

Los principios de los Derechos Reales

The principles of real rights

POR BELÉN MASCI (*)

Palabras claves

Principios
Derechos reales
Realismo jurídico clásico

Resumen

Pretender que los principios de una rama del Derecho, y en particular la de los Derechos Reales, sean simplemente máximas contenidas en la ley positiva es un pensamiento obsoleto. Con esta ideología estaríamos negando la validez del Derecho, como nota que hace a su esencia específica. Por eso, en este aporte doctrinario, desde el realismo jurídico clásico, se pretende hacer una inducción de los principios de los Derechos Reales, desde las proposiciones más universales y autoevidentes hasta los más concretos que particularizan verdaderas órdenes de conductas, que son materia de la ley escrita.

Keywords

Principles
Real rights
Classical legal
realism

Abstract

The belief about the principles of Law, and in particular of Real Rights, are only maxims contained in positive law is obsolete. With this ideology we would be denying the validity of the Law, as a note to its specific essence. Therefore, in this doctrinal note, with a classical legal realism thought, I intend to demonstrate which are the principles of Real Rights, from the most universal and self-evident propositions to the most concrete ones, that concretize the Law into true orders of conduct that are subjectt of the written law.

(*) Abogada y Escribana de la Universidad Nacional de La Plata. Premio Joaquín V. González. Doctora en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Profesora de Derechos Reales, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Profesora de Introducción al Derecho, UCA.

I. Introducción

Los principios de los Derechos Reales son aquellas preposiciones prácticas que, como máximas, sirven de pauta para la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico-positivo que rige en las relaciones que el hombre tiene con las cosas. Ellos son la fuente, origen y fundamento de las normas jurídicas de los Derechos Reales. En este sentido, se puede hacer especial hincapié en sus funciones principales, las que quizá son: la interpretativa, puesto que aportan al esclarecimiento de las normas jurídicas; la directiva, dado que orientan la actividad de los juristas al momento de crear una norma; la integradora, pues proporcionan criterios para resolver problemas jurídicos que no tienen una regulación positiva; la de verificación, pues las más concretas deben ser conforme a las más universales, entre otras.

Ahora bien, la creencia de que los principios de una rama del Derecho, y en lo que atañe a esta nota, a la de los Derechos Reales, se circunscriben a las leyes positivas es un pensamiento obsoleto abandonado desde segunda mitad del siglo XX, con la decadencia del modelo *iuspositivista* a manos de la realidad.

Kelsen, en su *Teoría Pura del Derecho*, encontró el fundamento de validez del ordenamiento jurídico positivo en lo que él llamó una “norma hipotética fundamental”, la que establecía el procedimiento de creación de las normas. Es decir, para este filósofo del Derecho una norma es válida si cumple dicho procedimiento para su nacimiento. En su concepción, no existen principios o valores que constituyan criterios de justicia de las normas, al Derecho no le importa el contenido de ellas, sino únicamente su forma, su legitimidad de origen, que hayan sido dictadas por la autoridad competente (Kelsen, 2009).

Por el contrario, para el realismo jurídico clásico, el Derecho natural es fundamento de validez del Derecho positivo; mientras que el Derecho positivo es fundamento de vigencia de este. En otras palabras, una norma jurídica va a tener “valor” si es conforme a la propia naturaleza humana, es decir, el Derecho positivo es justo, bueno, prevalece, tiene valor, si es conforme al Derecho natural; del otro lado, el Derecho natural va a tener “vigor”, es decir, va a regir en los usos y costumbres, si el Derecho positivo “lo pone” en sus normas jurídicas (Lamas, 1991).

Así, de una época máximamente positivista, en donde la primacía de la ley era casi excluyente; en donde el hombre sin pauta superior se erigía en creador de un mundo nuevo, que trata de elaborar conforme sus “ideas”, negando la verdad objetiva que sustituye por las opiniones subjetivas (Vallet de Goytisoló, 1979); parece haber sucedido otra, en donde los juristas comienzan a dudar acerca de su centralidad, irrumpiendo así en el escenario jurídico el uso de los *principios* con raíces *ius naturalistas*. La crisis del positivismo y la constatación realizada por el realismo ju-

rídico clásico acerca de que lo legislado no agota todo el Derecho, han hecho que en la doctrina jurídica prime esa perspectiva de los principios. Tal es así que hasta se ha propuesto una completa reformulación de la enseñanza del derecho privado con el propósito de enfocarla como un estudio desde los “principios generales fundantes” (Limodio, 2008).

Por ello, cuando hablamos de los principios que rigen la relación del hombre con las cosas no podemos, desde la epistemología, circunscribir como juristas nuestra atención, únicamente, al Libro Cuarto acerca de los Derechos reales, título I, capítulo I, *Principios comunes*, dado que de ese modo estaríamos negando la propia naturaleza del Derecho, que es a la vez natural y positivo¹. Estaríamos negando la propia naturaleza de la relación del hombre con las cosas. Y lo que es peor, estaríamos negando contar con un criterio universal de verificación de la bondad y justicia de las normas que rigen estas relaciones.

En este sentido, en la presente nota se buscará, inducir cuáles son los principios de los Derechos Reales, desde aquellas máximas universales del derecho natural hasta su concreción, en órdenes de conductas particulares objeto de la ley escrita. Ello para que, haciendo uso del segundo instrumento dialéctico general de la *Tópica* de Aristóteles, el recurso a los *principios* en el ámbito jurídico de los derechos reales pueda tener validez científica.

II. La semántica y analogía del término y concepto de principio

En el contexto descrito de crisis del positivismo extremo acontece que los principios han llamado la atención de los juristas, lo que se ha traducido en su inmoderado uso, muchas veces, para referirse a tesis que no lo son verdaderamente, pero que han sido presentados especialmente por ellos como tales. Baste como ejemplo recurrir a la obra de Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, en donde la lista infinita de tesis expuestas da una apariencia de que todas no puedan ser verdaderamente principios.

A ello se le suma que la palabra *principio* es ambigua y multívoca. Por esa razón, por un lado, la importancia de los principios y, por el otro, su ambigüedad y uso inmoderado, es un problema si no se precisa la verdad de su significación.

El origen de la palabra *principio* es el término latino *principius-ii* que deriva de *princeps- ipis* que es un sustantivo y adjetivo que procede de *primocaps* y que en su origen quiere decir: “El que toma la primera parte, el primer rango o el primer

(1) Las propiedades del Derecho *validez* y *vigencia* implican el binomio Derecho Natural–Derecho Positivo.

lugar”; a su vez, se origina en *pri*, que es un adverbio temporal o local que significa ‘adelante’ (Ernouty Meillet, 1980). El vocablo correspondiente en griego es *arjé* (Aristóteles, 2014). Así es que la etimología del término indica la iniciación u origen de algo. Éste es el sentido que toma la tradición clásica, pues para Aristóteles “*principio es aquello de lo cual algo procede en el orden del ser, del hacerse o del conocer*” (Aristóteles, 2014, 1013b, pp. 18-19). Definición ésta que sigue Santo Tomás de Aquino en su fórmula más sintética: “*la palabra principio no significa más que aquello de que procede algo, de cualquier manera que sea*” (Santo Tomás de Aquino, 2016, I, q. 33, a. 1, respondeo).

Esta noción parece comprender la mayoría de los sentidos que el término tiene en nuestra lengua o en otras occidentales. Así por *principio* se entiende en español: “a) el primer instante del ser de una cosa; b) el punto primero de una extensión; c) base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la que se procede discurriendo en cualquier materia; d) causa primitiva o primera de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo; e) cualquiera de las verdades o proposiciones primeras por donde comienza el estudio científico o académico de algo; f) cualquier cosa que entra en la composición de un cuerpo; g) máxima o regla de conducta” (Diccionario de la Real Academia Española, voz: principio).

III. Clasificación de los principios

III.1. Clasificación según su definición

La primera clasificación de los *principios* surge de su propia definición. Pues dado que “principio es aquello de lo cual algo procede, sea en la línea del ser, del conocer o del obrar” hay respectivamente principios *entitativos* (ser), principios *noéticos* (conocer) y principios *operativos* (obrar). Cuando estamos en el ámbito de los *entitativos*, por ejemplo, es principio el acto de ser (*esse ut actus*) de las cosas porque ese acto es lo que hace real a la cosa y sus partes, todo lo que es real está fundado en un principio entitativo intrínseco que llamamos ser. En el orden del obrar, se encuentran los principios operativos. Por ejemplo, un fin o una norma son *principios operativos*. Los *principios noéticos*, por su parte, pueden ser *teóricos* o *prácticos*. Los primeros dicen el orden universalísimo de lo que es y lo que no es (por ejemplo, *principio de no contradicción*); los segundos se extienden a la expresión máximamente universal común o abstracta del orden del obrar humano. Como es obvio, nuestro interés se centra en los principios prácticos.

III.2. Clasificación según su grado de abstracción

Además, tanto los *principios teóricos* como los *prácticos* pueden ser clasificados según su grado de abstracción. Así, existen principios *comunes* y *propios*. Los *comunes* son aquellos que tienen validez en todas o en muchas ciencias. Esos pueden ser

meramente comunes a un ámbito real o científico o pueden ser *comunísimos*, es decir, conocidos por todos y máximamente universales (“primeros principios”). Los *principios propios* de una ciencia se infieren del objeto formal de ella y operan como criterio de verificación o validación de todo su contenido, incluyendo los *principios secundarios y éndoxa* (es decir, principios de argumentación dialéctica que carecen de certeza estricta pero que se admiten como probables) (Lamas, 2021).

Así, dado que la ciencia del Derecho, junto con la ética general, la ética social, la economía, la política y la educación, se encuentra en el orden práctico se tomará el segundo criterio clasificatorio para establecer, según su grado de abstracción y concreción, cuáles los *principios de los Derechos Reales*.

IV. Los principios de los Derechos Reales

IV.1. Principios comunes del pensamiento práctico

Los principios *comunes*, a diferencia de los principios propios de una ciencia tienen validez en todas o en muchas de éstas. En cuanto principios, estrictamente hablando, son proposiciones de evidencia inmediata (*per se notae*).

Los *principios prácticos comunísimos* se identifican con la ley natural primaria y su formulación más general es: “*debe hacerse el bien y evitarse el mal*”, formulación que proyectada a la sociedad se formula en estos términos: “*debe hacerse el bien común y evitarse lo que le es contrario*”, o bien: “*debe realizarse lo justo y evitarse lo injusto*” (Lamas, 1991, pp. 267-268). Otra formulación de los principios de la ley natural se debe a Platón: 1º “*Debe obrarse de acuerdo con la naturaleza*” (*katáphýsin*); 2º “*Debe obrarse de acuerdo con la razón*” (*katálogo*) (Platón, 1960, IV 716 a-2 y d-3); 3º “*Debe obrarse conforme la medida establecida por Dios*” (*no es el hombre sino Dios la medida de todas las cosas*) (Platón, 1960, IV, 716e). Esta segunda formulación no se opone a la anterior y de hecho Santo Tomás de Aquino las considera equivalentes.

Estos enunciados tienen el mayor grado de generalidad en el catálogo de principios prácticos, y actúan como criterio de verificación de los restantes. En este sentido, ellos actúan como la “estructura” conforme a la cual han de componerse los restantes preceptos del orden práctico, ya que éstos no harán sino concretar, en un ámbito determinado y en nuestro caso el de los derechos reales, la exigencia fundamental de la razón práctica.

Dichos *principios comunes*, que son expresiones del principio del *bien común*, llevan implícitos, complementándolo, los principios de *subsidiariedad*, *concordia política* y la *propiedad privada*.

La *propiedad privada*, como régimen e institución raíz de todos los derechos reales, se constituye como un principio práctico común, pues la naturaleza del hombre

encuentra en ella el medio idóneo para satisfacer el *bios* más elemental que consiste en la suficiencia material. La propiedad privada, como principio, complementa al bien común político, puesto que es medio necesario para dicho fin, pues si el hombre no tiene suplida la suficiencia material no podrá cumplir sus fines. Ella es el bien que ha de existir como medio para el cumplimiento de los fines valiosos del hombre, siendo que sus contrapuestos -los regímenes comunistas y socialistas- son los que han de evitarse².

Así contraído el principio “Debe obrarse conforme la medida establecida por Dios” (*no es el hombre sino Dios la medida de todas las cosas*) al ámbito de los derechos reales se puede sostener como principio común que “*Dios, por ser creador de la tierra y de todas las cosas, tiene dominio pleno, absoluto y principal sobre todas ellas*” (Santo Tomás de Aquino, 2016, II, q. 66, a. 1).

Ahora bien, como dice el Génesis, *Dios puso todo bajo los pies del hombre*. Así la relación de los hombres con las cosas exteriores está sujeta a un principio de *derecho natural primario y uno secundario*. Por ello, como derecho natural primario, se constituye el principio común según el cual: “*el hombre tiene ius utendi universalis sobre las cosas exteriores*”. Como derecho natural secundario, el principio de la propiedad privada se puede formular como: “*el régimen de la propiedad privada es el más conveniente a la naturaleza humana*”.

En conclusión, son principios comunes de los derechos reales que:

- *Solo Dios, por ser creador de la tierra y de todas las cosas que habitan en ella, tiene dominio pleno, absoluto y principal sobre todas ellas;*

(2) La *Rerum Novarum* explica que: “Frente a la acumulación de riquezas en manos de unos pocos, quienes someten al resto de los empobrecidos a una condición de esclavitud, los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes, estimando mejor que, en su lugar, todos los bienes sean comunes y administrados por las personas que rigen el municipio o gobiernan la Nación. Pero esta medida es tan inadecuada para resolver la contienda, que incluso llega a perjudicar a las propias clases obreras; y es, además, sumamente injusta, pues ejerce violencia contra los legítimos poseedores, altera la misión de la República y agita fundamentalmente a las naciones. Con su trabajo el obrero obtiene lo necesario para la comida y el vestido; y por ello, merced al trabajo aportado, adquiere un verdadero y perfecto derecho no sólo a exigir el salario, sino también para emplearlo a su gusto. Luego si, reduciendo sus gastos, ahorra algo e invierte el fruto de sus ahorros en una finca, con lo que puede asegurarse más su manutención, esta finca realmente no es otra cosa que el mismo salario revestido de otra apariencia, y de ahí que la finca adquirida por el obrero de esta forma debe ser tan de su dominio como el salario ganado con su trabajo. Ahora bien, es en esto precisamente en lo que consiste, como fácilmente se colige, la propiedad de las cosas, tanto muebles como inmuebles. Luego los socialistas empeoran la situación de los obreros todos, en cuanto tratan de transferir los bienes de los particulares a la comunidad, puesto que, privándolos de la libertad de colocar sus beneficios, con ello mismo los despojan de la esperanza y de la facultad de aumentar los bienes familiares y de procurarse utilidades. Pero, lo que todavía es más grave, proponen un remedio en pugna abierta contra la justicia, en cuanto que el poseer algo en privado como propio es un derecho dado al hombre por la naturaleza” (1-4).

- *El hombre tiene ius utendi universalis sobre las cosas exteriores;*
- *El régimen de la propiedad privada es el más conveniente a la naturaleza humana.*

IV.2. Principios propios de la ciencia del Derecho

Estos principios son mucho menos generales y particularizan órdenes específicos de conducta. Ellos son la formulación de lo justo, es decir, explicitan el concepto de Derecho mediante enunciados inmediatamente evidentes (proposiciones *per se notae*).

Los principios propios de cada ciencia son, *in re*, la cosa-objeto y, en su formulación lógica y en último análisis, proceden de su *definición*. Se dice, en general, que son principios propios de las ciencias aquellas proposiciones que operan como criterio de validez de cada una de ellas (Lamas, 1991). Mediante abstracción e inducción se alcanza el concepto del objeto que especifica cada saber y se enuncian en general las propiedades que más inmediata y evidentemente parecen inherir en él (Lamas, 2021).

Demos aquí, como supuesto, la división tradicional del Derecho, de origen romano, en público y privado, que se corresponde con la división aristotélica de la *justicia particular* en *distributiva* y *correctiva*. Son principios propios, en el ámbito del derecho público, la *proporcionalidad de las distribuciones* (justicia distributiva) y, en el ámbito del derecho privado, la *reciprocidad en los cambios* (justicia correctiva o conmutativa) (Lamas, 1991). En ambos casos, la *propiedad privada* está implicada en su forma jurídica más explícita.

Decía más arriba que la propiedad privada asumía la forma de principio común, como derecho natural primario y secundario. Sin embargo, también resulta que el Derecho se ha encargado de concretarlo en su ámbito, dada su enorme importancia para la vida. Pues, como lo explicitaron Platón (1960) y Aristóteles (1951), dado que propiedad privada es factor determinante del régimen político, social y económico, y desde la perspectiva contraria el punto de vista político, social y económico que asuma el Estado tiene consecuencia inmediata en el régimen de distribución de las posesiones exteriores, el Derecho se dedica a velar por las relaciones con y por las cosas, poniendo como centro fundamental de la experiencia jurídica a la propiedad privada con el contrato, la familia y el Estado.

Así se constituye como principio propio que: *“la propiedad privada es una parte esencial del Derecho”*.

Este principio fue explicitado durante el Imperio Romano, en la época de la República, por Gaius quien en sus *Institutas* dijo que “todo el derecho que los hombres usan se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones” (Gaius, 1967, I, 8).

En igual sentido, este principio fue recordado en el siglo XVI -Siglo de Oro Español- por Francisco Suárez en su definición de Derecho: “Según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* a la facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya, o sobre aquello que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa (*ius in re*) y que un obrero tiene derecho al salario (*ius ad stipendium*), en razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa” (Suárez, 1967, L. I, cap. 2, 5).

Resulta claro que Suárez al referirse a la *facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya* está indicando los derechos sobre las cosas, mientras que cuando se refiere a la *facultad moral sobre aquello que se le debe* incluye a los derechos crediticios.

Siguiendo esta tradición, nuestro primer codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, estructuró los derechos subjetivos con dicho criterio clasificatorio que aún continúa vigente.

Mientras que un *derecho personal* es el poder o la facultad de exigir a alguien una prestación cualquiera (a dar, a suministrar, a hacer o no hacer una cosa), un *derecho real* es el poder de sacar de una cosa un provecho mayor o menor (Ortolán, transcrito al final de la nota al artículo 497 del Código Civil de Vélez Sarsfield). Según Demolombe: “El derecho real es el que crea entre la persona 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 sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto” (Demolombe en la nota al título IV del libro III del Código Civil de Vélez Sarsfield).

Se puede afirmar que siendo las relaciones del hombre con las cosas ineludibles para el propio sostenimiento corporal, ellas han sido tratadas por el Derecho constituyéndose en uno de sus sectores fundamentales.

Este principio, incluso, surge también de Santo Tomás de Aquino al referir que: “el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo *suyo*” (Santo Tomás de Aquino, 2016, II-II, q. 58, a. 11, solución). Resulta que lo *suyo* incluye la propiedad privada y a la propiedad privada como dominio, y la justicia, como virtud, rige en todo el orden práctico.

IV.3. Principios secundarios

Además de los anteriores, existen principios secundarios que son aquellos que sirven para determinadas demostraciones pero que no están necesariamente implicados en todas (Lamas, 1991). Son principios que explicitan los propios de cada materia especial o sector del Derecho y se inscriben en el proceso de su concreción. Ellos tienen una cierta *akríbeia* derivada y conforman un conjunto de tesis implicadas en los principios propios.

Así, el *principio propio* que consiste en que: *la propiedad privada es una parte esencial del Derecho* se contrae, en el ámbito de los derechos reales, en los siguientes *principios secundarios*:

- i. La propiedad privada, en cuanto dominio, es la facultad y derecho propio que cada uno tiene sobre una cosa cualquiera de contenido patrimonial para servirse de ella en beneficio o arbitrio suyo mediante cualquier uso permitido por la ley;*
- ii. El dominio tiene límites por razones de vecindad y orden público;*
- iii. El dominio es la base para que se estructuren un número variadísimo de derechos reales.*

Ahora bien, podría parecer curioso que en la inducción de los principios de los Derechos Reales se refiera a principios que aparentemente parecen referir solo a uno de ellos, el derecho real de dominio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la propiedad privada en cuanto dominio ha sido el primer derecho, en orden de aparición histórica, del hombre sobre las cosas; que le otorga a su titular el mayor haz de facultades, con límites de orden público. Mientras que los demás derechos reales habrían aparecido después, al acrecentar las necesidades, como sus analogías.

El hombre desde su propia existencia necesita de las cosas para su propio sostenimiento corporal y por ello intenta ponerse en relación con el mayor número de ellas. Aun cuando el dominio no haya sido reconocido jurídicamente por la civilización originaria que se tratase, igual en los hechos existía. Existiendo el dominio fueron apareciendo más tarde los demás derechos reales de la nómina cerrada. Por ello, este derecho real se constituye como el modelo de los demás, que resultan ser sus desmembraciones o analogías.

Así quizá lo entendió Vélez Sarsfield en su artículo 2506 que decía: “El dominio es el derecho real, en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Este artículo era criticado por los juristas, quienes esgrimían que el máximo codificador argentino no estaba dando una estructura legal específica, por cuanto en esa definición se incluían todos los derechos reales. Más bien que una crítica debiera haber sido motivo de elogio por cuanto demuestra que el dominio es el prototipo de todos los derechos reales. Pues los demás podrían mutar y hasta ser suprimidos, o bien naturalmente cumplir sus fines mediante los contratos; el dominio, no.

Por otro lado, una cuestión de interés evidente es determinar si se constituye o no como principio secundario de los derechos reales que *existe o debe existir una nómina limitada de derechos reales (numerus clausus)*, tesis o principio que se

encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico actual tal como surge del artículo 1887 del Código Civil y Comercial -CCiv. y Com.- (enumeración de la nómina cerrada de los derechos reales).

Sin embargo, sucede que el Derecho al encargarse de estructurar el orden de las relaciones del hombre con las cosas, ha encontrado no sólo el modo del *sistema del numerus clausus* sino que también un sistema que, en cierto sentido, le es antitético, el *sistema del numerus apertus*.

El régimen de *numerus clausus* consiste en que la ley (y sólo ella) organiza los derechos reales y lo hace en un número limitado de tipos, fijando el contenido de cada uno de ellos y dándoles además un nombre; es decir, que lo que la ley crea es el concepto de cada derecho real, o sea los distintos tipos posibles de ellos. Como todo derecho real implica un beneficio o una utilidad para su titular, cada uno queda configurado o tipificado mediante la determinación cualitativa y cuantitativa de esa utilidad (Highton, 1988). Así en este sistema impera el orden público puesto que es la ley la que trae los tipos legales y su contenido, que resulta inmodificable, existiendo una pequeña posibilidad de autonomía en cabeza de los particulares sólo cuando la ley lo admite expresamente. Para los defensores de este sistema éste es el que mayor seguridad jurídica brinda a las transacciones porque los derechos reales son oponibles *erga omnes*.

En el sistema antitético, el del *numerus apertus*, el pretendido principio de autonomía de la voluntad no sólo impera en el ámbito contractual sino que también en los derechos reales. En este sentido, se permite modificar el contenido de las figuras típicas y, asimismo, al ser los contratos la fuente de los derechos reales, a través de ellos pueden modelarse nuevos. Quienes sostienen las bondades de este sistema lo hacen fundamentalmente por entender que el hecho de que los derechos reales interesen a la comunidad, y no sólo a sus titulares, no es suficiente para descartar la libertad que cada uno tiene de interponer sobre sus bienes los derechos que le plazcan, autodeterminación que sólo debería tener ciertos límites (Albaladejo, 1994). Son posibles tantos derechos reales como poderes le son dados al hombre ejercer sobre las cosas por lo que precisarlos en un número es imposible.

Mientras el sistema del *numerus clausus* es forjado en la etapa de interpretación del Derecho Romano, pues los autores romanistas al querer desentrañar la esencia del *Corpus Iuris Civilis* del Emperador Justiniano vieron que, en el Imperio, al lado del dominio no existían sino un número limitado de derechos reales; el sistema antitético habría nacido durante la Edad Media. Así lo explica Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2502 del Código Civil:

El Derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto pri-

vada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Más desde la Edad Media las leyes de casi todos los estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía derecho para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario, y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos, se veía ser, uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

Sin dudar, para la tradición jurídica clásica, cuya fuente es el Derecho Romano, el *sistema del numerus clausus* constituiría un principio secundario que debería agregarse a la enumeración realizada de éstos. Entiendo que esta sería una solución razonable. Sin embargo, dado que como se ha dicho, hay sistemas jurídicos positivos que adoptan la posición contraria (Peralta Mariscal, 2015), en donde la ley permite, con ciertos límites, la creación de otros derechos reales por autonomía de la voluntad (*numerus apertus*); en el ámbito estricto de la epistemología, no se trataría de un *principio secundario* sino simplemente de un *éndoxa*.

IV.4. Éndoxa y tesis generales

Los *éndoxa* son proposiciones célebres o famosas, admitidas o consideradas probables por todos, o muchos, sobre una generalidad grande de asuntos, o sobre cuestiones más específicas. Ellos operan como principios o puntos de partida provisorios en una argumentación o en una investigación (Lamas, 2021). Son principios dialécticos que sirven para el razonamiento tópico o retórico, pero que no tienen una verdad absolutamente cierta o evidente. Estos principios en su generalidad constituyen verdaderos órdenes de conductas específicas en un determinado sector.

En el ámbito de las relaciones reales, existe todo un sistema de verdaderas órdenes de conductas que velan por la defensa de la pertenencia de las cosas a un

sujeto y el poder de excluir al otro de esa relación, que son materia específica de la ley escrita. Pues es función de la ley, como orden racional, crear un criterio y orden de articulación de todas estas relaciones jurídicas. El hombre necesita de órdenes que concreten los principios de la propiedad privada más universales, constituyéndose así el *sistema de derechos reales* con principios y *éndoxa* que operan como tales. Pues de lo contrario el hombre se pondría en relación con las cosas y llegaría a protegerlas por la fuerza.

La tesis o *éndoxa* clásica según la cual *existe una nómina limitada de derechos reales* ha sido adoptado por nuestro Derecho originario y mantenida hasta la actualidad. Así lo denotan todas las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

En las *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987* se expresó que: “Cualquier modificación al Código Civil en materia de derechos reales debe respetar el principio del *numerus clausus*, por lo que la introducción de nuevos tipos debe hacerse con suma prudencia” y que: “1. En palabras del Codificador, armónicas con su formación romanista, ‘la naturaleza de los derechos reales (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas’ (nota al artículo 2828 del Código Civil). En consecuencia debe descartarse ‘la creación arbitraria de nuevos derechos reales’ (nota al artículo 2502 del Código Civil). 2. La creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘*numerus clausus*’, este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone al mismo tiempo que ello ocurra tan sólo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes. 3. En modo alguno se justifica introducir un nuevo derecho real cuando las situaciones jurídicas que se pretende regular no están suficientemente arraigadas en el país ni en el extranjero. Menos aún es admisible acudir a la creación de un nuevo derecho real, cuando ni siquiera existe suficiente consenso acerca de la caracterización de los elementos y del contenido del mismo”.

Las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2009* ratificaron lo declarado por la de 1987 en el sentido que: “la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el ‘*numerus clausus*’ y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrarlos en los moldes existentes”. En igual sentido se expidieron las del año 2013, *XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación mantiene el mismo criterio (artículos 1884 y 1887).

Este *éndoxa existe una nómina limitada de derechos reales*, se traduce en nuestro ordenamiento jurídico vigente en otros, que son materia de la ley escrita y que actúan como principios inferidos de este y que continúan con la línea de la concreción de conductas. Al ser principios dialécticos pueden variar en su formulación según cada jurista, por lo que no existe una única lista.

Inicialmente, en nuestro Derecho, los *éndoxa* que formaban parte de nuestro sistema de derechos reales se podían inferir de la totalidad de los artículos codificados y de la doctrina, pero no se aludían a ellos con la terminología de *principios*. Prueba de ello es el articulado del código velezano y sus comentarios doctrinarios en donde no se los mencionaba. Se podían inferir, principalmente, de la diferenciación de la dicotomía entre derechos reales y personales.

Ahora, los *éndoxa*, que funcionan “como principios” son traídos explícitamente por el Código Civil y Comercial de la Nación en su título primero del libro cuarto acerca de los derechos reales. Pues este haciéndose eco de la decadencia del modelo *ius positivista* los trajo en la propia letra de la ley.

La mención explícita acerca de los principios, en el ámbito de la parte general de los Derechos Reales nos podría hacer pensar entonces qué entiende nuestro Congreso Nacional acerca de ellos. Sin entrar en debate si para nuestro primer legislador (1871) y el del 2015 los principios generales del Derecho³ atañen a los principios conectados con el derecho natural o a los resultantes del derecho positivo, lo cierto es que nuestro código vigente los menciona también en su artículo 2° como pauta de interpretación de la ley⁴, y de los Fundamentos del Anteproyecto quizá se puede afirmar que los principios también son fuente del Derecho, pese a que son silenciados en su artículo 1°.

Por ello, si bien quizá, desde la epistemología, debiera haber sido suficiente con referirse únicamente a “disposiciones generales de los derechos reales”, lo cierto es que el término “principio” tiene fama entre los juristas nacionales de lo valioso, de lo que debe prevalecer, de guía para la interpretación y como fuente por lo que, en definitiva, considero importante su referencia análoga a los efectos de darle preeminencia al sistema del *numerus clausus*, como *éndoxa* que fue instaurado desde los albores de nuestro Derecho nacional y tomado por nuestro codificador de la tradición romana. Acontece que los llamados “principios” de nuestra ley positiva vienen a concretarlo en verdaderas órdenes de conducta.

Así, según la terminología del Código, se incluyen como principios: el *concepto de derecho real* (artículo 1882 CCiv. y Com.), la *estructura legal* (artículo 1884 CCiv. y Com.), la convalidación (artículo 1885 CCiv. y Com.), su objeto (artículo 1883 CCiv. y Com.), el *derecho de persecución* (artículo 1886 CCiv. y Com.), el *derecho de preferencia* (artículo 1886 CCiv. y Com.), la *nómina limitada* (artículo 1887 CCiv. y Com.), su *ejercicio por la posesión* (artículo 1891 CCiv. y Com.).

(3) Ver Alterini, J. H. (2018). Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 07/06/2018, 07/06/2018, 1, LA LEY2018-C, 869; cita online: AR/DOC/1184/2018.

(4) “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (artículo 2° Código Civil y Comercial de la Nación).

Fíjese que de los *éndoxa* traídos por el legislador, la noción de derecho real sería científicamente hablando un principio por cuanto es la noción que se desprende del prototipo de los derechos reales, el dominio. Los restantes son verdaderos *éndoxa*.

V. Conclusión

En la presente nota se ha querido inducir, desde la óptica del realismo jurídico clásico, cuáles son los principios de los Derechos Reales. Así se explicitaron como principios *comunes* que: i. Solo Dios, por ser creador de la tierra y de todas las cosas que habitan en ella, tiene dominio pleno, absoluto y principal sobre todas ellas; ii. El hombre tiene *ius utendi universalis* sobre las cosas exteriores; iii. El régimen de la propiedad privada es el más conveniente a la naturaleza humana. Como principio *propio* de la ciencia del Derecho que: iv. La propiedad es parte esencial del Derecho. Como principios *secundarios* que: vi. La propiedad privada, en cuanto dominio, es la facultad y derecho propio que cada uno tiene sobre una cosa cualquiera de contenido patrimonial para servirse de ella en beneficio o arbitrio suyo mediante cualquier uso permitido por la ley; v. El dominio tiene límites por razones de vecindad y orden público; vi. El dominio es la base para que se estructuren un número variadísimo de derechos reales. Por último, como *éndoxa* de los derechos reales: vii. Existe una nómina limitada de derechos reales; viii. Los derechos reales tienen una estructura legal; ix. Convalidación; x. El objeto de los derechos reales son cosas y bienes taxativamente establecidos por la ley; xi. Los derechos reales otorgan a su titular el derecho de persecución y el de preferencia; xii. Los derechos reales se ejercen por la posesión.

En este sentido, conocer las máximas más universales -desde donde se desprenden las más concretas- permite que éstas funcionen como guías de verificación e interpretación de nuestro sistema de derechos reales. Sistema que fue instaurado desde nuestro Código velezano y aún con las reformas acontecidas perdura en la actualidad.

Por eso, la tradición de los Derechos Reales, que parte de principios máximamente universales, continúa con los propios, con los secundarios y sus *éndoxa*, debe procurar ser defendida, siempre aggiornada a los nuevos tiempos, por ser el Derecho válido que rige las relaciones del hombre con las cosas. Si bien, los *éndoxa* pueden flexibilizarse, e incluso hasta variar, puesto que no son verdaderos principios; no sucede lo mismo con los que verdaderamente lo son. Pues de pretender desconocerlos, refutarlos, o peor anularlos, destruiría la nota de validez del Derecho de las Cosas, como propiedad que hace a su esencia específica; lo que llevaría directamente a que no sea Derecho, puesto que un Derecho que no es justo no será tal.

VI. Referencias

Albaladejo, M. (1994). *Derecho civil, III, Derecho de bienes. Parte general y Derecho de propiedad*. Bosch.

Alterini, J. H. (2018). Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial. *La Ley* (07/06/2018). Cita online: AR/DOC/1184/2018.

Aristóteles (1952). *Política*. Edición bilingüe y traducción por J. Marías y M. Araujo. Instituto de Estudios Políticos.

Aristóteles (2014). *Metafísica*, (traducción y notas de T. Calvo Martínez). Editorial Gredos.

Diccionario de la Real Academia Española, voz: principio. <https://dle.rae.es/principio?m=form>

Ernout, A. y Meillet, A. (1980). *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*. Éditions Klincksieck.

Gauis (1967). *Institutas*, (traducción, notas e introducción de Alfredo Di Pietro). Ediciones Librería Jurídica.

Highton, E. (1988). *Lineamientos de derechos reales*. Ad Hoc.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.

Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

Lamas, F. A. (2021). *Dialéctica y Concreción del Derecho*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

Limodio, G. (2008). *Los principios y la enseñanza del derecho privado*. Educa.

Mans Puigarnau, J. M. (1979). *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Bosch.

Peralta Mariscal, L. L. (2015). *Sistemas de Derechos Reales, Numerus Apertus y Numerus Clausus*. Rubinzal Culzoni.

Platon (1960). *Las Leyes*. Edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de J. M. Pabon y M. Fernández Galiano. Instituto de Estudios Políticos.

Santo Tomás de Aquino (2016). *Suma de Teología*, (texto latino de la edición crítica leonina, traducción y anotaciones por una comisión de P.P. dominicos presidida

por Fr. F. Barbado Viejo, OP; dieciséis tomos). B.A.C.

Suárez, F. (1967). *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore*, (seis tomos; versión española por J. R. Eguillor Muniozguren S. J; con una introducción general por L. Vela Sánchez S. J). Instituto de Estudios Políticos.

Vallet de Goytisolo, J. (1979). *Más sobre temas de hoy*. Speiro.

Fecha de recepción: 22-06-2024

Fecha de aceptación: 17-08-2024