

MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL

por

José A. Buteler

Publicado en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1956, año XX, N° 2, p. 529 y ss.

I. *Introducción*

Entiendo que no es ocioso, antes bien dispútolo de utilidad manifiesta, el que los cultores del derecho civil volvamos hacia Freitas, y sobre todo, que nuestra preocupación vigilante sea predicar y encarecer la considerable influencia que tuvo el pensamiento del eximio jurisconsulto brasileño en la obra de la codificación del derecho civil argentino. Abrigo el pensamiento de que no haya acaso en nuestro ambiente civilista actual conciencia acabada de los extraordinarios quilates de la personalidad de Freitas en cuanto jurisconsulto, y de la gran importancia de sus trabajos jurídicos. Es por eso por lo que he escogido el tema relativo al método del Código Civil. Es allí, precisamente, donde el pensamiento de Freitas se muestra patente y decididamente inspirador de la concepción sistemática elaborada por el autor del Código civil.

Para señalar la influencia de la obra fundamental de Freitas, el Esbozo, sobre el contenido del Código Civil, nada más a propósito que recordar una de las lapidarias notas de Segovia, la nota al artículo 3107, el último del título de las "Servidumbres". Dice así la concisa y densa glosa del pacientísimo y sagaz escudriñador de los artículos del Código Civil, como lo fue Segovia:

"Esta es la última cita de Freitas, que ha suministrado el precioso material de la mitad aproximadamente de los artículos recorridos. Aquí termina el proyecto de Código Civil del codificador brasileño, que quedó trunco. Un recuerdo para el malogrado jurisconsulto que la ciencia llora".

Para mayor abundamiento adúzcase el propio testimonio de

Vélez Sársfield vertido en un documento oficial, la nota de remisión del Proyecto del Primer Libro del Código Civil. Allí se dice: " ... he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América ... Me he servido principalmente del Proyecto del Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo, el Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos". Por otra parte, un diligente cotejo será la más acabada demostración de tal aserto.

II.- Importancia del método en la codificación civil

Cierto parecer se empeña en afirmar que lo del método referido a la obra de la codificación civil, no es asunto de mucho monto, de significación muy principal. Adujérase como argumento para sostener tal apreciación, el siguiente: la valoración fundamental de un cuerpo de leyes, su eficiencia jurídica no ha de depender del método, asunto que tan sólo atañe a lo externo, al aspecto técnico-práctico de la realización de la tarea. Entiéndase, por el contrario, que la valoración fundamental de un Código, depende tan sólo de su contenido sustantivo; de la bondad intrínseca de los principios que el Código proclamare; de la legitimidad racional de esos principios, mirados a la luz de los postulados de la justicia; de la capacidad de adaptación de esos principios al ambiente social e histórico donde han de imperar; de la ductilidad de los mismos para adecuarse a las exigencias de la evolución y el progreso de los pueblos.

Un ilustre autor nacional, ya desaparecido, Abel Chaneton⁽¹⁾, en su libro magistral sobre la vida y la obra del doctor Dalmacio Vélez Sársfield, insinúa una apreciación semejante respecto del Código Napoleón. Conocidas son las fallas atañederas al método, de que adolece ese Código, las cuales se ponen en evidencia con la sola desproporción que se observa entre el Libro II y los dos primeros. Este hipertrofiado Libro III, al decir de Chaneton,

1. Historia de Vélez Sársfield, T. II, N° 169.

en cuanto a extensión abarca, aproximadamente, más de los dos tercios de todos los artículos del Código Civil francés; y en cuanto a contenido, agrupa dentro de sí materias sin ninguna afinidad, las más heterogéneas. Maleville⁽²⁾ ha dicho que solo este libro habría podido contener toda la legislación civil; de manera, pues, que los dos primeros, a modo de capítulos generales sobre las personas y sobre los bienes, podrían haber servido de introducción. Agrega Chaneton, al expresar la sustancia de su apreciación:

"Esta aberración metodológica no ha obstado a la eficiencia jurídica del Código Napoleón ni a su magisterio ecuménico" (3).

Quienes miran al método como asunto de segundo orden, como ajeno a las virtudes que ha de ostentar un código civil, no paran mientes en que toda la conciencia de que se nutre la legislación no se agota en el contenido de sus preceptos. Olvidan que una importante rama de la ciencia del derecho, la técnica jurídica, está llamada a desempeñar un papel ponderable en la tarea compleja y difícil de la codificación. Espíritus selectos que irradiaron la luz de su genio, como el de Ihering, muestran sus afanes por la dilucidación de los problemas atinentes a la técnica jurídica.

Para llegar a la obra de la codificación ha sido menester que la ciencia del derecho progrese, alcance un avanzado grado de evolución, de madurez; ha sido menester someter a revisión muchos conceptos jurídicos para poder darles una adecuada formulación. La técnica jurídica, aplicada particularmente a la codificación civil, presenta aspectos muy variados, y dentro de ellos, el método ocupa un lugar de preferencia. Elaborar un código civil significa concebir un sistema, y el jurisconsulto que elabora un código civil, y que al mismo tiempo concibe el sistema, no puede prescindir de los instrumentos racionales indispensables de que ha de servirse toda disciplina científica, a saber: la clasificación de las materias con que trabaja y la ordenación racional de esas materias. Podría-

2. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil*", París, 1807, p. 2 y 3.

3. Ob. y loc. cit.

mos decir que un código civil es la agrupación y distribución dentro de un sistema, de las proposiciones jurídicas que han de regir las relaciones humanas que atañen directamente a la propia persona, ya considerada en si misma, ya considerada en relación a la familia y los bienes. Esas proposiciones jurídicas, así agrupadas y distribuidas, suministran el contenido específico del derecho civil, el que se diversifica en las cuatro instituciones fundamentales del derecho codificado, las que, según el plan seguido por el Código Civil, son tratadas en este orden: la familia, bajo la misma leyenda empleada por Freitas ("los derechos personales en las relaciones de familia"), asunto tratado en la Sección II, del Libro I; el derecho de las obligaciones en toda su integridad, asunto tratado en las tres secciones en que está dividido el Libro II del Código Civil; la propiedad y sus desmembraciones, los derechos reales, asunto tratado en el Libro III; y el derecho sucesorio, asunto tratado en el Libro IV.

A la luz de las enseñanzas de la concepción doctrinal y legislativa contemporánea, todo el contenido del Código Civil no concluye con estas cuatro instituciones fundamentales. Estos cuatro libros principales deben ir precedidos de un libro general que, a modo de introducción, debe contener una sistematización de los principios aplicables a todas las instituciones, concebidos y enunciados en un alto grado de abstracción. Es ésta la "Parte General", como se la suele llamar. El primer ensayo de codificación que concibió y estructuró todo este contenido de la Parte General fué, precisamente, el Esbozo de Freitas, el que lleva un Libro I intitulado, "De los elementos de los derechos", dividido en tres secciones: I, "De las Personas"; II, "De las Cosas"; III, "De los Hechos". Es ésta, en sustancia, la distribución de la Parte General observada en la actualidad, y tanto en los tratados de derecho civil como en los códigos. De manera pues que Freitas es a justo título un precursor en esta materia: proyectó en su Esbozo lo que habría de ser realidad por vez primera en la legislación civil, con el Código Civil Alemán, el que comenzó a regir en 1900.

He de insistir en un concepto muy principal: un Código Civil es ante todas cosas la distribución sistemática de las mate-

rias que abraza esta importante rama del derecho privado. Una distribución sistemática presupone un plan racional que dé armonía y coherencia al conjunto; un principio ordenador que le infunda sentido unitario y orgánico al todo.

III.- Freitas y su pensamiento fundamental sobre metodología

Entre las mentalidades esclarecidas que iluminaron con su pensamiento la ciencia jurídica de América, y que, al mismo tiempo, revelaron poseer una conciencia y compenetración acabadas del problema de la metodología jurídica, Freitas, seguido por nuestro Codificador, ocupa un lugar predominante. El aserto está sobradamente justificado. Hay testimonios irrecusables. Es suficiente mencionar las dos obras fundamentales de Freitas: la primera de ellas, "La Consolidación de las Leyes Civiles del Brasil", trabajo preparado por encargo del Gobierno del Brasil y destinado a servir de labor preparatoria para la obra definitiva, esto es, la codificación del derecho civil brasileño. Bastó que esta obra viera la luz para que Freitas se granjeara, a juicio de sus contemporáneos, fama de ser el más grande jurisconsulto de América⁽⁴⁾.

La segunda de sus obras, el Esbozo, ensayo extraordinario, admirable. Efectivamente lo fué, al decir de alguno de sus panegiristas, por la originalidad de la concepción, por la profundidad del pensamiento, por la seguridad y desenvoltura con que desarrolló sus principios a través del laberinto de su casuismo⁽⁵⁾.

El pensamiento de Freitas sobre metodología jurídica está magistralmente expuesto en su "extensa y doctísima" introducción a la primera de sus obras, "La Consolidación de las leyes civiles del Brasil"⁽⁶⁾. Freitas, en el primer capítulo de esta introducción, hace un análisis crítico de todos los sistemas de clasifica-

4. Chaneton, ob. cit., T. II, N° 141.

5. Chaneton, ob. cit., T. II, N° 143.

6. Versión castellana de la Introducción a la Recopilación de las Leyes Civiles del Brasil, en Enrique Martínez Paz: Freitas y su influencia sobre el Código Civil, Imprenta de la Universidad de Córdoba, año 1927.

ción de los derechos. Considera in extenso el principio clasificador romano, la conocida proposición de Gayo: "*Omne autem ius qui utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*". Es así como toda la legislación civil ha de distribuirse de acuerdo con esta trinidad: de personis, de rebus, de actionibus. Advierte el autor del Esbozo cómo hubo impropiedad en que una proposición semejante, de carácter eminentemente científico, hubiera alcanzado fuerza de ley en el "Corpus Iuris Civile". Considera, asimismo, de acuerdo con Savigny⁽⁷⁾, que fué exagerada por los jurisconsultos romanos la importancia de este enunciado, erigido en criterio ordenador de todas las leyes. Recuerda a propósito la difundida frase de Cuyacio con que motejaba a aquellos que en su época osaban censurar el susodicho enunciado: "*Imperitissimi et ineptissimi*". Freitas mira esto como una veneración supersticiosa. Entiende que ni el Digesto, ni el Código, ni tampoco las Institutas, destinadas a la enseñanza, corroboran que se haya seguido este orden prescripto por la clasificación de Gayo. Observa el jurisconsulto brasileño, a modo de conclusión, que la clasificación mencionada se refiere al derecho, *ius*, y no podría, por tanto, aplicársela como norma para una clasificación de los derechos, *iura*; por otra parte, se refiere al *omne ius*, al derecho en general, y no se la concibió ni pudo concebírsela, respecto al derecho civil en cualquiera de sus acepciones.

En un segundo capítulo Freitas expone su pensamiento capital. Se apodera de su penetrante inteligencia una primera y muy principal, la que procura alcanzar la jerarquía de un verdadero enunciado científico. Es necesaria la formulación de un criterio ordenador sobre el cual asiente su construcción sistemática. Para encontrarlo, dice Freitas, no habremos de averiguar cuales son los "elementos" de la relación, sino que habremos de adentrarnos, poseídos de un cierto espíritu metafísico, en la "naturaleza" íntima de las relaciones jurídicas, a fin de descubrir y poner de relieve las diferencias permanentes, inalterables, que debidamente valora-

7. Savigny: Sistema de Derecho Romano actual, versión castellana, Madrid, 1878, T. I, LIX.

das, servirán de base para una clasificación racional.

Así es como Freitas, en sustancia, entiende que "todos" los derechos subjetivos se reducen a verdaderas categorías racionales, a "dos" géneros supremos: los derechos "absolutos" y los derechos "relativos". Dentro de los derechos absolutos, dice Freitas, la propiedad es la única que interesa al derecho civil; y agrega que dentro de la propiedad hallaremos los demás derechos reales, por cuanto ella los presupone a todos. Los derechos relativos hacen parte del contenido del derecho civil, cuando el sujeto de la relación no es el ente público investido del poder de soberanía, o si lo es, no interviene como tal, sino como simple persona privada, sometida al imperio del derecho civil.

De manera, pues, que derechos reales y derechos personales. Es éste el principio clasificador sobre el cual descansa la construcción sistemática de Freitas.

IV.- Influencia del pensamiento de Freitas en la concepción sistemática del Código Civil

El doctor Dalmacio Vélez Sársfield, en el oficio remitido al Poder Ejecutivo, con fecha 21 de junio de 1865, juntamente con el Proyecto del Primer Libro del Código Civil, dice:

"que el método que debió observar en la composición de la obra ha sido lo más dificultoso para él y que le ha exigido los mayores estudios".

No obstante la influencia indudable que tuvieron en el Código Civil argentino las doctrinas del código Civil francés, y las de los eminentes jurisconsultos franceses, así las de los precursores del Código, con Pothier a la cabeza, como las de los comentaristas del Código, cuya influencia más importante es la de Aubry et Rau, no obstante ello, el codificador argentino, en lo que respecta a método y a plan, se apartó del modelo de aquella época, no siguió al Código Civil francés. Conocedor de los trabajos de Freitas, suficientemente compenetrado de su pensamiento sobre metodología jurídica, magistralmente expuesto en la introducción a la "Consolidación de las Leyes Civiles del Brasil", buscó allí inspi-

ración, sobre todo, siguió, en sus líneas generales, el plan seguido por Freitas en su Esbozo.

Bien es verdad que este rumbo tomado por el autor del Código Civil provocó los reproches enconados de Alberdi, de los que da cuenta la famosa polémica de todos conocida, entre el autor de las "Bases" y el autor del código Civil; polémica en la que, indudablemente, salió airoso y con las palmas del triunfo, el doctor Dalmacio Vélez Sársfield.

Quiero detenerme en un solo pasaje contenido en este escrito. Por ahí el doctor Dalmacio Vélez Sársfield asienta esta afirmación, al referirse a Alberdi:

"Perdóneme que yo, después de un detenido estudio de los trabajos del señor Freitas, los estime sólo comparables con los del señor Savigny".

¿Qué quiere decir este parangón entre Freitas y Savigny? ¿Acaso la sagacidad del codificador argentino intuyó la posible influencia germánica en la formación de Freitas y en sus obras jurídicas? Si el investigador pone preocupación en desentrañar el sentido que tiene esta afirmación, acaso no pudiera dar otra explicación que ésta: Freitas y Savigny recibieron una común inspiración, abrevaron en la misma fuente: el Código General para los Estados Prusianos. Indudablemente que la obra fundamental de Savigny, "Sistema de Derecho Romano actual" está expuesta sobre la base del método seguido por el Código de Prusia. Esto es indiscutible. Basta una confrontación de las leyendas de los capítulos principales de la obra de Savigny con las de los títulos del Código de Prusia, para corroborar este aserto. Por otra parte, hay un documento inédito que obra en el archivo del Instituto de Derecho Civil, un cuadro comparativo entre el Código de Prusia y Freitas, en lo tocante a "Actos libres" y a "Declaraciones de voluntad", (Tit. 3 y 4, parte I, del Código de Prusia). Allí se advierte una afinidad manifiesta. Este documento puede servir de testimonio irrecusable para pronunciar esta conclusión: hay una unidad de pensamiento entre Savigny, el Código de Prusia y Freitas; unidad de pensamiento que se extiende al Código Civil, por la influencia directa de Frei-

tas sobre la obra de Vélez Sársfield⁽⁸⁾.

El codificador argentino, después de encarecer la dificultad que para él significó lo del método, se refiere muy brevemente, en el informe ya recordado, al método de las "Institutas", a la proposición de Gayo. Concentra después su reflexión crítica en el Código Civil francés. Fiel al pensamiento de Freitas, entiende que el principio que erige al título en modo de adquirir, que confiere al solo contrato la virtud de transferir la propiedad, viene a borrar la diferencia entre derecho personal y derecho real, y hace así imposible toda idea de orden y de sistema. Por lo demás, no calla su reproche respecto al Libro III del código Napoleón, donde, afirma, puede decirse que se ha reunido todo el derecho bajo la inscripción "De los modos de adquirir la propiedad".

En el sobredicho oficio de remisión del Proyecto del Primer Libro del Código civil, termina afirmando el codificador:

"Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño en su extensa y doctísima introducción a la "Recopilación de las leyes del Brasil", separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación como lo dice el mismo señor Freitas puede separarse un poco de la filiación de las ideas".

Ya sabemos cuál es el principio clasificador sobre el que asienta la construcción sistemática de Freitas.

V.- El principio clasificador de los derechos: personales y reales

Podemos afirmar que de todo el contexto del Código civil, ora de su plan, ora de sus propios preceptos, ora de los comentarios contenidos en varias notas, trasciende con evidencia que la distinción entre derecho personal y derecho real es el principio que rige su concepción sistemática. La antítesis entre el derecho personal y el derecho real cobra el carácter de precepto de la ley

8. Respecto a esto, consúltense los títulos 3 y 4, Parte I, del "Código General para los Estados Prusianos, en versión castellana del Instituto de Derecho Civil, año XII, N° 1, 1947.

en el artículo 497. Allí se dice: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales". La nota ilustrativa, en su último párrafo, remite a las definiciones de Ortolan sobre derecho personal y derecho real:

"Derecho personal es aquél en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos, un derecho personal es aquél que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquél que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera una beneficio mayor o menor".

En segundo lugar, la nota al Título IV, Libro III, expone, bajo la inspiración de Demolombe, un cuadro completo de la diferenciación entre derecho personal y derecho real. Asimismo, en nota a los artículos 577 y 578, el autor del Código Civil, siempre fiel al pensamiento de Freitas, proclama la necesidad imperiosa de la "tradición", como modo de adquirir la propiedad; y al mismo tiempo reitera sus reproches contra el régimen del Código Napoleón y el de los Códigos que le siguieron, por confundir el derecho personal con el derecho real, al erigir el título en modo de adquirir. Pónese, pues, de manifiesto la cuidada preocupación que tiene el Codificador por encarecer el sentido trascendente de esta clasificación. En otro lugar vuelve, aunque de paso, a insistir sobre lo mismo: al concebir el dominio internacional como derecho absoluto, lo compara con la propiedad privada, y de ese modo señala el contraste con el derecho personal, en cuanto derecho relativo. A su vez, de la nota al artículo 4023 se desprende que la contraposición entre lo personal y lo real se extiende a las acciones. Éstas son o "personales" o "reales". La última cláusula de la nota es categórica: "En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales". Más aún: del plan del Código Civil se sigue indudablemente que la antítesis entre el derecho personal y el real es la noción fundamental que preside todo el sistema: la Sección II del Libro I está dedicada a "Los derechos personales en las relaciones de familia"; el Libro II a "Los derechos personales en

las relaciones civiles"; el Libro III, a "Los derechos reales"; el Libro IV trata "De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes".

VI.- Análisis

El Código Civil está inspirado en la concepción tradicional del derecho real, la que lo mira como relación de poder físico, o como señorío de la voluntad ejercido inmediatamente sobre la cosa. Este concepto está condensado en la definición de Ortolan, vertida en nota al artículo 497; en la de Demolombe, reproducida en nota al Título IV, Libro III, la que dice:

"Derecho real es el que crea entre el sujeto y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto"⁽⁹⁾.

Tal pensamiento es en sustancia el expresado en la vieja definición atribuída a Grotius: "*Ius in re est facultas hominis in re competens sine respectu ad certam personam*"⁽¹⁰⁾. La misma definición, se previene, está reproducida en términos poco menos que idénticos, en el Código de Prusia (Parte I, Tít. II, § 125: "El derecho es real cuando la facultad de ejercerlo va unida a la cosa sin consideración a persona determinada"); en el Código de Austria (Art. 307: "Se llaman derechos reales los que competen a una persona sobre una cosa, sin considerar a personas determinadas"); en el

9. Demolombe, T. IX, N° 464.

10. Ver sobre este asunto el trabajo del Doctor Horacio Valdez: Introducción al Estudio de los Derechos Reales, versión taquigráfica de tres conferencias "ex-cátedra", publicado en el Boletín del Instituto de Derecho Civil (año XII, N° 1, 1947). Tengo por un deber no callar el juicio que me merece este escrito, cuyo pensamiento sigo y comparto sustancialmente. Es un trabajo magistral, ilustrado, denso, de factura irreprochable: estilo severo, diáfano, persuasivo... está aquí, pues, en lo fundamental dilucidada la antítesis entre el derecho real y el personal, así en su apreciación pura, como en la jurídico-práctica. En este trabajo el Doctor Valdez recuerda la definición atribuída a Grotius, reproducida en el texto. Sobre quien hizo célebre esta definición, el jurisconsulto Huberus, y sobre su paternidad, ve. Rigaud: "El Derecho real", versión castellana de J.R. Xirau, Madrid, 1928, p. 82.

Código de Chile (art. 577: "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a persona determinada"⁽¹¹⁾). Es de advertir que tal noción culmina en diafanidad si se la refiere al modelo, al paradigma de los derechos reales, la propiedad, el derecho más amplio, el que confiere mayor número de facultades sobre una cosa.

Este modo de concebir el derecho real, a manera de antítesis con el personal, como constituyendo uno y otro categorías que muestran una naturaleza diferente, fue sometido a revisión lógica. Apreciada críticamente esta manera de ver, se dijo que hay manifiesta impropiedad en mirar el derecho real como simple relación de poder físico entre el sujeto y el objeto; no es posible entender que la cosa sea el último término de la relación, salvo que se considere que ésta pueda ser sujeto de obligaciones, porque tan solo así se habría de justificar tal afirmación⁽¹²⁾. La idea de derecho pide inexcusablemente para integrarse, la noción de deber⁽¹³⁾. Contraído el concepto al derecho en sentido subjetivo, entiéndase que no ha de concebirse sino en función de dos conductas que llevan dirección opuesta: la del sujeto activo, representada por la posibilidad de obrar, y asimismo, de exigir; la del sujeto pasivo, representada por la necesidad de cumplir o de abstenerse de cuanto le está prohibido respecto al derecho de los otros. Véase, pues, al derecho real, en esta concepción crítica, contrapuesta a la ya secular, como aquél que se da, con ocasión de una cosa, en contra de todos, excepto el derecho habiente, a quien se le asegura

11. Valdez, loc. cit.

12. Ver sobre esto el concepto expuesto por Kant en sus Principios Metafísicos del Derecho, versión castellana y nota preliminar de Francisco Ayala, página 82. Aquí se reprocha la impropiedad que hay en hablar de un derecho referido a las cosas directamente, y no a las personas. Kant, en esta apreciación crítica, es recordado por Valdez, loc. cit.

13. Kant, op. Y loc. cit. Asimismo, y a pesar de la distinta orientación filosófica, Gabino Márquez, S.J., Filosofía del Derecho, Madrid, marzo de 1948, quien encarece la necesaria correlación lógica entre "derecho y deber", al extremo de que estas dos nociones son por fuerza de las cosas, recíprocas, ambas a dos se integran y complementan: N° 165, p. 281 y siguientes. Para mayor abundamiento, Jorge del Vecchio: El concepto del Derecho, traducción de la segunda edición italiana y prólogo de Mariano Castaño, Madrid, 1914, págs. 95 y 108, quien en su cuidado análisis del concepto del "derecho subjetivo", pone de relieve la correlación entre "derecho" y "deber", términos necesarios e ineludibles de toda relación jurídica.

el poder de exclusión de lo demás. Este pensamiento llevado a sus extremos conduce a ciertos juristas a afirmar que el derecho real no tiene contenido positivo; su contenido es tan solo negativo. El Cúmulo de facultades que el derecho real confiere, al derecho habiente no es en unidad el contenido del derecho: es la consecuencia, el resultado. Si se le contempla en si mismo, en su verdadera sustancia jurídica, el derecho real, se dice, está caracterizado por la prohibición de toda ingerencia extraña, por el poder de exclusión que incumbe al derecho habiente a consecuencia del deber de abstención que pesa sobre los demás⁽¹⁴⁾. Entiéndase con arreglo a esta apreciación doctrinal, que el derecho sólo se manifiesta como derecho por su lado externo: violado el deber de abstención por parte de alguno, y conculcado al mismo tiempo el derecho de otro, habrá de nacer entonces a favor del derecho habiente, la pretensión dirigida a asegurarle una reparación⁽¹⁵⁾. Es esto precisamente lo que sostiene el propio Freitas, cuando después de afirmar que no hay obligación que corresponda a derechos reales, agrega, en el artículo 869:

"Pero si los derechos fueron violados, ya sean personales, o derechos reales, hay siempre una obligación que les corresponde. En tal caso los derechos son acciones, son acciones personales si fueren personales, son acciones reales, si fueren reales...".

Si ha de tenerse por errado el concepto ya secular de derecho real, que agota toda su esencia en la sola relación de señorío entre el sujeto y la cosa, que para nada considera el término pasivo de la relación, el lado externo del derecho subjetivo; igual apreciación crítica ha de merecernos el concepto antagónico, que llevado a la exageración niega el contenido positivo del derecho real, agota la esencia del concepto en el solo poder de exclusión, mira única y exclusivamente, el lado externo del derecho

14.Ve. Valdez, loc. cit. y autores allí mencionados. Sobre el concepto del contenido puramente negativo del derecho real, especialmente Windscheid, Pand. 38, nota 3. Prevéngase que este autor en ediciones anteriores, había manifestado otra opinión.

15. Valdez, loc. cit.

subjetivo, sin parar la atención en su lado interno. Convéngase que uno y otro concepto son unilaterales, pecan por defecto, hacen caso omiso de un elemento que integra el contenido jurídico de la facultad que caracteriza a todo derecho subjetivo. Estas concepciones antitéticas, juzgadas a la luz del genuino concepto de derecho subjetivo, no satisfacen.

Bajo la inspiración de Del Vecchio, encarezcamos la necesidad de captar la plenitud del contenido encerrado en el poder jurídico. El análisis precisa penetrar en la totalidad de ese contenido para poner de relieve dos momentos lógicos que le son propios, aunque ambos a dos proceden de una sola razón generadora: "El uno, el que pudiera llamarse el lado interno de esa facultad o derecho, la posibilidad de obrar del sujeto, de conformidad con los límites imperativos y dentro de ellos; y el otro, el lado externo, denota la imposibilidad de todo impedimento, y la respectiva posibilidad del sujeto de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos por los cuales ha sido instituída la primera posibilidad"⁽¹⁶⁾. Esta correlación, se agrega, constituye esencialmente el concepto de derecho subjetivo, y nos revela que a todo derecho corresponde necesariamente un deber⁽¹⁷⁾. Refiérase este razonamiento al paradigma de los derechos reales, la propiedad, y Obsérvese cómo se dan aquí los dos momentos lógicos; cómo el derecho se muestra a la percepción jurídica a través de sus dos lados, "el interno" y "el externo". El propietario, en cuanto lo es, tiene asegurado sobre la cosa un poder jurídico en virtud del cual puede sin violar las limitaciones impuestas por el Código Civil a su derecho, hacer respecto de ella cuanto quisiere; por otra parte, en razón de ese mismo poder jurídico, puedo también impedir toda ingerencia extraña, repeler la acción ilegítima de terceros. El derecho de propiedad, en sustancia, le asegura al propietario el aprovechamiento total, libre y exclusivo de la cosa: por su "lado interno" tiene contenido positivo si se nos muestra a través de la posibilidad de obrar; por su "lado externo", el contenido es negativo, y

16. Del Vecchio, op. cit., págs. 98 y siguientes.

17. Del Vecchio, op. y loc. cit.

se nos muestra a través del poder de exclusión, si se quiere concebir la plenitud de su contenido. Tanto queda trunco el concepto del poder jurídico cuando se contraer a la sola posibilidad de obrar, olvidando lo demás; cuanto, cuando se contrae al solo poder de exclusión, haciendo caso omiso del contenido positivo del derecho.

Aun cuando pequemos de redundantes, insistimos sobre esta idea: sólo la necesaria correlación que la razón percibe con la fuerza de una verdad inconcusa, entre los dos momentos lógicos que Del Vecchio pone de relieve en el contenido del derecho subjetivo, esto es, la necesaria correlación entre el "lado interno" y "el externo", entre la posibilidad de obrar libremente, dentro de los límites establecidos por la ley, y la posibilidad de legítima reacción frente a la violación por parte de alguien del deber de abstención que pesa sobre los demás, condensa, pues, toda la esencia del poder jurídico en el derecho real.

En el ámbito de la legislación contemporánea nos damos con una proposición jurídica que satisface el rigor conceptual, que en su sola enunciación resume todo el contenido del poder jurídico. Referímonos al § 903 del Código Civil Alemán, que al describir el contenido del derecho de propiedad, en fórmula de irreprochable factura técnica, dice:

"El propietario, en tanto no se oponga la ley y los derechos de terceros, puede, respecto de la cosa, obrar a voluntad, y asimismo, excluir toda ingerencia de otros".

VII.- Conclusión

Bien es verdad que el Código Civil, en el terreno de la pura doctrina, escoge la definición clásica del derecho real, la de Demolombe, vertida en nota al Título IV del Libro III, que es, en definitiva, la misma reproducida en el Código de Prusia, en el de Austria y en el de Chile. Júzguese que en esto hay tan sólo la enunciación de una definición, aun cuando diputámosla incompleta, de conformidad con la noción exacta y cabal del derecho subjetivo. Empero, no se entienda que la sola definición agota todo el pensamiento del Código Civil sobre la institución del derecho real.

Váyase a la nota al artículo 497, donde se exclama y aclara la proposición contenida en el texto, y se verá entonces que en el pensamiento del Código Civil no da por inexistente el contenido negativo del derecho real; antes bien, se para la atención en el deber de respetar el derecho real, deber que nos incumbe a todos; y, precisamente, se lo considera para señalar el contraste, para marcar la diferencia entre este deber, término correlativo del derecho real, y el deber personal, término correlativo del derecho de obligación. Es así como el Codificador revela acendrada preocupación por poner de resalto la contraposición que el sentido jurídico-práctico no puede dejar de percibir, entre el contenido negativo del derecho real y la obligación personal; este deber que cada uno tiene de respetar el derecho real de los demás, esta imposición jurídica de abstenernos de toda ingerencia en el derecho de los otros, deber de acatamiento, de pura inercia, término correlativo necesario de todo derecho absoluto es, se afirma, un deber jurídico; más "no constituye una obligación", entendido este vocablo con la significación restricta que tiene el derecho civil: el deber correlativo

al derecho real no constituye la obligación personal, aquélla en virtud de la cual podemos constreñir a alguien a que nos dé, nos haga o nos preste alguna cosa, según el concepto de Paulo⁽¹⁸⁾, concordante con la célebre definición de "Las Institutas". La segunda cláusula de la proposición contenida en el artículo 497 "hay obligación que corresponda a derechos reales", sólo ha de entenderse a la luz del razonamiento expuesto en la nota, en el sentido de que el derecho real a diferencia del personal, no puede tener nunca por término correlativo, un sujeto individualmente determinado de antemano obligado al cumplimiento de una prestación respecto de otro, y asimismo, responsable con su patrimonio, frente al derecho habiente. Esto de ninguna manera entraña desconocer el contenido negativo del derecho real: el deber de abstención que obliga a todos y el correlativo poder de exclusión. Recalcamos que la nota al artículo 497 reconoce de modo explícito este elemento del dere-

18. Ley 3 pr. D. "de obligationibus" (44, 7).

cho real que hace parte de su contenido jurídico, aunque la intención que allí se pone de manifiesto sea de contraponer este mero deber de inercia y acatamiento, a la obligación, entendida en sentido jurídico estricto⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, acaso se tuviera por sobreabundante recordar que el Código Civil, al reglar las facultades que el derecho confiere, sobre todo, las inherentes a la propiedad, que siempre tomamos por modelo, no sólo es explícito respecto a las que hacen parte del contenido positivo del derecho, sino que lo es también respecto al poder de exclusión. A tenor del artículo 2513, el propietario no sólo tiene derecho a poseer la cosa, usar y gozar de ella, percibir sus frutos, desnaturalizarla, degradarla, destruirla, enajenarla, gravarla, etc.; sino que también puede prohibir que otro se sirva de ella o perciba sus frutos, como puede reivindicarla de terceros. Y el artículo 2516, completado por el 2517, refiérese de modo muy particular al poder de exclusión: "*El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre conveniente*". En resolución: el Código Civil agota en su afán descriptivo la totalidad del poder jurídico reconocido al derecho habiente, y asegurado de modo efectivo por las "acciones reales", las que nacen de la propiedad y sirven para "hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado". El contenido concreto del derecho civil positivo pone en evidencia que el derecho real, en cuanto confiere el poder de obrar a voluntad respecto de la cosa, dentro de los límites legales; confiere al mismo tiempo el poder de exclusión de toda intromisión extraña que presuponga la violación del deber de acatamiento que obliga a todos.

En definitiva el derecho personal y el real, mirados en su estructura jurídica pura, no difieren en naturaleza. No hay una

19. Valdez, loc. cit.

distinción tocante a la esencia del concepto⁽²⁰⁾. Ambos a dos han de concebirse a través de conducta con dirección opuesta, las que coordinadas jurídicamente, representan, por una parte, la posibilidad de obrar, donde va implícita la de exigir; por otra, la necesidad jurídica de someterse al acto o a la abstención imperados por el derecho objetivo.

Vuélvase ahora nuestra reflexión sobre la nota al artículo 497, para destacar las características, que, desde el punto de vista técnico dan perfiles propios al mero deber de abstención correlativo al derecho real, y a la obligación correspondiente al derecho personal. En primer lugar, el deber de abstención correlativo al derecho real es "general" e "indeterminado": rige para todos y para cada uno de los miembros de la colectividad. En cuanto está sancionado por el derecho objetivo viene a confundirse con el "*alterum non laedere*", y sirve de nota característica a todo derecho absoluto. Por el contrario, la obligación sólo se concibe respecto de un sujeto individualmente determinado, precisado jurídicamente, para satisfacción legítima de otro, al cumplimiento de una prestación. En segundo lugar, el deber de abstención correlativo al derecho real, es "permanente" e "inextinguible", mientras subsista el estado de derecho nadie podrá estar exonerado del deber de respetar el derecho personal. En cambio, la obligación, elemento correlativo esencial de todo derecho personal, es de suyo "transitoria": luego que se haya cumplido de modo exacto y cabal la pres-

20. Gabino Márquez, op. cit. N° 159, pág. 272, corrobora en definitiva cuanto afirmamos en el texto: "aunque no es cierto que en todos los derechos hay materia y término, pues son elementos esenciales, pero unas veces el derecho mira directamente a la materia y mediante ella dice también relación al término, y otras, por el contrario, el derecho se ejerce directamente contra el término y mediante él se relaciona con la materia que es su objeto, y "esta mera distinción" da lugar a la célebre división del derecho en real y personal, a la cual se refieren todos los códigos. Si tengo derecho directo sobre mi finca y por causa de ella todos tienen obligación de respetar mi derecho, esto se llama derecho real; si tengo derecho a que me paguen mis deudores y por eso tengo derecho a los bienes que constituyen la deuda, tendremos un derecho personal". Este pensamiento sencillo, clarividente, es la cabal confirmación racional de nuestro aserto: "materia" y "término" son elementos esenciales, necesarios, que no pueden faltar en ninguna relación jurídica. Hay sí un "mero accidente, una diferencia de perspectiva, que justifica la división de los derechos en reales y personales, dentro del criterio técnico-legislativo y jurídico-práctico: el derecho real mira directamente a la materia, a la cosa que es su objeto, y sólo mediatamente, el término, al sujeto pasivo; el derecho personal mira directamente al término, al sujeto pasivo, y sólo mediatamente a la materia, a la cosa.

tación debida, el vínculo jurídico se extingue y el deudor queda desobligado. En tercer lugar, el deber de acatamiento, de pura inercia, característico del derecho real, es, además de permanente, "recíproco": no sólo A está obligado a respetar el derecho real de B; sino que al mismo tiempo B está obligado, del mismo modo y en igual medida, a respetar el derecho de A. por el contrario, la obligación es, por definición "personal": el deudor solo está obligado respecto del acreedor, o bien respecto de sus sucesores. En cuarto lugar el deber propio al derecho real, está dicho ya, es "negativo" siempre: deber de abstención, de acatamiento, de pura inercia. En cambio, la obligación correspondiente al derecho personal, puede ser "positiva", como lo es la más de las veces, o también negativa. Por último el deber que muestra el contenido negativo del derecho real no es esencialmente constitutivo del derecho. Tal deber de abstención, que luego que ha sido violado, hace posible en el hecho el poder de exclusión reconocido al derecho habiente, tan solo se concibe en razón del contenido positivo del derecho real: el derecho habiente, como es obvio, goza del poder de exclusión únicamente en la medida en que tiene asegurada por la ley la posibilidad de obrar libremente respecto de la cosa. En cambio, en el derecho personal la obligación es "esencialmente constitutiva" del derecho: la sustancia jurídica de éste se concentra y agota en aquélla⁽²¹⁾.

Las diferencias señaladas bastan para afirmar que desde el punto de vista de la apreciación técnico-jurídica, el derecho real tiene fisonomía propia, inconfundible, lo cual lleva a contraponerle al personal y a considerarle como cosa distinta. El conocimiento, no tanto analítico, ceñido al rigor lógico, cuanto intuitivo y práctico, precisa distinguir entre el derecho sobre la cosa y el derecho de crédito; entre lo que es nuestro y nos pertenece; y aquello que sólo podemos exigir jurídicamente que otro nos lo procure. Ello explica también que en la enunciación de los conceptos se haga abstracción del contenido negativo del derecho real; se concentre la atención en el sentido positivo; se mire el solo

21. Ver Valdez, loc. cit.

señorío jurídico ejercido sobre la cosa, sin mirar lo demás; se afirme que la obligación es término correlativo del derecho personal, mas no del derecho real.

A su vez, la diversificación técnico-jurídica de los derechos en personales y reales, con todo el cortejo de sus consecuencias, explica al mismo tiempo el valor trascendente que le atribuye el Código Civil desde el punto de vista del método. Esto se nos alcanza de las consideraciones vertidas en notas a los artículos 577 y 578. La antítesis entre derecho personal y real, desde el punto de vista técnico-legislativo, tórnase indispensable frente a la distinción entre título y modo de adquirir erigida por el Código Civil a la categoría de axioma. Razónase así en los pasajes mencionados: el solo contrato de enajenación sin más, no es bastante para transmitir la propiedad; y si lo fuera, podría darse el caso de que el mismo enajenante transmitiere la cosa a otro, y que éste, de buena fe, la transmitiere a un tercero. Tendríamos entonces un choque de derechos, una colisión, donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro, los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? ¿Si este mal no puede ser evitado del todo, no convendría evitarlo lo más que sea posible? Se encarece la necesidad jurídica de que la tradición constituya el "modo de adquisición", con independencia del contrato de enajenación: debe haber un "signo visible, palpable" que dé por consumada la adquisición en el hecho, que la muestre, la ponga en evidencia a los ojos del público. Culmina el razonamiento con esta apreciación referida al Código Napoleón:

"En el sistema de transmisión de la propiedad como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalo entre la perfección de los contratos, la transmisión y adquisición realizada.

La tradición y la posesión nada vale. El derecho personal y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio dominio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título par adquirir y el modo de adquirir, entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto".