

# Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad

## Análisis crítico del artículo 923 del Código Civil

**Freddy Escobar Rozas (\*)**

Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### 1 Introducción.

A pesar de que el derecho de propiedad ha perdido el papel que tuvo en épocas ya bastante lejanas, no cabe duda de que hoy sigue siendo el derecho subjetivo patrimonial más importante que existe, desde que posee, como ningún otro, un contenido que le permite a su titular recabar del objeto sobre el cual recae la máxima utilidad posible<sup>(1)</sup>.

Como lamentablemente suele ocurrir en nuestro medio con los institutos jurídicos más trascendentales, la doctrina nacional no le ha prestado al contenido del derecho de propiedad la atención que se merece<sup>(2)</sup>. Esto seguramente ha provocado que tanto el Código Civil de 1936 como el Código Civil de 1984 recojan, con ligeros cambios, una definición sumamente cuestionable de este derecho, que evidentemente no es congruente con el avance doctrinario en torno a la situación jurídica subjetiva y a sus mecanismos de tutela material.

Advirtiendo que la complejidad del tema hace imposible agotar su tratamiento en unas cuantas páginas, en las líneas que siguen me propongo efectuar un breve análisis sobre el contenido del derecho de propiedad, intentando demostrar que, a pesar de lo establecido por el artículo 923 del Código Civil, ni la facultad de disponer ni la de reivindicar forman parte del mismo.

Antes de emprender la tarea descrita, trataré de esclarecer un tema que, por permanecer confuso, no sólo ha oscurecido los contornos del derecho de propiedad sino que además ha traído una serie de complicaciones innecesarias sobre el terreno práctico<sup>(3)</sup>, a saber: la diferencia entre “propiedad” y “titularidad”.

### 2 Propiedad y titularidad.

#### 2.1 El origen.

Un autorizado autor<sup>(4)</sup> ha afirmado que la primera definición de propiedad proviene del antiguo

(\*) Dedico este trabajo a Hortencia Rozas, Mariana Brigneti y Mariella Guerinoni, quienes con su amistad, cariño y ejemplo han hecho de mí una mejor persona.

(1) Casi textualmente: DI MAJO, A. y FRANCIOSI, L. *Proprietà e Autonomia Contrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990. p. 3.

(2) Paradigmático es, por ejemplo, el comentario que Arias Schreiber realiza sobre el artículo 923 del Código Civil, pues, aparte de citar sus antecedentes legislativos y de señalar algunas disposiciones constitucionales y legales relacionadas con el derecho de propiedad, este autor se limita a repetir, con otras palabras, la definición que de este derecho contiene el artículo en cuestión. Ver: ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano*. Tomo IV. (Colaboración de Carlos Cárdenas Quiros, Angela Arias-Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco). Lima: Librería Studium, 1991. pp. 202-205.

(3) Piénsese en los problemas interpretativos innecesariamente creados por el artículo 91 de la Ley General de Sociedades, que, en lugar de hacer referencia a la “titularidad” de la acción (entendida como conjunto de derechos y poderes existentes frente a la sociedad), hace referencia a la “propiedad” de la misma. Tomando en cuenta este último término, no ha faltado quien pretenda aplicar las normas civiles relativas a la transferencia de propiedad para determinar en qué momento se adquiere la condición de accionista, cuando en verdad las normas aplicables para establecer dicho momento son las relativas a la cesión de derechos.

(4) PUGLIATTI, Salvatore. *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964. p. 12.

Egipto<sup>(5)</sup>, por lo que cualquier indagación acerca del desarrollo histórico de este instituto debería tomar como punto de partida dicha definición. En este caso, sin embargo, no parece necesario efectuar una retrospectiva tan exhaustiva. Y ello no sólo porque la misma excedería largamente los límites de este trabajo sino porque el origen de la confusión que se busca esclarecer puede ser hallado en el Derecho romano.

Según ha sido recientemente resaltado<sup>(6)</sup>, cómo fue la propiedad en Roma es algo sobre lo que aún existe controversia. Aparentemente, el problema mayor consiste en determinar su origen y desenvolvimiento en las épocas más primitivas. Con todo, es posible reconstruir, aunque sea de manera sucinta, una parte del camino recorrido por esta figura.

Como es sabido, en la etapa arcaica, la propiedad, entendida como una situación de “señorío”, formaba parte del conjunto de poderes que el *pater familias* tenía tanto sobre los hombres libres como sobre las cosas (entre las cuales se encontraban los esclavos)<sup>(7)</sup>. Unos y otras eran adquiridos a través de la *mancipatio*. Asimismo, unos y otros eran defendidos a través de la *vindicatio*<sup>(8)</sup>.

De la constatación de que esto fue así, se ha afirmado<sup>(9)</sup> que el conjunto de poderes del *pater familias* dio lugar a la existencia de la categoría del *meum esse*. En efecto, considerando la situación de “soberanía” que el *pater familias* ejercía respecto de una pluralidad de objetos adquiridos y defendidos a través de los mismos mecanismos, se ha concluido<sup>(10)</sup> que el haz de derechos que aquél tenía sobre los

hombres libres y las cosas formaban parte del contenido de un esquema unitario, el *meum esse*, que jurídicamente denotaba la existencia del fenómeno de la “pertenencia”. En esta etapa, por tanto, la propiedad, al igual que las demás formas de aprovechamiento o utilización de los “bienes”, estuvo refundida dentro de la vasta categoría de la “pertenencia”.

Ahora bien, a pesar de disolverse en el poder unitario del *pater familias*, la propiedad primitiva llegó a fragmentarse en una serie de relaciones que se diferenciaron por el objeto sobre el cual recaían. Algunas de esas relaciones reconocían un señorío pleno sobre las cosas, mientras que otras únicamente reconocían un señorío relativo, de valor esencialmente posesorio. Un ejemplo de las primeras lo constituían las relaciones existentes frente a las *res Mancipi* (categoría que comprendía a los fundos itálicos, las servidumbres rústicas, los esclavos y los cuadrúpedos de tiro y de carga); mientras que un ejemplo de las segundas lo constituían las relaciones existentes frente a las *res nec Mancipi* (categoría que comprendía a todas las cosas que no eran *res Mancipi*)<sup>(11)</sup>.

Hacia fines del siglo III a. C., la sociedad romana experimentó grandes cambios políticos y sociales, los cuales ocasionaron problemas hasta antes desconocidos. Tales problemas crearon la necesidad de encontrar nuevas soluciones en el mundo del Derecho<sup>(12)</sup>. Entre los avances jurídicos que se produjeron en Roma cabe destacar la afirmación de un sistema de derechos reales limitados (*iura in re aliena*), que finalmente ocasionó la progresiva

(5) Se trataría de una definición contenida en el *Papiro Torinese 2021* (documento elaborado entre los siglos XIII y XI a. C.). Según tal definición, la propiedad consistía en la posibilidad de procurarse cierto “valor” mediante la alienación de la cosa.

(6) DE LOS MOZOS, José Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993. p.6.

(7) De acuerdo: CAPOGROSSI, Luigi. *Proprietà (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXXVII. Milano: Giuffrè Editore. p. 163; RIGAUD, Luis. *El Derecho Real*. Traducido por J. R. Xirau. Madrid: REUS S.A., 1928. p. 23; DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit.; p. 8.

(8) En su obra juvenil sobre las *res Mancipi* (“Res Mancipi e nec Mancipi”, Roma, 1888 – 1889), Pietro Bonfante sostuvo que (i) la aplicabilidad de la *mancipatio* tanto a los hombres libres como a las cosas y (ii) la tutela de esta posición potestativa a través de la forma unitaria de la *vindicatio* demostraban la existencia de un poder único en cabeza del *pater familias*. La tesis de Bonfante fue atacada posteriormente por una corriente doctrinal impulsada por el romanista belga De Vissher. Con todo, sin embargo, actualmente puede considerarse a la tesis de Bonfante como la mayoritaria.

(9) GROSSO, Giuseppe. *Schemi giuridici e società nella storia del Diritto Privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*. Torino: G. Giappichelli, 1970, p. 126.

(10) GROSSO, Giuseppe. Op. cit.; p. 127.

(11) Así: CAPOGROSSI, Luigi. Op. cit.; p. 177. De acuerdo con ciertos autores (Ihering, por ejemplo) la idea de que en un caso (*res Mancipi*) existía un señorío pleno y en otro (*res nec Mancipi*) un señorío relativo encontraba su fundamento en el resultado de la comparación entre la *mancipatio* -mecanismo de transferencia aplicable a las *res Mancipi*- y la *traditio* -mecanismo de transferencia aplicable a las *res nec Mancipi*-. Según tales autores, si se tomaba en consideración que la *mancipatio* tenía una estructura compleja en relación con la que poseía la *traditio*, no se podía aceptar que esta última produjera los mismos efectos que la primera. Ver también: CAPOGROSSI, Luigi. Op. cit.; p. 172.

diferenciación y separación de los poderes agrupados en cabeza del *pater familias*.

Como ha sido destacado<sup>(13)</sup>, la afirmación del usufructo y de la servidumbre predial provocó una ruptura sumamente importante en el viejo esquema unitario del *meum esse*. En efecto, con la elaboración, bajo el control del pretor, de un sistema procesal más elástico que el ofrecido por las antiguas *legis actiones*, el Derecho romano reconoció nuevas situaciones reales tuteladas con *actiones in rem*, entre las que se encontraban el usufructo y la servidumbre predial. El hecho de que estos dos derechos no le pertenecieran al *pater familias* determinó que resultara imposible dilatar el alcance del *meum esse* para comprender en su contenido a los mismos. Esto provocó que la “pertenencia” dejara de ser la categoría fundamental que explicaba todas las relaciones existentes frente a los hombres libres y a las cosas. De ahí en adelante tanto la propiedad como las demás situaciones reales (comprendidas en los *iura in re aliena*) comenzaron a adquirir los contornos autónomos que les permitieron liberarse de las sombras que el *meum esse* les había echado encima.

A este respecto, es interesante constatar cómo los sucesivos *nomen iuris* empleados para designar a la propiedad de algún modo respondieron a las etapas históricas reseñadas. En efecto, en un primer momento el término utilizado por los romanos fue *mancipium*. Este término, derivado de *manu* (mano) y de *capere* (tomar), indicaba la idea de aprehensión material, de efectiva aplicación de fuerza, ligada a los antiguos modos de crear y defender el poder del *pater familias*. En un segundo momento el término utilizado por los romanos fue *dominium*. Este término, por influencias de la categoría del *meum esse*, no sólo indicaba la idea de propiedad sino también la de pertenencia, de modo que servía para designar al propietario (*dominus proprietatis*), al usufructuario (*dominus usufructus*), al acreedor (*dominus obligationis*), al titular del

negocio (*dominus negotii*), etc. En un tercer momento el término utilizado por los romanos fue *proprietas*. Este término surgió para diferenciar fundamentalmente al derecho del propietario del derecho del usufructuario<sup>(14)</sup>. Fue por obra de los juristas post clásicos que se generalizó su uso (así como la sustitución de *dominus proprietatis* por *propriarius*)<sup>(15)</sup>.

(...) las facultades de disposición y de reivindicación no pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad (...) cuando el propietario dispone o reivindica, no hace otra cosa que “actuar” una situación jurídica subjetiva distinta al derecho de propiedad que le pertenece

## 2.2 La confusión.

Como lo ha hecho notar una autorizada opinión<sup>(16)</sup>, a diferencia de otros conceptos jurídicos, el de propiedad no es un concepto originario o natural (como sí lo es, por ejemplo, el de posesión) sino más bien un concepto que emerge como resultado de la elaboración dogmática. Sin lugar a dudas, el concepto actual de propiedad le debe mucho a la obra del Pandectismo alemán del siglo XIX, el cual, en su afán de trabajar con construcciones y presupuestos sistemáticos anteriormente inexistentes, le dio a aquella “figura” un sentido predominantemente económico, convirtiéndola en una categoría general y abstracta, materializada en un poder absoluto respecto de la cosa concreta sobre la cual recaía<sup>(17)</sup>.

Ahora bien, a pesar del largo camino recorrido por la propiedad y de que el origen de su concepto

(12) Ejemplo emblemático de los cambios que se produjeron lo constituye el hecho que la *summa divisio rerum* dejó de hacerse entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* para pasar a hacerse entre *res mobiles* y *res immobiles*.

(13) CAPOGROSSI, Luigi. Op. cit.; p. 180.

(14) IGLESIAS, Juan. *Instituciones de Derecho Romano*. Vol. I. Barcelona: Casa Provincial de la Caridad, 1950. p. 114; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.. *Derecho Romano. Parte General. Derechos Reales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966. p. 233; DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit.; p. 3; GATTI, Edmundo. *Propiedad y Dominio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 8.

(15) IGLESIAS, Juan. Loc. cit.

(16) DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit.; pp. 4-5.

(17) En tal sentido: DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit.; p. 58.

actual es bastante cercano, existen aún quienes, sobre la base de la identificación entre *dominium* y *proprietatis*<sup>(18)</sup>, la asimilan al fenómeno de la “pertenencia”<sup>(19)</sup>. En efecto, desconociendo que, como todo derecho subjetivo, la propiedad constituye una *facultas* que permite desplegar un haz de comportamientos sobre una “entidad” (material o inmaterial), algunos afirman que aquélla consiste en una relación de “pertenencia” o “titularidad”, cuyo amplio contenido sólo puede ser precisado en función de la clase de objeto sobre la cual recae<sup>(20)</sup>.

Evidentemente, semejante posición no puede ser aceptada si se atiende al dato positivo. En efecto, de acuerdo con lo que generalmente establecen los códigos civiles, la propiedad no es otra cosa que un derecho real que permite efectuar la más amplia gama de comportamientos respecto del objeto (concreto, actual y específico) sobre el cual recae. La diferencia existente entre la propiedad y los otros derechos reales está dada por el tipo de comportamientos que estos últimos permiten efectuar respecto del objeto (concreto, actual y específico) sobre el cual recaen. Tales comportamientos, evidentemente, en ningún caso poseen el alcance que tienen los que forman parte del contenido de la propiedad<sup>(21)</sup>.

A diferencia de la propiedad, cuya función (al igual que la de cualquier otro derecho real) es permitir que un sujeto de derechos pueda obtener un provecho, ventaja o utilidad (en suma, un “bien”) a través de la realización de una amplia gama de comportamientos sobre una cosa (material o inmaterial), la titularidad o pertenencia no es otra cosa que la relación de correspondencia que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (o, mejor, con una situación

jurídica subjetiva). Dicha relación le permite al sujeto de derechos “disponer”, en el sentido más amplio, del derecho subjetivo que le corresponde. Así, por ser titular de un derecho subjetivo, el sujeto de derechos puede gravarlo, modificarlo, transferirlo o, incluso, extinguirlo (a través, por ejemplo, de un acto de renuncia)<sup>(22)</sup>.

La titularidad o pertenencia es predicable respecto de cada derecho subjetivo, sin que interese la condición (público o privado; patrimonial o extrapatrimonial; transferible o intransferible; etc.) del mismo. De este modo, se es titular tanto de un derecho real (propiedad, usufructo, uso, servidumbre, superficie, etc.) como de un derecho personal (crédito, potestad, etc.). Es importante notar que, como relación de correspondencia que es, la titularidad o pertenencia queda constituida por el hecho de la adquisición de un derecho subjetivo determinado. Cuando tal derecho se transfiere, sin embargo, la titularidad o pertenencia del transferente, lejos de pasar al adquirente, se extingue. La obtención por parte de este último del derecho transferido hace que surja, en su favor, una nueva relación de titularidad o pertenencia.

De lo expuesto se deduce claramente que la propiedad no puede ser identificada con la titularidad o pertenencia: mientras la primera es una herramienta que permite desplegar un conjunto de comportamientos (sobre una cosa) para satisfacer determinadas necesidades (patrimoniales) del sujeto de derechos, la segunda es una herramienta que permite identificar a quién le corresponde la posibilidad de desplegar el referido conjunto de comportamientos.

Ahora bien, es verdad, como lo ha hecho notar Molitor<sup>(23)</sup>, que lo realmente importante no es la correcta utilización del *nomen iuris* sino la correcta

(18) Por ejemplo: SERAFINI, Felipe. *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo I. Traducción de Juan de Dios Trías, corregida, completada y puesta al día por J. M. Trías de Bes. Bilbao: Espasa-Calpe, 1927. p. 363; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Derecho de Bienes. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1994. p. 247.

(19) Así, por ejemplo: BRUNELLO, Bruno. *Proprietà e diritto*. En: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, diretta da Giorgio del Vecchio. Anno XXXII, serie III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955. p. 510; COMPORTI, Marco. *Beni, diritti reali e possesso*. En: Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 361; LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*. Tomo III, Vol. I. Bs. Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943. p. 362; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1994. Tomo III, Vol. I. p. 130.

(20) Así por ejemplo: PUIG BRUTAU, José. *Loc. cit.*

(21) En tal sentido: ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Cosas*. Vol. I. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971. p. 333; RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. Roma: Laterza, 1999. p. 133; DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. cit.*; p. 224.

(22) En tal sentido: FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 182.

(23) Molitor reconoce que, al lado del concepto estricto de “propiedad”, existe otro que identifica a este instituto con el “dominio” o pertenencia (titularidad). Para este autor, no existe problema alguno en utilizar este segundo concepto y, por lo tanto, aceptar la

aplicación de las normas jurídicas. Por lo tanto, se puede, por razones históricas, admitir que el término “propiedad” sea empleado en ciertas ocasiones para designar una o más situaciones de titularidad o pertenencia, con la condición de que a estas situaciones no se les aplique, sin más, las normas relativas al derecho real de propiedad. Así, por ejemplo, se puede aceptar que el término “propiedad” sea utilizado para designar la “titularidad” de la acción (esto es, al titular de un conjunto de derechos personales y poderes que se ejercen existentes frente a una sociedad de capitales), con la condición de que no se pretenda aplicar las normas contenidas en el Libro V del Código Civil para determinar en qué momento se transfiere la condición de accionista.

### 3 El artículo 923 del Código Civil.

#### 3.1 Antecedentes.

El artículo 923 del Código Civil establece que la propiedad es “(...) un poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (...)”. Este artículo tiene como antecedentes legislativos al artículo 461 del Código Civil de 1852 y al artículo 850 del Código Civil de 1936.

Contra lo que se pudiera pensar, no todos los códigos civiles contienen una definición (más o menos similar a la citada) del derecho de propiedad<sup>(24)</sup>. En efecto, un importante grupo de códigos civiles únicamente establece una descripción de los derechos que le corresponden al propietario. Así, por ejemplo, los códigos civiles de Alemania, Italia, Portugal, México, Brasil y Paraguay no indican en qué consiste el derecho de propiedad sino solamente qué puede hacer el propietario. Esto, evidentemente, resulta de lo más relevante, pues la postura que defiende aquí no intenta negar la posibilidad que el propietario tiene de disponer o de reivindicar sino solamente cuestionar la idea de que estas dos últimas facultades deriven de una misma situación jurídica subjetiva.

#### 3.2 Análisis crítico.

Como ya lo indiqué, la definición establecida en el artículo 923 del Código Civil no es coherente con los notables avances que la doctrina ha logrado (hace ya un buen tiempo) con la identificación del “poder” como situación jurídica subjetiva autónoma y con la ubicación del -preciso- momento en el cual operan los mecanismos de tutela material del derecho subjetivo.

En mi opinión, pues, las facultades de disposición y de reivindicación no pueden formar parte del contenido del derecho de propiedad. Con esto, obviamente, no pretendo afirmar que el propietario no pueda disponer o reivindicar, sino únicamente sostener que cuando aquél efectivamente dispone o reivindicar, no hace otra cosa que “actuar” una situación jurídica subjetiva distinta al derecho de propiedad que le pertenece.

Antes de comenzar a explicar las razones que sustentan mi posición, es oportuno resaltar que el hecho que exista una definición legal del contenido del derecho de propiedad no impide ensayar, con pretensión de validez, una definición diferente, que describa de mejor manera a tal derecho. En efecto, sin utilizar el argumento según el cual las definiciones legales no son vinculantes para el intérprete, basta con resaltar que el propio Código Civil no ha sido coherente con la definición que sobre el derecho de propiedad acoge en su artículo 923, pues en ella no ha incorporado a la “facultad de gravar”, a la cual sin embargo ha reconocido la calidad de “atributo” conformante de dicho derecho. Y no se diga, en defensa de una coherencia legislativa inexistente, que la “facultad de gravar” está incluida en la “facultad de disponer”, pues la norma contenida en el primer inciso del artículo 971 del Código Civil las diferencia expresamente. Queda claro, por tanto, que, por el sólo hecho de ser incoherente con otras disposiciones, la definición recogida en el artículo 923 del Código Civil no es vinculante para el intérprete.

existencia de, por ejemplo, “propiedad” sobre derechos personales. Molitor, sin embargo, es tajante al afirmar que si bien se puede emplear sin mayor inconveniente el concepto “amplio” de propiedad, no es posible en tal circunstancia pretender la aplicación de las normas que regulan a la propiedad como derecho real. Ver: MOLITOR, Erich. *Nueva problemática de la propiedad*. Año XXXVIII, No.444. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 170.

(24) En realidad, sólo algunos códigos civiles como el español, el francés, el argentino, el chileno, el uruguayo y el venezolano, contemplan una definición del contenido del derecho de propiedad.

### 3.2.1 La facultad de disposición.

Según ha sido expresado<sup>(25)</sup>, la facultad de disposición es aquella que posibilita al titular de un derecho subjetivo (disponible) a transferirlo a otro. Obviamente, el ejercicio de dicha facultad no sólo provoca la transferencia del derecho subjetivo sino también la del objeto sobre el cual recae el mismo.

Como es evidente, la facultad de disposición le corresponde al propietario de un bien cualquiera. Claro, la posibilidad de ejercer dicha facultad dependerá de si el propietario en cuestión goza o no de capacidad (de obrar). En este sentido, no resulta cuestionable el hecho que se establezca la posibilidad que el propietario tiene de disponer. Lo que sí resulta cuestionable es el hecho que se establezca que la referida posibilidad emana, no de la titularidad del derecho de propiedad, sino de este derecho.

En efecto, como lo ha notado magistralmente Thon<sup>(26)</sup>, la facultad de disposición del derecho subjetivo no puede formar parte de este último, desde que una cosa es lo que ocasiona la transferencia de un

objeto (la facultad de disposición) y otra muy distinta el objeto materia de tal transferencia (el derecho subjetivo -en este caso, el derecho de propiedad-). Si se está a que lo transferido es el derecho de propiedad y no la cosa sobre la que recae<sup>(27)</sup>, no hay duda de que tal derecho deviene en objeto de un “acto de transferencia” y, por ende, en objeto de una “fuerza” o “poder” que produce tal acto. Ahora bien, semejante “fuerza” o “poder” no puede estar ubicada al interior del objeto sobre el cual actúa, pues no es posible afirmar, sin contrasentido de por medio, que cierta parte de una “entidad” es capaz de actuar sobre toda la “entidad”<sup>(28)</sup>.

Y a esta consideración no cabe oponer, como lo hace Natoli<sup>(29)</sup>, el argumento que de este modo se tiene una visión excesivamente “naturalista” del fenómeno jurídico; pues, bien considerado el asunto, no se procede aquí con una lógica distinta de la que se emplea en otros casos<sup>(30)</sup>.

En tal sentido, y siguiendo a una atenta doctrina<sup>(31)</sup>, resulta evidente que la facultad de

- (25) Así: ANASTASI, Alessandro. *Facoltà e diritti facoltativi*. En: Enciclopedia del Diritto, Tomo XVI. Milano: Giuffrè Editore, 1967. p. 216. Es importante destacar, sin embargo, que según algunos la facultad de disponer comprende tanto la posibilidad de transferir el derecho como la posibilidad de constituir derechos menores sobre el objeto del mismo. Ver: BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Diritto Civile. Diritti Reali*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998. p. 55; DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 838.
- (26) THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*. Indagini di Teoria Generale del Diritto, traduzione di Alessandro Levi. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1951. p. 319.
- (27) Esto no sólo es reconocido por el Código Civil (el artículo 156 establece que “Para poder disponer de la propiedad (...)”; el artículo 1529 establece que “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad (...)”; etc. [en todos los casos los resaltados son agregados]) sino también por la doctrina. Así, a título de ejemplo: PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla Rappresentanza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965. p. 4; ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 1989. p. 79; ALPA, Guido y Mario BESSONE. *Elementi di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p. 27. Resulta importante destacar que probablemente el hecho de no tener consciencia sobre lo que realmente se transfiere determine que algunos se adhieran, sin mayor reflexión, a la idea de que la facultad de disponer forma parte del contenido del derecho de propiedad. Este parece ser el caso de Lafaille y de Albaladejo, quienes sostienen que, junto al *ius possidendi*, al *ius utendi* y al *ius fruendi*, el *ius abutendi* es un elemento del referido derecho. Sin embargo, cuando explican el contenido de este último “atributo” afirman que el mismo le permite al propietario disponer de la cosa. Como se podrá advertir, partiendo de semejante presupuesto, incorrecto desde cualquier perspectiva, no existiría problema alguno en aceptar la idea antes indicada. Ver: LAFAILLE, Héctor. Op. cit.; p. 382; ALBALADEJO, Manuel. Op. cit.; p. 251.
- (28) Sumamente ilustrativas son, a este respecto, las palabras de Ferrara. De acuerdo con este autor, “Es un error evidente el sostener que la facultad de disposición es un poder que entra en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es objeto de enajenación. Pero la fuerza que transmite la propiedad no puede formar parte de ella. Lo que se transmite no puede ser al mismo tiempo lo que transmite”. Ver: VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco. *La facultad de disposición*. Anuario de Derecho Civil. Tomo III, fascículo IV, 1950. pp. 1043-1044.
- (29) NATOLI, Ugo. *La Proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. p. 99.
- (30) En efecto, el razonamiento utilizado no difiere, en términos lógicos, del que se emplea, por ejemplo, en la exclusión de los mecanismos de tutela del contenido de los derechos subjetivos “lesionados”. En este caso, la consideración de que tales mecanismos son derechos autónomos se basa en la circunstancia de que los mismos actúan sobre el interés protegido por el derecho (*rectius*: el interés) lesionado.
- (31) SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla Teoria delle Situazioni Giuridiche Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1944. p. 114; ROMANO, Salvatore. *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno IX. Milano: Giuffrè Editore, 1955. p. 1018. También en *Sulla nozione di proprietà*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XIV. Milano: Giuffrè Editore, 1960. pp. 339-340; CHIOVENDA, citado por: ANASTASI, Alessandro. Loc. cit.; FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 305; FERRARA, Francesco, citado por RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino e Ismael PEIDRÓ. *Teoría del Deber Jurídico y del Derecho Subjetivo*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Segunda Época, Año XCIII. Tomo XV, No.3. p. 295; VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco. Op. cit.; p. 1050.

disposición, en tanto que actúa sobre el derecho de propiedad, no forma parte del contenido de este derecho. En realidad, dicha facultad se coloca al exterior del derecho de propiedad, como un poder abstracto y general, cuya existencia en modo alguno depende de la concreta relación persona-bien en la que se resuelve el referido derecho<sup>(32)</sup>.

Nótese que si no se atiende este sencillo pero demoledor argumento y, por el contrario, se insiste en la idea de que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho de propiedad, tendrá que aceptarse que dicho derecho puede recaer sobre los demás derechos patrimoniales susceptibles de ser objeto de actuación de la referida facultad.

En efecto, si se acepta la idea de que la facultad de disposición “nace” del derecho de propiedad, se tendría que concluir entonces que existe “propiedad” sobre el usufructo, sobre la superficie, sobre la servidumbre, sobre el crédito, sobre la potestad, etc.; ya que todos estos derechos pueden ser objeto de actuación de semejante facultad. Tal cosa, sin embargo, resulta inadmisibles, no sólo porque provoca, otra vez, la identificación de “propiedad” con “dominio” (titularidad o pertenencia) sino también porque traza un camino cuyo destino inevitable es el absurdo jurídico. Así es, no puede existir “propiedad” sobre un

derecho real limitado por la sencilla razón de que este último deriva precisamente de aquélla. Si se admite, por ejemplo, que el usufructuario es propietario de su derecho (de usufructo), tendría que admitirse que el nudo propietario también lo es de su derecho (de nuda propiedad). Y si esto es así, es decir, si existe propiedad tanto sobre el usufructo como sobre la “nuda propiedad”, tiene que existir propiedad sobre el resultado de la fusión de ambos derechos, con lo que llegamos al absurdo de afirmar que existe propiedad sobre la propiedad!

En realidad, y a pesar de lo que afirme una parte importante de la doctrina<sup>(33)</sup>, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia. Por lo tanto, tienen dicha facultad no sólo el titular del derecho de propiedad sino también los titulares de los demás derechos subjetivos “disponibles”.

Es importante destacar que la facultad de disposición no constituye un derecho subjetivo autónomo que se encuentre en una situación de accesoriedad respecto de los derechos subjetivos disponibles (propiedad, usufructo, superficie, crédito, etc.). En efecto, la referida facultad no recae sobre un objeto concreto y determinado, cosa que caracteriza a todo derecho subjetivo, sino más bien sobre un objeto

(32) Como consecuencia lógica, de esto se deriva que el poder que se tiene para constituir un derecho real de garantía tampoco forma parte del contenido del derecho de propiedad. Así es, si tanto la prenda como la hipoteca, al conceder al acreedor la facultad de provocar la transferencia del derecho de propiedad que existe sobre cierto bien, se constituyen como derechos sobre el derecho de propiedad; el poder que los crea no puede dimanar, por las consideraciones expuestas, del objeto sobre el cual ambos recaen. A esta conclusión no puede oponerse, ciertamente, el argumento de que el Código Civil establece que los referidos derechos recaen sobre los bienes objeto del derecho de propiedad y no sobre este derecho (el artículo 1055 de dicho Código establece que: “La prenda se constituye sobre un bien mueble (...)”; mientras que el artículo 1097 del mismo cuerpo legal establece que: “Por la hipoteca se afecta un inmueble (...)”), ya que tal argumento se basa en una lectura literal de algunas de las normas que diseñan y regulan a estos institutos. En efecto, si por un lado se está a lo establecido por el artículo 1069 del Código Civil (que dispone que: “(...) el acreedor puede proceder a la venta del bien (...)”) y a lo establecido por el artículo 1097 de dicho Código (que dispone que: “(...) [la hipoteca] otorga al acreedor los derechos de (...) venta judicial del bien (...)”); y por el otro, se está a lo establecido por el artículo 1529 de aquel cuerpo legal (que dispone que la compraventa tiene como fin la transferencia de la propiedad), se tiene que concluir que el derecho que le corresponde al acreedor prendario y al acreedor hipotecario consiste en “provocar” la transferencia de derecho de propiedad existente sobre la cosa “gravada”. Debe advertirse, por lo demás, que el hecho que la prenda implique, en ciertos casos, la desposesión del bien y la concesión a favor del acreedor de la facultad de usarlo (artículo 1076 del Código Civil), en nada afecta la conclusión a la que se ha arribado, pues es absolutamente factible que en el acreedor prendario se generen dos derechos subjetivos coligados, como (i) el de usar el bien y (ii) el de provocar la transferencia del derecho de propiedad existente sobre aquél. Ahora bien, es preciso indicar que aún en este último caso -esto es, cuando la prenda genera un derecho directo sobre el bien-, el poder que lo crea no puede ser parte del contenido del derecho de propiedad, pues éste, por todo lo expuesto, es incapaz de “desmembrarse” a sí mismo (esto si se asume la teoría de que los derechos reales menores se originan como consecuencia de un fenómeno de “sucesión constitutiva”), ni puede engendrar, cual derecho objetivo, otros derechos subjetivos (esto si se asume la tesis de que los derechos reales menores no constituyen “desmembraciones” del derecho de propiedad sino nuevos derechos que limitan únicamente el ejercicio de su contenido). Con este mismo razonamiento, finalmente, también puede ser descartada la idea de que el poder que constituye al derecho de anticresis, que concede al acreedor la facultad de explotar y percibir los frutos del bien, forma parte del derecho de propiedad.

(33) Así: PUGLIATTI, Salvatore. *Il Trasferimento* ...Op. cit.; p. 17; MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 258; GOLDSTEIN, Mateo. *Domínio*. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Buenos Aires: Driskill, 1993. p. 377; DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit.; p. 841; CUENA CASAS, Matilde. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 491.

genérico y abstracto, constituido por el *genus* de los “derechos disponibles”. Esto determina que, a diferencia de cualquier derecho subjetivo, la facultad en cuestión no se “agote” por extinción de su objeto (que, en tanto genérico y abstracto, es inmune al fenómeno de la desaparición).

En realidad, como ha sido reconocido<sup>(34)</sup>, la facultad de disposición debe ser considerada como una manifestación concreta del poder jurídico<sup>(35)</sup>.

### 3.2.2 La facultad de reivindicación.

Según ha sido indicado<sup>(36)</sup>, la facultad de reivindicación es un mecanismo de tutela del derecho

de propiedad que le permite al titular de este último exigir la entrega de la cosa a aquél que sin título alguno la está poseyendo.

A diferencia de lo que ocurre con la facultad de disposición, pocos son los códigos civiles que incluyen a la facultad de reivindicación en la norma que define al derecho de propiedad<sup>(37)</sup>. Evidentemente, este dato no es de por sí decisivo. Sin embargo, de alguna manera orienta al interprete.

Para saber si la facultad de reivindicación forma parte del contenido del derecho de propiedad, es imprescindible recurrir a la noción del derecho subjetivo. Según la doctrina más

(34) ROMANO, Salvatore. *Sulla nozione di proprietà ...* Op. cit.: p. 340; FERRI, Luigi. Loc. cit.

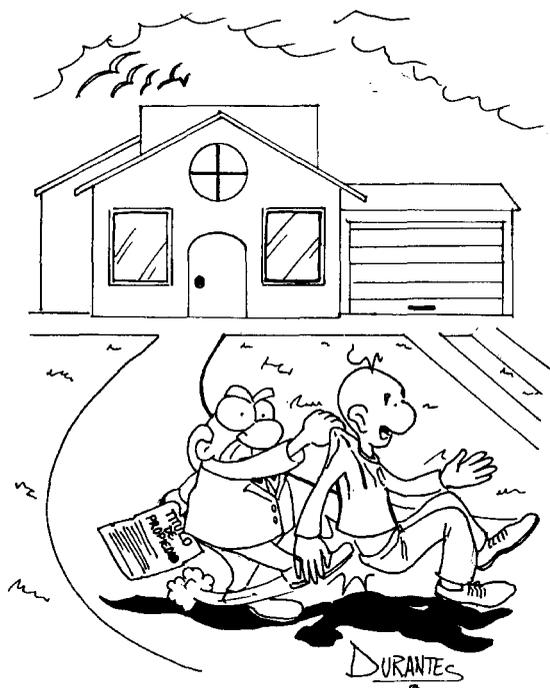
(35) El poder jurídico no es otra cosa que la genérica posibilidad de operar sobre la realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad. Según ha afirmado la doctrina más autorizada, el poder jurídico se coloca como un *prius* respecto del derecho subjetivo y, en general, respecto de cualquier otra situación jurídica subjetiva (esto lo hace notar muy claramente Luigi Ferri cuando advierte que el poder negocial, esto es, la posibilidad de concluir de manera válida y eficaz un negocio jurídico, constituye algo diverso de aquello que resulta ser la consecuencia -directa- del negocio celebrado: el derecho subjetivo). A diferencia de lo que ocurre con ciertos derechos subjetivos, el poder jurídico no requiere de una situación jurídica subjetiva que garantice su actuación, en tanto que dicho poder, al resolverse en la -genérica- aptitud de actuar con efectos jurídicos, viene a constituir una *facultas* “autosuficiente”. Así, por ejemplo, el poder negocial no requiere, para obtener la efectiva realización del interés que “protege”, del cumplimiento de deber jurídico alguno o, en todo caso, de la presencia de un estado de sujeción. Del mismo modo, el poder de adquirir -mediante apropiación- determinado derecho subjetivo tampoco requiere, para lograr la efectiva realización del interés que tutela, del cumplimiento de deber jurídico alguno o de la actuación de otra situación de desventaja. En los casos mencionados, el titular del poder puede, sin cooperación ajena, desplegarlo y conseguir de este modo el resultado esperado: la modificación de la realidad jurídica preexistente. Ahora bien, además de esta característica del poder jurídico (“autosuficiencia”), que únicamente lo diferencia de ciertos derechos subjetivos, puede hallarse otra que termina por distinguirlo de modo definitivo de todos estos. Esta característica es la “generalidad” de su objeto. En efecto, mientras el derecho subjetivo “recae” sobre un objeto “concreto”, el poder jurídico “recae” sobre uno “general” -o “abstracto”-, entendiéndose por tal a aquél que no se materializa, de modo exclusivo, en una entidad determinada. Así, por ejemplo, el poder de disponer no recae sobre el derecho de propiedad que *Primus* tiene sobre su caballo Saturno sino sobre todos los derechos de propiedad que integran su patrimonio y más aún sobre todos los demás derechos subjetivos -distintos del de propiedad- que, formando parte del mismo, son susceptibles de disposición. Tal poder, en consecuencia, no depende de cierta “entidad” concreta e individualizada -derecho de propiedad sobre el caballo Saturno-, de manera que su existencia esté supeditada a la existencia de esta última).

Contra lo que algunos pocos afirman, el poder jurídico no puede ser reconducido a la capacidad de goce (“subjetividad”) ni a la capacidad de ejercicio (“capacidad”). En efecto, si la subjetividad constituye la -especial- aptitud de recibir efectos jurídicos, ésta no puede ser confundida en modo alguno con el poder jurídico, en tanto que éste, al incorporar la fuerza capaz de crear tales efectos, no se coloca en un plano, por así decirlo, “pasivo” (“aptitud para recibir”), sino más bien en uno “activo” (“fuerza para crear”). En este sentido, mientras la subjetividad asume la forma de un espacio habitable por los efectos jurídicos, el poder jurídico asume la “forma” de un fenómeno capaz de crear dichos efectos. La diferencia existente entre estos dos institutos permite constatar la presencia de supuestos en los cuales ambos están presentes y supuestos en los que no ocurre esto. Así, si *Primus* adquiere un derecho subjetivo como consecuencia de haber celebrado un contrato, tanto la subjetividad que posee -la cual le permite ser titular de tal derecho-, como el poder negocial que ostenta -el cual le permite celebrar válida y eficazmente dicho contrato-, habrán estado en juego. En cambio, si *Primus* adquiere un derecho subjetivo como consecuencia de la muerte de su padre (causante) o como consecuencia de un contrato (a favor de tercero) celebrado por otros sujetos, habrá estado en juego su subjetividad -que le posibilita recibir un efecto jurídico-, mas no su poder, en tanto que aquél no ha obrado para provocar este efecto.

Por otro lado, si la capacidad constituye la -simple- posibilidad de actuar voluntariamente y por sí mismo el contenido de una situación subjetiva, es más claro aún que la misma no puede ser confundida con el poder jurídico, ya que se coloca en un plano sustancialmente diverso (el del “ejercicio”) de aquel en el que se coloca tal poder (el de la “titularidad”). En consecuencia, es perfectamente posible identificar supuestos en los cuales ambos institutos están presentes y otros en los que no sucede tal cosa. Así, si *Primus* (mayor de edad) celebra un contrato de compraventa de su fundo *Tusculano*, habrá estado presente tanto su poder negocial como su capacidad. Por el contrario, si *Secundus* (menor de edad), representado por *Tercius*, celebra un contrato de compraventa del fundo *Tusculano* que heredó de su padre, habrá estado en juego su poder negocial mas no su capacidad, al no haber ejercido voluntariamente y por sí mismo el referido poder. Para una exposición magnífica de esta figura, ver: ROMANO, Santi. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947. p. 170 y ss.

(36) BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. Op. cit.: p. 152.

(37) Entre ellos se encuentran el Código Civil español, el Código Civil uruguayo, el Código Civil paraguayo, el Código Civil venezolano y el Código Civil portorricense.



autorizada<sup>(38)</sup>, el derecho subjetivo es la facultad de obrar (respecto de un objeto actual, concreto y determinado) para satisfacer un interés propio. Partiendo de esta noción, resulta claro que, para que forme parte del contenido del derecho de propiedad, la facultad de reivindicación (i) tendría que estar dirigida a satisfacer el mismo interés que soporta a las facultades de usar y disfrutar; y, (ii) tendría que actuar sobre el mismo objeto materia de tales facultades. Un análisis desprejuiciado del asunto demuestra, sin

embargo, que la facultad de reivindicación no sólo está dirigida a satisfacer un interés autónomo, distinto del que soporta a las facultades de usar y disfrutar, sino que también actúa sobre un objeto propio, diferente del que es materia de dichas facultades.

En efecto, a diferencia de las facultades de usar y disfrutar, que están dirigidas a satisfacer un mismo interés, consistente en obtener provechos, utilidades o ventajas (de la cosa)<sup>(39)</sup>, la facultad de reivindicar está dirigida a satisfacer un interés consistente en recuperar la posibilidad de actuar sobre la cosa. Así es, la facultad de reivindicar, que presupone la imposibilidad del propietario de actuar materialmente sobre la cosa, tiene como finalidad obtener la restitución de la misma por parte del tercero que la posee (sin título alguno). El interés que soporta a la referida facultad no es el de obtener provechos, utilidades o ventajas de la cosa sino el de recuperar su posesión para de este modo tener la posibilidad fáctica de “aprovecharse” de la misma.

Por otro lado, a diferencia de las facultades de usar y disfrutar, que actúan sobre un mismo objeto, que se identifica con la cosa (material o inmaterial), la facultad de reivindicar actúa sobre un objeto que se identifica con un *dare*. Así es, como lo ha destacado la doctrina<sup>(40)</sup>, la facultad de reivindicar no es más que una pretensión, esto es, una facultad que autoriza a exigir determinado comportamiento ajeno, que en este caso se resuelve en la restitución de la cosa ilegítimamente poseída<sup>(41)</sup>. El objeto sobre el que recae la referida facultad no es la cosa, como ocurre en el caso de las facultades de autotutela posesoria (que autorizan a

- (38) CHIRONI G. P. y ALBELLO, L. *Tratato di Diritto Civile Italiano*. Vol I. Torino: Fratelli Boca, 1904, p. 112; NATOLI, Ugo. *Il Diritto Soggettivo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1943, p. 60; AZZARITI, Francesco S., Giovanni MARTINEZ y Giuseppe AZZARITI. *Diritto Civile Italiano*. Tomo I. Padova: Dott. Antonio Milani, 1943. p. 5; D'AVANZO, Walter. *Istituzioni di Diritto Civile*. Tomo I. Orientamenti. Roma, 1945. p. 13; DE SEMO, Giorgio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Firenze: G. Barbera, 1952. p. 91; SCUTO, Carmelo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. I. Napoli: Libreria Internazionale Teves di Leo Lupi, 1955. p. 11; DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Traducido por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1980. p. 392; CESARINI SFORZA, Widar. *Diritto soggettivo*. En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XII. Milano: Giuffrè Editore, 1964. p. 694.
- (39) Como lo ha reconocido Comporti, el interés fundamental protegido por cualquier derecho real es el aprovechamiento de la cosa. Ver: *Diritti Reali in Generale*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980. p. 23.
- (40) BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. Op. cit.; p. 153; COMPORTI, Mario. Op. cit.; p. 401; GALLO, Paolo. *Arricchimento senza Causa e Quasi Contratti (I Rimedi Restitutori)*. Trattato di Diritto Civile, diretto da Rodolfo Sacco. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1996, p. 3; PUIG BRUTAU, José. Op. cit.; p. 196.
- (41) Evidentemente, la facultad de reivindicar tiene contornos y características que la diferencian de cualquier otra facultad dirigida a la obtención de la restitución de la cosa. En efecto, como lo han destacado Sacco y Caterina, dicha facultad se distingue por lo siguiente. En primer lugar, porque su titular no tiene que probar la existencia de un hecho específico que genere para el demandado la obligación de restituir. En segundo lugar, porque su titular puede dirigirse no sólo contra el usurpador sino también contra cualquier tercero que pase a poseer la cosa. Y, finalmente, en tercer lugar porque su titular no está sujeto a los plazos que afectan a las demás facultades con vocación restitutoria. Ver: SACCO, Rodolfo y Raffaele CATERINA. *Il Possesso*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000. p. 32.

repeler la usurpación o recuperar -sin intervalo de tiempo- la posesión), sino simplemente la conducta (de restituir) del poseedor ilegítimo de la misma.

Como se podrá entender, a la luz de la noción vigente del derecho subjetivo, resulta imposible que la facultad de reivindicar forme, conjuntamente con las facultades de usar y de disfrutar, el contenido de un mismo y único derecho subjetivo (en este caso, el de propiedad).

Ahora bien, atendiendo a que el propietario es el legitimado para ejercer esta facultad, hay que concluir, con la mejor doctrina<sup>(42)</sup>, que la misma es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, una herramienta que el ordenamiento le otorga al titular de este derecho para eliminar las consecuencias negativas que supone el incumplimiento, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no interferir la esfera jurídica ajena.

Debe indicarse que si no se admite esto y, por el contrario, se insiste en que esta facultad forma parte del contenido del derecho bajo examen, tendría que aceptarse, para guardar un mínimo de coherencia, que la facultad que el propietario tiene de exigir el pago de una indemnización por -la lesión de su interés derivada

de- los daños que sufre la cosa objeto de su derecho, también es parte integrante de este último (o sea, del derecho de propiedad), lo cual constituye un absurdo, desde la sola constatación de la naturaleza crediticia de aquella facultad. En efecto, si la facultad de reivindicar y la de exigir la referida indemnización son mecanismos de tutela del derecho de propiedad, ¿por qué una estaría dentro del derecho mismo y la otra no? O ambas forman parte del contenido de este derecho o ambas son extrañas al mismo. No puede aceptarse que una esté dentro del derecho y la otra fuera. La lógica rechaza esta postura.

Adviértase a este respecto que la premisa de la que se parte, esto es, que las referidas facultades son medios de tutela del derecho de propiedad, no puede ser negada, pues una atenta mirada a lo que significa su contexto normativo demuestra la validez de la misma<sup>(43)</sup>.

Así es, tanto el hecho que motiva el nacimiento de la facultad de reivindicar como el que motiva el nacimiento de la facultad de exigir el pago de una indemnización tienen dos características en común: su carácter ilícito y el efecto negativo que provocan en el interés del propietario.

(42) Así: GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Traducción de Emilio Verdura Tuells. Barcelona: Bosch, 1958. p. 204-205; BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Derecho Civil*. Normas, Vol. I, Tomo I. Sujetos y Relación Jurídica. Traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p. 398.

(43) Que la facultad de reivindicar no sea un medio de tutela del derecho de propiedad, sino que constituya más bien una facultad que integra este derecho, podría sostenerse aduciendo que, en realidad, la necesidad que está detrás de semejante derecho no es la de aprovecharse del bien, sino la de aprovecharse del bien al margen de toda interferencia de terceros. Una consideración como esta, sin embargo, no lleva, desde una perspectiva netamente jurídica, a incluir a la facultad de reivindicar -ni tampoco a la de reclamar el pago de una indemnización- dentro del derecho de propiedad. En efecto, nadie duda que todo propietario quiere gozar del bien sin que nadie más lo haga. Un interés como este (gozar sin sufrir interferencia alguna) no es, empero, tomado en consideración por el ordenamiento jurídico al momento de estructurar el derecho de propiedad, pues es claro que no se acompaña a éste atributo alguno que, en cabeza de su titular, tienda a satisfacer o realizar dicho interés. Así es, la acción reivindicatoria no está diseñada para realizar el interés de no ser interrumpido en el goce de un bien, sino para poner término a una situación de interrupción o interferencia ya producida. Cuando se reivindica no se quiere defender el goce sino más bien recuperar la posibilidad de gozar efectivamente de los provechos de un bien.

Por otro lado, las acciones posesorias e interdictales, que en algunos casos sí podrían realizar el interés de no ser interrumpido en el goce del bien, no le corresponden al propietario (y, por consiguiente, no integran el derecho de propiedad), sino al poseedor de dicho bien. Por tanto, aun cuando se afirme que el propietario no tiene un simple interés en gozar del bien sino un interés en hacerlo sin que ningún tercero interfiera, es claro que dicho interés no es tomado en consideración por la ley a efectos de estructurar el derecho del que es titular (propiedad). Que esto sea así, no quiere decir, sin embargo, que un interés en no ser interferido -en el goce- no tenga alguna "repercusión" normativa. En realidad, la necesidad de que los terceros no gocen del bien sobre el que recae nuestro derecho sí está tutelada, aunque no a través de un derecho subjetivo. En efecto, dicha necesidad se encuentra tutelada por la situación jurídica subjetiva de ventaja innominada que se coloca como correlativa del deber jurídico general de no interferir en la esfera ajena.

Por todo esto, parece sumamente discutible la tesis de quienes, como Bullard y Pizarro, sostienen que el derecho de propiedad no es sino el "halo" protector que impide a los terceros realizar determinadas conductas respecto de cierto bien (BULLARD, Alfredo. *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima: Ara Editores, 1990. p. 282; PIZARRO, Luis. *Un estudio preliminar sobre la modificación integral del libro de los derechos reales del Código Civil de 1984*. En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 1993. p. 230). Si es que ello es así, ¿cómo, en mi calidad de propietario, logro que los terceros se vean impedidos de actuar sobre el bien? Adviértase que ya han sido descartadas, para la consecución de un fin como este, la reivindicación, las acciones posesorias y los interdictos. Únicamente quedaría la medida cautelar de no innovar. Sin embargo, resulta absolutamente claro que ésta tampoco puede formar parte del contenido del derecho de propiedad, en tanto que constituye un mecanismo de tutela (preventiva) general que sirve para proteger cualquier situación jurídica subjetiva.

Ahora bien, ante la verificación de tales hechos, el ordenamiento jurídico concede al propietario sendos medios de tutela que se traducen en la facultad de recuperar la posesión del bien y en la de exigir -el pago de- una indemnización, respectivamente. Nótese cómo los intereses a los que ambas facultades tienden no son los mismos a los que tiende el derecho de propiedad: mientras que éste tiene por finalidad lograr el goce de cierto bien, aquéllas tienen por finalidad obtener la remoción del obstáculo que imposibilita el goce pleno y efectivo de tal bien. Nótese, asimismo, que tan pronto como los intereses que soportan a estas facultades son realizados, ellas dejan de existir. Y nótese, finalmente, que las mismas pueden volver a surgir cada vez que el bien objeto del derecho de propiedad se encuentre en posesión de un tercero sin título o cada vez que sufra (dicho bien) alguna afectación material.

Con estas similitudes, ¿se podría sostener que la facultad de reivindicar el bien y la facultad de exigir el resarcimiento de los daños ocasionados por la afectación del mismo no tienen la misma naturaleza?

Por lo tanto, y sobre la base de lo hasta aquí expuesto, es claro que, de la definición consagrada por el artículo 923 del Código Civil, sólo las facultades de usar y disfrutar sirven para estructurar el real contenido del derecho de propiedad. Esta conclusión, sin embargo, requiere dos precisiones adicionales.

### 3.3 Precisiones adicionales.

El hecho de considerar que las facultades de disponer y de reivindicar no forman parte del contenido del derecho de propiedad no limita en modo la amplitud de dicho contenido, pues dentro de las facultades de usar y disfrutar se “esconden”, en realidad, una multiplicidad de atributos que se traducen en la posibilidad de efectuar sobre el bien -objeto del

derecho- una amplia y variada gama de comportamientos, los mismos que solamente pueden ser reconducidos a un esquema unitario en base (i) a determinadas características comunes y (ii) a su relevancia práctica<sup>(44)</sup>. En este sentido, no es contradictoria con la posición aquí asumida la afirmación de que el derecho de propiedad es el derecho subjetivo que permite cumplir sobre un objeto cualquier actividad lícita<sup>(45)</sup>.

Por otro lado, el hecho de adoptar una posición como la descrita a lo largo de este trabajo no implica incurrir en una confusión respecto de los derechos reales menores, en particular respecto del usufructo. Así es, tanto el derecho de usufructo como los demás derechos reales menores no son otra cosa que una “derivación” del derecho de propiedad, pues si éste no existe, aquéllos tampoco.

Ahora bien, no es exacto, como se sostiene<sup>(46)</sup>, que para la constitución de estos derechos reales menores, determinadas facultades del derecho de propiedad se separen del mismo, de modo que pasen a formar parte del contenido de dichos derechos; pues si es que ello fuera así, el derecho de propiedad desaparecería, en tanto que las facultades se identifican con el derecho mismo y no pueden tener, como consecuencia de ello, autonomía respecto de él<sup>(47)</sup>.

Lo que en realidad sucede es que la constitución de derechos reales menores se explica, no en la transferencia -constitutiva- de facultades, sino en la limitación externa del ejercicio de éstas. En efecto, la -sola- existencia de un derecho real menor supone una limitación, no del contenido del derecho de propiedad, sino del ejercicio del mismo; lo cual se debe, ciertamente, al hecho de la concurrencia de ambos sobre el mismo bien<sup>(48)</sup>. Así, por ejemplo, el derecho de servidumbre no supone sino una doble limitación al

(44) En tal sentido: NATOLI, Ugo. *La Proprietà...* Op. cit.; p. 86-87.

(45) Así: COMPORTE, Marco. *Diritti Reali in General...* Op. cit.; p. 39; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho Civil (Derechos Reales)*. Tomo I. Madrid: Universidad Complutense, 1982. p. 192.

(46) ROTONDI, Mario. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Libreria Aurelio Paraninfo, 1965. p. 100-101.

Adviértase que de compartirse esta postura, la inserción de la facultad de disponer dentro -del contenido- del derecho de propiedad sería, aún, mucho más discutible. Así es, si la constitución de un derecho como el usufructo, por ejemplo, implica la transferencia a favor de un tercero de las facultades de uso y disfrute, es claro que sería la facultad de disponer la que, con su ejercicio, provocaría tal efecto. Esta facultad, sin embargo, permanecería a favor del nudo propietario, por lo que las facultades transferidas no podrían ser, nuevamente, enajenadas. Pero, ¿no está el usufructuario facultado para enajenar su derecho, esto es, sus facultades de usar y disfrutar? Sí, sí lo está. Entonces, la facultad de disponer del usufructuario, que va a incidir sobre las facultades que le han sido transferidas, es extraña a su derecho. Y si esto es así en el caso del usufructo ¿por qué no lo es en el caso del derecho de propiedad?

(47) Así: BARBERO, Domenico. *L'Usufrutto e I Diritti Affini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 30; NATOLI, Ugo. *La Proprietà...* Op. cit.; p. 88.

(48) Así: NATOLI, Ugo. *La Proprietà...* Op. cit.; BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI p. 396.

ejercicio del derecho de propiedad que recae sobre el predio sirviente; pues, por un lado, el titular del mismo debe permitir la realización de ciertos actos de uso; y, por el otro, debe inhibirse de ejercitar alguna de las facultades integrantes de su derecho. De igual modo, el derecho de superficie no supone sino una limitación al ejercicio del derecho de propiedad, desde que el titular del mismo debe permitir que otro efectúe edificaciones sobre o bajo la superficie del bien objeto de su derecho.

Ahora bien, que el ejercicio del derecho de propiedad esté limitado por la -sola- existencia de un derecho real menor no es óbice para afirmar que éste, cualquiera que sea, viene a constituir una facultad de obrar autónoma respecto de aquellas que forman parte del derecho de propiedad. La existencia de esa facultad, por lo demás, está permitida por la ley, desde que la posibilidad lícita de colisión con las que están contenidas en el derecho de propiedad viene excluida por la misma (esto es, por la ley)<sup>(49)</sup>.

#### 4 Conclusiones.

De lo expuesto en las líneas precedentes, es posible obtener las siguientes conclusiones:

a) El derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Sólo a través de un proceso de abstracción, tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de usar, disfrutar y modificar la cosa.

b) La facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo. El poder de disponer y de gravar deriva de la relación de titularidad que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (en este caso, el derecho de propiedad).

c) La facultad de reivindicar es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, un instrumento que le permite al titular del mismo eliminar las consecuencias negativas derivadas de la violación, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no invadir la esfera jurídica ajena. En tal sentido, la facultad de reivindicar no forma parte del contenido del derecho de propiedad. <sup>AT</sup>

(49) Sustancialmente conforme: BARBERO, Domenico. *L'Usufrutto ... Op. cit.*: pp. 30-31.