

"EL DOMINIO EN EL CÓDIGO CIVIL"  
"HACIA LA VERDAD DE SU DOCTRINA"

por  
Sofanor Novillo Corvalán  
Rector de la Universidad Nacional de Córdoba

Publicado en Estudios de derecho civil, Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, imp. Universidad Nacional de Córdoba, 1936, p. 1

Juristas nacionales y extranjeros, comentadores ocasionales del código y hasta un congreso de derecho civil han afirmado que el código argentino ha organizado el dominio con un carácter absoluto e individualista. Este juicio, proveniente de fuentes tan autorizadas, ha logrado un consenso general, de modo que, aceptado como cierto, nunca ha sido sometido a una revisión severa.

El profesor León Duguit de la Universidad de París en un ciclo de conferencias que desarrolló en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, después de recordar la definición de la propiedad que contienen los artículos 544 y 545 del código Napoleón, afirma que la del código argentino es todavía más enérgica y significativa al decir que "la propiedad es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona". "Estos textos, añade, señalan bien lo que tiene de absoluto, de exclusivo, la propiedad derecho en las concepciones civilistas". (Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón, pág. 172).

El profesor doctor Enrique Martínez Paz, en su obra "Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino", dice por su parte: "Para la legislación y la doctrina romana la propiedad es un derecho absoluto y exclusivo "plena in rem

potestas" según el texto de las instituciones. Este concepto fundamental ha pasado todo entero a la legislación argentina, es cierto que la definición que nos da el art. 3540 rehuye intencionadamente toda declaración dogmática y que en la nota al mismo artículo prestigia la definición de los economistas, sacada sin duda de Adam Smith y por la cual la propiedad queda reducida "al derecho de gozar del fruto de su trabajo", pero estas son simples veleidades modernas que comenzaban a trabajar en el espíritu del codificador; su adhesión a los principios romanos no es dudosa, ha quedado expresada en más de un pasaje" (pág. 251)

A su vez el profesor de la Universidad de Buenos Aires, doctor Héctor Lafaille en su tratado "Derechos reales", se expresa de este modo; "Se dice con frecuencia que el concepto de la propiedad que sustenta nuestro código deriva del derecho romano, y se habla y se insiste acerca del espíritu individualista de los romanos. Evidentemente, el derecho de propiedad de los romanos era más amplio que el que predomina en las últimas legislaciones, pero estaba lejos de tener el individualismo estrecho y absoluto con que figura en nuestro código civil".

El doctor Gustavo Franceschi, que si bien no es un jurisconsulto sino un sociólogo y hombre de vastísima cultura, en una conferencia leída en el Instituto Popular de La Prensa sobre la "Función social de la propiedad en la República Argentina", dice, refiriéndose al código civil: "todo en nuestro código civil tiende a recalcar este concepto *individualista y absoluto* de la propiedad, todo hasta el art. 2514 que omite la pobre, pero significativa restricción que admite la Ley de Partidas sobre los perjuicios maliciosamente causados que nacen para un tercero de ciertos usos de la propiedad, todo, hasta el art. 2518 sobre

la extensión "*in altum et profundum*" de la misma. En cuanto a las restricciones de orden social que establece el código en el ejercicio de este derecho es muy fácil notar que se refieren al estado y no a la sociedad propiamente dicha".

El Congreso de Derecho Civil que se reunió en la Universidad de Córdoba en el año 1926 sancionó también la siguiente proposición; "el concepto individualista absoluto bajo el cual está organizada la institución del dominio en nuestro código civil debe ser sustituido por otro más amplio que concilie el interés social y el particular, garantizando el uso y goce de la propiedad mientras se mantenga en acción conforme a su destino. El estado debe intervenir para llenar la función social que le es propia".

El profesor Duguit encuentra la fórmula del código argentino más acentuadamente individualista que la del código francés, haciendo, desde luego, una observación aislada de ella, sin percibirla como la parte de un todo orgánico como es el régimen completo del dominio, el cual no sólo incluye las facultades explícitas e implícitas del titular de ese derecho, sino también las limitaciones expresas y posibles creadas a su ejercicio. Y olvida asimismo que el código Napoleón en el texto mismo de la definición del dominio le ha señalado el carácter de absoluto, en tanto que a este adjetivo hay que buscarlo en las notas del código argentino.

Lo curioso es que otros comentadores del código Napoleón, como los señores Colin y Capitant, ni siquiera admiten que dicho código haya atribuido al dominio ese carácter con el sentido de derecho individualista, exclusiva, anti social que se le da. Así dicen: "en primer lugar, al decir que la propiedad es el derecho *más absoluto*, el art. 544 expresa la verdad de que es el derecho *más*

*completo* que puede existir sobre una cosa. Y, de hecho, los demás derechos reales no se refieren más que a una fracción, a una parte de las diversas facultades cuyo haz constituye el derecho de propiedad. En segundo lugar, agregan, los redactores del código civil, al calificar la propiedad de *derecho absoluto*, han debido querer aludir a su independencia actual, en oposición al carácter dependiente y subordinado que era, en general, el de la propiedad territorial antes de la República".

Uniformemente también se atribuye esta acentuación individualista del dominio a las fuentes jurídicas del codificador que primordialmente son el derecho romano, el código francés y la legislación española. El primero confiriendo al titular del dominio el *jus utendi, fruendi et abutendi* y haciendo de dicho derecho real la *plena in rem potestas* da a la propiedad un sentido individualista que el derecho español lo reproduce y que el código francés de 1804 lo exagera aún por ser reflejo de la revolución de 1789 que fué una reacción individualista contra la monarquía absoluta.

Asimismo las fuentes económicas donde se formó el codificador explicarían también su concepción individualista del dominio. Entonces imperaba la fisiocracia con su famosa fórmula del *laissez faire* y del *laissez passer* que si económicamente significaba la libertad de industria y la de comercio, jurídicamente era la proclamación del individualismo, de los derechos del hombre, frente a los derechos sociales y, sobre todo, frente a la intervención del estado. El doctor Vélez hasta había sido profesor de Economía Política en la Universidad de Buenos Aires por disposición de Rivadavia y el texto de su enseñanza era el de Santiago Mill, de tendencia extraordinariamente individualista.

Con estos antecedentes que funcionan como premisas inobjctables, el ergo del silogismo lleva a la conclusión de que el codificador argentino debió organizar y organizó una propiedad absoluta e individualista. Y yendo al código mismo, sus comentaristas y críticos encuentran la confirmación de su tesis en diversos textos legales como el del art. 2513 que después de referirse a las facultades jurídicas del dueño exalta sus poderes materiales con esta expresión sin duda alguna enfática: "él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla", como el del 2514 que prescribe que el ejercicio de estas facultades (alude a las jurídicas y materiales que le acuerda el artículo anterior) no puede serle restringido porque tuviese por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer o traerle algunos inconvenientes con tal que no amengüe su derecho de propiedad"; como el que consagra la perpetuidad del dominio independientemente del ejercicio que se puede hacer de él (art. 2512) como el que dispone que "se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares, salvo lo dispuesto por leyes especiales al respecto" (art. 2518)

La cita de estos textos, exclusivamente, importa una visión fragmentaria de la institución y, en consecuencia, falsa.

Para una solución satisfactoria e integral del problema es forzoso plantearlo en estos términos: 1º ¿el individualismo del dominio que provendría de los textos transcriptos es de tal modo absoluto y rígido que no hay en el código mismo limitaciones expresas y limitaciones posibles al derecho del propietario que le hagan ceder su dominio en algunos casos, restringirle su ejercicio en otros, y en otros condicionar su uso en miras del interés público?; 2º.

¿los códigos contemporáneos, de tipo no individualista, definen el dominio de modo menos rígido que el nuestro y conceden a su titular derechos menos amplios, o lo han legislado de un modo encaminado hacia un ejercicio social?; y 3°. cuando el dominio no sufre limitaciones por no exigirlas el interés social, ¿no debe conservar el titular la plenitud de los poderes jurídicos y materiales que emergen naturalmente de su derecho?

Por absoluto e individualista entendemos un derecho que acuerda a su titular la posibilidad jurídica de ejercerlo sin limitaciones, y ningún derecho real hay en el código que las sufra mayores que la propiedad individual. Comienza por soportar una verdadera confiscación cuando el art. 2659 prescribe que "los propietarios limítrofes con los ríos o canales que sirven a la comunicación por agua están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río o del cauce sin ninguna indemnización". Precepto es éste que no consigna una simple restricción al dominio como lo ha declarado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino una confiscación real, puesto que si fuese una simple restricción funcionaría en este caso como servidumbre legal, entraría el camino de los treinta y cinco metros en el comercio, lo que no ocurre, pues al darle el código el carácter de camino lo incorpora al dominio público del estado, sustrayéndolo de todo acto jurídico posible. Y si ha entrado al dominio de éste se lo ha cercenado del dominio del particular, es decir que se lo ha sacado de su patrimonio sin ninguna compensación en miras simplemente de las necesidades del tráfico, es decir de una exigencia social. Y si se piensa en el enorme litoral argentino, se comprenderá la extensión del verdadero despojo que consagra el citado art. 2639.

Cede su existencia el dominio cuando la ley, en nombre de la utilidad pública, lo incorpora al dominio del estado (artículo 17 de la Constitución Nacional y 2511 del código civil), con el grave peligro para el particular de que la utilidad pública es calificada por un poder político como es el legislativo, lo que permite convertirla en una noción elástica y acomodaticia, calificación que, por lo demás, no está sujeta a la revisión de los jueces.

La expropiación por utilidad pública que, en los casos normales, asegura siquiera al propietario una previa y justa indemnización, suprime esa garantía cuando es urgente <sup>1</sup>, pues permite "a la autoridad pública disponer inmediatamente de la propiedad privada bajo su responsabilidad" es decir *sin calificación legal* de la utilidad pública y *sin responsabilidad estadual*, ya que, además de fijársela exclusivamente al funcionario el artículo citado, la doctrina de nuestras cartas políticas es responsabilizar solamente a la autoridad de los excesos o arbitrariedades de su función.

El titular del dominio no puede desmembrarlo a su voluntad: el código civil no autoriza sino la constitución del reducido número de derechos reales de su art. 2503 y de los dudosos censos y rentas por un lustro de su art. 2614.

El titular del dominio no puede disponer de la totalidad de sus bienes para después de su muerte cuando hay herederos necesarios: es decir ha abolido el mayorazgo que fué una institución individualista para hacer prevalecer el interés social de que sean socorridas las familias que ordinariamente crea la desaparición del causante.

Como el tráfico de los bienes es factor de valorización, de iniciativas y de progreso, consagra preceptos como

---

<sup>1</sup>. La ley que la acuerda es posterior al Código.

en el caso de los testadores y los donantes que prohíben la no enajenación (art. 2613)

El propietario de una heredad está sometido a la servidumbre legal de tránsito a favor del fundo enclavado, o sea del que carece de comunicación directa con un camino público (art. 3068) y pesa sobre el que tiene agua la de acueducto para el que no la posee (art. 3082)

El propietario está sometido, finalmente, fuera del código, pero dentro de su autorización, a una vasta legislación especial que restringe su derecho, pues el art. 2611 al disponer que "las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público serán regidas por el derecho administrativo" consagra la doctrina de que la propiedad que él regula no es una institución intangible, o por lo menos de un carácter individualista sino expuesta precisamente a soportar todas las restricciones que en miras del interés social le imponga el poder administrador en forma de ordenanzas, reglamentos, etc.

El art. 2611 abre pues, una avenida por donde puede volcarse y se vuelca una copiosa legislación, ordenanzas y reglamentos de ese carácter: leyes de alquileres que limitan precios y fijan duración de contratos, poniéndose por encima de la voluntad de las partes y, consiguientemente, del derecho del propietario; leyes que acuerdan moratorias hipotecarias y bajan la tasa de interés de las cédulas hipotecarias; ordenanzas que consagran impuestos casi confiscatorios de la propiedad como ocurre en muchos casos con el de pavimentos, otras que establecen sanciones penales al baldío; empresas que por concesión de las autoridades cruzan cañerías por los subsuelos particulares y cables eléctricos y telefónicos por encima de las viviendas.

Toda esa legislación vasta y diversa que, o no ha sido

objetada por los particulares o que, cuando lo ha sido judicialmente, ha tenido un pronunciamiento favorable en el más alto tribunal de la Nación, a mi juicio con gran acierto, obra es de ese art. 2611 del código civil que no sólo acusa la previsión de su autor, sino un sentido social del derecho, que no era seguramente rasgo del civilista de esa época, pero sí del hombre de estado.

Ese artículo 2611 no tiene fuentes. Las he buscado con prolijidad en los códigos de ese tiempo y no las he encontrado; por consiguiente no tiene el valor, a veces escaso, de la repetición, sino el de un pensamiento original concebido y realizado con un gran sentido social.

El error de asignarle el carácter de absoluto al dominio en nuestro código proviene de una visión fragmentaria de la institución, como se ha dicho ya, circunscripta particularmente al segundo apartado del artículo 2513 que prescribe que el propietario "puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla". Situado en él el crítico superficial concluye que quién posee semejantes facultades es un soberano de su derecho; en otros términos, que la propiedad es absoluta e individualista.

Pero la percepción orgánica de la institución obliga a ver que frente a este precepto hay un conjunto de artículos y sobre todo el 2611 que hacen del dominio un derecho tan flexible que cualquiera exigencia social, real o aparente, lo reduce, lo acomoda y hasta lo suprime.

Pero el error del crítico en este caso no sólo proviene de mirar fragmentariamente la institución, sino de no ajustarse a una exégesis racional. Cuando el código autoriza al propietario a *desnaturalizar, degradar y destruir* el objeto de su dominio es entendido que lo hace siempre que un interés social no imponga lo contrario. Cuando falta

éste, es evidente que el propietario conserva la plenitud de sus facultades porque no puede ser de otro modo.

La crítica encuentra también un flanco vulnerable en la definición del dominio, según la cual "es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona". De esa definición desprende que la propiedad no tiene más límites que los fijados por la volición del hombre.

No se repara, al argüirse así, en dos cosas fundamentales: que toda definición contiene los límites extremos de lo definido, la institución en su plenitud y no en sus mermas posibles; y que nada vale una definición, por excesiva que sea, cuando el legislador en preceptos anteriores y posteriores la debilita sustituyendo a la débil voluntad humana la férrea voluntad legal.

Los códigos modernos, no obstante haber sido sancionados en una época en que el individualismo, particularmente en el orden jurídico, sufre un grave eclipse, no consagran, en materia de dominio, una doctrina distinta del nuestro, si se los analiza con serenidad.

Tomemos como ejemplos uno europeo — el suizo — modelo de técnica y ajustado a las más modernas concepciones y direcciones del derecho, y otro americano — el brasileño —, que es también una de las más puras expresiones de la ciencia civilista actual.

Para que se vea la posición que ocupa el primero me bastará recordar que los jurisconsultos franceses Saleilles y Geny lo llaman "código popular" y "legislación democrática" le dicen sus comentaristas Rosell y Mentha, añadiendo que mientras el código alemán es una obra de gabinete, la codificación suiza es la obra de todas las clases sociales (Droit civil suisse, tome I, pág. 49)

El código helvético se expresa sobre el dominio en estos términos: "el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de ella en los límites de la ley (art. 41): de lo cual se desprenden dos observaciones: que, siguiendo la norma de los códigos modernos, huye de la definición, enemigo menos peligroso de lo que el aforismo romano, repetido por nuestro propio codificador, lo cree. Siempre he pensado que la definición en los códigos, que no es desde luego la científica, ni la filosófica, fija simplemente los límites de la institución o el derecho definidos y que debe fijarlos siempre porque su función es *normativa* de la regulación de los intereses individuales y sociales

La otra observación que dicho artículo sugiere es que no traduce una doctrina distinta del nuestro, sino exactamente la misma, dentro de una mejor técnica.

Parecería, sin embargo, que, puestos frente a frente ambos preceptos legales, el argentino señala al propietario como límite de su derecho su voluntad, vale decir, lo ilimitado, mientras el suizo le señala el límite de la ley, pero en realidad sólo tienen puntos de partidas distintos. El nuestro comienza por las facultades que confiere el dominio a su titular, pero en definitiva le fija fronteras legales no sólo cuando suprime o restringe esas facultades en los numerosos preceptos legales que he recordado sino sobre todo cuando el art. 2611 autoriza a que el derecho administrativo fije la voluntad del propietario todas las fronteras que el interés público aconseje.

El código suizo no parte del derecho del propietario, sino del límite legal de ese derecho, diciéndole, empero, que cuando ese límite no exista, puede "disponer libremente de la cosa", de modo que en definitiva ambos códigos

coinciden en los elementos que esencialmente debe tener la propiedad: la libre disposición de la cosa cuando falta un límite legal; la supresión o restricción de la libertad cuando éste existe y la fijación de un límite cuando el interés social lo aconseje.

El código suizo, por lo demás, no contiene ningún precepto que imponga al titular del dominio un ejercicio social de su derecho y las limitaciones legales no son superiores a las que fija nuestro código.

Y es preciso no olvidar que estamos en presencia de un código moderno, democrático, con lo cual se significa que está nutrido de un profundo sentido social.

El brasileño, por su parte, sólo se limita a huir de la definición cuando legisla sobre el dominio, pero adelanta menos que el helvético sobre la *función social* de este derecho, si hemos de hablar con arreglo a la avanzada concepción de Duguit. Dice, en efecto, su art. 524 que "la ley asegura al propietario el derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes y de recobrarlos del poder de quién injustamente los posea". No señala límites a esas facultades de uso, goce y disposición, de modo que están regidos por la voluntad del hombre y, en consecuencia, este código refleja la misma doctrina del argentino, con el agregado de que el brasileño empieza por destacar la función tutelar del estado, la protección legal al titular de ese derecho, cosa que no ocurre cuando legisla sobre otros derechos. Ni siquiera agrega el código brasileño que cuando el uso, goce y disposición del propietario sean contrarios a la utilidad social serán suprimidos o restringidos. Y nada contiene tampoco sobre deberes del propietario en el sentido de que debe usar de su derecho de un modo adecuado a las necesidades sociales.

He omitido la mención del código soviético porque estructurada la sociedad política rusa bajo un régimen comunista, el punto de partida del código civil es la propiedad colectiva no la individual, pero ocurre, sin embargo, que dentro de ese tipo de códigos, la función de uso y goce de las cosas, el usufructo que en general es lo que les está concedido a los habitantes sobre algunos dominios (no faltan algunas propiedades particulares) es con fines individuales. Algunos decretos anteriores a la codificación señalaban la necesidad de un uso destinado al mayor bienestar público.

Y al tocar este destino del dominio aludimos a la tercera cuestión planteada.

¿Cuál es el fin de la propiedad individual cuando no sufre limitaciones en mira del interés social? ¿Cuáles son, dentro de los países que han aceptado la *propiedad individual* como una institución fundamental de su organización, las facultades de los titulares de ese derecho y, sobre todo, cuáles pueden ser?

La propiedad, mientras no necesite sufrir restricciones con fines sociales, es un derecho individual regido por la voluntad de su titular, y no puede ser de otro modo.

Todo intento de exigirle que lo regule conforme a necesidades o conveniencias colectivas importaría su desnaturalización y desconocimiento de las necesidades a que responde, produciría una anarquía semejante ejercicio y atribuiría al individuo una función que es del estado.

El reconocimiento legal de la propiedad privada significa en lenguaje corriente que el estado admite que el dueño de una cosa puede someterla a actividades de uso, goce y disposición que llenen sus necesidades y hasta sus placeres. En un derecho individual así no puede haber una

ingerencia del estado, como no puede haberla en la libertad o en la seguridad.

En el campo jurídico esas dos esferas – la de los derechos individuales y la de los derechos sociales – no obstante su compenetración a fin de beneficiar a éstas o asignarles su supremacía en caso de colisión con los primeros, se mueven con entera independencia.

Y tratándose de la propiedad, si esa ingerencia estadual fuese posible, se mataría todo espíritu de iniciativa y empresa, se atentaría contra el progreso económico y toda norma que tendiese a su regulación con una finalidad social se tornaría función mecánica y consiguientemente infecunda, o si la norma no fuese rígida, prestaríase a interpretaciones o ejercicios arbitrarios y acaso contradictorios.

Los códigos no pueden contener preceptos que al legislar sobre el dominio señalen a su titular una función social, sino los límites de la función privada del derecho, porque sólo el Estado puede ver las necesidades o utilidades de la colectividad, de modo que sólo mediante normas precisas y concretas de restricción que se establezcan en los mismos códigos o en leyes u ordenanzas especiales puede el propietario encaminar su derecho hacia esa exigencia del estado; de otro modo es el soberano, el señor de su cosa y, consiguientemente, su único administrador.

El código civil de la República de China, que acaso ha superado al suizo en materia de acomodación de los derechos individuales hacia una mayor utilización social tampoco contiene precepto alguno que, referido a la propiedad, imponga a su titular deberes normales de ejercicio social. Contiene simplemente las restricciones corrientes y su artículo 765 dice, a semejanza del suizo y del brasileño,

que "el propietario puede, en los límites de la ley o de las ordenanzas (este vocablo le da mayor amplitud social que a los anteriores) usar libremente de la cosa, recibir los beneficios y disponer de ella, y puede excluir toda intervención de otro".

No se arguya, a favor de este código como del suizo y otros, de que al reprobado "el abuso del derecho", que es la reacción más grande contra el viejo precepto romano "*qui suo jure utitur noemine loedit*" que inspiró a los códigos de tipo napoleónico, se ha consagrado la función social del dominio, pues el sentido del "abuso del derecho" no es ese, si no el de evitar un ejercicio que, sin causar perjuicio a terceros, prive a los demás de facultades que pueden ser usadas sin daño de la propia.

Y si hipotéticamente se admitiese que la prohibición del *abuso del derecho* es una doctrina que establece la necesidad del ejercicio social de éste, una ley especial argentina u ordenanzas municipales que prescribiesen, en miras del interés público, que los propietarios o los titulares de cualquier otro derecho no puede abusar de las facultades que ellas les confieren, no serían repugnantes al espíritu del código argentino que con su art. 2611 – único en los códigos de su tiempo – establece que la propiedad puede sufrir todas las limitaciones que el derecho administrativo le establezca en miras del interés social.

Podemos, pues, después de este examen sucinto, llegar a la conclusión de que el código argentino, al establecer explícitamente un ingente número de limitaciones al dominio y autorizar todas las que el derecho administrativo puede crear con fines de interés social, no ha consagrado un derecho absoluto e individualista; que esta verdadera excepción a las legislaciones de su tiempo y la consiguiente

desviación del codificador de las fuentes individualistas donde hizo su formación jurídica, débese al espíritu previsor y flexible del hombre de estado y que los códigos no pueden sino admitir el libre, el soberano ejercicio del dominio cuando un interés social no exija lo contrario, como asimismo que toda legislación que pretenda recomendar o imponer al propietario una función social de dicho derecho sustituye al estado por el individuo y no puede en consecuencia alcanzar el fin que se propone.