

EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

Examen de la cuestión en la doctrina y el Código Civil. La nota del artículo 317 del *Esboço* de Freitas.

MARIO CÉSAR RUSSOMANNO

I. INTRODUCCION

La doctrina —tanto nacional como extranjera— evidencia profundas discrepancias en punto a la elucidación de cuál es el objeto de los derechos reales.

El análisis de todas las opiniones y la elección de alguna significaría una obra de mayor magnitud que el presente trabajo. Además, la cuestión de que tratará esta monografía se relaciona directamente con otros temas conexos ya que implica, forzosamente, la definición del concepto de derecho real, identidad o diferencias de éste y el derecho personal, y el análisis de la debatida naturaleza de los derechos intelectuales.

Ante la evidente imposibilidad de desarrollar todos los temas expresados en el curso de esta monografía, he limitado la ambición de la misma a bosquejar la evolución histórica y el estado actual de la doctrina acerca del objeto de los derechos reales, dilucidar la cuestión en nuestro código civil indicando la influencia en el mismo de las ideas de Freitas y tratar de explicar estas últimas mediante el análisis minucioso de la nota al artículo 317 del *Esboço*.

Ciñéndose a dicho temario, debo dar por aceptado que los únicos derechos reales según el código civil son: dominio, condominio, usufructo, uso y habitación, servidumbres, hipoteca, prenda y anticresis; ello implica soslayar los debates acerca de la naturaleza jurídica de varias instituciones, pues existen diversas y autorizadas opiniones acerca de la realidad o personalidad de la hipoteca, la prenda, la locación, etc.

I I. DERECHO ROMANO

La clásica división de los derechos patrimoniales y los conceptos de "derechos reales" y "derechos personales" no se encuen-

tran establecidos —claramente al menos— en las Institutas ni en el Digesto.

El Dr. Néstor A. Pizarro demuestra que “la denominación “*jus in re*” se encuentra en algunos textos” y cita, como ejemplos, el Digesto, libro 39, título II, ley 13, fl. 1 y libro 39, título II, ley 19¹. Louis Rigaud, a su vez, cita varias frases de Ulpiano y Gayo que demuestran que esos juristas acostumbraban usar la expresión “*jus in re*”². De todos modos, considero que es innegable que los jurisconsultos romanos no definieron el concepto de derecho real, si bien usaban esa expresión para referirse principalmente al dominio.

Los textos, en cambio, dividen las acciones en reales y personales. En el Digesto, libro XLIV, título VII, ley 25, está claramente establecida la clasificación de las acciones en estos términos: “Las clases de acciones son dos: reales (*in rem*) que se “llaman “*vindicatio*” y personales (*in personam actio*) que se dicen “*condictio*”. Es acción real aquella en que reclamamos una cosa nuestra que otro posee; acción personal es aquella en que exigimos de otro lo que está obligado a hacernos o a darnos . . .”.

También está explicada la división de las acciones en la Instituta, libro IV, título 6º, pár. 1, donde se lee: “La división principal de todas las acciones . . . en dos clases: ellas son o reales (*in rem*) o personales (*in personam*) . . .”.

III. APARICION Y DESARROLLO DEL “JUS IN RE” EN LA EDAD MEDIA

Según Ortolán³ la denominación “*jus in re*” aparece recién en el “*Brachylogus Juris Civilis*” —sobre cuya antigüedad hay gran discrepancia de opiniones, aunque puede asegurarse que apareció entre los siglos XI y XII—, de allí pasó al derecho canónico.

Aquí, debe hacerse una aclaración; en el derecho canónico de la Edad Media, antes de los glosadores, aparece una figura nueva: el “*jus ad rem*”. Esta figura jurídica ha llevado bastante confusión a la doctrina. Muchos autores entienden que en el derecho canónico —y luego en la glosa— existía, por un lado, el “*jus in re*” y, por el otro, el “*jus ad rem*” que, de tal modo, sería sinónimo

(1) PIZARRO, NÉSTOR A.: “Los derechos reales y personales en la obra de Cristián Wolff” en Revista de la Universidad de Córdoba, año XXXIV, Nº 4, sept.-oct. 1944, pág. 853, Nº 10 y nota 8.

(2) RIGAUD, LUIS: “El derecho real” traducción de J. R. Xirau. Madrid 1928, págs. 44 a 51.

(3) ORTOLÁN: “Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano”, Madrid 1847, Tomo I, pág. 110.

de "jus in personam" o derecho personal. No es así, sin embargo. Rigaud, en su obra antes citada ⁴, explica que "el jus ad rem" es una figura híbrida, intermedia entre el "jus in re" y la "obligatio". "No confiere un poder inmediato sobre la cosa, pero da a su titular un poder mayor que el que está fundado sobre la "obligatio", ya sea porque, mediante el cumplimiento de cierta formalidad puede transformarse en un "jus in re" verdadero, sea porque bajo ciertos aspectos sobrepasa el "jus in re" posterior. *Esta figura híbrida es totalmente desconocida de la glosa y el derecho romano parece haberla ignorado...*".

Las palabras de Rigaud que acabamos de transcribir —en base a muy serias documentaciones en que se funda el citado autor— demuestran, a mi juicio, que es un error creer que "jus ad rem" es sinónimo de derecho personal y que, contra la opinión de algunos tratadistas, esa institución jurídica fue ignorada por el derecho romano y los glosadores.

Explica el jurista recién citado que el "jus ad rem" fue una creación del derecho canónico de la época del Papa Inocencio IV (siglo XIII), que luego se extendió él al derecho feudal.

En el derecho canónico, el "jus ad rem" era el derecho que tenía el beneficiario de un oficio eclesiástico sobre el conjunto de bienes correspondientes al cargo, que aseguraban la subsistencia del titular del mismo. De tal modo, ese derecho era más parecido al derecho real que al personal, al punto que, en un principio, su ejercicio estaba garantizado con acciones reales.

Del derecho canónico la expresión "jus ad rem" pasó al derecho feudal, a fines del siglo XIII o principios del XIV, como creación distinta que la del derecho canónico. En el derecho feudal, la investidura formal daba al vasallo el "jus ad rem" sobre el feudo, la toma efectiva de posesión le confería el "jus in re" ⁵.

Mucho después, los civilistas tomaron esa figura del derecho feudal y la usaron para calificar el derecho del acreedor de cosa cierta antes de la entrega de la cosa, confirmando al primer comprador preferencia sobre los adquirentes posteriores, incluso los que hubiesen tomado posesión. Recién los juristas del siglo XVIII, como Pothier, usaron la expresión "jus ad rem" en el mismo sentido de obligación.

Quedamos, entonces, en que, a fines del siglo XIII o principios del XIV, en el derecho feudal existía —entre el "jus in re" y la "obligatio"— el "jus ad rem" como figura intermedia con más semejanza con el derecho real que con el personal.

(⁴) RIGAUD, LUIS: Obra citada; págs. 65 y siguientes.

(⁵) RIGAUD, LUIS: Obra citada; pág. 67.

Luego aparecen los glosadores; ninguno de ellos menciona el "jus ad rem". Sólo se refieren al "jus in re" en oposición a la "obligatio". Cabe mencionar que los glosadores no usaban la expresión "jus in personam" para referirse a los derechos personales, sino que se referían a ellos con el vocablo "obligatio", expresión ésta mucho más exacta y definitoria.

Rigaud explica ⁶ —basándose en una obra de Landsberg ("La glosa de Acursio y su teoría de la propiedad")— que los glosadores dedujeron el concepto de derecho real de "acciones in rem" del derecho romano. "La acción para la glosa debe tener, ante todo, una causa. La causa que engendra la "actio in personam" es la "obligatio"; la causa de la "actio in rem" es el "jus in re". Y substituyendo, naturalmente, la causa al efecto, el "jus" a la "actio", surge inmediatamente la oposición sistemática entre el "jus in re" y la "obligatio".

Los glosadores no se limitaron a usar la expresión "jus in re", sino que precisaron el concepto definiéndolo. "Para ellos —explica Rigaud ⁷— ... es el derecho que recae directamente sobre la cosa y la "sujeta". Definiéron, asimismo, la "obligatio" considerándola el derecho que permite exigir una acción de una persona determinada.

Debo insistir en que los glosadores no reconocían figuras intermedias entre derechos reales y "obligaciones"; las "acciones in rem scriptae" fueron recién mencionadas por los post-glosadores.

No podemos cerrar esta reseña sin mencionar que, tanto en el derecho feudal como en el derecho canónico, existía —paralelamente a los derechos reales propiamente dichos— otro tipo denominado derechos reales "in faciendo"; tales eran, por ejemplo, los tributos, rentas y diezmos sobre la tierra o el producto de ella.

I V. LA DOCTRINA CLASICA

Creo que la llamada doctrina clásica de los derechos reales no es más que la utilización y explicación de las ideas de los glosadores, principalmente de la "Glosa Grande" de Acursio, a las que me he referido anteriormente.

Generalmente se considera que el primero en distinguir y diferenciar con claridad los derechos reales y personales fue Pothier, pues los juristas que lo intentaron antes que él sólo lo hicieron en forma parcial o confusa. Sin embargo, el Dr. Néstor A. Pizarro, en un trabajo muy interesante ⁸, demuestra que la definición del derecho real y las diferencias entre éste y el derecho de

(⁶) RIGAUD, LUIS: Obra citada; pág. 59.

(⁷) RIGAUD, LUIS: Obra citada; pág. 59.

(⁸) PIZARRO, NÉSTOR A.: Obra citada; págs. 843 a 870.

crédito ya habían sido expuestos, en forma concisa y clara, por el filósofo alemán Cristián Wolff en su obra "Jus Naturae" publicada en 1743, es decir, con anterioridad al mencionado tratadista francés.

Quienquiera que haya sido el iniciador de esta corriente de opinión, corresponde simplemente que puntualicemos las ideas principales de la misma. Debemos, por lógica consecuencia, establecer las coincidencias entre los principales expositores de esta doctrina.

Lo fundamental es que los derechos patrimoniales se dividen en reales y personales. La diferencia entre ambos derechos consiste en el distinto objeto de los mismos: el objeto de los derechos reales es siempre una cosa; el de los derechos personales es siempre un acto.

Rigaud, citando a Accarías y Laurent, expone⁹: "El derecho real es un derecho que *recae directa e inmediatamente sobre una cosa* individualmente determinada de la cual permite obtener, sin que precise que sirva de intermediario la persona obligada, la utilidad legal, total o parcial y que *exige de todos un respeto igual pero puramente pasivo*". "El derecho de crédito es el derecho de exigir de una persona determinada cierta prestación que puede consistir en dar, nacer o no hacer . . .".

He transcripto los párrafos que anteceden, pues Rigaud es uno de los pocos autores que han sabido entender que los partidarios de la doctrina clásica nunca desconocieron que el derecho real exigiese la pasividad de la sociedad ante el ejercicio de los derechos reales por sus titulares. Considero importante lo que acabo de expresar, pues veremos más adelante que una de las críticas más injustas que se han efectuado a la doctrina clásica es que no considerase la existencia de esa "pasividad" de la colectividad ante el ejercicio de los derechos reales. Dejo apuntado el dato; luego volveré sobre el particular al tratar las críticas a la doctrina clásica.

De lo expuesto se deducen varios otros elementos diferenciales entre derechos reales y personales; me considero excusado de mencionarlos, pues sólo interesa a esta monografía las distintas teorías acerca del objeto de los derechos reales. Queda, entonces, dicho que, para la doctrina clásica, los derechos reales tienen por objeto las cosas; el objeto de los derechos personales es siempre un hecho o una abstención del deudor¹⁰.

(9) RIGAUD, LUIS: Obra citada; pág. 85.

(10) Acerca de las diferencias entre derechos reales y personales según la doctrina clásica, véase RIGAUD, LUIS, op. cit., págs. 86 a 95.

V. CRITICAS A LA DOCTRINA CLASICA CON RELACION AL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

En la segunda mitad del siglo pasado se desató entre los juristas franceses, principalmente, una ola de críticas a la doctrina clásica. Nos ocuparemos únicamente de las relacionadas con el objeto de los derechos reales, pues las tocantes a otros aspectos de los mismos resultan ajenas a este trabajo ¹¹.

Las críticas más encarnizadas están a cargo de Ernest Roguin y de René Demogue, quienes niegan que el objeto de los derechos reales sean las cosas.

La premisa de los que comparten dicha opinión es que el derecho regla relaciones entre los hombres y que, en consecuencia, sería evidentemente un contrasentido hablar de relaciones jurídicas entre personas y cosas. En otros términos, los detractores de la doctrina clásica parten de la base de que es imposible que las cosas sean objetos de derechos y que tales objetos no pueden ser nada más que actos humanos, positivos o negativos.

Demogue, Roguin y Olier ¹², entre otros, usan un ejemplo que resulta seductor y, a primera vista, convincente: "Robinson, en su isla, antes de la llegada de Viernes . . ." no podría ser titular de derechos reales sobre las cosas que utilizaba. Estos autores consideran que los hombres tienen sobre las cosas poderes de hecho, pero que no debe confundirse esos poderes con relaciones jurídicas ¹³.

Roguin, en tal sentido, critica duramente a Maynz, quien sostiene que "el derecho de propiedad puede existir abstracción hecha de todos los hombres fuera del propietario".

En definitiva, los partidarios de la teoría "anticlásica" —como los denomina Rigaud— opinan que "... en los derechos absolutos, el objeto del derecho, elemento constante por definición de la regla jurídica, no puede ser más que la inacción de los justiciables respecto a la cosa afectada por la relación" ¹⁴.

Aclaremos que los autores mencionados en los párrafos anteriores están agrupados en torno a la teoría de la "obligación pasivamente universal". Esta teoría considera que en todos los derechos absolutos —el derecho real es el más típico— existen, al igual

(11) Al respecto puede verse RIGAUD, op. cit.; PLANIOL Y RIPERT: "Tratado de Derecho Civil", tomo III, págs. 43 y sigs.; PLANIOL, M.: "Traité élémentaire de Droit Civil", tomo I, págs. 658 y sigs., núms. 2159 a 2163; ROGUIN, E.: "La regle de droit".

(12) Citados por RIGAUD, L., op. cit., pág. 99.

(13) ROGUIN, ERNEST: "La regle de droit", Lausanne 1889, pág. 233.

(14) ROGUIN, ERNEST: obra citada, pág. 55.

que en los derechos creditorios, tres elementos: 1) sujeto activo, que es el titular; 2) objeto, que consiste en la obligación de todo el mundo de no turbar el derecho del sujeto activo; 3) sujeto pasivo, que son todos los demás hombres, "obligados" a no turbar el derecho del titular.

Dichos juristas, a su vez, militan en dos bandos distintos respecto a los derechos reales: unos, como Demogue, niegan que haya diferencias entre éstos y los personales; otros, como Roguin, mantienen la separación, si bien no la basan en la naturaleza de los derechos, sino en la voluntad del legislador, el que, a su antojo, puede convertir derechos reales en personales o viceversa. En definitiva, las diferencias de criterios son meramente formales, no de fondo, pues todos concuerdan en el sentido de afirmar que el objeto de ambos derechos es idéntico.

V I. INJUSTICIA DE ESAS CRITICAS

Lo que motiva las diferencias de criterio entre clásicos y "anticlásicos" apuntadas precedentemente, es la noción de derecho subjetivo; no es necesario analizar todas las teorías respecto a ella, me limitaré a señalar que en la actualidad se considera que la teoría clásica de los derechos reales es perfectamente compatible con la noción de derecho subjetivo.

En tal sentido, séame permitido transcribir las frases con que Rigaud rebate —a mi juicio victoriosamente— las conclusiones de los adversarios de la doctrina clásica: "No negamos que el derecho sea desde el punto de vista formal y exterior una relación de persona a persona; pero no está ahí todo el derecho: Sólo creen tal cosa los que con Roguin declaran que toda consideración de finalidad debe ser excluída de la ciencia del derecho. Pero aquí está el error. El derecho no es una envoltura, una simple trama de relaciones interhumanas; es también, y muy especialmente, una organización de la vida y nada de lo que interesa a las condiciones de la vida en sociedad debe serle extraño. Antes que todo, el derecho debe tener en cuenta que las voluntades humanas están orientadas hacia la tranquila posesión de las cosas que son necesarias o útiles para la obtención de sus fines y que por ello toman el nombre significativo de bienes. Expresión del deseo y del interés del individuo que vive en sociedad, el derecho "en su concepción y en su estructura" debe expresar, ante todo, esta preocupación esencial, esta orientación de las voluntades humanas hacia la posesión de las cosas que tienen un interés para ella. Y si es verdad que las cosas son los objetos inmediatos del deseo, de la voluntad y de la actividad de los hombres como fines a veces definitivos . . . el derecho subjetivo no puede dejar de reflejar esta necesidad o esta utilidad de las cosas para los

“ hombres considerándolas como objetos directos e inmediatos de estas voluntades, de estos deseos o de estas actividades, en tanto que expresa su legitimidad o su licitud frente a todos los miembros de la sociedad” ¹⁵.

Agreguemos que, en la actualidad, las críticas lanzadas contra la concepción clásica respecto al objeto de los derechos reales han sido desechadas por la mayoría de los juristas.

Planiol, paladín de la doctrina de la obligación pasiva universal en nuestro siglo, no cae en el error de negar que las cosas sean objetos de derechos ya que define el derecho real como “aquél que dando a una persona un *poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa*, es susceptible de ser ejercitado no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo” ¹⁶. Vale decir que, para Planiol, en el derecho real los elementos son: 1) sujeto activo, el titular; 2) objeto, una cosa; 3) sujeto pasivo, todo el mundo.

Considero que el error básico, en que incurren los anticlásicos en este punto, estriba en considerar que la actitud pasiva que todo el mundo debe observar hacia el titular de un derecho real es el contenido de una obligación. Josserand, con justas palabras, condena esas ideas diciendo: “Esta supuesta obligación negativa que incumbiría a todo el mundo, sin saberlo, es una creación bastante desdichada... El lujo de los medios empleados no guarda relación con el fin que se persigue; la soberanía de mi derecho no es tal que todos los habitantes del planeta deban ser declarados desde este momento mis súbditos; un derecho que repercute en el vacío y que al luchar contra molinos de viento, pretende hendir así puertas no ya tan sólo abiertas, sino inexistentes, se convierte en un monstruo jurídico, en un espantajo para niños; no conviene caracterizar un derecho por los conflictos a que puede eventualmente dar lugar; debe ser calificado por una *actualidad*, no por una eventualidad” ¹⁷.

Ihering —citado por Rigaud ¹⁸— dice: “Este deber puramente negativo y abstracto que se impone a todo el mundo y no se localiza en una persona determinada, no puede pretender que sea sistemáticamente erigido en una noción especial; no es más que la sombra proyectada por el derecho sobre el mundo exterior, el paso de lo positivo a lo negativo; lo que yo tengo, otro no lo tendrá”.

(15) RIGAUD, LUIS: obra citada, págs. 170 a 171.

(16) PLANIOL Y RIPERT: Obra citada, tomo III, pág. 47.

(17) JOSSERAND, LOUIS: Derecho Civil, Edición EJEA, Buenos Aires 1952, Tomo I, vol. III; págs. 17 y 18.

(18) RIGAUD, LUIS: Obra citada, pág. 149.

En términos concluyentes se expresa Rigaud: "... no es cierto que el derecho real consiste en una obligación pasiva universal puesto que esa obligación se encuentra en todos los derechos"¹⁹.

Sintetizando y aclarando los conceptos, puede decirse que la idea de la obligación pasiva universal no puede usarse como criterio distintivo ni puede considerarse que esa pasividad ante el derecho ajeno sea el objeto de ningún derecho; no es más que la simple aplicación del precepto romano "alterum non laedere".

No quiero cerrar este capítulo sin puntualizar una falsedad de los anticlásicos en la materia que nos ocupa. Critican a los partidarios de la doctrina clásica el no haber considerado ese deber pasivo de la sociedad toda ante el derecho del titular de un derecho real. No es así, sin embargo; los juristas embarcados en la corriente clásica ni desconocieron ni negaron ese deber: simplemente lo consideraron como normal en todo derecho, no como elemento distintivo ni, menos aún, como objeto del derecho real. Como ejemplo y prueba de lo que acabo de manifestar, copiaré textualmente algunas frases de Nourlon, partidario de la doctrina clásica, evidentemente: "El derecho real es un poder directo e indirecto sobre una cosa. La relación que él establece existe, *sin ningún intermediario*, entre la persona que es la titular y *la cosa que es el objeto*"²⁰. Y más adelante escribe: "El derecho real tiene por correlativa una obligación general y negativa, es decir, la obligación impuesta, no a tal o tal individuo, sino a toda persona fuera de aquélla que está investida del derecho, de abstenerse de todos los actos que pudieran trabar su ejercicio"²¹.

V I I. SINTESIS DE LAS DISTINTAS OPINIONES

Sintetizando lo expuesto en los capítulos anteriores podemos dividir las distintas opiniones acerca del objeto de los derechos reales en dos grupos principales: 1) *Doctrina clásica*: el objeto de los derechos reales es siempre una cosa; 2) *Doctrina anticlásica*: el objeto de los derechos reales es la obligación pasiva universal de no turbar el ejercicio del derecho por el titular del mismo.

Esta última doctrina, que criticamos en el capítulo anterior, ha sido virtualmente abandonada por completo en la actualidad; ya hemos dicho que hasta Planiol considera que el objeto de los derechos reales es una cosa.

(¹⁹) RIGAUD, LUIS: Obra citada, pág. 155.

(²⁰) MOURLON, F.: Répétitions écrites sur le Code Napoléon, tomo I, núm. 1335, pág. 640, Paris 1869

(²¹) MOURLON, F.: Obra y lugar citados, pág. 641.

Por lógica consecuencia, resulta evidente que la doctrina contemporánea ha vuelto a abrazar la idea clásica²².

Pese a ello, no debo dejar de mencionar que existen dos corrientes de opinión definidas y contradictorias: algunos juristas creen que el vocablo "cosa" debe entenderse en su acepción estricta, es decir, como sinónimo de objeto material susceptible de valoración económica; otros, en cambio, consideran que esa expresión, como objeto de derecho reales, debe usarse como comprensiva de todos los objetos susceptibles de estimación económica, sean materiales o inmateriales.

Esas opiniones encontradas se reflejan en la doctrina argentina, pues nuestros autores discrepan en este punto. Me propongo tratar de dilucidar cuál es la doctrina seguida por nuestro Código Civil; asimismo, intentaré rebatir algunas opiniones que considero equivocadas, aunque reconozco la gran autoridad jurídica de los eminentes juristas de quienes emanan.

V I I I. EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

De la simple lectura del articulado de nuestro Código Civil en el libro tercero, del artículo 497, y de las correspondientes notas, surge la certeza de que el codificador adoptó la doctrina clásica de los derechos reales.

En las notas se cita a Demolombe, Ortolan, Maynz, Mackeldey, Aubry y Rau, Zecharie, Perdessus, Pothier, Durantou, Toullier y Freitas. Todos los autores mencionados fueron decididos partidarios de la doctrina clásica de los derechos reales.

Las notas a los artículos 497 y 2.311 y la nota a) del título IV del libro III, no dejan lugar a ninguna duda acerca de lo que expresamos en el párrafo anterior. Así lo reconoce la doctrina nacional sin excepciones²³.

De esa certeza se desprende como inferencia forzosa que, para nuestro Código, el objeto del derecho real es una "cosa". Pero aquí es donde se produce el desacuerdo entre los autores nacionales, pues mientras algunos entienden el vocablo "cosas" en sentido estricto, otros sostienen que debe considerarse en su acepción amplia de acuerdo con la división romana de las "cosas" en materiales o inmateriales.

(22) Véase ENNECERUS, KIPP Y WOLFF: Derecho Civil, Tomo I, Parte General, Barcelona 1953, pág. 298.

(23) LAFAILLE, HÉCTOR: "Tratado de Derecho Civil", tomo I, pág. 16 y nota 22; ALSINA ATIENZA, DALMIRO A.: "Las diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito", en J. A. 1956, Sec. Doctrina, pág. 11.

La mayoría de los juristas argentinos concuerdan en que el objeto de los derechos reales está constituido por las "cosas", en su sentido estricto de objetos materiales. Esa opinión está sustentada por la economía toda de nuestro Código y principalmente por el artículo 2.311 y su nota.

Sin embargo, algunos autores no están de acuerdo con ese criterio. Alsina Atienza, por ejemplo, expresa concretamente: "El "derecho real recae sobre la "cosa" pero esta expresión está empleada aquí lato sensu, con el alcance que tenía en Roma el vocablo "res" de donde viene la denominación "derechos reales"; comprendiendo las cosas corporales y las incorporales; y no únicamente en la acepción estricta del art. 2.311 del Código Civil, reservada a los objetos materiales". El mismo autor dice: "Aunque lo más común sea que los derechos reales recaigan sobre bienes corporales, pueden incidir sobre patrimonios y sobre otros bienes" ²⁴.

Lafaille, en cambio, adopta una posición que podríamos calificar de ecléctica ya que, inmediatamente después de expresar en forma harto concisa que "el contenido o asiento de estos derechos es la "cosa" tomada en su acepción técnica de objeto corporal susceptible de valor", dice que esta regla no es rigurosa, pues aparece desvirtuada, en muchos casos, dentro del mismo Código ²⁵.

Tanto Lafaille como Alsina Atienza entienden que los derechos reales recaen sobre "cosas inmateriales" —siempre dentro de nuestro Código— en los casos siguientes: 1) los artículos 2.317 y 2.319 parte final que tratan de las cosas por su carácter representativo; 2) los artículos 2.900 y 2.901 permiten constituir usufructo por disposiciones de última voluntad sobre patrimonios o partes alícuotas. Lafaille agregó a los casos mencionados los artículos 2.844 y 2.845 que permiten constituir usufructo sobre cosas de mero placer y sobre fundos improductivos y, además, dice: "Igual criterio es aplicable a las servidumbres prediales (Art. 3.000) que hasta *se constituyen válidamente sobre inmuebles fuera del comercio* (Art. 3.002)" ²⁶.

Creo que ambos autores citados en este capítulo en los párrafos precedentes están equivocados en sus opiniones. El error proviene de no considerar que nuestro Código, en el punto que tratamos e inclusive en *todo el libro III sigue las ideas de Freitas en su Proyecto de Código Civil para el Brasil o "Esboço"*. Pero, cabe aclarar que, el error no es imputable a nuestros autores, sino al propio codificador ya que sólo cita a Freitas en tres oportunidades

(24) ALSINA ATIENZA, D. A.: Artículo citado, nota 5.

(25) LAFAILLE, H.: Obra y lugar citados.

(26) LAFAILLE, H.: Obra y lugar citados.

aunque se basa, evidentemente, en artículos del "Esboço" en más de cien artículos del libro III del Código Civil sin mencionarlo en las notas, aunque muchas veces lo copia textualmente.

Personalmente estimo que es imposible analizar el libro III del Código Civil Argentino sin utilizar permanentemente como libro de consulta el "Esboço"; él es la fuente oculta de dicha parte del Código. Desgraciadamente, el gran jurista brasileño resulta sumamente difícil de interpretar en sus conceptos, pero desentrañándolos se aclaran muchos puntos dudosos, en cambio, ignorándolos puede fácilmente caerse en el error de considerar al codificador inconsecuente con sus propios principios.

Rebatiendo los conceptos de Lafaille y de Alsina Atienza diré, en primer lugar, que los artículos 2.317 y 2.319 de nuestro Código, aunque sus notas mencionan como fuentes a Zacharie, Demolombe, Demante y el Digesto, han sido tomados de los artículos 404 y 393 del "Esboço". Freitas explica en las notas a sus artículos 317 y 381 que los derechos reales recaen siempre sobre "cosas" en sentido estricto. En la nota al artículo 381 del "Esboço" puede leerse: "Por el Proyecto todos los derechos personales, en su transmisión, debiendo ser representadas por instrumentos, toman el carácter de objetos corporales".

En segundo lugar, rebatiendo el segundo argumento de Lafaille y de Alsina Atienza —el usufructo sobre patrimonios o partes alícuotas de él (arts. 2.900 y 2.901)— diré simplemente que dichos autores omiten considerar las disposiciones del artículo 2.838 en sus dos últimos párrafos: "Los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro". Estos párrafos que he transcrito han sido casi literalmente copiados por nuestro codificador de los artículos 4.546 in fine y 4.548, 1ª parte, del "Esboço". Evidentemente, entonces, nos encontramos nuevamente ante el caso de las cosas por su carácter representativo y no hay contradicción.

El argumento de Lafaille acerca de los artículos 2.844 y 2.845 que tratan del usufructo sobre cosas de mero placer o fondos improductivos me parece inconsistente, pues no entiendo por qué se dice que nos apartamos de la esfera del patrimonio cuando se trata de cosas de mero placer o de fondos improductivos. Una estatua o un cuadro ¿no forman parte del patrimonio de sus propietarios? ¿No pueden comprarse y venderse? Un fondo improductivo ¿por serlo deja de estar en el patrimonio de su dueño? ¿No puede transmitirse por título oneroso? ¿No forma parte de la prenda común de los acreedores de su propietario?

Por otra parte, los conceptos de "productivo" o "improductivo" son eminentemente relativos, pues lo que es absolutamente improductivo para mí, puede no serlo para otro. No creo que nadie pueda decir que un fundo —o cualquier otro objeto de derechos— sea improductivo para todos y para siempre. Entiendo que el artículo 2.845 del Código Civil debe aplicarse a los inmuebles que no rinden utilidad a su propietario en el tiempo en que se constituye el usufructo.

Por último, considero infortunada la manifestación de La-faille con referencia a las servidumbres cuando escribe: "Que has-
ta se constituyen válidamente sobre inmuebles fuera del comer-
cio (art. 3.002)" (sic). Para probar mi aserto, me limitaré a transcribir el artículo citado por dicho tratadista, el 3.002 del Código Civil: "La servidumbre no puede establecerse sobre bienes
que están fuera del comercio". La cita del artículo 3.000 del Código Civil que hace el jurista mencionado creo que tampoco es certera, pues dicho artículo estipula que si la servidumbre "no procura alguna ventaja a aquél en cuyo favor se establece, es de ningún valor".

Como he expresado más arriba, creo que es conveniente conocer las ideas de Freitas acerca del objeto de los derechos reales, pues ellas son la base de nuestro Código Civil en todo lo que se refiere al tema. Dichas ideas han sido expuestas en el artículo 317, y fundamentalmente en su nota, del "Esboço". Como la forma de redactar del genial jurista lo hace difícil de entender, terminaré esta monografía tratando de explicar la nota mencionada, fuente de nuestro artículo 2.311.

I X. EXPLICACION DE LA NOTA AL ARTICULO 317 DEL "ESBOÇO" DE A. TEIXEIRA DE FREITAS

En el derecho romano, así como en los Códigos basados en él, las cosas se dividían en corporales e incorporales, con lo que se atribuía al vocablo "cosas" un sentido tan amplio que, para algunos —como Maynz, por ejemplo— comprendía todo cuanto puede ser objeto de derechos; y para otros —como Pellat— todo lo que forma el patrimonio.

El autor del "Esboço" considera que tal división es errónea y que su aceptación es causa perturbadora de la aplicación de las leyes civiles, pues de ella provienen errores e injusticias. Explica que en el derecho romano teníamos, por una parte, las "cosas" propiamente dichas, o sea, los objetos materiales y el derecho de dominio —porque se hacía abstracción de la relación jurídica para atender solamente al objeto— y, por otra parte, todos los demás

derechos, sean personales o reales (jure in re aliena) haciéndose abstracción de los objetos para atender a las relaciones jurídicas.

Esa teoría se explica así: el dominio, por ser el derecho real completo, absorbe toda la utilidad del objeto sobre el que recae y, de tal modo, el derecho se confunde con el objeto y por él queda representado; en cambio, los demás derechos reales no absorben toda la utilidad de los objetos y, en consecuencia, no pueden confundirse con ellos. En cuanto a los derechos personales, serían aquéllos que se relacionan con los objetos corporales —o “cosas”— únicamente en forma mediata.

El fin de la división antedicha es meramente doctrinario y, para satisfacerlo, resulta innecesario ampliar el sentido original del vocablo “cosas” como se hizo en el derecho romano. Freitas, en cambio, restringe el sentido de dicho término a su verdadero significado: objetos corporales.

En el sentido expresado, el jurista de quien tratamos explica que lo correcto es dividir los “objetos de derechos” en: 1) “cosas” (objetos corporales); y 2) “hechos” (objetos incorporales).

Claramente se comprende, entonces, que cuando las “cosas” son *inmediatamente* objetos de derechos estamos frente a los derechos reales; en cambio, cuando las “cosas” sólo pueden ser objetos de derechos *en forma mediata*, se trata de derechos personales.

Por ello, el artículo 19 del “Esboço”, dice: “Son derechos personales los que tienen por objeto inmediato las personas, aunque mediatamente puedan tener por objeto las cosas. Son derechos reales los que tienen por objeto inmediato las cosas, aunque mediatamente tengan por objeto las personas”.

“Bienes” son todos los objetos que forman parte del patrimonio de las personas, o sea, los susceptibles de valor. Aclara el autor que comentamos que no todos los objetos son bienes, pues existen hechos jurídicos que, por no ser susceptibles de valoración, no entran en esa categoría.

De modo que, para completar la división explicada anteriormente, diremos que los objetos de derechos se dividen en: a) *Objetos susceptibles de valoración*, o sea, “bienes”, que se subdividen en: 1) “cosas” u objetos corporales valorables; y 2) “hechos” u objetos incorporales, también valorables; b) *Objetos de derechos no susceptibles de ninguna medida de valor*.

Freitas explica que hasta los objetos incorporales pueden ser estudiados como “cosas” por carácter representativo y tal idea queda aclarada en el artículo 381 de su proyecto de Código, que dice: “Son cosas representativas de valor: 1) Todos los instrumentos públicos y particulares de los que constare la adquisi-

“ ción de derechos personales; 2) Todos los instrumentos públicos
“ transcriptos en el Registro Conservatorio, de los que constare
“ la adquisición de derechos reales sobre inmuebles”.

Consecuente con lo explicado precedentemente, el “Esboço” estudia los objetos que no sean “cosas” en la sección 1ª; las “cosas” en la sección 2ª; y en la sección 3ª se congregan todos los objetos de los derechos, pues trata “del objeto de los actos jurídicos”.

Los derechos son siempre efectos de hechos, pero debe distinguirse el hecho causal del hecho que es objeto del derecho.

Para el derecho romano todos los objetos de derechos son “bienes”, divididos en cosas corporales e incorporeales; esto es inexacto, pues —además de lo explicado anteriormente acerca del vocablo “cosas”— existen objetos de derechos que no son bienes, como los derechos de familia. Tampoco son bienes los “hechos objetivos” (hechos objetos de derechos) de los derechos personales, como las facultades individuales.

En los derechos reales, en cambio, la palabra “bienes” abarca todos los objetos posibles, porque siempre se trata de “cosas”, pues los derechos reales recaen —en todos los casos— inmediatamente sobre “cosas”. Esto es así porque cuando las cosas son objeto de transmisión o de extinción de cualquier derecho real, lo eran también de un derecho real preexistente, que es la causa, o título, de la nueva transmisión o extinción.

Por tal razón —la preexistencia de los derechos reales— los objetos de los actos jurídicos traslativos de derechos reales —como la tradición, por ejemplo— son los mismos derechos reales. Como al transmitir un derecho real el derecho del transmitente se extingue y subsiste el derecho en el adquirente, puede decirse, con más claridad, que subsiste la cosa, porque el derecho sobre la misma está subentendido y se presupone.

Ahora vemos la importancia de la diferencia entre la división de los objetos de derechos establecida por Freitas y la de las “cosas” según el derecho romano. Para éste las “cosas” corporales sólo son objeto del dominio; en cambio, para aquél los objetos de todos los derechos reales son siempre “cosas” en sentido estricto.

Aclarando su idea, dice Freitas: “Cuando se transfiere el dominio, transfiérese la cosa objeto de él, y también se transfiere la “cosa”, cuando se constituye o transfiere el usufructo, el uso, la enfiteusis, la anticresis y la prenda. Si respecto de los otros derechos reales, como la servidumbre o hipoteca, no se hace tradición de la cosa, es porque no se hace necesaria por la propia índole de tales derechos, cuyo ejercicio no impide la continuación de la posesión del titular del dominio. De ahí no resulta

“ que estos derechos reales no tengan por objeto “cosas” y que “ deban ser considerados como cosas incorporales”. Y notamos que la hipoteca y la prenda se ejercen también sobre cosas, pues ambas implican siempre un derecho real de dominio que, a su vez, presupone otro anterior.

Retrocediendo en los antecedentes de cualquier derecho real —por el principio de la preexistencia de los derechos reales— llegamos forzosamente a la apropiación o aprehensión material de una cosa por una persona. En este modo originario de adquisición del dominio se ve con claridad que la relación entre persona y cosa es inmediata y directa.

A diferencia de los derechos reales, los derechos personales —o creditorios— nunca tienen por objeto “cosas”, de acuerdo con la terminología tanto del derecho romano como la de Freitas. El objeto de los derechos personales no puede tampoco comprenderse en la categoría de los “bienes”, sino que consiste siempre en un hecho, un objeto incorporal no susceptible de valor, pues el objeto de todos los actos jurídicos que dan nacimiento a los derechos personales —y, en consecuencia, el objeto de estos mismos derechos— es siempre un hecho consecuente del ejercicio de las facultades individuales. Las facultades individuales —como bien lo indica Freitas en su artículo 321— pese a ser necesarias o útiles, no son susceptibles de ninguna medida de valor; por ello, no forman parte del patrimonio de las personas, no son bienes.

Aparentemente, la realidad no sería la que acabamos de explicar, porque todos sabemos que en el patrimonio se incluyen los créditos y las deudas. Sin embargo, la explicación es sencilla: un crédito es para su titular —es decir para el acreedor— un verdadero objeto de su propiedad, él es dueño de su crédito; éste está en su patrimonio y, por ello puede, inclusive, cederlo. Como objeto de propiedad del acreedor es evidente que todo crédito es un bien, susceptible de valoración. Pero este crédito no es el verdadero objeto del derecho personal, pues debe observarse que si bien el crédito es el objeto de propiedad del acreedor, no es un objeto originario porque deriva de la relación jurídica que se ha creado anteriormente, o sea, del hecho personal por el cual el deudor queda obligado hacia el acreedor.

Observemos que mientras para el acreedor su crédito es un derecho adquirido, para el deudor es sólo una obligación. Esto quiere decir que el objeto de la relación jurídica creada entre acreedor y deudor tiene dos vinculaciones; una con el derecho de propiedad y otra con el derecho personal.

Analizando lo expuesto precedentemente, notaremos que el acto constitutivo del derecho personal pre-existe al crédito como objeto de propiedad: éste nace como consecuencia de aquél.

El objeto del derecho personal es, entonces, el acto jurídico por el cual una persona se obliga hacia otra, vale decir un acto creador, constitutivo de derechos.

Sintetizando su opinión respecto a los derechos creditorios, Freitas expresa: “Este paralelo determina claramente la distinción fundamental entre la *persona* y el *derecho*; entre el *ejercicio de actos* y el *ejercicio también de actos que ya es ejercicio de derechos . . .*”. “Todos los *derechos*, reglados por el Código Civil, son derechos adquiridos, facultades ejercitadas, poderes efectivos en relación a la persona o cosas. Las facultades no ejercitadas aún, inherentes a todos los individuos y constitutivas de su personalidad, aunque generalmente tengan la denominación de derechos, no son aún los derechos que la legislación civil regla, son predicados personales, son la capacidad de obrar de que trata la legislación civil, tratando de las personas”.

“Lo que causa confusión en esta materia —aclara el autor del Esboço— es que el derecho personal viene a ser el medio por el cual se adquiere el derecho **real . . .**”.