias* para poner fin al dominio privado y dar comienzo al dominio público (arts. 2.340 inc. 4º y 2.577, C.C.). Adjudica *impotencia* la naturaleza cuando hace cesar una relación real por destrucción de la cosa (2.604) o cuando los animales salvajes o domesticados recuperan su antigua libertad o pierden la costumbre de volver a la casa de sus antiguos dueños (2.605); cuando el tiempo —unido a la actividad de otra persona— termina con el dominio u otro derecho real, o hace cesar los efectos de una registración.

(4) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los Derechos Reales*, en *El Derecho*, t. 99, 13/8/1982, p.1 y ss.

El azar también ha sido contemplado por nuestra legislación. Una sobreabundante cantidad de artículos está dedicada a los tesoros (arts. 2.550 a 2.566, C.C.). Tampoco han sido objeto de olvido la normación atinente a la propiedad de las cosas perdidas (art. 2.531) ni el derecho a apropiarse de la cosa abandonada (art. 2.535, C.C.).

La "explosión demográfica", que constituye una de las formas de manifestación de las influencias humanas difusas, determinó que el legislador de 1.948 sancione la ley 13.512 de Propiedad Horizontal (5).

La constitución de derechos reales sólo cabe dentro del "numerus clausus", siendo nula la configuración de un derecho atípico (arts. 2.502 y 2.614, C.C.). Ello implica que el marco en el cual se desenvuelven sea *autoritario*, aunque su constitución se realice autónomamente por particulares. Otra objeción a la autonomía surge de la enorme ventaja que tiene el propietario de ejercer su poder en la contratación, cuando aquel con quien celebra el negocio sufre desventajas económicas. A la extraordinaria libertad existente en materia obligacional y contractual (1.197 C.C.), el "sistema" opone un "ajuste" en el área de los derechos reales, con lo que se mantiene el equilibrio. Una pequeña excepción la encontramos en lo relativo a servidumbres, ya que según el art. 3.000 del C.C., podrían constituirse cualquier clase de éstas, con la única limitación de que no pueden consistir en un hacer y que deben reportar alguna ventaja al titular.

La idea que subyace bajo este marco autoritario es la supuesta existencia de un contrato ficticio de recíproca garantía entre los propietarios, por el cual se comprometieron al mutuo respeto de sus propiedades. Ahora bien, siguiendo a Radbruch, este contrato sólo puede considerarse como concluso y válido entre propietarios: el carente de propiedad no tiene interés alguno en entrar en un contrato por el cual se obliga únicamente al respeto de la propiedad ajena, sin obtener él una pretensión al respeto de sus propios bienes; por tanto (y nos excusamos por invadir la dimensión axiológica), no puede ser fingido como tal contrayente de ese contrato (6).

La *forma* de creación de derechos reales es principalmente, la *negociación*. No obstante ello, el fenómeno conocido como la "absorción del derecho civil por el derecho comercial" implica que el primero reciba las formas de negociación estandarizada de aquel último. Un mayor apego a la *adhesión* se encuentra en la intervención de inmobiliarias, empresas constructoras, el estado y otras instituciones, en la *adjudicación* de viviendas. Lo mismo sucede con el desuso operado en la hipoteca y el correlativo aumento en la intervención bancaria como agente intermediador de crédito. Circunstancias como las citadas rompen el equilibrio adecuado para una verdadera negociación. La mera *imposición* es la forma de adquirir la posesión clandestina, violenta o precaria. El *proceso* reviste singular importancia en la adquisición y pérdida del dominio por usucapión y en la extinción de éste por expropiación.

(5) CHAVARRI, Angel B., *Sobre figuras jurídicas novedosas. A propósito de la propiedad horizontal*, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille (Bs. As., 1968), p. 17.

(6) RADBRUCH, Gustavo, op. cit., p. 183.

De lo dicho resalta la primacía de *repartos autoritarios* por dos razones: la primera de ellas de carácter normológico, al limitarse su creación al número por la ley establecido; la segunda es de carácter sociológico, puesto que "sólo reparten aquellos que tienen cosas que repartir". Podría hablarse de que los repartos autónomos (negocios entre particulares) se encuentran en relación de compenetración con los autoritarios. Los repartos autoritarios son *ordenancistas* (por ejemplo, la extinción del dominio por expropiación) o *directos* (v. gr., la adquisición de la posesión por usurpación u ocupación, la adquisición de frutos de mala fe, etc.) Los repartos autónomos satisfacen el valor natural relativo *cooperación*. Ciertas figuras presentan una mayor inclinación al mismo, v. gr., el derecho de uso y habitación, algunas servidumbres, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el condominio y la propiedad horizontal. El valor natural relativo *poder*, satisfecho por los repartos autoritarios, se manifiesta en el dominio, y en menor medida, en la anticresis, la hipoteca, la prenda, y en nuestro Derecho, por ser pleno, el usufructo (7).

II.1.2 ORDEN Y DESORDEN DE LAS ADJUDICACIONES

Los repartos se ordenan de manera "vertical", desde "arriba", engarzados por el *plan de gobierno en marcha*, y "horizontal", agrupados a fuer de su *ejemplaridad*.

Nuestro régimen operó una cerrazón a la ejemplaridad (arts. 2.502 y 2.614, C.C.), salvedad hecha de las servidumbres (art. 3.000, C.C.). Las figuras que se inclinaban hacia la ejemplaridad fueron vistas con desconfianza por el codificador, v. gr., el condominio, el cual dotó de una asombrosa facilidad de autodestrucción (art. 2.692); es similar razón la determinante de la prohibición de la propiedad horizontal (arts. 2.617 y nota al 2.503).

Todo plan de gobierno en marcha debe indicar quienes son los *supremos repartidores* y cuales los *criterios supremos de reparto*. En nuestro ordenamiento han obrado como repartidores supremos, al sancionarse el Código Civil, Sarmiento y Vélez Sarsfield. Los supremos criterios se inspiraron en la filosofía liberal e individualista del siglo XVIII. El ideal de Vélez era el de unos pocos derechos reales, una propiedad fuerte, ágil, sin restricciones. El dominio debía ser absoluto, exclusivo y perpetuo. En la reforma del Código realizada por la ley 17.711 actuaron como repartidores supremos Onganía y Borda, junto a los demás integrantes de la comisión reformadora. Los supremos criterios se inspiraron en la Doctrina Social de la Iglesia, las cuales se reflejan en instituciones claves, v. gr., el ejercicio regular al que debe someterse el dominio, el abuso del derecho, y saliendo de los estrechos márgenes del libro III, la lesión (art. 954) y la imprevisión (art. 1.198).

(7) La *razón* de estribar la expropiación en la utilidad pública hace que el reparto autoritario sea aceptado por la comunidad, pues desapareciendo aquella, el particular tiene el derecho de ejercer la retrocesión. V. CNCiv., sala D, marzo 20/984, Sicorski, Mejer y ot. C. Municipalidad de Bs. As., en L.L., 15/10/984, p. 3, con nota de CANASI, José, *La retrocesión en la expropiación pública*.

II.1.3 LIMITES

Tanto los repartos considerados aisladamente, como su orden, chocan a veces con límites provenientes de la *naturaleza de las cosas*, sea en circunstancias normales o situaciones vitales. También pueden provenir los límites de un acuerdo entre repartidores autónomos y autoritarios, como por ejemplo, el "condominio por confusión de límites", en el cual dos propietarios de fundos linderos son, al mismo tiempo, actor y demandado, sometiéndose ambos a un proceso para demarcar sus respectivas heredades, (art. 2.746 a 2.755). Repartos aislados v. gr., la posesión, chocan a menudo con la existencia de un derecho de propiedad y otras veces, el verdadero propietario se ve impedido de ejercer los derechos inherentes a la propiedad por la existencia de un poseedor (8). En circunstancias vitales, el derecho de propiedad suele ser atacado, sin que traiga aparejada sanción para quien lo hizo, v. gr., en el estado de necesidad. Por último, todo el sistema de publicidad de Vélez, basado en la simple tradición —excepción hecha de la hipoteca, para la que se crearon registros especiales— tropezó con los límites psíquicos de nuestra sociedad, que exigía mayor seguridad. Para remediarlo, las provincias crearon —al margen de nuestro Código y de la Constitución— registros provinciales que subsistieron como una "feliz anomalía", en palabras de Bielsa, hasta la sanción de la ley 17.801, pese a los fallos que declararon su inconstitucionalidad (9).

El plan de gobierno en marcha realiza el valor natural relativo *previsibilidad*, altamente realizada por nuestro derecho de cosas. La ejemplaridad realiza la *solidaridad*, que tiene en nuestra rama poca relevancia. La relatividad de ambos valores deriva de su necesaria subordinación a la justicia.

II.2 DIMENSION NORMOLOGICA

II.2.1 LAS NORMAS AISLADAS

II.2.1.1 Concepto, clases y estructura de las normas

Entendemos por norma la captación lógica de un reparto proyectado realizada por un tercero. La norma tiene dos funciones: una *descriptiva* (pues describe la voluntad de los repartidores) y otra *integradora* (pues la norma no solamente describe —de ser así, quedaría disuelta en la jurística sociológica—, sino que también integra, a través de conceptos y materializaciones).

La función descriptiva de la norma contiene, a su vez, dos afirmaciones: la primera de ellas consiste en reflejar la auténtica voluntad del repartidor, o sea, su *fidelidad*; la

(8) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Aspectos filosóficos de la posesión*, en Estudios..., cit., t. III, p. 3 y ss.

(9) V. autos "Jorba, Juan, c. Bambicha, F. y ot", 25/11/1935, en J.A., t. 52, p. 359; "Papa, José, administrador definitivo de la testamentaria Susso c. Sociedad Compagno Hnos." del 18/2/1938, en L.L., t. 9, p. 528. V. t. CHAVARRI, Angel B., *Los principios inmobiliarios registrales en la ley 17.801* (Rosario, 1972); del mismo, *La tradición traslativa de dominio* (Rosario, 1969).

segunda radica en que toda norma debe tener su correspondencia necesaria con la realidad social, debe ser "acatada", gozar de *exactitud*.

Nuestro código ostenta numerosos ejemplos de infidelidad. Recordamos la contradicción entre los conceptos "bien" y "cosa" de los artículos 2.311 y 2.312 y sus notas. Por otra parte, no sabemos aún si la posesión es un hecho, un derecho, o un elemento de los derechos reales. El artículo 3.612, refiriéndose al "ius persequendi" de que goza el acreedor hipotecario dice: "Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo..." ¿No habrá querido referirse Vélez a una transmisión por título oneroso o gratuito, en lugar de repetir conceptos muy similares y obviar este segundo tipo de transmisión? Fuera del código, el artículo 17 de la ley 13.512, al referirse al crédito por expensas y su privilegio, señala que será aplicable lo dispuesto por el artículo 3.901 del C.C. (privilegio del conservador de cosas muebles); según Cichero (10), el legislador se refiere al artículo 3.931, que establece un privilegio sobre inmuebles.

También hay ejemplos de normas inexactas en nuestro derecho de cosas. Comencemos por el desuso, que si bien es un modo especial de inexactitud, pensamos que tiene cabida dentro del concepto. Muchas figuras carecen de tal correspondencia fáctica que es casi imposible encontrar un caso, v. gr., el anticresis, el uso y la habitación. Otras también, aunque en menor medida, han ido desapareciendo de nuestra realidad social, como la prenda civil —lugar que vino a ocupar la prenda sin desplazamiento del derecho comercial—. También la hipoteca ha disminuído en gran medida su relevancia como garantía del crédito. Las normas referentes a las restricciones al dominio, v. gr., el camino de sirga que deben dejar los propietarios de fundos ribereños, son prácticamente inobservadas (art. 2.639). Razones de evasión impositiva hacen que se obvien las inscripciones y afectaciones establecidas por las leyes 14.005 (Venta de terrenos fraccionados en lotes por precio a satisfacer en cuotas periódicas) y 17.924 (prehorizontalidad), y el decreto ley 6.582/68 (Automotores).

La *integración* se lleva a cabo por una congerie de conceptos que pertenecen al derecho de cosas. Analizaremos el tema más adelante.

Las *clases* de normas pueden ser de carácter *general*, v. gr., las leyes, el código, e *individual*, v. gr., la norma creada por los particulares al dar nacimiento a un derecho real (por ejemplo, escritura pública de compraventa, servidumbre, etc.).

La norma tiene dos partes, así se conforma su *estructura*: un *tipo legal* que describe un sector social supuesto y una *consecuencia jurídica* que señala su reglamentación. Ambas partes tienen *características positivas y negativas*, siendo necesario para que la norma se haga efectiva la existencia de las primeras y la inexistencia de las últimas, tanto en el tipo legal como en la consecuencia jurídica.

En base a algunos artículos podemos construir la "norma tipo" de los derechos reales, v. gr.: "Si alguien fuese el titular de un derecho de propiedad sobre una cosa (car. + del tipo legal, art. 2.513) y no hubiere operado la prescripción de ese derecho (car. - del tipo legal,

(10) CICHERO, N., *La división horizontal de la propiedad edificada*, cit., por MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, t. II, (Bs. As., Zavallía, 1974), p. 181.

arts. 4.004, 4.015, 4.016 y 4.016 bis), será su derecho a poseerla, usarla, disponer o servirse de ella (car. + de la consecuencia jurídica, art. 2.513), a menos que su ejercicio en las facultades fuere abusivo (car. - de la consecuencia jurídica).

II.2.1.2 Origen de las normas (11)

Las normas describen los repartos, por lo tanto, las fuentes de las mismas deben encontrarse en ellos. Muchas veces la voluntad de los repartidores ha sido ya formalizada, v. gr., por una ley, un contrato, un convenio colectivo de trabajo. Por esta razón podemos hablar de *fuentes materiales* (los repartos) y *fuentes formales* (las descripciones de los repartos). Conociendo los repartos o las normas que los describen adquirimos un conocimiento directo de los mismos, lo que nos permite hablar de *fuentes reales*. El conocimiento indirecto se obtiene a través de las *fuentes de conocimiento*, especialmente en la ciencia jurídica. Orientaremos nuestro estudio hacia las fuentes formales, ya que las materiales han sido analizadas anteriormente y por razones de brevedad no serán objeto de atención las fuentes de conocimiento.

Por el marcado carácter público y la tipicidad rigurosa que predomina en nuestra materia, el código civil y las leyes del derecho de cosas a él incorporadas son las verdaderas fuentes de nuestras normas. Ello nos permite decir que las fuentes esenciales son *polínomas*, dentro de las cuales —“enmarcadas”— se constituyen fuentes *monónomas* (escrituras públicas, reglamento de propiedad horizontal, etc.).

La *publicidad* cobra importancia trascendental. Existe toda una disciplina jurídica destinada a asegurar la publicidad de los derechos reales, esto es, el derecho registral. La celeridad de las transacciones, la creciente importancia de las cosas muebles, la detentación del poder por la burguesía —que tiene una especial predilección por el “valor” seguridad— la intervención del estado en las transacciones, y algunos otros factores influyeron para que la “tradición” no conservase la utilidad que en tiempos de Vélez poseía como medio de publicidad (12).

La sanción de la ley 17.801 intenta remediar tales deficiencias, mas por debajo de la aparente publicidad existe un vasto campo de constitución y extinción de derechos reales en *clandestinidad*, v. gr., transmisión de inmuebles por medio de poderes especiales irrevocables o boletos de compraventa, lo mismo en relación a la inscripción (obviada) en la transferencia de automotores.

Por el predominio de la polinomía sobre la mononomía, y la solemnidad establecida en este último tipo (escritura pública y posterior inscripción), las normas poseen gran *rigidez*. Por iguales razones, la polinomía goza de gran *elasticidad* (una amplia gama de casos es susceptible de subsunción en la misma norma).

(11) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Las fuentes de las normas*, en Zeus (Año X, 6 de setiembre de 1983, Nº 2267, t. 32).

(12) V. CHAVARRI, Angel B., *La publicidad en el régimen hipotecario a través de la obra de Enrique Thedy* (Rosario, 1963): V.t. *La tradición...*, y *Los principios...*, citados.

Hay *inflación* normativa cuando existe una excesiva cantidad de normas con respecto a los repartos por ella reguladas. Encontramos que las normas relativas a los derechos de uso y habitación —salvedad hecha del derecho de habitación del cónyuge superviviente— no son más que un usufructo atenuado, de posible unificación en una sola figura y poca relevancia en la dimensión sociológica. Lo mismo decimos respecto a las servidumbres, la anticresis y quizá también la prenda. También es excesiva la regulación de dos tipos de acciones posesorias, ya que ambas tienen por fin inmediato conseguir la restitución o manutención de la cosa (13).

La *fundamentación* en esta rama del derecho es predominantemente *implícita*, tanto en las fuentes polínomas como en las monónomas, especialmente en las últimas, en que repartidor y beneficiario dan por sentados los motivos y razones por las cuales se lleva a cabo el reparto.

La *formalización* puede ser *infragenética* o *pángenética*, según sean uno o muy pocos quienes formalizan, o la misma la realizan todos los implicados en el reparto. En tal sentido, las normas polínomas son pángenéticas (pues legisladores atienden, generalmente, a la formalización en beneficio de toda la población), mientras que las monónomas son infragenéticas, pues lo más común es que una de las partes recurra a quien formalizará en la manera más ventajosa (por ejemplo, el escribano público en relación a su cliente).

II.2.1.3 Funcionamiento de las normas

Los párrafos anteriores estudiaban la norma en su consideración estática; de aquí en adelante se observará como progresa el orden de repartos, es decir, investigar su aspecto dinámico. El funcionamiento se lleva a cabo a través de cuatro etapas: *interpretación, determinación, elaboración y aplicación*.

En la *interpretación* puede predominar el elemento *literal* (su sentido se averigua en función de los usos lingüísticos de la comunidad en la cual se formuló la norma) o *histórico* (voluntad del repartidor). En nuestros derechos reales, la trascendencia dada a la voluntad del codificador reviste una importancia inigualable con relación a otras ramas, especialmente exaltada por los científicos de cuño positivista. Las notas de los artículos son casi siempre la primera explicación de los mismos, con lo cual se aseguró por mucho tiempo la vigencia del derecho de propiedad con los caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo curioso es que luego de las reformas de la ley 17.711, al limitarse el derecho de propiedad subordinándolo a cumplir una función social, la metodología interpretativa acusa ahora un marcado tono literal. Veamos el siguiente ejemplo. Los caracteres del dominio eran los que a continuación se enuncian: exclusivo (art. 2.508), absoluto (nota al anterior artículo 2.513) y perpetuo (art.

(13) BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, 2a. ed., t. II (Bs. As., Perrot, 1978), p. 173. El autor considera que la ley 17.711 ha derogado tácitamente los artículos que requerían para la acción posesoria la anualidad, falta de vicios (2.473 C.C.), continuidad e ininterrupción (2.481 C.C.), existiendo sólo una clase de acción posesoria, en la que no es necesario ninguno de los requisitos citados. En contra, MARIANI DE VIDAL, op. cit., T. I, p. 176.

2.510). Como se ha dicho siempre, las notas del código no son vinculantes. Ahora bien, la reforma de la ley 17.711 cambió la redacción de dos artículos muy significativos referidos al dominio: el 2.513, por el cual se lo subordina a un ejercicio "regular" y el 2.514, en virtud del cual el ejercicio de las facultades del titular no puede ser restringido en tanto "no fuese abusivo". Si atendemos al elemento histórico, es evidente que la voluntad del repartidor ha cambiado. Como si ello no fuera suficiente, el legislador del año 1968 Guillermo Borda, sostiene que el dominio no es absoluto, sino que su ejercicio debe ser regular y no abusivo (14). Al decir de Allende, los comentarios de Borda juegan "más o menos el papel de notas" de las que la ley 17.711 carece (15).

Sin embargo, cuando Mariani de Vidal menciona los caracteres del dominio señala "son tres: absoluto, exclusivo y perpetuo" (16). Vemos así como por un simple cambio en la metodología interpretativa da lugar a una sensible mitigación de los significativos efectos de la reforma de 1968.

Nuestro código no presentaba, al tiempo de su sanción, un importante requerimiento de *determinación*, especialmente en lo relativo a principios necesitados de desarrollo. Se ha hecho notar que la carencia de los mismos se debió a que tales principios se encontraban enunciados en la Constitución Nacional (17). Con la sanción de la ley 17.711, estos principios no eran los que seguían orientando al legislador, razón por la cual algunas normas de la citada ley tienen un carácter "abierto", v. gr., ejercicio "regular" (art. 2.513), "no abusivo" (2.514), "uso regular de la propiedad" (2.618). Para que estos principios se concreten es necesaria la actividad del legislador y del juez en orden a perfilar los mismos. No se conocen muchos fallos en los cuales el ejercicio irregular del dominio se haya hecho cesar, cuando en la realidad es algo muy frecuente (18). No brinda nuestro código numerosos casos de reglamentación ni de precisión. Hay, por ejemplo, algunos reenvíos al derecho administrativo (arts. 2.611, 2.645 ref. ley 17.711, 2.640, etc.).

Los vacíos de la dimensión normológica pueden ser de dos tipos: *históricos*, cuando hay ausencia de normas que contemplen un caso determinado, o *dikelógicos*, cuando las normas que contemplan ciertas situaciones son injustas, y en consecuencia, no existen las normas requeridas por la justicia. En el primer tipo de lagunas citamos, v. gr., la omisión en disciplinar la propiedad de los lagos no navegables, la propiedad de las cosas muebles adquiridas

(14) BORDA, Guillermo, op. cit., t. I, p. 228.

(15) ALLENDE, Guillermo, citado por MARIANI DE VIDAL, op. cit., vol. I, p. 251.

(16) MARIANI DE VIDAL, op. cit., vol. I, p. 222.

(17) Despacho de la Comisión de Derecho Privado del Curso "Filosofía de las ramas del mundo jurídico", día 10/7/1984.

(18) BARBERO, Omar U., *La acción para exigir que sea regular el ejercicio del derecho de dominio*, en L.L., 1984-B, sec. doc., p. 689. V.t. Primera Instancia Civ. de la Capital, 3/6/1981, Consentida, "Bencich, E. c. Bencich, Maximiliano", en L.L., t. 155, p. 18, con Nota de JUAN PUENTE, *Anotaciones sobre el derecho de propiedad*.

por prescripción de mala fe, en caso de ser robadas o perdidas (19). En el segundo grupo de carencias encontramos que la respuesta del codificador a quienes quisieran dividir sus edificios en varias unidades, vació que colmó la ley de propiedad horizontal. Las leyes 14.005 y 19.724 intentaron poner fin a la excesiva libertad en materia de venta de terrenos fraccionados en lotes y venta de unidades en propiedad horizontal, respectivamente, que posibilitaba maniobras dolo- sas a costa de los adquirentes.

Generalmente los jueces se cuidan de poner de relieve las injusticias del sistema y recurren a la justicia por algunas vías no muy ortodoxas. Un interesante ejemplo nos lo brinda el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal del 11 de noviembre de 1958 (20), cuando otorgó al adquirente de un inmueble al que no se le había hecho tradición del mismo, la acción reivindicatoria, pese que al respecto el dictado del código es terminante: "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real" (arts. 577 y conc.). Estamos aquí en presencia de un caso de *elaboración* por una supuesta *autointegración* (recurso a la justicia formal, o sea, se extraen los criterios de justicia del cuerpo legal), pero a nuestro parecer es evidente la *heterointegración* (es decir, el recurso a la justicia material, saliendo de la injusticia que domina el cuerpo normativo en relación al caso y recurriendo al valor en sí mismo).

La *aplicación* puede ser *histórica* (se parte del tipo legal y se actualiza la consecuencia jurídica) o *sistemática* (a la inversa). El derecho de cosas se inclina mayormente a la aplicación histórica.

II.2.1.4 Productos de las normas

Habíamos señalado previamente que la norma tenía una *función integradora*, que se llevaba a cabo a través de *conceptos y materializaciones*.

Según la carga cultural que encontremos en un concepto este puede ser *declarativo* (cuando la carga es ínfima o muy escasa) o *constitutivo* (rebotante en carga cultural). La rama que nos ocupa ostenta conceptos simplemente declarativos, v.gr. dueño, cosa, vecino, propiedad; y constitutivos, por ejemplo, usufructo, anticresis, propiedad horizontal, hipoteca, y otros. La norma materializa cuando otorga a los conceptos una carga cultural tal, que de no existir la norma, ellos carecerían de total significado. Las materializaciones pueden ser *reales* (se materializan cosas, v. gr., la escritura pública, el certificado registral, etc.) o *personales* (v. gr., el escribano público).

(19) Tal es la opinión de CHAVARRI, para quien aún existe un vacío en la regulación de la usucapión de cosas muebles robadas o perdidas.

(20) CNApel. en lo Civ. de la Capital Federal, en Pleno, "Arcadini, R. (suc) v. Maleca, C.", en J.A., 1958-IV, p. 427. V.t. CNCiv., sala D, mayo 18/984, "Irigoyen, E. y ot. c. Correa Arce de Stréttmatter, E.N.", en L.L., Nº 15, 22/1/1985, p.3

II.2 EL ORDENAMIENTO NORMATIVO

El ordenamiento normativo constituye la captación lógica neutral del orden de repartos. Los valores *orden* y *pacificación*, inherentes al orden de repartos, se transmiten al ordenamiento normativo en el valor *coherencia*. Así como no siempre están ordenados los repartos (anarquía), tampoco lo están las normas.

El ordenamiento normativo puede ser *fiel o infiel*, si describe o no con acierto la voluntad colectiva en atención al orden de repartos deseado. En tal sentido, podemos decir que si bien nuestro ordenamiento puede haber sido infiel en sus inicios, al aplicar un código afrancesado al gaucho que no comprendía el fenómeno del capitalismo, creemos que actualmente, con las reformas de la ley 17.711, goza de cierto grado de *fidelidad*. Prescindiendo de la inexactitud de normas aisladas, creemos que el ordenamiento en su conjunto reúne condiciones de *exactitud*.

La *estructura* del ordenamiento, en lo relativo a los derechos reales, se desarrolla en un estrecho y riguroso marco de *verticalidad*, tanto en sus relaciones de *producción* (con la consiguiente realización del valor *subordinación*) como en las de *contenido* (que realizan el valor *ilación*). Ello es consecuencia del principio de tipicidad (art. 2.502 y 2.614 C.C.) y de la rigurosidad de las formas establecidas para sus fuentes monónomas (escritura pública, inscripción registral, etc.). La rigurosidad de la que hablamos permite que la relación horizontal obtenga "fuerza" de la relación vertical, obteniendo un alto grado de *infallibilidad* —valor natural relativo resultante de las relaciones horizontales de producción— y de *concordancia* —valor natural relativo resultante de las relaciones horizontales de contenido—.

Los *conceptos* con los que nos manejamos en esta rama tienen gran permeabilidad, lo cual permite que otras ramas del derecho los utilicen sin que se presenten complicaciones.

El ordenamiento normativo puede ser de dos *clases*: *orden* o *sistema*. La diferencia radica que en el primero, en caso de una laguna normativa, la integración incumbe exclusivamente al legislador, mientras que en el segundo la actividad de éste está cumplida con la sanción de la norma y es el juez quien tiene a cargo la labor integradora. El orden adopta generalmente la forma de recopilación, mientras que el sistema suele presentarse formalizado en códigos. El sistema puede ser *formal* o *material*. En el primero la *integración* está reglada y se recurre a la justicia formal: en el segundo el juez auto o heterointegra. El ordenamiento normativo al cual se integra el sub-ordenamiento de los derechos reales constituye un *sistema*, ya que la exposición de éste se realiza de manera más o menos científica y la integración está vedada al legislador.

Se trata además, de un sistema material.

II.3 DIMENSION DIKELOGICA

II.3.1 AXIOLOGIA DIKELOGICA (ESTRUCTURA FORMAL DE LA JUSTICIA)

II.3.1.1 La justicia como valor y sus relaciones

La justicia es un valor, o sea, un ente ideal exigente. La idealidad exigente puede ser natural (en su creación no interviene el hombre) o *fabricada* (v. gr., estar a la moda, ser un buen tenista, etc.). Los valores naturales pueden ser *absolutos* —su realización no debe estar referida a ningún otro valor, pudiendo intensificarse sin que ello sea perjudicial— o *relativos* —cuando deben realizarse en miras a un valor superior, v. gr., el poder—. Los valores fabricados son siempre relativos, pero en ellos se da otra característica, la de ser *verdaderos o falsos*, en caso de encontrarse en indiferencia con los valores naturales, v. gr., ser un buen deportista, o por el contrario, estar en oposición con aquellos, por ejemplo, la superioridad de una raza.

La justicia también puede dividirse en *clases* (21), en relación a los repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones de los repartos.

Desde el punto de vista de quienes reparten, debido al carácter autoritario de las normas y al poder que otorga el detentar la cosa, creemos que los derechos reales se orientan hacia la justicia *extraconsensual*, aunque ciertas figuras, v. gr., el derecho de habitación del cónyuge supérstite, la habitación y el uso, gocen de cierta justicia *consensual*. Desde la óptica de los beneficiarios, esta es *con acepción de personas*, v. gr., en el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, en el derecho de habitación del cónyuge supérstite, en el derecho de habitación, pero su principal institución, el dominio, se inclina hacia la justicia *sin acepción de personas*. Con miras al objeto, la justicia puede ser *simétrica* (los contenidos vitales de los objetos intercambiados son iguales) o *asimétrica* (diferentes contenidos vitales). La "tendencia a simetrizarlo todo" (22) ha penetrado en esta rama del derecho como en muy pocas otras, y salvo raras excepciones, v. gr., el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el derecho de cosas se orienta hacia la justicia simétrica. Con relación a la forma, los caracteres que primaban en la extraconsensualidad otorgan aquí el suficiente fundamento para sostener que predomina la justicia *monologal*. Esta tiene especial importancia en la adquisición del dominio por usucapión, la adquisición de la posesión viciosa, y en gran parte en la extinción del dominio por expropiación. Por otro lado, dentro del marco de justicia monologal, es posible hablar que cuando las partes concluyen sus negocios jurídicos existe cierto grado de justicia *dialogal*. La fundamentación de los repartos puede orientarse hacia una justicia *conmutativa* (con contraprestación) o *espontánea* (sin contraprestación). La concepción liberal e individualista de nuestro código antes de la ley 17.711, se inclinaba a la

(21) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Perspectiva dialista de la axiología dikelógica*, en Estudios..., cit., t. II, p. 40 y ss.

(22) La expresión la tomamos de COLOMINO, Diego, *Valores, intereses económicos y solución de conflictos de derecho*, en: Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 1, (Rosario, 1984), p. 51.

segunda, puesto que el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, algo así como un "don"; la inspiración cristiana se orienta hacia la justicia conmutativa, ya que sobre ella (la propiedad) se tienen la "potestas procurandi" y la "potestas dispensandi", y el propietario se asemeja a un simple administrador. Desplazando la óptica hacia los negocios creadores de derechos, en ellos generalmente predomina la justicia conmutativa. por último, ciertas figuras llevan íncita la conmutatividad, v. gr., el derecho de habitación del cónyuge supérstite y el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.

Con miras a la atención total o parcial del régimen, la justicia puede ser "*par-tial*" (los títulos de los repartidores se refieren sólo a un sector del orden de repartos) o *gubernativa* (los títulos se refieren a la totalidad); por ser "erga omnes", la justicia del derecho de cosas se inclina en favor de esta última.

La justicia puede ser *sectorial* o *integral*, según atienda a algunos o todos los beneficiarios; en tal sentido, la vigencia de la propiedad privada, aún con las mitigaciones de la reforma al código civil, no colma aún a la totalidad. En relación al objeto de reparto, la justicia puede ser de *aislamiento* o de *participación*, inclinándose nuestra rama hacia la primera. En atención a la forma que identifica al reparto justo con los demás, la justicia puede ser *absoluta* o *relativa*: la justificación por derecho natural de la propiedad privada hace que los repartidores no se preocupen por la segunda (o sea, comparar la justicia del reparto con otros), predominando de esa manera la justicia absoluta. Cuando se reparte con miras al individuo considerado aisladamente, los fundamentos son de justicia *particular*, más cuando se lo hace en atención al bien común, la justicia es *general*. El código de Vélez satisfacía altamente la primera, más la reforma de la ley 17.711, sin salir de la misma, se orienta tenuemente hacia la segunda.

Los valores forman un complejo que, por lo general, no se halla disperso caóticamente, sino que entre sí guardan relaciones. Las relaciones pueden ser *coadyuvantes* (de *contribución* y de *integración*) o de *oposición* (por *sustitución* o por *secuestro*, pudiendo este último ser *subversivo*, por *inversión* y por *arrogación*) (23). Encontramos en el derecho de cosas principalmente relaciones de integración entre la utilidad y la justicia, aunque muchas veces la primera se arroga el material estimativo de esta última (v. gr., en la utilidad se justificaban las ilimitadas facultades del dueño sobre la cosa, según el régimen de los artículos 2.513 y 2.514 del código de Vélez, lo mismo con las facultades del acreedor hipotecario, y figuras similares que respondían al viejo cuerpo legal). Hay secuestro por subversión cuando los valores inferiores se alzan contra los superiores, v. gr., cuando el poder que el dueño ejerce sobre la cosa no se orienta en la justicia, o cuando se sobreestima el valor de la "seguridad", por ejemplo, en las inscripciones registrales. Secuestro por inversión significa el desconocimiento de los valores inferiores en su capacidad de afianzar u obstruir la satisfacción de los superiores. Recordamos aquí los plausibles intentos de los legisladores de las leyes 14.005 y 17.924, que no acompañaron a las mismas con la necesaria dosis de poder y por tal motivo culminaron en el fracaso.

(23) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *La ubicación de la justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia)*, en Estudios..., cit., t. II, p. 16.

II.3.1.2 Los tres despliegues del valor justicia

La justicia es un valor, y por lo tanto, tiene una especial manera de ser: la *valencia*. Se nos ofrece aquí como *deber ser ideal puro*, en el sentido de formar parte de los entes ideales exigentes y no estar referida aún a ningún material estimativo. En su segunda manifestación, la justicia se nos presenta como *valoración*, esto es, el valor puro entra en contacto con el material estimativo. El modo de existencia de esta segunda manifestación es el de *deber ser ideal aplicado*, pudiendo ser *impersonal* (deber ser actual) —proyección del deber ser ideal puro a la realidad social con prescindencia de las personas que deben realizarlo— o *personal* referido a “quienes pueden actuar para que la justicia ocurra o la injusticia cese” (deber de actuar) (24). Por último, la tercera manifestación de la justicia es de *orientación*: efectuadas varias valoraciones, inferimos luego el criterio orientador. Es conveniente aclarar que el nacimiento del criterio orientador es posterior a la valoración en el orden gnoseológico, pero anterior a ésta en el plano ontológico.

En los derechos reales tienen especial importancia las dos últimas manifestaciones del valor justicia. La valoración nos evidencia un deber ser ideal aplicado impersonal que no nos satisface debido a las injusticias existentes en la distribución de la propiedad, imponiendo en nosotros un deber ser ideal aplicado personal (deber de actuar) para remediarlo. De las valoraciones efectuadas obtenemos un criterio general orientador: una distribución más igualitaria de la riqueza.

El material estimativo de la justicia está constituido por la totalidad pasada, presente, y futura de las adjudicaciones. Ello se debe a que la función de la justicia es *pantónoma* (de “pan” = todo y “nomos” = norma). Nuestra sublime ambición choca con los límites resultantes de nuestra condición humana, ya que resulta obvio que sólo la Divinidad, en el Juicio Final, podrá tener presente todos los repartos de la historia y realizarse así la pantonomía de la justicia. Mientras tanto, la circunstancia no debe desanimarnos, sino que impone en nosotros la necesidad de llevar a cabo la mayor justicia posible, sin olvidarnos que su realización es *fraccionada*.

Podemos distinguir tres diferentes causas del fraccionamiento: *obstáculos derivados del pasado*, *obstáculos derivados del presente* —sea referido al *aislamiento del reparto* en consideración con otros, sea con respecto al *mismo reparto*—, y *obstáculos derivados del por venir*.

El *pasado* se nos presenta inaccesible, ya que no podemos ahora, mediante una reforma agraria de alcances mundiales, alterar los efectos del feudalismo. Tampoco es posible reparar la muerte o caída en esclavitud de miles de esclavos-deudores, debido a la venta transtiberia, con la implantación de otras formas de garantía, como la prenda o la hipoteca.

(24) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *La realización de la justicia como valor (El funcionamiento del valor justicia)*, en: Boletín del Centro..., Nº 2 (1984), p. 10.

El *presente* nos presenta dos series de obstáculos, el primero resulta del aislamiento del reparto considerado con respecto a los demás, debido a los límites espaciales en nuestra posibilidad de hacer justicia. En tal sentido, la existencia de dos diferentes modos de producción (socialismo y capitalismo) nos revela hasta que punto un reparto considerado justo en un sistema puede estimarse injusto en el sistema opuesto.

También en el presente, un reparto puede fraccionarse con respecto a sí mismo, ya sea en sus *antecedentes* (no averiguándose sus causas remotas y efectuando un "corte" en el continuo vital); en el *complejo personal* (teniendo en cuenta sólo a algunas personas y no a todas), *temporal* (limitando la proyección del reparto hacia el pasado y hacia el futuro mediante un "corte" numérico), o *real* (insuflando al caso vida propia). Ciertos derechos reales vigentes en la época de la colonia desfraccionaban en alguna medida el complejo personal, v. gr., las vinculaciones y mayorazgos. El sistema instituido por Vélez fracciona al poner el acento en el individuo, pero la ley 17.711 desfracciona nuevamente, no ya hacia la familia amplia del Virreynato, sino hacia la comunidad, v. gr., en el uso regular del dominio, la prohibición del abuso, etc. Algunos derechos parecen abrirse al complejo personal más que otros, v. gr., el derecho de uso y habitación ("...para las necesidades del usuario y de su familia...", art. 2.498 C.C.) mientras que otros se "cierran", como por ejemplo, el usufructo y el dominio.

El artículo 1.051 fracciona real y personalmente. El complejo temporal no es objeto de mayores fraccionamientos, porque "el dominio es perpetuo" (art. 2.510 C.C.), fraccionándolo hacia el pasado la prescripción adquisitiva al efectuar el "corte" a los dos, tres, diez o veinte años. El gran fraccionamiento de los derechos reales se opera en el complejo real, pues cada caso, plasmado en su fuente monónoma, está dotado de vida propia y aislado del mundo. En tercer lugar, —siempre dentro de los obstáculos derivados del presente— se fraccionan las *consecuencias* que un reparto ocasiona al atender solo a un número limitado de aquellas, principalmente en la propiedad privada.

También se fracciona y desfracciona con relación al *futuro*, por ejemplo, el fraccionamiento operado por la perpetuidad del dominio es desfraccionado por la prescripción adquisitiva, al abrir la posibilidad de nuevos repartos.

Los fraccionamientos producen seguridad, discutiéndose si la misma constituye o no un valor en sí misma. El análisis del tópico excede los límites de estas notas, siendo válido recordar simplemente que la especial predilección por la seguridad nace cuando la burguesía, luego de la Revolución de 1.789, es propietaria de los medios de producción (25).

(25) V. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*. (Edit. Giuffrè, 1979). Al respecto dice el autor: "Il senso della sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande Rivoluzione, è la nuova classe dirigente: *élite* portatrice di una tavola di valori, in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi", (p. 3).

II.3.2.1 La justicia de las adjudicaciones aisladas

Nos toca ahora analizar los diferentes aspectos del reparto, o sea, sus repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones a la luz de la justicia. Para que un reparto pueda ser considerado justo, el mismo debe asegurar a cada cual una esfera de libertad para que pueda transformarse de individuo en persona. "Al poder determinarse a obrar por sí mismo, eligiendo el bien, encuentra en su libertad un signo eminente de la imagen de Dios, quien lo ha querido dejar en manos de su propia decisión" (26).

Los repartidores autónomos o autoritarios son, respectivamente, *interesados o poderosos*. El reparto autónomo tiene carácter indiciario de mayor justicia que el autoritario, pues se presume el acuerdo entre las partes y su participación. Ello no implica empero que el reparto se encuentre justificado en su totalidad, ya que es frecuente —especialmente en nuestra materia— que vendedores y compradores, acreedores y deudores hipotecarios, etc., lleven a cabo su convenio presionados por desniveles económico-sociales. En tal sentido, un reparto autoritario, v. gr., la reforma agraria, dudosamente podría ser tachado de injusto. Los repartidores poderosos pueden ser *aristocráticos* (o sea, caracterizarse por cierta superioridad), por ejemplo, al declarar procedente la expropiación de un bien por causa de utilidad pública, o al gozar del usufructo los padres sobre los bienes de los hijos, o el derecho de habitación que tiene el cónyuge supérstite. Presenta un especial problema la conjunción de las calidades "poderoso-interesado" en un mismo repartidor: recordamos las expropiaciones que algunos supremos repartidores llevaron a cabo para satisfacer deseos personales.

Los beneficiarios son, en primer lugar, hombres. También lo son los animales, las plantas, y los demás objetos en cuanto una adjudicación de potencia o impotencia a los mismos redunde en pro o en contra de la personalización del individuo. Al otorgar el derecho de propiedad potencia a su titular, resta la misma a toda la comunidad. En tal sentido, es necesario atender que la gama de beneficiarios en los derechos reales es mucho mayor que la que a primera vista se muestra en la relación hombre-cosa.

El objeto es *repartible* cuando está al alcance del hombre y es *repartidero* cuando es justa su repartición. Las cosas (en su más amplia acepción) no presentan problemas en relación al primer enfoque, puesto que los reclamos de justicia se presentan generalmente en orden a una distribución de cosas posibles de repartir. En cuanto al carácter repartidero del objeto, pensamos que es justa una redistribución de la propiedad, atendiendo a la desigualdad actual en que la misma se encuentra.

La forma justa del reparto autónomo es la negociación. Por medio de ella se concluyen los negocios entre particulares, pero como señalábamos al comienzo de este trabajo, la misma se encuentra actualmente desplazada por los contratos "tipo" y "de adhesión". La

(26) CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, *Iglesia y Comunidad Nacional*, XLII Asamblea Plenaria, 4/9 de mayo de 1981, (Bs. As., Claretiana, 1981), Nº 39, p. 18.

forma justa del reparto autoritario es el proceso, de especial importancia en la usucapión y la extinción del dominio por expropiación. Formas injustas observamos en la adquisición de la posesión por violencia (u otros vicios), en la usucapión de mala fe y otras figuras similares.

II.3.2.2 La justicia del régimen

El Principio Supremo de Justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de modo tal que cada uno tenga la esfera de libertad necesaria para personalizarse. Intervienen como elementos esenciales del principio el *humanismo* —que tiene como meta el desarrollo de la personalidad— y la *tolerancia* —que crea el clima necesario para que cada individuo llegue a la verdad por su propia convicción—.

El humanismo puede ser *abstencionista o intervencionista*, pero cuando la intervención no se realiza con fines humanitarios, no hay humanismo sino totalitarismo. En los derechos reales, el sistema jurídico se inclina hacia un decidido intervencionismo, para equilibrar la balanza con el abstencionismo reinante en materia contractual. El humanismo debe reconocer la *igualdad* de todos los hombres, que en nuestro derecho solo se traduce en la dimensión normológica, no así en la sociológica. Con palabras de Mounier podemos decir que "...no hemos extraído aún, de la igualdad de las almas, la igualdad de las posibilidades sociales..." (27). Reconociendo la igualdad de los hombres, es menester, sin embargo, reconocer a cada ser humano como único. La *unicidad* es, entonces, el segundo ingrediente del humanismo. El código de Vélez descuidó este aspecto; no tuvo en cuenta al argentino "de carne y hueso", al gaucho (28). La reforma del 1968 parece inclinarse hacia un cierto reconocimiento de la unicidad.

La tolerancia de nuestros derechos reales se vió afectada por otras sub-partes del sistema jurídico, v. gr., leyes de represión del comunismo en el área penal, y aún con prescindencia de normas, se vió obstaculizada la crítica al derecho de propiedad privada. Desde otro ángulo, el hecho de existir solamente un número muy limitado de figuras de derechos sobre las cosas, hace a nuestra rama muy poco tolerante.

Para garantizar la vigencia del Principio Supremo de Justicia, el régimen debe contar con medios que aseguren la *protección del individuo contra los demás* (el régimen, los demás individuos y una superioridad de individuos sobre una minoría), *contra lo demás, y contra sí mismo*. Los derechos reales protegen con especial énfasis al individuo contra los demás, sea contra el régimen (inviolabilidad de la propiedad privada, prohibición de confiscar, art. 17. C.N. y 2.511 C.C.) o contra los demás individuos (al prohibir que se restrinjan las facultades del dueño sobre la cosa —2.514 C.C.—; al autorizar al propietario la exclusión de terceros —art. 2.516 C.C. aún utilizando la fuerza —2.470—; las leyes 14.005 y 17.924 nacieron para evitar los abusos de "los demás" sobre quienes adquirían lotes o departamentos en propiedad horizon-

(27) MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, 12a. ed. trad. de la 5a. ed. francesa por Aida Aisensoy y Beatriz Dorriots (Bs. As., Eudeba; 1980), p. 9.

(28) P.v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Comprensión jusfilosófica del Martín Fierro* (Rosario, F.I.J., 1984).

tal, respectivamente; el derecho registral protege al titular contra las pretensiones de terceros, v. gr., embargantes, obligando la inscripción; etc.) . La protección de una minoría contra una mayoría —que no necesariamente tiene que ser numérica— fue tarea de la ley 17.711, al establecer la función social de la propiedad. Lo mismo acontece con el art. 2.618 C.C., al imponer a los jueces la necesidad de contemporizar las exigencias de la producción y el respecto debido al uso regular de la propiedad para determinar el cese de las molestias producidas por humo, olor, etc. (29). Se protege a la minoría numérica en el condominio, al disponerse que las decisiones en materia de administración sean tomadas por unanimidad (2.703 C.C.); lo mismo sucede con la propiedad horizontal (art. 7 y 24, ley 13.512).

Los derechos reales garantizan al individuo una protección contra lo demás, v. gr., la miseria, las enfermedades, al asegurarle los medios necesarios para subsistir.

La protección del individuo contra sí mismo proviene de otra rama del derecho, la "parte general", con el nuevo artículo 152 bis del C.C., al establecer la inhabilitación de ciertas personas que puedan efectuar actos perjudiciales para su patrimonio (30).

III. HORIZONTE DE HISTORIA DEL DERECHO

Las ramas jurídicas pueden ser de *permanencia* (cuando están vinculadas a valores que hacen a la condición humana, v. gr., el Derecho Penal), de *cambio* (cuando su contenido es circunstancial, y al variar las condiciones que lo determinaron, sufre una transformación, v. gr., el derecho laboral) y de *atemporalidad* (cuando su contenido es tan superficial que resulta fácilmente trasladable a cualquier etapa histórica, v. gr., el derecho de las obligaciones). Los derechos reales estructurados sobre la base del reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción son la resultante necesaria del capitalismo, y en consecuencia, variando el sistema económico su contenido será transformado. Tales razones nos indican que se trata de una rama jurídica de cambio.

En cada período histórico una rama del derecho tiene rol protagónico. Así sucedió con el derecho público en la antigüedad, el derecho eclesiástico en la Edad Media, el derecho privado en la Edad Moderna, el Derecho Constitucional en el nacimiento de la Edad Contemporánea. La ubicación de los Derechos Reales en su acepción liberal, se centra en los comienzos de la Edad Contemporánea, al surgir el respeto a la propiedad postulado por las revoluciones norteamericana y francesa.

La caracterización axiológica de la Historia nos permite inferir ciclos de *cultura* —caracterizados por el apego a los valores absolutos y en menor medida a los relativos—, *civilización* —preferencia por los valores relativos y los fabricados— y *decadencia* —despliegue de va-

(29) V. COLOMINO, op. cit., pág. 45.

(30) V. ANDORNO, Luis O., *La inhabilitación judicial (El artículo 152 bis del Código Civil)*, en Revista de la Facultad de Derecho (Rosario, U.N.R., junio 1981), año I, Nº 1, p. 15.

lores fabricados falsos—. Al orientarse nuestros derechos reales por la seguridad, el orden, el poder y algunos otros valores relativos, no siempre en armonía con la justicia, creemos que pertenecen a un período de civilización (31).

IV. HORIZONTE DE DERECHO COMPARADO

El horizonte espacial del Derecho permite distinguir ramas jurídicas cuyo contenido hace a valores vinculados a “*lo humano*” y por tal razón no pueden dejar de observarse en ningún lugar del planeta, ramas de carácter *territorial*, afincadas en un espacio determinado, y ramas de contenido *no territorializado*, pues carecen de profundidad suficiente para “*arraigarse*”. Los Derechos Reales son de contenido eminentemente territorial y su regulación es susceptible de variar según los diferentes regímenes políticos y sistemas económicos sin afectar valores inherentes a la condición humana.

Siguiendo la clasificación propuesta por René David, podemos advertir que en el mundo jurídico existen “*familias*”: Derecho Occidental (que comprende al Derecho Anglosajón y al Derecho Continental), Derecho Soviético, del Extremo Oriente, Musulmán, Hindú y del Africa Negra. Por su marcado individualismo, la no igualdad y su codificación, nuestros Derechos Reales se agrupan en la familia del Derecho Occidental y, en ella, en la sub-familia Continental.

V. HORIZONTE DE POLITICA GENERAL

Las líneas que siguen se orientan en la concepción tridimensional de la Política de Ciuro Caldani, a la que define como “...el conjunto de actos de coexistencia humana (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados —los actos y las normas— por los valores de la convivencia (dimensión axiológica)” (32).

La dimensión sociológica de la Política está compuesta por actos de *oposición*, en los que las potencias adjudicadas son excluyentes (repartimiento) y de *agregación*, donde las potencias son recíprocamente acrecentadas (compartimiento). La oposición valiosa culmina en la *supervivencia*, en la cual el valor superior es la justicia. La agregación valiosa tiene como

(31) V. LATTUCA, Ada y CHAUMET, Mario, *Necesidades de nuevas categorías básicas para la historia del Derecho*, en Boletín del Centro..., N° 2, p. 51 y ss., esp. 65. Los períodos de cultura y civilización se asimilan a las sociedades de *solidaridad mecánica* y *solidaridad orgánica* de Durkheim, v. al respecto: ARON, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*, t. II, trad. de Anibal Leal (Bs. As., Siglo XX, 1981), p. 23 y s. LEVY-BRUHL nos dice que el derecho penal caracteriza al primer tipo de estas sociedades, ya que, homogeneizados los valores, la conciencia colectiva tiene un alto grado de carga emocional, v. LEVY-BRUHL, Henri, *Sociología del Derecho*, 3a. ed., trad. Myriam de Winizky (Bs. As., Eudeba, 1971), p. 12.

(32) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y Política*, en Estudios..., cit., t. III, p. 194.

colatorio la *intervivencia*, siendo su valor absoluto el amor. "La *convivencia* surgida de la supervivencia y de la intervivencia es una de las manifestaciones más significativas de la realización de la humanidad, el más alto de los valores a nuestro alcance" (33). El Derecho de Cosas se inclina en una firme preponderancia de fenómenos de oposición, salvo raras excepciones, en las que existe cierta agregación (por ejemplo, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos).

La actitud en cuanto a la promoción o fraccionamiento de los valores determina la existencia de una *Política de Desarrollo* o una *Política de Seguridad*, respectivamente. Los Derechos Reales afincan decididamente en esta última, por la rigurosa tipicidad, su marcado carácter público y el desmesurado fraccionamiento que opera, paralelamente, el Derecho Registral. De todos modos, todo "plan" concebido de antemano fracciona las posibilidades de realización de nuevos valores (34).

Las diferentes ramas políticas, v. gr., la política sanitaria, científica, económica, etc., tienden a la satisfacción de sus respectivos valores: la salud, la verdad, la utilidad. Sus contenidos son a su vez insuflados a las ramas jurídicas, dominando nuestros Derechos Reales —y todo el derecho patrimonial— la Política Económica. No era así el Derecho Hispano Indiano, que si bien no descuidaba la utilidad, estaba netamente influido por la Política Religiosa, v. gr., las capellanías, orientadas al valor santidad.

VI. HORIZONTE DE FILOSOFIA JURIDICA "MAYOR"

Reiterando lo expuesto al comienzo de este trabajo, la filosofía jurídica "mayor" del Derecho es la consideración del problema jurídico desde la filosofía, como integrante del mundo filosófico en su totalidad. Abarcaremos en lo siguiente algunos problemas de la misma: la ubicación de los Derechos Reales en las Etapas del Mundo de Saint Simon, una perspectiva marxista de los mismos, el espiritualismo y el materialismo, y el idealismo y realismo genéticos.

Saint Simon enunció en 1.807 (*Sobre el progreso del espíritu humano*) la ley según la cual la humanidad ha transcurrido por tres etapas: la teológica, la metafísica y la positiva. En la primera detentan el gobierno los sacerdotes y los militares. En la segunda mandan los legistas y los literatos —charlatanes, según el Conde—. En la última, gobiernan los productores, industriales y científicos, y las apetencias axiológicas se desplazan a la utilidad. Creemos por las razones desarrolladas a lo largo de estas notas, que los Derechos Reales pertenecen a la etapa positiva.

(33) *Ibidem*, pág. 207.

(34) La concepción de la política-pasión de Croce excluye todo plan preconcebido. Lógicamente, son excluidos también los partidos, pues no puede haber "pasión" organizada y permanente. V. GRAMSCI, Antonio, *El Príncipe Moderno, en La política y el estado moderno*, 4a. ed., trad. de editorial Lautaro (México, Premia Editora, 1981), p. 13 y ss.

El marxismo es hoy, nos dice Lefebvre, una concepción del mundo (35). Como toda concepción del mundo, tiene una perspectiva de la historia, la economía, la política, la sociología y demás ciencias. Existe, por supuesto, una concepción marxista del Derecho (36).

“La estática social de Marx comprende las fuerzas productivas. Ellas engloban el conjunto de la realidad social en todas sus manifestaciones. He aquí, en primer lugar, las fuerzas productivas materiales (el agro, la riqueza minera, fuerza hidráulica, etc.)” (37). Encontramos luego, en un segundo nivel, las relaciones de producción, constituídas por “...el estado de los medios técnicos de que se puede según los casos disponer y que son requeridos para satisfacer las necesidades primarias de la vida, así como el modo en que los productos son apropiados, distribuidos y librados al consumo, es decir que se trata, en cada caso, de la técnica de producción y el orden que esta establece para los productos mismos” (38). En el tercer estrato encontramos la conciencia real, en el que se encuentran la lengua, el conocimiento, el derecho, determinados por las relaciones de producción. En último lugar se encuentran las ideologías, o sea, falsas ideas que los individuos crean y detrás de las cuales se ocultan los intereses de clase (39). Estos niveles se encuentran en constante lucha (dialéctica), que determina la marcha de la humanidad (materialismo histórico). Los Derechos Reales encuentran su ubicación en el nivel correspondiente a las relaciones de producción.

El marxismo se opone a nuestro régimen de propiedad privada de los medios de producción, debiendo ser los mismos de propiedad colectiva.

La opción metafísica entre espiritualismo y materialismo se resuelve, en nuestra rama jurídica, decididamente hacia el segundo. No era tan marcada la preferencia por el materialismo en el derecho Hispano Indiano, en donde ciertas figuras (capellanías, mayorazgos) se inclinaban hacia el espiritualismo.

El realismo genético sostiene la trascendencia del mundo en relación al sujeto; el sujeto no crea al objeto, sino que lo descubre en el acto de conocimiento. El idealismo genético, a la pregunta sobre quien crea al No-Yo, responde: el Yo (Fichte). La respuesta del idealismo es necesariamente atea, mientras que la del realismo puede o no serlo. Si bien a primera vista el Derecho de Cosas parece orientarse hacia el realismo genético, creemos que el abandono de la tradición como modo de transmisión de los mismos (que tiene nada menos que el mérito de vincular al hombre con la tierra), la decadencia de la posesión, la importancia concedida a la

(35) LEFEVRE, Henri, *El marxismo*, 9a. ed., trad. por Thomas Moro Simpson (Bs. As., Eudeba, 1973), p. 6 P.v., por ej. (si bien su marxismo es por algunos discutido, por presuntas implicancias estructuralistas), ALTHUSSER, Louis y BALIBAR, Etienne, *Para leer El Capital*, 19. ed. en español, trad. de Marta Harnecker, (México, Siglo XXI, 1983).

(36) V. GARDELLA, Juan Carlos, *Materialismo Jurídico*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, p. 117 (37) GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 127

(38) ASTRADA, Carlos, *El Marxismo y las escatologías*, 2a. ed. (Bs. As., Juarez, 1969), p. 202

(39) “Law, morality, religion are to (the proletarian) so many bourgeois prejudices, behind which lurk in ambush just as many bourgeois interests”, MARX, Karl and ENGELS, Friedrich, *The German Ideology*, citado por LITTLE, Daniel, *Rationality, Ideology, and Morality in Marx's Social Theory*, en *Soc. Prax.*, vol. 8-3/4 (Amsterdam, Mouton Publishers, 1981), p. 73.

inscripción registral —no ya como medio de publicidad, sino “constituyendo” al derecho real—, denotan una inclinación creciente al idealismo genético.

VII. HORIZONTE RELIGIOSO

Religión es *religar*, es hacer de los hombres una comunidad, que satisfaga los valores de la *humanidad* y la proyecte hacia la *Divinidad*. El mensaje cristiano, contenido en el Sermón de la Montaña (Mateo 5, 1-12) es un pleno y rebosante canto de amor. El amor penetra en las ramas jurídicas...“y nos obliga a considerar la advertencia de San Basilio Magno cuando dice: “El pan que te sobra pertenece al hambriento” (40). En tal sentido, creemos que el Código de Vélez, especialmente en la rama que nos ocupa, distaba mucho de la advertencia de San Basilio. La reforma de 1.968, a través de ciertas instituciones (v. gr., abuso del derecho) se aproxima con cierta timidez a ella. Queda todavía mucho por hacer, y gran parte de esa tarea incumbe a aquellos que estamos en el mundo del Derecho. Al respecto ha dicho Juan Pablo II: “¿En una misma familia pueden unos comer hasta saciarse mientras que los hermanos y hermanas suyos son excluidos de la mesa? En este tiempo de Cuaresma, la conversión del corazón nos llama a unir el ayuno con la oración, para vivificar con la caridad de Dios las iniciativas que las exigencias de la justicia hacia el prójimo nos inspiran” (41).

(40) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *El derecho y el amor*, en Estudios..., cit., t. I, p. 48.

(41) JUAN PABLO II, *Mensaje para la Cuaresma 1985*.