

PROPIEDAD Y DOMINIO

Terminología. Concepto Doctrinario. Definición Legal

Por EDMUNDO GATTI

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil IV

SUMARIO

- I. — Cuestión sobre el significado técnico de ambos vocablos
A) Derecho Romano; B) Pothier; C) Otros criterios; D) Constitución Nacional; E) Freitas; F) Código Civil; G) Otras leyes de nuestro ordenamiento positivo.
- II. — Concepto doctrinario del dominio
A) Derecho Romano; B) Los glossadores; C) Los post-glossadores o comentaristas; D) Los maestros y consultores italianos; E) Doctrina moderna: a) Indicación de una o más facultades primordiales; b) Criterio voluntarista del señorío o poder de dominación; c) Criterio de la pertenencia; d) Criterio de la conjunción; señorío y pertenencia; e) El concepto del dominio a través de sus caracteres; F) Análisis crítico: a) Derecho Romano; b) Los glossadores, comentaristas, consultores y primeros juristas modernos; c) Criterio del poder o señorío; d) Criterio de la pertenencia; e) El dominio a través de sus caracteres.
- III. — Definición Legal (Análisis crítico)

I. — CUESTIÓN SOBRE EL SIGNIFICADO TÉCNICO DE AMBOS VOCABLOS.

A) DERECHO ROMANO

I. — Roma no dispuso, durante los primeros siglos de su existencia, de una palabra para designar el concepto jurídico, abstracto, del dominio, limitándose los romanos a utilizar una frase que traducía simplemente la idea de pertenencia: "res mea est" (la cosa es mía). Esta sencilla expresión no fue desalojada del todo del lenguaje jurídico por los términos que sucesivamente

aparecieron para designar el dominio y continúa usándose con preferencia en el lenguaje vulgar¹.

2. — La denominación más antigua que emplearon los romanos fue la de "mancipium" (o "mancipium"), derivada de "manus" (mano y "capere" tomar); ella expresa la idea de adquisición mediante la fuerza, designando, por lo tanto, más que el derecho, su objeto y modo de adquisición, y guardando relación con la época primitiva, en que la fuerza, el poder, eran constitutivos de derecho. No obstante, esa es la denominación técnica del dominio hasta fines de la República y es también la que utiliza la literatura latina en su edad de oro.

3. — En la época de la jurisprudencia clásica aparece el término más difundido en derecho romano: "dominium" (dominio), que denota la idea de poder, de señorío, y que se relaciona con el concepto de soberanía².

4. — El término "proprietas" (propiedad), que apunta a la idea de pertenencia, sólo aparece en la época romano-helénica, la de la orientalización y decadencia del derecho romano, pero llega a convertirse en el más común. Sin embargo, esta denominación parece haber surgido para distinguir el dominio del usufructo, el propietario del usufructuario, llamados respectivamente "dominus proprietatis" y "dominus usufructus"³.

¹ El hecho de que la mencionada expresión del primitivo derecho romano se haya mantenido a través de los siglos tiene su explicación lógica: siendo el dominio el más amplio y completo de los derechos reales (a tal punto que absorbe la totalidad de la utilidad y valor de la cosa a que se aplica), en él el derecho se confunde con la cosa que es su objeto. No se incurre pues en contradicción lógica designando el derecho por su objeto y diciendo que una cosa es nuestra, que nos pertenece, para indicar que respecto de ella tenemos un derecho de propiedad: el dominio. Ese ha sido tal vez el criterio en base al cual el antiguo derecho romano dividió las cosas en corporales e incorporales, clasificación que no se referiría al objeto de los derechos sino a los derechos mismos, considerados desde el punto de vista económico, es decir, como bienes, como elementos del patrimonio.

² En un sentido amplio el concepto de dominio se aplica en el derecho romano no sólo al derecho real de que tratamos, sino también a otras relaciones jurídicas; así, se habla del "dominus sibi", "dominus negotii", "dominus contractus", "dominus hereditatis"; pero, más precisa y técnicamente, indica aquel derecho por el que "dominus" sin ningún agregado, significa dueño, propietario.

³ Esta contraposición entre propiedad y usufructo se encuentra en numerosas textos del "Corpus Iuris". Para dar una idea de ello mencionaremos los siguientes del Libro IV, Título 19 del Digesto: 2.1.52; 2.1.53; 2.1.54; 2.1.55; 2.1.56; 2.1.57; 2.1.58; 2.1.59; 2.1.60; 2.1.61; 2.1.62; 2.1.63; 2.1.64; 2.1.65; 2.1.66; 2.1.67; 2.1.68; 2.1.69; 2.1.70; 2.1.71; 2.1.72. Particularmente notable es el siguiente texto de Julianus: "Si se te legó puramente el usufructo del fundo y la propiedad a Titio bajo condición; y pendiente ésta adquiriéndose el dominio

B) FOTHIER

5. — Esta contraposición entre propiedad y usufructo reaparece en Pothier, quien, para referirse exclusivamente al dominio emplea la expresión "domaine de propriété"; en cambio, tanto "domaine" como "propriété" utilizados aisladamente, pueden significar no sólo el dominio, la propiedad, sino también otros derechos reales⁴.

C) OTROS CRITERIOS

6. — Algunos autores distinguen el dominio de la propiedad, considerando que el primero, por tener aplicación tanto en el campo del derecho público como en el del derecho privado, es más comprensivo que el segundo, que sólo tendría cabida en el derecho privado. Pero, como han observado otros, los términos "dominio" y "propiedad", aplicados al campo del derecho público y del derecho privado, no admiten comparación, por referirse a instituciones jurídicas completamente distintas. Un criterio aceptable es el de considerar que la propiedad es el objeto del dominio⁵.

de la propiedad, y después existiese la condición, Ticio tendrá el pleno dominio del fundo; sin que obste que se haya legado la propiedad con el usufructo; porque adquiriendo la propiedad, perdiese todo el derecho del usufructo legado" (D.7.4.17).

⁴ En nuestra doctrina ha sido demostrada por Allende la influencia de esta terminología de Pothier ("Oeuvres", Paris, 1846, t. 3, ps. 102 y ss.) en nuestro código civil, en algunas de cuyas preceptos las términos propiedad y dominio deben entenderse en un sentido amplio, comprensivo de otros derechos reales; así, el término "propiedad" en el art. 2351 es comprensivo de todo derecho real que se ejerza mediante la posesión (conf. art. 2352); los términos "propiedad" y "dominio" en los arts. 2737 y 2738 tienen el mismo amplio alcance (conf. art. 2772) y mayor aún (conf. arts. 2723, 2796, 2801 y 2824). La misma influencia se advierte en el contenido de algunas notas: en la nota al art. 2357 se dice que "el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa, pues que es una desmembración de la propiedad; y aunque no sea una parte material del fundo, es sin embargo una porción del dominio, desde que el dominio cesa de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo. El dominio del fundo sometido al usufructo pertenece bajo diversas relaciones tanto al usufructuario como al propietario. El usufructo es por su naturaleza una propiedad temporal". La nota al art. 2948 expresa que "el uso es un derecho real en la cosa que le está sometida, derecho que lo afecta en el dominio de esa cosa, pues que no queda íntegro en poder del dueño". Y la nota al art. 2970 dice que "el objeto de una servidumbre es atribuir a quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado. Este fundo en algunas especies, como dice Pothier, es considerado como su propiedad". (Allende, Guillermo L.: "Ámbito de aplicación de las acciones reales", en La Ley, t. 88, Secc. doctr., p. 704).

⁵ Conf.: Froudeux, "Théorie de la propriété", pág. 94.

D) CONSTITUCIÓN NACIONAL

7. — Nuestra ley fundamental, al garantizar el derecho de usar y disponer de la propiedad (art. 14) y su inviolabilidad (art. 17), emplea el término "propiedad" con un alcance amplísimo, comprensivo no sólo del dominio, sino de todos los derechos de contenido patrimonial (reales y personales) ⁴.

E) FREITAS

8. — Para Freitas, entre propiedad y dominio hay una relación de género a especie. Propiedad es todo derecho adquirido susceptible de apreciación pecuniaria, es todo bien integrante del patrimonio. Dominio es el derecho de propiedad que recae sobre cosas, es decir, sobre objetos materiales, con la mayor amplitud posible ⁵.

F) CODIGO CIVIL

9. — Nuestro código civil, al enumerar los derechos reales, en el art. 2503 menciona, en el inciso 1º, el "dominio". El mismo término emplea en los epígrafes del título V ("Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo"), en los de los capítulos IV y V de dicho título ("De la tradición traslativa de dominio" y "De la extinción del dominio") y en los de los títulos VI y VII ("De las restricciones y límites del dominio" y "Del dominio imperfecto"); pero luego, en el articulado se utilizan indistintamente los términos "dominio" y "propiedad", y a veces, en una misma disposi-

⁴ Cund.: Corte Suprema, 21.8.1922 (Jurisprudencia Argentina, t. 9, p. 124): "Ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Al celebrar un contrato de arrendamiento con arreglo a una ley que no limita el precio del alquiler, el locador se ha asegurado lícitamente el derecho de exigir el precio convenido durante todo el plazo de la locación: es él un bien incorporado a su patrimonio, una propiedad en el sentido de la Constitución".

⁵ "Estoque", art. 4071: "El dominio (derecho de propiedad sobre cosas), es el derecho real, perpetuo o temporal, de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, con todas las derechos sobre su sustancia y utilidad, o solamente sobre su sustancia con algunos derechos sobre su utilidad. (El dominio es perfecto o imperfecto —art. 4037; nota 1).

ción se usan ambos términos *. Exactamente lo mismo ocurre con los vocablos "dueño" y "propietario" *.

10. — Es pues evidente que el código civil emplea ambas expresiones como sinónimas al legislar el derecho de que tratamos; pero el código utiliza también el término "propiedad" en un sentido más amplio, al hablar de la "propiedad de la deuda" (art. 732) y de la "propiedad del crédito" (arts. 1457 y 1459). De lo expuesto, y del hecho de que "propiedad" designe no sólo el derecho sino también su objeto (conf.: arts. 2618, 2625, 2628, 2629, 2645, 2656, 2659, 2660, etc.), se deduce que entre nosotros el término "dominio" tiene un alcance más restringido que el de "propiedad", siendo por lo tanto aquél el más técnico y adecuado para designar el instituto a que nos estamos refiriendo **.

G) OTRAS LEYES DE NUESTRO DERECHO POSITIVO

11. — Fuera del código civil tenemos en nuestro ordenamiento jurídico leyes como la N° 111 del 28 de agosto de 1864 y la número 3975 del 14 de noviembre de 1900, que se refieren a la "propiedad industrial", y la N° 11723 que legisla sobre la "propiedad intelectual" (científica, literaria y artística). En modo alguno podría con respecto a tales derechos sustituirse la denominación de "propiedad" por la de "dominio", pues los bienes que constituyen el objeto de tales "propiedades" no son cosas. En cambio, con respecto a la institución legislada por la ley N° 13512 pudo haberse optado, si se hubiese querido, por la denominación de "dominio horizontal" en lugar de la de "propiedad horizontal", que prefirió dicha ley.

* El término "dominio" aparece empleado, entre otros, en los arts. 2506, 2507, 2508, 2524, 2525, 2526, 2527, 2533, 2550, 2567, 2571, 2583, 2592, 2597, 2601, 2602, 2607, 2609, 2611, 2661, 2662, 2664, 2665, 2666, 2669, 2673, 2676, 2677, y 2678. "Propiedad" es en cambio empleado en los arts. 2508, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2518, 2520, 2521, 2522, 2564, 2570, 2587, 2604, 2605, 2606, 2608, 2620, etc. "Dominio y propiedad" son utilizados simultáneamente en los arts. 2510, 2510 y 2662.

** Al "dueño" hacen referencia los arts. 2517, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2534, 2536, 2537, 2538, 2551, 2552, 2564, 2565, 2572, 2576, 2580, 2584, 2585, 2587, 2593, 2595, 2597, 2599, 2605, etc. En cambio, hablan del "propietario" los arts. 2508, 2520, 2513, 2515, 2516, 2518, 2518, 2521, 2523, 2523, 2558/2563, 2568/2570, 2574, 2586, 2582, 2600, 2601, 2612, 2614/2616, 2620, 2622, 2630, etc. Del "dueño y propietario" hablan a un mismo tiempo los arts. 2552, 2543, 2545, 2546, 2583, 2594 y 2617.

** Conf.: Segovia, Lisandro, "El Código Civil...", t. II, p. 78, n. 1; Lafaille, Néstor, "Derecho Civil", t. III, "Tratado de los Derechos Reales", Vol. I, N° 4420; Contr.: Salvat, Raimundo L., "Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales", t. II, N° 612.

II. — CONCEPTO DOCTRINARIO DEL DOMINIO.

A) DERECHO ROMANO

12. — La definición del dominio es obra de los juristas modernos. Los romanos, juristas esencialmente prácticos, no se preocuparon por definirlo. En las fuentes romanas no se encuentran, pues, vestigios de una definición, no obstante haberse pretendido lo contrario sobre la base de ciertos pasajes del "Corpus Juris", como aquél que definiendo la libertad expresa que es la facultad natural de hacer lo que a cada uno le place si no le está prohibido por la ley o impedido por la violencia¹¹; o el que, refiriéndose al mandante, significa que el mismo puede administrar sus propios negocios a su arbitrio¹²; o, en fin, el que, contemplando la situación de los poseedores de buena fe frente a la petición de herencia, decide que no cabe responsabilizarlos si algo malgastaron o perdieron, juzgando que abusaban de su propia cosa¹³, sobre cuya base algunos juristas pretendieron atribuir al derecho romano la definición del dominio como "derecho de usar y disponer de la cosa propia".

B) LOS GLOSADORES

13. — Los glosadores, apegados a los textos romanos, al no encontrar en ellos una definición del dominio y teniendo en cuenta que el derecho romano no clasificaba los derechos sino las acciones, dirigieron hacia este aspecto su tentativa de definición. Para ellos el criterio determinante del dominio era la "facultad de reintegrar la cosa", aunque tal criterio lo utilizaban no para definir el dominio sino para indicar el concepto de dueño. No obstante, en la glosa ya se insinúa una definición del dominio con la expresión "ius plenum in re corporali"¹⁴.

¹¹ D. 1. 5. 4. pr.

¹² C. 4. 38. 21.

¹³ D. 5. 3. 28. 11.

¹⁴ La escuela de los glosadores fue fundada por un filólogo y jurista de la Universidad de Bolonia, Guarnerio, quien hacia el año 1100, empezó a enseñar allí el derecho romano y al que, por razones que se ignoran, se llamó después Irnerio. Pocos años antes, hacia 1070, tuvo lugar uno de los hechos que quizá han ejercido mayor influencia en la historia del derecho: la aparición en Pisa del manuscrito del Digesto de Justiniano, que durante siglos había permanecido ignorado, ejemplar que después se llamó "Florentino" y que se conservó en Florencia. El nombre de glosadores se debe al método anagógico que usaban, consistente en la agregación de numerosas y breves aclaraciones al texto del Corpus Juris, que a veces se hacían a una palabra, explicando su sentido, y otras a una frase del original, aclarando su fondo, lo que también se hacía citando las concordancias con otros pasajes del Corpus Juris. Estas notas aclarativas y explicativas y estas concordancias eran

C) LOS POSTGLOSADORES O COMENTADORES .

14. — Los postglosadores o comentadores¹⁴ construyen el concepto del dominio sobre la base de la "facultad de disposición" de la cosa. Bártolo enuncia el criterio de la "perfecta disposición"¹⁵, que por su parte Baldo reduce a la facultad de enajenar¹⁶.

D) LOS MAESTROS Y CONSULTORES ITALIANOS .

15. — Los maestros y consultores italianos de fines del siglo XV y principios del siglo XVI¹⁷ enseñaron y adoptaron la definición de Bártolo, que de ellos pasó a la jurisprudencia italiana en las decisiones de los Tribunales de la Rota, especialmente de la Sagrada Rota Romana y de la Rota Florentina.

E) DOCTRINA MODERNA

16. — La corriente jurídica moderna se inicia con la dirección humanista del Renacimiento, a partir principalmente del siglo

escribas entre las líneas del texto (glosas interlineares) o en sus márgenes (glosas marginales). Se ha criticado a esta escuela su falta de sentido histórico, sentido que, sin embargo, era difícil poseerlo tener en una época imbuida de escolasticismo. Lo cierto es que los glosadores hicieron del Corpus Juris una obra que ha sido con razón calificada como luminosa. Aparte de su fundador, los glosadores que merecen ser citados en cuanto al concepto del dominio se refieren, son: Martino (1165), Bulgaro (1196), Placentino (1182), Azon (1238), autor de una importante "Summa", y Accursio (1182-1260), el último de los glosadores, que resume en su "Glosa Glosa" o "Glosa Ordinaria" la labor de todos sus predecesores.

¹⁴ Los postglosadores, llamados con más propiedad comentadores, trabajan no ya sobre los textos romanos, sino sobre las glosas y sobre las glosas a las glosas.

Si bien es cierto que por ello esta escuela no contribuyó a la ciencia del derecho romano puro, tuvo en cambio el gran mérito de actualizar el derecho romano, adaptándolo a las necesidades sociales y económicas de la época. Los dos comentadores de más fama fueron: Bártolo de Saxoferrato (1334-1357) y su discípulo, Baldo de Ubaldis (1327-1400). También merecen ser citados: el maestro del primero, Cino de Pistoia (1290) —sobre quien, a su vez, ejercieron influencia dos célebres profesores de la Universidad de Tolosa, Jacques de Revingny (1294) y Pierre de Belperche (1298)—, Giacomo del Maino (1339), etc.

¹⁵ Bártolo: Comentario al D.41.2.17.1: "El dominio es el derecho de perfecta disposición de las cosas corporales, salvo prohibición legal".

¹⁶ Baldo: Comentario al C.8.9.3.1.: "El dominio absoluto es la plena propiedad con facultad de enajenar".

¹⁷ Estos juristas son incluidos por algunos autores en la escuela de los comentadores. Entre los principales pueden citarse: los tres Socii (Mariano el Viejo (1367), su hijo Bartolomé (1397) y el sobrino de éste, Mariano el Joven (1568)); los dos Decii: Lancelot (1303) y Felipe (1335); Menachio (1307); etc.

XVI ¹⁹. Las definiciones que del concepto del dominio se han dado desde entonces pueden clasificarse en varios grupos:

a) Indicación de una o más facultades primordiales.

17. — Un primer grupo de definiciones, siguiendo el criterio de las escuelas precedentes, enuncia el concepto del dominio indicando la facultad o las facultades consideradas primordiales como contenido del derecho. Mientras Alciato y Duareno, siguiendo a los postglosadores o comentaristas, hablan de la "perfecta disposición" ²⁰ y de la "plena y libre disposición" ²¹, respectivamente, Cujacio, añadiendo a tal criterio el de los glosadores, hace referencia a la "perfecta disposición y vindicación" ²².

b) Criterio voluntarista del señorío o poder de dominación.

18. — El segundo grupo de definiciones, al igual que el anterior, se fundamenta en el contenido del derecho, pero no construye en base a la indicación de una o más facultades, sino que tiene principalmente en cuenta la voluntad del propietario, su poder de dominación o señorío sobre la cosa. Un jurista holandés con evidente inspiración en las fuentes romanas habla del derecho de "disponer a su arbitrio" ²³. Es notable el esfuerzo de los juristas alemanes en la elaboración de un concepto abstracto y unitario: para Fagenstecher la propiedad es el "poder jurídico de la persona que invade completamente el cuerpo de la cosa" ²⁴. Thibaut, Westphal y Glück ²⁵ hablan del "derecho a dispong de la

¹⁹ Los juristas del Renacimiento fueron los primeros en investigar el derecho prejustinianeo y, especialmente, el derecho clásico. Con método histórico y crítico, comenzaron asimismo a descubrir las interpolaciones de los textos clásicos. Aparte de los que se mencionan en el texto, merecen ser citados especialmente: En Francia: Dumoulin (1588), Donellus (1587-1591), Fabre (1537-1594), Domat (1696) y Pothier (1772); en Alemania: Ulrich Zasius (1461-1535), Melchior Haleander (1501-1531), Boerner (1647-1749) y Henricus (1583-1741); en Holanda: Vanous (1538-1697), Voet (1647-1714) y Schulting (1638-1734).

²⁰ Alciato (1492-1550): "El dominio es el derecho de perfecta disposición de las cosas".

²¹ Duareno (1529): "El dominio es el derecho de plena y libre disposición de las cosas corporales, salvo aquello que la ley prohíba".

²² Cujacio (1522-1590): "El dominio es el derecho de perfecta disposición y vindicación de las cosas corporales, salvo lo que la ley o el derecho prohiban".

²³ Noedi (1647-1721): "El dominio es el derecho de disponer a su arbitrio de las cosas, salvo que la violencia o el derecho lo prohiban".

²⁴ Fagenstecher, "Die romische Lehr von Eigentum", 1857-59.

²⁵ Glück, "Commentario alle Pandette" (34 volúmenes publicados por Glück, en alemán, entre 1790 y 1820, continuadas por diversos autores hasta 1896 y traducidas al italiano por Serafini, Fadda y Cogliolo), Vol. VI, p. 21.

sustancia de la cosa" y Girtanner del "derecho a la destinación de la cosa"²⁰. Windscheid pone el acento en la idea de la "voluntad decisiva" respecto de la cosa²¹, y Baron en la "completa y exclusiva señoría"²². El mismo camino es seguido en Italia por civilistas que, como Filomasi Guelfi, hablan de la "señoría general e independiente"²³, y por romanistas de la talla de Bonfante: "señoría eminente"²⁴, Peruzzi: "plena libertad de acción"²⁵, y Arangio Ruiz: "voluntad exclusiva y decisiva"²⁶. Lo mismo, en Francia, Girard: "señoría completa y exclusiva"²⁷.

c) Criterio de la "pertenencia".

19. — El tercer grupo de definiciones pone de relieve, no la idea de poder, de señoría, sino la "relación de pertenencia de la cosa al titular del derecho". Es la idea que expresa el "meum esse" del primitivo derecho romano, que se conservó en la fórmula de la "mancipatio". A este tipo de definiciones se adecúa mejor el término "propiedad", así como al grupo anterior conviene más el de "dominio". Este criterio de la pertenencia fue enunciado por Kant: "propiedad es el objeto exterior que, respecto a la sustancia, es lo suyo de alguien" y seguido por Puchta²⁸, Brinz: "unión

²⁰ Girtanner, "Jahrbuch für die Dogmatik der Rechte", III, p. 63.

²¹ Windscheid, "Trattato delle Pandette" (traducción de Fadda y Benzo), t. I, p. 590: "Propiedad significa que una cosa material es propia de alguien y que respecto a ella la voluntad de aquél es decisiva en la totalidad de sus relaciones".

²² Baron, "Pandekten", 9ª ed., 1895: "La propiedad es la completa y exclusiva señoría jurídica de una persona sobre una cosa corporal".

²³ Filomasi Guelfi, "Diritti Reali", p. 181; "Enciclopedia Giuridica", p. 118, n.º 1: "La propiedad es la señoría general e independiente de la persona sobre la cosa".

²⁴ Bonfante, "Corso di diritto romano", Vol. II, Sez. 1ª, p. 207: "señoría eminente sobre las varias señorías generales sobre la cosa".

²⁵ Peruzzi, "Istituzioni di diritto romano", Firenze, 1906-1908, Vol. 2: "poder de una persona consistente en tener plena libertad de acción respecto a una cosa, de modo que cuando quiera y pueda por todas las otras circunstancias disponer de ella, no le es impedido de hacerlo por la voluntad contraria de ninguna persona".

²⁶ Arangio Ruiz, "Instituciones de derecho romano", p. 189: "La propiedad es el señorío del hombre sobre la cosa garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda ingerencia extraña; es el derecho en virtud del cual la voluntad del titular es decisiva respecto a la cosa en toda dirección".

²⁷ Girard, "Manuel élémentaire de droit romain", 7ª ed., Paris, 1924: "La propiedad es el derecho real por excelencia, el más amplio y el más antiguo entre todos los derechos reales. Es la señoría completa y exclusiva de una persona sobre una cosa corporal —plena in re potestas".

²⁸ Puchta (1793-1846), "Pandekten", 12ª ed., 1876. "Corso delle Istituzioni presso il popolo romano", Milano, 1839.

jurídico de una cosa corporal con una persona" ²⁰ y Wirth: "relación jurídica de pertenencia de la cosa a la persona" ²¹.

d) Criterio de la conjunción: "señorío y pertenencia".

20. — El cuarto grupo de definiciones es el de los autores que consideran imprescindible integrar el concepto del dominio con los elementos de los dos grupos anteriores: el "señorío" y la "pertenencia". Este criterio fue esbozado por un viejo jurista italiano, Chesio, con la particularidad de que vinculaba la idea de señorío a la propiedad y la de pertenencia al dominio, es decir, justamente al revés de lo que nosotros entendemos ²². La expresión más cabal la encontramos en Araútz, quien ensambla admirablemente estos tres elementos: a) señorío absoluto de la persona sobre la cosa; b) entera pertenencia de la cosa a la persona; c) sujeción total y exclusiva de la cosa a la voluntad de la persona ²³. Este criterio es seguido por Serafini ²⁴; por Scialoja, para quien la propiedad es "una relación de derecho privado, en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo lo que no resulte prohibido por el Derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno" ²⁵; y por Ferrini: "la propiedad es aquel derecho por el cual una cosa pertenece a una persona y se encuentra sujeta a ésta de un modo esencialmente universal" ²⁶.

e) El concepto del dominio a través de sus caracteres.

21. — Por último debemos hacer referencia a aquellos autores que, dando o no una definición del dominio, consideran ne-

²⁰ Brinz (1820-1887), "Pandekten", parágrafo 130: "La propiedad es la unión jurídica de una cosa corporal con una persona, una unión que infunde carácter jurídico al cuerpo natural —[cosa]—, resultando así una cualidad de la cosa misma".

²¹ Wirth, "Systematik des Rheinischen Rechts, 1858, p. 39: "La esencia de la propiedad consiste, no en la relación jurídica de señorío sobre la cosa, no en las distintas facultades que ella atribuye, sino en la relación jurídica de pertenencia de la cosa a la persona".

²² Chesio, "Interpretationes Juris", 1850, Lib. II, Cap. 56, n. 18, p. 206: "Dominio es aquella cualidad por la cual significamos que cualquier cosa que nos pertenece es nuestra; propiedad es la suma potestad que por derecho privado nos compete sobre una cosa, siendo admitido a otros solamente, un singular derecho real sobre aquella cosa".

²³ Araútz, "Lehrbuch der Pandekten", I, 130, n. 4: "La propiedad es un derecho de señorío absoluto de una persona sobre una cosa que pertenece enteramente a aquella y está sujeta total y exclusivamente a su voluntad".

²⁴ Serafini, "Istituzioni di diritto romano", Vol. I.

²⁵ Scialoja, "Teoria della proprietà nel diritto romano", 1928, Vol. 18, p. 273.

²⁶ Ferrini, "Manuale delle Pandette", 8ª ed. riveduta dal Bariera, Milano, 1908, p. 349.

cesario enunciar para la comprensión del concepto, sus caracteres fundamentales. Entre los juristas alemanes, es digno de citar Böcking, quien es realidad eleva los caracteres del dominio al rango de esencia del mismo, al expresar que esa esencia está en la "abstracción" y en la "indeterminación" de la señorío⁴³. Por su parte, Rando considera característica fundamental de la propiedad, la "elasticidad" y la "unidad global"⁴⁴.

22. — Entre los italianos, ya hemos visto cómo Filomusi Guelfi calificaba el señorío de "general e independiente"⁴⁵. Scialoja, haciendo la crítica de la definición de Filomusi Guelfi, expresa que sería preferible decir "señoría indeterminada"⁴⁶. Hemos visto también que Ferrini hablaba del "sujetamiento universal" de la cosa a la persona⁴⁷. Bonfante admite que en la definición de la propiedad conviene tener presente dos caracteres: 1º) que el contenido normal de la propiedad no puede determinarse positivamente; 2º) la virtud de la propiedad de expandirse al cesar sus límites⁴⁸. De Ruggiero afirma que en la definición del dominio no se puede prescindir de dos caracteres fundamentales: 1º) la abstracción e ilimitación; 2º) la elasticidad⁴⁹. Ferrara coloca en primera línea dos caracteres: la plenitud y la exclusividad, a los que agrega luego un tercero, la elasticidad⁵⁰. El mismo criterio ha sido sostenido por Barassi⁵¹. Por último, Rotondi admite el carácter abstracto e indeterminado del derecho de propiedad, al con-

⁴³ Böcking, "Pandekten des römischen Privatrechts", Bonn, 1833-33, II, parágrafo 134, pág. 2; "Istituzioni di diritto civile romano" (traducción italiana de Squitini), Napoli, 1845: "La esencia del dominio está en la abstracción y en la indeterminación, apart de los más variadas determinaciones, de la señorío de derecho privado del sujeto sobre la cosa corporal como objeto de la voluntad de aquél".

⁴⁴ Rando, "Das Eigentums Recht", 1889, págs. 6 y sigs.

⁴⁵ Filomusi Guelfi (Ver supra nº 18 y nota 29).

⁴⁶ Scialoja, "Teoría della proprietà nel diritto romano", 1928, Vol. Iº p. 289.

⁴⁷ Ferrini (ver supra nº 20 y nota 41).

⁴⁸ Bonfante, "Curso di diritto romano", Vol. II, Sez. 1ª, pág. 199.

⁴⁹ De Ruggiero, Roberto, "Instituciones de derecho civil", trad. de la 4ª ed. italiana, Madrid, t. I, pág. 313: "Dos caracteres fundamentales ofrece pues el dominio, de los cuales no se puede prescindir en su definición: la abstracción e ilimitación del derecho y su elasticidad, que hace posible en concreto facetas diversas de la relación conceptualmente única".

⁵⁰ Ferrara, Luigi, "Diritto Privato Attuale", 2ª ed., Torino, 1940, Cap. LVII, pág. 424.

⁵¹ Barassi, Ludovico, "Instituciones de derecho civil", traducción castellana, Barcelona, 1935, Vol. II, nº 150, pág. 8: "En general hay que admitir como características esenciales de la propiedad las dos siguientes: la amplitud del disfrute y del poder de disposición, y la exclusividad. Además hay que mencionar la elasticidad no obstante ser, con menor relevancia, común a otros derechos reales".

siderar que han fracasado todas las definiciones que han pretendido determinar positivamente el contenido del derecho, contenido que sólo puede ser determinado negativamente, mediante las limitaciones del mismo. Considera caracteres fundamentales la elasticidad y la irrevocabilidad (que equivale a la perpetuidad) ⁸¹.

F) ANALISIS CRITICO

a) Derecho Romano.

23. — Si bien es cierto que ninguno de los textos del derecho romano a que hicimos referencia ⁸² implican una definición del dominio, no lo es menos que todos ellos contienen algún elemento que puede integrar su concepto. En efecto, si la libertad o el arbitrio consisten en la facultad de determinar la propia conducta, haciendo lo que a cada uno le place, es evidente que tal facultad se realizará de la forma más completa y efectiva con respecto a los objetos del mundo exterior que carecen de esa libertad o arbitrio, es decir con respecto a las cosas. Y si el simple poseedor de buena fe puede usar y disponer de las cosas de la herencia, con mayor razón podrá hacerlo el heredero, es decir, el dueño de la herencia.

b) Los glosadores, comentadores, consultores y primeros juristas modernos.

24. — No es aceptable una definición del dominio sobre la base de la enumeración de una o más facultades integrantes de su contenido, como pretendieron hacerlo los glosadores, los comentadores, los consultores y los primeros juristas modernos. La facultad de disposición, y más concretamente la de enajenación, pueden no existir y no por ello dejar el dominio de ser tal ⁸³; en cuanto a la facultad de reivindicar, no hace al contenido sino a la eficacia del dominio; más aún, la reipersecución es sólo una tendencia, una posibilidad del derecho real ⁸⁴. Por último, el dominio puede subsistir en estado latente, aunque momentáneamente desapareciera la facultad de reivindicar ⁸⁵.

⁸¹ Rotondi, Mario, 'Instituciones de derecho privado', traducción castellana, Barcelona, 1959, n° 134, pág. 233.

⁸² Ver supra n° 12.

⁸³ Por ejemplo en el caso de restricción a la disposición jurídica consagrada por el art. 2013 del código civil.

⁸⁴ Es el caso de las cosas que carecen de identidad o individualidad (cosas fungibles o consumibles) —arts. 2134 y 2135—, susceptibles de dominio pero no de reivindicación (art. 2162), por lo que su dominio sólo existe mientras sean poseídas. Con esto se vincula asimismo el problema de los límites de la acción reivindicatoria.

⁸⁵ Como en el caso del art. 2587 "in fine" del código civil.

c) Criterio del poder o señorío.

25. — El criterio más adecuado para expresar el concepto del dominio es el que se basa en la idea de poder o señorío del titular de tal derecho. La objeción que se le ha hecho en el sentido de que no distingue el dominio de los de más derechos reales, porque todos ellos son derechos de señorío, se rebate fácilmente con sólo contestar que el dominio es el más amplio derecho de señorío sobre las cosas, "señorío eminente", como lo llama Bonfante. La otra objeción que se ha dirigido a este criterio es la que se ha hecho al concepto mismo del derecho real, diciéndose que las relaciones jurídicas sólo se dan entre personas y nunca entre personas y cosas, no pudiéndose concebir el concepto del derecho real como una relación directa e inmediata entre el sujeto y la cosa; pero el error de tal objeción está en no haber observado que la clasificación de los derechos reales y personales se ha hecho, exclusivamente, teniendo en cuenta el objeto inmediato del derecho²⁵.

d) Criterio de la pertenencia.

26. — El criterio de la pertenencia, tomado aisladamente, es insuficiente para configurar el concepto del dominio. La idea de pertenencia no indica, en última instancia, otra cosa que la "titularidad" del derecho y es por lo tanto aplicable a todos los derechos no sólo patrimoniales sino también extrapatrimoniales²⁶.

e) El dominio a través de sus caracteres.

27. — Integrar el concepto del dominio con uno o más caracteres considerados esenciales o fundamentales es en cierto modo empezar a reconocer que es indefinible; y en realidad lo es. Se comprende sin ningún esfuerzo que indicar todas las posibilidades que la voluntad del dueño tiene respecto de la cosa objeto de su dominio, es imposible. El dominio no es pues una suma de facultades. He ahí su carácter "abstracto", expresado también con el criterio de que es una "unidad global", una "señoría general", un "sujetamiento universal" de la cosa a la persona, según hemos visto precedentemente²⁷. Podría pensarse que si el contenido del dominio no puede determinarse positivamente, puede serlo negativamente, enumerando y excluyendo al mismo tiempo todo lo que el dueño no puede hacer, es decir, todas las limitaciones o restricciones al dominio, que precisamente sirven para determinar por exclusión su contenido normal. Y aunque ello sería en verdad más fácil no es tampoco posible, porque también en el campo de

²⁵ Conf. Freitas, nota al art. 19 del "Estatuto".

²⁶ El dominio que tengo sobre una casa o la cosa de que soy dueño "me pertenece", tanto como "mis créditos", "mi nombre", "mi estado civil", etc.

²⁷ Ver supra nos. 21 y 22.

tales limitaciones o restricciones es necesario valerse de principios de carácter general, como ocurre en materia de restricciones derivadas de las relaciones de vecindad²⁸.

28. — De este carácter fundamental de la "abstracción" del dominio se deriva el otro de la "elasticidad", que consiste en lo siguiente: siendo el dominio limitado en las posibilidades de su contenido, se le pueden sustraer facultades en número ilimitado, sin que deje por ello de ser tal (facultad de "compresión") mientras conserve la posibilidad de recobrar su primitiva plenitud, apenas desaparezcan las limitaciones que lo comprimían (facultad de "expansión").

29. — Estos caracteres del dominio —abstracción y unidad— han hecho pensar que el mismo no es propiamente un derecho, una facultad, sino un complejo limitado de derechos o facultades que integran un poder único, poniéndose con ello de manifiesto cómo el dominio conserva aún en la actualidad aquella característica del primitivo derecho romano, y con ello su analogía con el concepto de "soberanía".

30. — Y también se vincula el concepto del dominio con el de la "libertad", no sólo en cuanto el dominio se presume libre y pleno mientras no se pruebe lo contrario, y en cuanto su definición sería la de la libertad misma, sino también porque él ha sido colocado junto con el derecho a la vida y a la libertad, siempre que se ha querido proclamar las bases mínimas que requiere el asiento de la dignidad humana.

III. — DEFINICIÓN LEGAL (ANÁLISIS CRÍTICO).

31. — El código civil define el dominio en el art. 2506 como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona". En términos más sencillos, "es el derecho de hacer de una cosa lo que se quiere", según expresara Savigny²⁹, concepto este que también era el de Los Partidos, según puede verse en la correspondiente transcripción que hace Vélez en la nota al mencionado artículo.

32. — La definición del código, según lo expresa el codificador al final de la recordada nota, ha sido tomada de Aubry y Rau, pero suprimiendo los caracteres "absoluto" y "exclusivo" con que

²⁸ Por ejemplo el principio del "uso anormal e intolerable".

²⁹ Savigny, "Traité de la Possession en Droit Romain", 7^a ed., Bruxelles, 1866, pág. 7.

estos autores integran la definición, siguiendo en parte al código civil francés, que sólo mencionaba el carácter absoluto.

33. — Integrar una definición del dominio con todos o algunos de los tres caracteres clásicos —absoluto, exclusivo y perpetuo— no nos parece aconsejable. En primer lugar, porque sólo el carácter "exclusivo" es esencial, siendo los otros dos solamente naturales. En segundo lugar, porque el término "absoluto" no expresa lo que con él se quiere significar; dicho término sólo puede aplicarse con propiedad al primitivo derecho romano, que no admitía limitaciones al dominio ni siquiera de carácter fiscal, pero es de tener presente que en esa época el dominio no era un derecho "per se", sino una de las tantas facultades que integran el poder absoluto, casi soberano, que el "pater familias" ejercía sobre todas las personas y cosas que le estaban sometidas. Fuera de aquella época, cuando se habla del carácter absoluto del dominio no se quiere ni se puede expresar otra cosa que ésta: el dominio es el derecho real de contenido más amplio y completo. Y en tercer lugar, porque la "perpetuidad" puede inducir a equívocos acerca de lo que con ella se quiere significar. No obstante no ser éste un carácter esencial del dominio, sirve para diferenciarlo de los derechos reales de goce o disfrute sobre la cosa ajena, derechos que se extinguen por el no uso, a diferencia del dominio, y en esto consiste precisamente su carácter perpetuo. Fuera de ello, nada impide que el dominio sea temporal, y no por ello deja de ser dominio. A lo que puede estar expuesto el dominio, porque entonces sí dejaría de ser tal, es a la revocación por la exclusiva voluntad de otra persona, no obstante lo que en contrario parecieran decir los arts. 2663 y 2665 del código civil. Si alguien tuviera la facultad de revocar por su sola y exclusiva voluntad el dominio de otro, tendría un derecho superior al mismo y sería en realidad el verdadero dueño. Como carácter esencial podría pues enunciarse el de la "irrevocabilidad", con el alcance indicado, en vez de la perpetuidad.

34. — El único de los tres caracteres clásicos que podría entrar en una definición del dominio sería el de la "exclusividad" (sin perjuicio de que no sea privativo del dominio, pues escamota a otros derechos reales), ya que bastaría que este carácter faltase para que el dominio dejase de ser tal para convertirse en condominio, o sea en otro derecho real distinto. Ello aparece con suma claridad en la definición de Freitas, para quien el dominio es el derecho real "de una sola persona" sobre una cosa propia, que puede en cambio ser "perpetuo o temporal" y cuya amplitud puede ser mayor (cuando comprende todos los derechos sobre la sustancia y sobre la utilidad de la cosa) o menor (cuando comprende sólo los derechos sobre la sustancia, con o sin algunos de los dere-

chos sobre la utilidad), y es precisamente por ello que "el dominio puede ser perfecto o imperfecto" ⁴¹.

35. — Volviendo ahora a la definición del código, debemos decir que, con ser sencilla y clara, podría serlo aún más; decir —como lo hace el art. 2508— que por el dominio la cosa se encuentra sometida a la "acción" de la persona, después de haber expresado que está sometida a su "voluntad", implica un concepto redundante y estrecho a la vez; redundante, porque es claro que si una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona, está por ello sometida a su acción, y estrecho porque el sometimiento a la voluntad implica no sólo la posibilidad de la acción, sino también la de la omisión. El dominio es, pues, el derecho (o mejor aún, el poder jurídico) en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona.

⁴¹ Freitas, "Tratado", art. 4071 y nota al art. 4227.

ENSAYOS

