

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (1)

Bienes

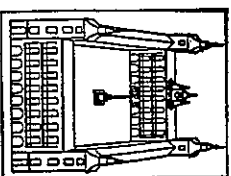
1. Nicholas, Barry. Introducción al Derecho Romano. Madrid, Civitas, 1987, pp. 137-158.
2. Hattenhauer, Hans. Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Barcelona, Ariel, 1987, pp. 47-62.
3. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Tratado de los derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 6ª ed., 2005, t. I, pp. 11-29.
4. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 21-72.
5. Figueroa, Gonzalo. El Patrimonio. Santiago, Editorial Jurídica, 1991, pp. 61-77.

BARRY NICHOLAS
Profesor de Derecho Romano
de la Universidad de Oxford

INTRODUCCION AL DERECHO ROMANO

Traducción de
MIGUEL ANGEL PALACIOS MARTÍNEZ

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



1987

CAPITULO TERCERO

DERECHO DE LA PROPIEDAD

Introducción. El Derecho de las cosas

En la clasificación de las *Instituciones*, la segunda parte del Derecho, con mucho la más extensa, se refiere a las cosas (*res*). *Res*, como «cosa», es una palabra evasiva, y los juristas romanos, tal como es su costumbre, dejan que su significado emerja de su uso. En su sentido más simple, denomina meramente un objeto físico —una mesa, una casa, un trozo de tierra—, pero para el jurista también hay cosas abstractas, cosas que sólo existen en la imaginación, como una deuda, un derecho de paso, y muchas otras. El denominador común de estos dos tipos de cosas es que ambos son bienes con valor económico; GAYO y JUSTINIANO hablan del Derecho de las cosas en este amplio sentido. Es esa parte del Derecho que rige la creación, transmisión y disfrute de los bienes económicos —de la propiedad en su sentido más amplio—. Empleando el lenguaje de los derechos, la ley de las cosas comprende todos aquellos derechos que se pueden evaluar en términos monetarios. Por tal razón, excluye los derechos que emergen del Derecho de las personas, como los derechos del padre sobre sus hijos, o el propio derecho a la libertad, puesto que normalmente resulta imposible darles una valoración monetaria. No obstante, en tal sentido el Derecho de las cosas abarca una parte tan amplia del Derecho privado que resulta inevitable hacer una división ulterior. En GAYO se discierne una división en tres partes, el derecho de propiedad (o cosas en un sentido estricto), el de sucesión y el de obligaciones. Dicha división, mantenida por Justiniano, sigue siendo uno de los rasgos más característicos del Derecho civil¹, pero ofrece un cierto número de dificultades y ha sido modificada de diferentes maneras en los códigos modernos. Se pone de manifiesto una dificultad: al menos superficial-

¹ En boca de un jurista de Derecho consuetudinario, es un romanismo consiente.

mente, ésta es una división en elementos incomparables. La propiedad y las obligaciones son dos tipos de bien, mientras que la sucesión no representa un tercer tipo (de hecho, la división en propiedad y obligaciones es exhaustiva), sino un sistema de adquirir los otros dos, como, por ejemplo, cuando un heredero hereda los bienes de un difunto. Está o no esté esta crítica plenamente justificada², nos da una razón para dejar aquí al menos el orden de las *Instituciones* y ocuparnos de la propiedad y las obligaciones antes de comenzar con la sucesión.

1. Diferencias fundamentales

A) PROPIEDAD Y OBLIGACIONES: ACCIONES Y DERECHOS «IN REM» E «IN PERSONAM»

Los bienes de un hombre son propiedad u obligaciones. La diferencia entre ambas es la diferencia entre que algo se posea o se deba. Así, los bienes de un hombre pueden ser su casa y sus muebles, que él posee, su saldo bancario, que pese a que muchos hablan de «tener dinero en el banco», es una deuda debida por el banco, y su derecho respecto a su sueldo sin abonar, que es asimismo una deuda. Por supuesto, la cuestión de sus bienes suele ser más complicada que esto, pero recaerán en una de estas dos categorías. Por ejemplo, si se trata del dueño de una tienda, poseerá, supongamos, su

² Para Gayo y, por lo tanto, para Justiniano, la serie de pensamientos que conduce al tratamiento de la sucesión inmediatamente después de la propiedad es la siguiente: en ambos tratamos de los métodos de adquisición de las cosas, siendo la materia de que trata el Derecho de propiedad la adquisición de cosas únicas (es decir, individuales), y la del Derecho de sucesión la adquisición de la totalidad de la hacienda de un hombre (adquisición *per universitatem*, véase pág. 302 y sigs.); por consiguiente, es adecuado tratar los dos tipos de adquisición juntos. Por supuesto, queda todavía la objeción de que la adquisición *per universitatem* puede incluir obligaciones, pero el razonamiento indica una diferencia de énfasis entre el método de exposición de Gayo y el de un escritor moderno. Gayo, y en menor medida Justiniano, se interesan mucho más en los métodos de adquisición y pérdida (de estado en el Derecho de las personas, de los distintos tipos de cosas en otros puntos) que en la naturaleza y contenido de lo que se está adquiriendo y lo que se pierde (cfr. pág. 92). El orden de tratamiento es, por lo tanto, mucho menos forzado de lo que lo sería en un libro que enfatizara de otra forma. Cfr. F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, pág. 96 y sigs.

tienda y las existencias comerciales; puede haber pedido, pero no recibido, más mercancías a un mayorista y, desde el punto de vista romano, éstas serán aún propiedad del mayorista, pero se le deberán (y si no ha pagado todavía por ellas, consecuentemente deberá su precio); puede haber entregado mercancías a crédito a sus clientes, y aquí, obviamente, tenemos otra deuda. Puede haber adquirido el fondo de comercio de un antiguo competidor y ello, una vez más, constituye una deuda—en este caso el deber del deudor no es, como en los anteriores, pagar una cantidad de dinero o suministrar mercancías, sino el de abstenerse de apelar a sus clientes anteriores.

La diferencia entre poseer y deber la expresa el jurista romano en la distinción que hace entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. Toda reclamación es a un tiempo *in rem* e *in personam* y hay una división infranqueable entre ambas. Una acción *in rem* hace valer una relación entre una persona y una cosa, y una acción *in personam*, una relación entre personas. Por ello, la acción *in rem* (*rei vindictio*) típica, hace valer el que una cosa material pertenece al demandante y la más simple de las acciones *in personam* (*condictio*) hace valer que el demandado debe una cantidad de dinero o una cosa material al demandante. Los romanos no piensan en términos de derechos, sino de acciones, pero, en esencia, una acción hace valer un derecho sobre una cosa y la otra un derecho contra una persona, y de aquí nace la moderna dicotomía entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Obviamente, no puede haber controversia entre una persona y una cosa, y por ello, incluso en una acción *in rem* tiene que haber un demandado, pero el demandado no está ahí porque se afirma que tiene alguna obligación respecto al demandante, sino porque mediante algún acto, está negando el derecho afirmado del demandante. En la *rei vindictio* está denegando la propiedad del demandante al estar en posesión de la cosa reclamada. Y así, nuestro hipotético propietario de la tienda puede hacer valer la propiedad sobre sus existencias comerciales planteando una acción *in rem* contra cualquier persona a cuyas manos puedan ir a parar. Por ejemplo, si sus mercancías resultan robadas, puede reclamarlas al ladrón, o a cualquiera que posteriormente las

haya adquirido, tanto si lo hizo de buena fe como si no. Por otra parte, su derecho respecto a los sucesivos sumi-
nistros que haya pedido, incluso suponiendo que pueda identi-
ficarlos, es *in personam*, y por ello se puede hacer valor úni-
camente contra el mayorista. De esta forma puede decirse que
el derecho *in rem* es un derecho del que se dispone contra
personas en general, en contraste con lo que sucede con el
derecho *in personam*, del que se puede disponer contra una
persona o personas determinadas³. Los derechos *in rem* son
objeto del derecho de propiedad, los derechos *in personam*
del de obligaciones. ¿Cuál es la importancia práctica de la dis-
tinción entre acciones *in rem* y acciones *in personam*? Pode-
mos empezar haciendo hincapié en que, en la forma, una
acción *in rem* no es una acción que obligue al demandado a

³ Por supuesto, ésta no es la forma en que un romano lo habría
puesto, y muestra que una vez que los derechos en lugar de las accio-
nes se han convertido en el concepto principal, la estricta dicotomía
romana resulta difícil de mantener. La propiedad es el derecho típico
in rem: está protegida mediante una acción *in rem* (*rei vindictio*) y
del que se puede disponer frente a personas en general. Y, sin embar-
go, también puede decirse que está protegida mediante acciones *in*
personam. Si mi libro va a parar a manos de alguien que niega mi
titularidad, yo hago valer mi propiedad mediante una acción *in rem*,
pero si alguien negligentemente o con premeditación lo daña, yo plan-
teo una acción *in personam* contra él —ha cometido un delito y, por
lo tanto, contrae la obligación de satisfacerme que nace de ese delito
(página 282 y sigs.). El jurista romano no va más allá de esto, pero
el jurista moderno da un paso más en la investigación. Considera el
Derecho en términos de derechos y deberes, y el deber de satisfacer
por el daño causado por incumplimiento de contrato deriva del deber
anterior de cumplir el contrato. Dice que, por lo tanto, ha de haber
un deber con respecto a personas en general para que no dañen mi
propiedad, y un derecho correlativo con respecto a mí frente a las
personas en general. ¿Y qué es ese derecho sino un aspecto de la
propiedad? Una acción *in personam* opera, por consiguiente, para pro-
teger un derecho *in rem*, y la dicotomía romana queda desdibujada.
De forma similar, yo puedo apelar a una acción *in personam* si al-
guien me insulta (pág. 278 y sigs.). Ese alguien ha cometido un delito
y está obligado a darme satisfacción. Pero este deber debe derivar del
incumplimiento de un deber anterior de no insultar a otros, y estos
otros han de tener un derecho correlativo a no ser insultados —un
derecho frente a personas en general—. ¿No debería éste, por lo tan-
to, calificarse de derecho *in rem*? O más bien no deberían descri-
birse los derechos *in rem* como grupos de derechos *in personam*? El
jurista de Derecho consuetudinario se siente estimulado en esta forma
de pensamiento (desde la desaparición del primitivo mandamiento de
Derecho) por no tener ninguna acción *in rem* en su propio sistema.
Si un jurista de Derecho consuetudinario desea hacer valer la propie-
dad de su libro, debe afirmar que el demandado está deteniéndolo o
apropiándose de él ilícitamente, en resumen, que está cometiendo un
agravio. Véase pág. 291.

devolver la *res*. (Este es el sentido que le da el Derecho con-
suetudinario al término «acción real».) Puesto que el proceso
romano era fundamentalmente un recurso voluntario al arbi-
traje, y puesto que no había un dispositivo para que el Estado
hiciera cumplir las sentencias, el resultado de una acción con
éxito lo mismo *in rem* que *in personam*, equivalía simplemen-
te a una orden para que el demandado pagara una cantidad
de dinero al demandante, y, era al demandante a quien co-
rrespondía hacerla cumplir, si era necesario, mediante la
ejecución en la persona o en los bienes del demandado. En
un sistema de este tipo no hay lugar a sentencias de resitui-
ción específica, o de actuación específica. Y no obstante, tras
todo lo dicho, podemos añadir que en muchas acciones *in*
rem al demandado, de hecho, se le obligará a devolver el ob-
jeto reclamado. Este contraste entre el resultado formal y el
real de una acción se alcanzó por medio de un recurso muy
sencillo. La fórmula de la acción llevó al juez, si le daba la
razón al demandante, a ordenar al demandado que pagara el
valor de la cosa, pero sólo si éste dejaba de entregársela al
demandante⁴. A primera vista, esto sólo daba una opción al
demandado y no le presionaba a tomar un camino en lugar
del otro. Pero el demandante tenía otra arma más: se le per-
mitía hacer su propia estimación del valor de la cosa. Es
cierto que dicha valoración se hacía bajo juramento, pero el
demandante podría normalmente lograr su propósito sin des-
viarse de la línea que separa el optimismo y el perjurio, y
el juez, según parece, no sería en todo caso lo suficientemen-
te astuto como para trazar dicha línea. No obstante, este
rasgo no sirve para establecer una diferencia entre acciones
in rem y acciones *in personam*, ya que se encuentra en am-
bas, aunque en esta última sólo excepcionalmente.

La respuesta a nuestra pregunta⁵ quizá pueda hallarse
mejor comparando dos interpretaciones que se pueden hacer

⁴ La fórmula completa de la *vindicatio* dice lo siguiente: «Si según
parece la cosa en cuestión pertenece al demandante de acuerdo con
el Derecho civil (*ex iure Quiritium*), entonces, a no ser que por orden
del juez el demandado devuelva la cosa, que el juez condene al de-
mandado a pagar al demandante el valor de la misma. Si según pa-
rece no es así, que el juez absuelva al demandado.»

⁵ La primera respuesta propia de los juristas romanos podría haber
sido que la importancia práctica estriba en el «proceso intermedio»
(cfr. MARTIN, *The Forms of Actions at Common Law*, pág. 76), es

de una venta. Si A está de acuerdo en comprar el libro de B por un precio determinado, el Derecho romano le da a A un derecho *in personam* inmediato respecto a la entrega del libro (y a B un derecho concurrente respecto al pago del precio), pero a A no le otorga un derecho *in rem* hasta que el libro haya sido realmente entregado. Sin embargo, algunos otros sistemas le otorgan a A ambos derechos, *in rem* e *in personam*, apenas se ha cerrado el trato⁶. La diferencia entre estas dos interpretaciones reside en sus efectos respecto a terceros. Hay dos situaciones típicas.

i) B tiene todavía el libro y simplemente se niega a entregarlo. Aquí, dejando aparte la cuestión considerada en la página anterior, normalmente no tendrá importancia si A procede *in rem* o *in personam*. En ambos casos obtendrá el valor de la cosa en dinero. Pero B puede ser insolvente y entonces la distinción será crucial. Puesto que, en caso de que la reclamación de A sea sólo *in personam*, ésta ocupará su lugar juntamente con las reclamaciones de todos los demás acreedores que vayan contra los bienes insuficientes de B, mientras que, si es *in rem*, A, por así decirlo, podrá sacar el libro de la quiebra de B y, por consiguiente, satisfacer su reclamación por completo, porque en tal caso ya no es un acreedor, sino un propietario.

ii) El libro ha pasado de las manos de B a las de C—por ejemplo, B ha convencido a A para que pague el precio por anticipado, y luego le ha vendido y entregado el libro a C (esto, o una variante de esto, es uno de los fraudes más corrientes), o bien C lo ha robado y se lo ha comprado a un ladrón—. En tales casos, la interpretación romana concede un recurso a A, si es que tiene alguno, sólo contra B, mientras que las demás interpretaciones le consienten proceder contra B o C. Como es natural, una vez más, dicha diferencia tendrá una importancia real sólo cuando B sea insolvente o

dejar, en las medidas que el demandante tomara si el demandado no defendía la acción. En una acción *in rem*, estaba autorizado simplemente a tomar la cosa, puesto que era frente a ésta a la que esgrimaba su pretensión, mientras que en una acción *in personam*, procedía contra la persona o la propiedad del demandado.

⁶ Esta es en principio la posición del Derecho inglés, pero está tan determinado por normas especiales que el resultado práctico casi siempre es el mismo que en el Derecho romano (véase BUCKLAND y McNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2.ª ed., págs. 291 y sigs.).

haya desaparecido, pero ninguna de ambas posibilidades es en absoluto improbable. El hombre que vende a C incumpliendo su contrato con A no es fácil que espere a que se emprenda una acción contra él, e incluso en caso de que se le pueda aprehender, no es probable que sea solvente. El problema que ha de resolver el Derecho es la versión legal del eterno triángulo. Entre dos partes inocentes, ¿cuál ha de sufrir las consecuencias de la acción cometida por un tercero deshonesto? Puede no haber una solución que tenga aplicación práctica y, que al mismo tiempo, sea idealmente justa. La ley ha de escoger la que más interesa a la comunidad en general.

B) CONTRATO Y TRANSMISIÓN

Hay otra laguna más en la ley romana entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Las formas en que éstos se originan se diferenciaban: el acto que crea un derecho *in personam* no crea un derecho *in rem* y viceversa. La aplicación más importante de este principio estriba en la distinción entre contrato y transferencia. Un contrato crea derechos *in personam* pero no puede crear o transmitir derechos *in rem*. Para ello es necesaria una transferencia, por ejemplo, una acción reconocida por ley como indicada a tal propósito. Acabamos de ver que en la venta de un libro, la propiedad no pasa al comprador por la celebración del contrato, sino por la entrega real del libro. La entrega es la transferencia. Si el objeto vendido no hubiese sido un libro sino una *res mancipi*, como un terreno o un esclavo, habría sido necesaria una transferencia formal mediante *mancipio* o *in iure cessio*⁷. Y de la misma forma, era necesaria una transferencia para la creación o transmisión de derechos *in rem* que no fueran la propiedad⁸. Esta separación entre contrato y transferencia arraiga en el sano, aunque inarticulado, principio de que los derechos *in rem*, puesto que en potencia afectan a todos,

⁷ Véase págs. 146.

⁸ Sin embargo, el principio no se mantenía inviolado ni siquiera en el Derecho clásico (por ejemplo, la creación de *hypotheca* mediante un simple acuerdo, págs. 202) y en el Derecho de Justiniano, cuando los trasposos formales desaparecieron, se olvidó ampliamente (cfr. página 162).

no se han de crear o transmitir en secreto, mientras que no existe la misma objeción por lo que respecta a la creación secreta de derechos *in personam*. De aquí que la transferencia romana sea esencialmente un acto público y visible. *In iure cessio* se produce en un tribunal público⁹. La *mancipatio*¹⁰ pese a ser en su forma un acto privado, exige la presencia de seis ciudadanos romanos, además de las partes, y la razón para un número tan grande debe haber sido el deseo de publicidad más que la necesidad de tener una prueba ulterior, ya que, como contrasta, el contrato formal de *stipulatio*, que sólo creaba derechos *in personam*, se podría celebrar válidamente sin necesidad de ningún testigo. De la misma forma, la transferencia informal por medio de la entrega (*traditio*) implicaba en principio la transmisión visible del objeto mismo.

Sin embargo, hay un conflicto, al que tiene que hacer frente cualquier sistema legal, entre el interés de la comunidad en general en la publicidad de las transferencias y el deseo de los individuos de llevar sus asuntos en privado. En el Derecho romano, este último prevaleció con el tiempo en la mayoría de las cosas. En el Derecho clásico, ambos, *in iure cessio* y *manipatio*, debieron ser totalmente ineficaces para garantizar la publicidad. Pues la *in iure cessio*, era por aquel entonces una forma muy vacía, y los seis participantes en la *manipatio*, pese a que resultaban adecuados para una comunidad pequeña, no podrían representar un obstáculo para el secreto en una sociedad tan vasta como la Roma imperial. Incluso la *traditio*, que sustituyó cada vez más a las transferencias formales, pudo finalmente realizarse sin ninguna transmisión visible del objeto, de tal forma que en el Derecho romano tardío, como en Derecho inglés evolucionado, a menudo una transferencia, al igual que un contrato, no era más que un documento redactado entre las partes¹¹.

El que la línea de separación entre el contrato y la transferencia resulte desdibujada es quizá inevitable en una so-

⁹ Véase pág. 95.

¹⁰ Véase antes, *ibid*.

¹¹ Véase pág. 162. Había una contienda similar para lograr el tras-paso secreto en el Derecho inglés, culminando a principios del siglo XVI con el reconocimiento del sistema de un trato y una venta durante un plazo seguido de una cesión.

ciudad sofisticada y los sistemas modernos suelen emplear otros métodos para asegurar la publicidad relativa a la creación y transmisión de los derechos *in rem*. El único método totalmente efectivo es el registro, exigir que todas las creaciones y transmisiones se inscriban en un registro público. Este método se aplica cada vez más en el mundo moderno, pero obviamente en la práctica puede aplicarse sólo a la tierra (o a algunos bienes muebles excepcionalmente identificables, como los buques o los automóviles) e incluso así, no se puede poner en marcha sin una atenta vigilancia y un cuerpo de administradores experimentados. Esto era algo prácticamente desconocido para el Derecho romano¹². Por lo que se refiere a los bienes muebles, la solución no puede ser sencilla. Como hemos visto, el Derecho romano en principio exigía una entrega real antes de que se transmitiera la propiedad. Mientras que dicha regla se pudo mantener estrictamente, fue posible decir que ninguna propiedad podía transmitirse sin que se transmitiera también la posesión, pero en cambio no se pudo decir que ninguna posesión pudiera transmitirse sin transmitir asimismo la propiedad. Esto habría significado simplemente que desaparecía la distinción entre propiedad y posesión. El ladrón habría poseído lo que había robado. Una regla menos extremada habría podido excluir al ladrón equiparando sólo al poseedor en *bona fide* (por ejemplo, el hombre que inocentemente compra al ladrón) con el propietario, pero esto habría significado una gran incursión en la inviolabilidad de la propiedad. Y ambas, la distinción entre propiedad y posesión y el carácter inviolable de la propiedad, eran fundamentales para el jurista romano¹³.

C) CLASIFICACIONES DE LA «RES»

El Derecho romano clasifica las «cosas» de muy diferentes maneras según los distintos propósitos, pero aquí sólo hace falta considerar tres de dichas clasificaciones.

i) *Res mobiles, res immobiles*. Muchos, por no decir todos, los sistemas legales consideran necesario distinguir la tierra y

¹² Había algo por el estilo para la tierra en el Egipto romano, pero no está claro lo que era precisamente el efecto del registro.

¹³ Véase pág. 148 y sigs., 174.

los edificios que a ella se asocian, de todas las demás propiedades, tanto por su importancia intrínseca, como por el hecho obvio de que no es posible moverla de lugar. El Derecho romano no es una excepción. Las Doce Tablas establecieron dos años como período para la adquisición por prescripción (*usucapio*)¹⁴ de los inmuebles, mientras que uno era suficiente para los bienes muebles; y la distinción era significativa también para otros propósitos. Pero nunca logró la importancia crucial que, en la forma de definición entre propiedad real y personal¹⁵, tiene el Derecho inglés.

ii) *Res mancipi, res nec mancipi*. Una distinción mucho más importante en el Derecho civil original fue la peculiarmente romana entre *res mancipi* y *nec mancipi*. *Res mancipi* eran los esclavos, las bestias de tiro y de carga (bueyes, caballos, asnos, mulas), la tierra itálica¹⁶ y las servidumbres prediales rústicas (por ejemplo, los derechos de paso y de agua) sobre dicha tierra. Todas las demás cosas eran *res nec mancipi*. La importancia práctica de la distinción era que la *res mancipi* sólo se podía transferir por medio de la *mancipatio* (de aquí el nombre) o *in iure cessio*; una mera entrega no tenía efectividad para transmitir la propiedad. Esta era la norma del Derecho civil, pero a finales de la República, el pretor concedió al recipiendario por entrega (el «precarista») casi todo el contenido de la propiedad¹⁷, y entonces la distinción pasó a formar parte de las reliquias técnicas que sirvieron para complicar el Derecho clásico. Se mantuvo nominalmente hasta que fue abolida por Justiniano.

El origen de la distinción se ha debatido mucho¹⁸. ¿Por qué determinadas cosas se consideraban aparte y para ellas

¹⁴ Véase pág. 166 y sigs.

¹⁵ La distinción no es idéntica a la que hay entre bienes muebles e inmuebles y ahora tiene menor importancia de la que solía tener.

¹⁶ Estrictamente, la tierra con capacidad de propiedad romana, y por lo tanto, originalmente, sólo la tierra romana. Cuando se amplió la ciudadanía romana, asimismo, se amplió la zona de tierra con capacidad de propiedad romana hasta que incluyó la totalidad de Italia. Más tarde, de forma ilógica, la ampliación cesó, excepto en que la tierra de algunas comunidades privilegiadas, por la concesión del *ius italicum*, se consideraba como si fuera italiana.

¹⁷ Véase pág. 169 y sigs.
¹⁸ Véase el informe clásico en MAURY, *Ancient Law*, ch. 8 (edición «World's Classics», pág. 227 y sigs.), y para tratar puntos de vista más recientes, JOURNICA, *Historical Introduction*, 2.ª ed., pág. 139 y sigs., y 352 y sigs.

se exigía una transferencia formal y pública? Si se enfoca la cuestión de esta forma, la respuesta obvia es que debieron ser las cosas de mayor importancia en la Roma primitiva, pero no siempre es fácil entender por qué esas determinadas cosas más arriba enumeradas, y no otras, merecieron tener esa importancia tan especial. Desde luego puede ser que la lista original fuera diferente, pero en cualquier caso, a finales de la República las categorías de la *res mancipi* se volvieron muy cerradas y arbitrarias, sin razón alguna. En este sentido, Gayo señala que los elefantes y camellos, aunque sean bestias de tiro o de carga, sin embargo, no eran *res mancipi* porque no se conocían cuando se estableció la lista.

iii) *Res corporales, res incorporeales*. Como ya hemos visto¹⁹, en la división tripartita que hace Gayo del Derecho en personas, cosas y acciones, hay una distinción implícita entre cosas materiales, como una mesa o una casa, y cosas abstractas, como una deuda o un derecho de paso. Gayo expresa la distinción en términos de *res corporales* y *res incorporeales*. En la práctica es importante sólo por una razón. Las cosas incorpóreas no se pueden poseer, desde el momento en que la posesión exige esencialmente un soporte material y, por ello, no se pueden adquirir o transmitir por ningún método que implique la transmisión o adquisición de la posesión. En pocas palabras, las cosas incorpóreas no se pueden adquirir por *usucapio* ni transferir por *traditio*. La distinción, sin embargo, fue inicialmente académica y, como tal, los juristas en general no la emplearon. Pero fue recogida por Justiniano y por ello se convirtió en parte del lenguaje legal de Europa y, en cierta medida, del Derecho consuetudinario. Es una distinción oportuna e indudablemente corresponde a la forma de hablar corriente —un hombre dirá que ha comprado un lote de tierra, un derecho de paso sobre un segundo lote y una opción sobre un tercero—, pero si se analiza con rigor, es ilógica. Identifica la propiedad con el objeto poseído. La manifestación estrictamente comparable con «He comprado el derecho de paso sobre una parcela de tierra» no es «He comprado una parcela de tierra», sino «He comprado la propiedad de una parcela de tierra». En cada uno de los casos yo he adquirido un derecho, la única dife-

¹⁹ Véase pág. 137.

rencia es que el derecho de propiedad es más amplio que el de paso. No obstante, los romanos prefirieron pensar en términos de bienes que de derechos, y contemplaron el derecho de paso y la tierra como bienes equivalentes. No sintieron necesidad de establecer una distinción clara entre la propiedad y su objeto, desde el momento que para ellos sólo se podían poseer las cosas corpóreas y, por consiguiente, la *res corporalis* cambia de significado de acuerdo con su contexto. Cuando los romanos dicen que sólo se puede poseer una *res corporalis*, se está refiriendo a la cosa misma; cuando hablan de la adquisición de una *res corporalis* se refieren a la adquisición de la propiedad.

D) PROPIEDAD Y POSESIÓN

La distinción más importante entre todas en el derecho de propiedad es la que hay entre propiedad y posesión. «La propiedad», dice Ulpiano, «no tiene nada en común con la posesión». Y, sin embargo, en gran medida, la posesión es el fundamento de la propiedad. De este modo, las *res nuncupati corporales* se transfieren por *traditio*, o transferencia de la posesión, y el título por *usucapio* depende asimismo de la posesión. Vamos a examinar ahora esta aparente contradicción.

2. Posesión

Hay una distinción obvia en el lenguaje corriente entre tener una cosa y tener derecho a tenerla. El ladrón no es el titular de lo que ha robado pero, pese a todo, tiene la cosa y, por el contrario, el hombre que ha empeñado su anillo sigue siendo su titular, pero quien tiene realmente el anillo es el prestamista. Esta diferencia entre ser el titular de una cosa y tenerla realmente está en el origen de la distinción que el Derecho romano, y menos enfáticamente el inglés, establece entre propiedad y posesión, pero el lego y el jurista tienen no obstante concepciones opuestas cuando hablan de posesión. Hay tres razones principales para ello. En primer lugar, el lego inglés habla frecuentemente de «posesión» cuando se refiere a «propiedad», sin duda porque normalmente es

propietario de lo que posee y posee aquello de lo que es propietario. De la misma forma, habla normalmente de lo que le pertenece como de sus «posesiones». Pero el jurista, aquí y en cualquier otro punto, ha de ser pedantemente exacto en el uso de los términos. En segundo lugar, el Derecho romano, y en muy pequeña medida el inglés, en algunas situaciones niega la posesión a la persona que realmente tiene la cosa en su poder y se la concede a alguien que no la tiene en su poder. Y en tercer lugar, la dificultad para determinar en casos particulares qué constituye una tenencia da origen, en ambos sistemas, a las reglas técnicas. Por las últimas dos razones, no se puede decir simplemente que el hombre que tiene la cosa también la posea, pero antes de seguir ahondando en esta materia, debemos considerar cuál es el significado práctico de tener la posesión con arreglo a la ley.

A) PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

En el Derecho romano, la posesión por sí misma sólo tiene la consecuencia legal más elemental: su protección. Sujeto a lo que se dirá más adelante, el poseedor tiene recursos por medio de los cuales puede impedir que otros se inmiscuyan en su posesión y mediante los cuales puede recuperar la posesión cuando alguien le despoje de ella. Dichos recursos se conocen por el nombre de interdictos posesorios. Su procedimiento, hasta el Derecho más reciente, es complicado y arcaico, aunque su funcionamiento es en su esencia sencillo. Por ejemplo, si A, que ocupa un terreno, es expulsado por B, puede obligar a B a devolvérselo a condición de que pueda cumplir dos requisitos: su ocupación debe haber equivocado a la posesión conforme a derecho, como se define más adelante; y esta posesión no debe haberse conseguido *vi* (por la fuerza), *clam* (en secreto), o *precario* (por donación pública testamentaria) de B.

Hay aquí tres características que deben tenerse particularmente en cuenta: *i)* El recurso únicamente es admisible contra el autor del despojo. Si B a su vez es despojado por C, o le entrega voluntariamente la tierra, A no tiene recurso contra C salvo que sea también propietario ²⁰, en cuyo

²⁰ En el Derecho clásico, esto no era necesariamente así con los

caso tiene una *vindictio*. ii) El título de cualquiera de las partes es completamente irrelevante. El autor del despojoamiento ni siquiera puede alegar en su defensa que es el propietario. Lo que está en litigio en un interdicto posesorio es la posesión, y respecto a esto, según el punto de vista romano, la propiedad puede no tener importancia. Este es el significado de la máxima romana: «la propiedad no tiene nada en común con la posesión». La insistencia de los romanos sobre esta rígida separación lleva ciertamente, a un círculo vicioso. Si B es el propietario de la tierra de la que despoja a A, el triunfo de éste en el interdicto posesorio resultará efímero, desde el momento que B puede hacer valer inmediatamente su propiedad por una *vindictio*. Pero este círculo vicioso era preferible a la confusión del nítido esquema de un concepto fundamental, y tendrá además la ventaja práctica de desalentar el tomarse la justicia por su mano²¹. iii) La posesión que se está debatiendo no debe haberse conseguido de la otra parte por medio de *vi, clam o precario*. No se trata de una cuestión de titularidad puesto que, por una parte, como acabamos de ver, no tiene importancia que sea el propietario quien haya obtenido la posesión «viciosamente», y, por otra, el «vicio» es sólo relativo: una posesión que entraña un «vicio» frente a una persona puede ser buena frente a otra²². Pues es irrelevante que el poseedor haya obtenido la posesión «viciosamente» de alguien que no sea el desposeedor. En el ejemplo anteriormente dado, en el que B es a su vez desposeído por C, B puede presentar un interdicto contra C, y C no puede objetar que la posesión de B fue obtenida *vi* de A. Dicha objeción es procedente sólo entre A y B.

B) LA IMPORTANCIA DE LA POSESIÓN

La ventaja principal del recurso de posesión estriba en la sencillez de la prueba. Debido a su carácter factual, la po-

sesión de bienes muebles. Pues con respecto a éstos, era suficiente si A había tenido posesión durante más tiempo que C en el año anterior. La razón de esta norma era presumiblemente la facilidad y frecuencia con que los bienes muebles pueden cambiar de manos. Sin embargo, había desaparecido en la época de Justiniano.

²¹ Cfr. *The Assize of Novel Disseisin* del Derecho consuetudinario primitivo.

²² «Adversus extraneos etiam villosa possessio prodesset solet» (contra terceros incluso es efectiva una posesión «viciosa»).

2. POSESIÓN

151

sesión es tan fácil de probar como difícil lo es la propiedad. Por lo tanto, incluso si A, que ha sido desposeído por B, cree ser el propietario, podrá, si es inteligente, proceder por interdicto de un interdicto posesorio en lugar de hacerlo por *vindictio*, dejando de esta manera a B la carga de probar la titularidad en una posterior *vindictio*. Como dice GAYO, el interdicto posesorio sirve para determinar cuál de las partes será demandada en una *vindictio*.

Aunque la posesión en sí sólo tiene la única consecuencia legal de que el poseedor puede hacer valer o recuperar su posesión por un interdicto, tiene consecuencias mucho más amplias cuando se combina con otros factores. En particular, como dijimos anteriormente, radica en los dos sistemas más comunes de adquisición de propiedad, *traditio* y *usucapio*²³, y ocupa por lo tanto un puesto central en el derecho de propiedad.

C) ¿QUIÉN OSTENTA LA POSESIÓN?

Existen, ya lo hemos dicho, dos razones por las que la respuesta a esta pregunta no puede ser simplemente la de que el hombre que tiene una cosa tiene su posesión. De hecho, tal respuesta encubre dos preguntas que deben considerarse por separado.

i) ¿Qué categorías de *tenedores pueden en principio ostentar la posesión*? La respuesta a esta pregunta es sencilla en el Derecho inglés. Cualquiera tenedor es, en principio, un poseedor excepto un criado o una persona que tenga la cosa con un propósito temporal y limitado, como puede ser el maletero de una estación. En el Derecho romano es bastante distinto. Con pocas excepciones, quien tiene algo en virtud de un contrato con el propietario no puede poseer, como tampoco puede quien lo tiene ejerciendo un derecho *in rem* inferior a la propiedad (en términos modernos una *ius in re aliena*)²⁴, por ejemplo, el usufructuario, que tiene lo que es en efecto propiedad de por vida o durante un período de

²³ También hay otras consecuencias tales como el derecho del poseedor en buena fe a los frutos (pág. 186), y el título por *occupatio* (página 176).

²⁴ Véase pág. 188 y sigs.

tiempo más corto. De estas dos limitaciones, la primera es la más importante. Excluye de la posesión no sólo al prestatario (*commodatarius*) y al depositario (*depositarius*), sino también al arrendador, incluyendo al arrendatario de tierras. Dichos tenedores no tienen, en consecuencia, recurso contra terceros que interfieran en su tenencia. Son tenedores en nombre del propietario, quien tiene la posesión a través de ellos. En el caso de un arrendamiento, por ejemplo, el arrendador, puede proceder indistintamente por *vindictio* o por interdicto posesorio contra un tercero que obstaculice la ocupación del arrendatario de la tierra, pero el arrendatario sólo puede proceder *in personam* contra el arrendador por medio de una acción basada en el contrato. Esto puede resultar inoportuno si el arrendador, por ejemplo, está ausente o se muestra dilatorio. La exclusión de beneficiarios de *iura in re aliena* es de menor importancia práctica, porque siempre podrían hacer valer su derecho por una acción *in rem*, y porque, de cualquier manera, al usufructuario se le ofrecía de su caso una variante (*utilis*) de los interdictos posesorios y, por lo tanto, a este respecto, tenía la posesión en todo excepto en el nombre. Sin embargo, quedaba todavía la importante consecuencia de que *iura in re aliena* no podía ni transferirse por *traditio* ni adquirirse por *usucapio*.

La lista de los que son tenedores sin poseer conforme a derecho es tan amplia que debemos dejar a un lado la normal suposición de que la «posesión» tiene en esencia el mismo significado en latín que en inglés, en el Derecho romano que en el Derecho inglés. Probablemente los romanos no entendían simplemente por «posesión» la tenencia de una cosa sino más bien tener una cosa a modo de propietario, la tenencia exclusiva de una cosa. No era, por tanto, una cuestión que necesitara explicación, como lo sería para nosotros, el que el prestatario o el arrendatario no tuvieran posesión. Porque esto naturalmente derivaba del significado de la palabra ²⁵. El prestatario es tenedor de igual manera que un

²⁵ Se ha sugerido que la etimología de la palabra lo corrobora. La última parte de *pos-sessio* deriva del verbo cuyo significado es «sentarse, y corresponde por lo tanto a la palabra alemana «Besitz» y la palabra original inglesa «seisin», y ambas significan literalmente el «sentarse» sobre una cosa. La derivación de la sílaba «pos» no es segura; pero si se relaciona con *posse* y *potestas*, el significado literal de *possessio* sería «sentado en el poder».

propietario. Su tenencia reconoce el derecho superior del prestatario. A la inversa, si por incumplimiento de contrato deja de reconocer ese derecho e intenta ser tenedor en contra del prestamista, entonces adquiere posesión. Puesto que todo tenedor ilegal, aunque sepa que no es propietario, procura, sin embargo, retener la cosa en la medida de lo posible a modo de propietario.

El usufructuario igualmente, aunque en el tiempo considerado haya disfrutado plenamente como propietario, reconoce el derecho superior del propietario real. Existe, por supuesto, en el caso de dicha *iura in re aliena* la objeción más simple de que fueran cosas incorpóreas y, por lo tanto, como ya hemos visto, no pudiera poseerse. Esto es bastante fácil de entender en el caso de los derechos más limitados, tales como el derecho de paso. Pues la persona que está en «posesión» (es decir, en el disfrute *de facto*) de un derecho de paso, obviamente no pretende poseer la tierra sobre la que camina, y desde el punto de vista romano, no había nada más que pudiera poseer. No obstante, esto resulta más complejo en el caso del usufructuario, que en el tiempo considerado tenga el control exclusivo de la tierra (u otra cosa) sobre la que tiene el usufructo. ¿Por qué no debería, por tanto, tener la posesión, no ya el usufructo sino la tierra misma? Los mismos romanos se mostraban manifestamente incómodos por la denegación de la posesión en este caso y, en definitiva, como ya se ha mencionado, llegaron a un compromiso mediante la concesión de interdictos en forma *utilis*.

Incluso si admitimos que la *possessio* romana tenía un significado más limitado y fuerte que la «posesión» inglesa, quedan diversos casos anómalos de posesión que probablemente han de explicarse bien históricamente o por razones de conveniencia ²⁶.

²⁶ El acreedor pignoraticio (es decir, la persona a quien se le entrega algo como garantía de una deuda) y el *sequester* (es decir, la persona a quien se le deja una cosa en depósito esperando la resolución de una disputa con respecto a ella), ambos poseen, y ambos tienen la tenencia de acuerdo con un contrato. Probablemente la explicación está simplemente en los requisitos de conveniencia: el propósito de su tenencia se vería frustrado si no poseyeran.

La explicación de la posesión del tenedor *precario* (por cesión de testamento) y del tenedor de tierra pública es otra probablemente en

Los romanos no tenían un único término consecuente para indicar una tenencia que no equivaliera a la posesión conforme a derecho, pero los juristas modernos normalmente utilizan la palabra «detentación». El arrendatario romano es, por lo tanto, detentador, y su propietario, poseedor. Esta terminología es adecuada siempre que se tenga en cuenta que «detentación», a diferencia del vocabulario técnico usual de los juristas, indica, no la presencia de consecuencias legales, sino su ausencia. Decir que el arrendatario es detentador es únicamente hacer hincapié en que aunque físicamente está ocupando el terreno, no tiene ninguna relación legal con el mismo.

ii) ¿Qué grado de control material es necesario para la posesión? La respuesta que hemos dado a la pregunta precedente no es una respuesta romana. Los romanos no ofrecen definición de la posesión. Dan por supuesto que el arrendatario, el prestatario, etc., no poseen. En lo que están interesados no es en la cuestión abstracta del significado de la posesión, sino en la cuestión práctica de cómo se adquiere y se pierde. Esta cuestión ofrece un campo peculiar para esa evolución de principios a partir de una multitud de casos hipotéticos que es la delicia y la fuerza del jurista romano, y su análisis y terminología han sido adoptados no sólo por sus sucesores civilistas, sino por los juristas de Derecho consuetudinario.

En el análisis romano, la adquisición tiene dos aspectos: mental y físico. «Se adquiere la posesión», dice Paulo, «por un acto de la mente y un acto del cuerpo (*animus et corpus*); el acto de la mente debe ser de uno mismo, pero el acto del cuerpo puede proporcionarlo otro». Sin embargo, el jurista moderno, más aficionado al pensamiento abstracto, traslada el análisis de la adquisición de la posesión a la posesión en sí, y habla de *animus* y *corpus* como los dos «elementos» de la posesión, aunque la diferencia es de método, no de sustancia.²⁷

la historia de estas instituciones. Sin embargo, ésta es una cuestión demasiado amplia para poder debatirla adecuadamente aquí.

²⁷ El análisis lo utilizó SAVIGNY en su famoso libro sobre la posesión (1805) para dar una respuesta a la pregunta, que acabamos de comentar, del significado de la posesión en el Derecho romano. Encontró el factor diferenciador entre posesión y retención en el *animus*, que él definió como *animus domini* (la intención de ser propietario). El detentador no tenía posesión porque no tenía *animus domini*. Los casos del acreedor pignoraticio, *sequester*, tenedor *precario* y tenedor

Aquí sólo podemos considerar los esquemas del análisis romano. El *corpus* de la posesión (adoptando la forma moderna de lenguaje) requiere un poder de control efectivo, pero lo que tal poder efectivo represente debe depender de la naturaleza del objeto. Así pues, se requiere un mayor grado de control material para adquirir la posesión de un libro que de un montón de troncos, de un caballo que de un trozo de tierra. El ejemplo de la tierra demuestra ciertamente que es imposible separar totalmente el *corpus* del *animus*. Si yo quiero tomar posesión de una granja, ¿qué más puedo hacer que entrar por alguna parte de la misma con la intención de tomar el control de toda ella? Aquí, desde luego, el elemento material se reduce a muy poco, pero el Derecho romano insistía no obstante en este mínimo. Yo no podría adquirir la posesión por un acto de intención aislado (*animus solo*). Pero, asimismo, aunque este mínimo sea suficiente cuando la posesión se toma con el consentimiento del anterior poseedor (es decir, por *traditio*), no sucederá así cuando exista un rival que reclame la posesión; por ejemplo, si yo soy un ocupante ilegal de tu tierra, o si Vd. y yo intentamos tomar posesión de la tierra que anteriormente había permanecido desocupada.

El requisito *animus* es la intención de ejercer el control que constituye el *corpus*. Otra vez aquí, desde luego, ninguno de los dos elementos puede distinguirse fácilmente —un control intencionado es normalmente una contradicción en términos, aunque un loco puede ejercer un control muy eficaz y no es capaz de formar una intención. Y existen cuestiones más complicadas. La intención implica conocimiento, pero ¿hasta qué punto debe ser detallado mi conocimiento? Si, habiéndote comprado un libro, te pido que lo coloques en mi cajón y veo que realmente lo haces, es obvio que yo adquirí posesión en ese momento y, de igual manera, si ni te he pedido que lo pongas allí, ni sé que lo has hecho, no puedo tener la posesión. ¿Pero qué sucede si te he pedido que lo pongas allí y no tengo

de tierra pública se explicaron en la nota precedente. JHERING (1889) rechazó este énfasis sobre el *animus* y declaró que el *corpus* era lo esencial —que cualquier tenencia consistente era en principio posesión y que los casos de retención eran excepciones por razones especiales—. La objeción principal a SAVIGNY es que no hay evidencia de que los romanos distinguieran entre posesión y retención en términos de *animus* y *corpus*, y a JHERING que su explicación de la no posesión de los detentadores es muy forzada.

conocimiento del momento preciso en el que lo haces? ¿Es suficiente tal *animus anticipatorio*? (Esta pregunta adquiere importancia si se retira el libro de mi cajón antes de que yo sepa que está allí. Si mi *animus* fuera suficiente, no tendría simplemente los recursos posesorios, sino también los de propiedad, y la acción por, en su caso). El problema asociado, que ha inquietado mucho a los juristas ingleses, de si yo poseo algo que, sin saberlo, está enterrado en mi tierra o escondido en mi casa, recibe una respuesta negativa: no tengo el *animus* necesario.

Por obvias razones de conveniencia, los requisitos legales no son tan estrictos para la retención de la posesión como lo son para su adquisición. No pierdo la posesión de mi casa y lo que ella contiene solamente por marcharme durante algún tiempo, ni pierdo la posesión de un libro que he guardado y olvidado en un armario. Esta presunción de posesión se llevó aún más lejos en el caso de lo que se denominaba retención *animus solo* (por mera intención). El ejemplo recurrente es el de los pastos utilizados sólo en verano o sólo en invierno; un caso moderno más probable es el del chalet en la playa. Durante la mayor parte del año, cuando el chalet queda desocupado, falta por completo el *corpus* de la posesión, pero por conveniencia se me permite mantener la posesión, y esto se explica como retención *animus solo*. Pero ¿qué sucede si, sin yo saberlo, alguien irrumpe ilegalmente en mi casa y la ocupa en su totalidad? Tiene el *animus* necesario y el *corpus* necesario, y por lo tanto, él y no yo, la poseería, pero los romanos en definitiva preferían el argumento de que lo que se retiene *animus* sólo puede perderse *animus*, y por consiguiente, yo no perderé la posesión hasta tener conocimiento de que alguien ha ocupado ilegalmente mi casa y no haga nada para expulsarlo.

D) LA POSESIÓN COMO UN HECHO

Los romanos con frecuencia declaran que la posesión es un hecho, y esto ha dado lugar a una cierta polémica entre los juristas modernos, que comúnmente prefieren considerarla como un derecho. Existe, sin embargo, el peligro de confundirnos con las palabras, a no ser que investiguemos

con antelación lo que los romanos querían decir con la posesión como un hecho. Y tal vez debamos empezar por lo que no querían decir. En las páginas anteriores se demuestra que la posesión no era un hecho, si con esto se da a entender que no estaba regulada por la ley. Por ejemplo, en el caso de que yo tomase posesión de una granja, el haber entrado en el terreno es, ciertamente, una cuestión de hecho, pero si dicha entrada, suponiendo que haya tenido lugar, equivale a una toma de posesión, es ya una cuestión que se rige por las normas legales. Lo que los romanos querían decir con posesión como un hecho puede verse contrastando la posesión con la propiedad, que en este sentido no es un hecho sino un derecho. La propiedad existe haya o no una manifestación material de la misma, mientras que la existencia de la posesión depende de dicha manifestación. Si alguien me saca el pañuelo del bolsillo, dejo de poseerlo (he perdido la posesión *corpore*), pero sigo siendo su propietario. De forma similar, puedo adquirir la propiedad sin saberlo, pero no la posesión. Por decirlo de otra manera, la posesión puede finalizar por un acto ilegal, mientras que la propiedad no (a no ser, por supuesto, que el acto ilegal destruya el objeto de mi propiedad). Si los hechos en los que se basa la posesión terminan, aunque sea ilegalmente, la posesión termina.

Era en este sentido en el que los romanos declaraban que la posesión era un hecho, pero su deseo de favorecer la retención de la posesión les llevaba en definitiva, como hemos visto, a permitir importantes incursiones en su carácter factual. Porque la posesión ya no es un hecho cuando mantengo la posesión de mi chalet en la playa, aunque seis hombres fuertes entren en él y mantengan su ocupación efectiva. En lo tocante a mí mismo y a los ocupantes ilegales, esta dilatación de la posesión no tiene importancia: incluso si hubieran tomado posesión, sería una posesión «viciosa» respecto a mí y, por lo tanto, yo ganaría el interdicto. Pero en lo que se refiere a los ocupantes ilegales y los terceros (por ejemplo, si ellos mismos eran desahuciados), la diferencia es crucial. Los ocupantes ilegales no tienen recursos, y la razón de esto es en esencia que su ocupación es viciosa, por lo que a mí respecta o, dicho de otra manera, que mi derecho es mayor que el suyo; pero esto es una negación del principio básico

de que la titularidad es irrelevante a efectos de la posesión. En resumen, los romanos tendían a tratar la posesión como un derecho y con esto desdibujaban la línea existente entre posesión y propiedad que por lo demás habían mantenido con tanto rigor.

3. Modos de adquisición de cosas corporales

Gayo y Justiniano dedican la máxima atención a los modos de adquisición de *res corporales*—las formas por las que una cosa puede llegar a ser mía—. Clasifican éstos en pertenecientes al Derecho civil o al Derecho natural en el sentido explicado anteriormente²¹. La *traditio*, por ejemplo, es un modo natural de adquisición, mientras que la *mancipatio* e *in iure cessio* son peculiarmente romanas y, por lo tanto, modos civiles. Sin embargo, esta clasificación resulta difícil de justificar en casos individuales, y posteriores comentaristas han adoptado normalmente otras, sobre todo las de modos derivados y originales. Mediante un modo derivado, la adquisición se obtiene de un propietario anterior y, por lo tanto, al menos en teoría, el derecho de propiedad se demuestra probando a su vez el del predecesor²². Mediante un modo original se adquiere una titularidad que no depende de ninguna otra anterior. O la cosa nunca ha estado en propiedad de nadie anteriormente (*occupatio* de un animal salvaje) o, si lo ha estado, la nueva propiedad se prueba sin hacer referencia a la antigua. Por ejemplo, si un zapatero cambia las suelas de mis zapatos, mi derecho de propiedad sobre el cuero que ha utilizado depende, no de su derecho al mismo (él puede haberlo robado), sino que haya sido incorporado a mis zapatos (*accessio*)²³. Yo pruebo mi derecho de propiedad probando la incorporación.

²¹ Página 87.

²² Por lo que se refiere a esta *probatio diabólica*, véase pág. 205.

²³ Página 180. La distinción entre modos originarios y derivados a veces se expresa de forma diferente, siendo los modos originarios aquellos por los cuales se adquiere la propiedad libre de cualquier «carga» que estuvieran en manos del propietario anterior. Bajo este aspecto, la usucapio es derivada, puesto que la persona que usucapitoma la propiedad sujeta a todas las servidumbres existentes. Pero incluso así, la clasificación apenas es factible. La *occupatio* es el modo originario por excelencia y, de cualquier forma, desde el punto de

Consideraremos en primer lugar los modos derivados y después los originales, y dentro de los últimos, distinguiremos por conveniencia la prescripción, que en forma de *usucapio* es civil, del resto, que son todos naturales.

4. Modos derivados. Transmisión

A) «MANCIPATIO», «IN IURE CESSIO»

Ya hemos examinado estas dos transmisiones de Derecho civil²⁴. Ambas han desaparecido de la legislación de Justiniano, aunque ninguna fue formalmente abolida en ningún momento. La *in iure cessio* se limitaba en la práctica a la transmisión de cosas incorpóreas, y probablemente dejó de utilizarse incluso con estos fines mucho antes de la época de Justiniano. La *mancipatio* fue desprovista de cualquier posible función en el derecho de propiedad cuando Justiniano abolió la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*²⁵, pero esto, probablemente, no era más que el reconocimiento de la práctica existente. Incluso en el Derecho clásico es materia de especulación hasta cuando se prolongó el empleo real de las balanzas y pesas. Existen numerosos documentos de este período que registran, en palabras que obviamente tienen una forma común, que un donatario o un comprador de una *res Mancipi* «la recibía por *mancipatio*», pero podemos preguntarnos si las partes no se contentaban a menudo con dejar que el registro hiciera las veces del acto. Esto era ciertamente lo que en definitiva sucedía en occidente, donde aparecen referencias a la *mancipación* en documentos aún después de la época de Justiniano, pero en una forma que deja claro que incluso el significado de la palabra se había olvidado. Quien transfiriere simplemente declara que «por este medio *mancipa*» la cosa; y un siglo o dos antes, el compendio de Gayo, parte del cual se conserva en la *Lex Romana Visigothorum*, vista que prevaleció finalmente, la adquisición de cosas abandonadas es por *occupatio*; sin embargo, el «ocupante» de una tierra abandonada la toma sujeta a sus servidumbres.

²⁴ Páginas 94 y 95.

²⁵ También suprimió las antiguas formas de emancipación y adopción (págs. 112 y 115), y por consiguiente, el acto *per aes et libram* desapareció totalmente. Por otra parte, se permitió que la *in iure cessio* perdurara en su forma variante de *manutissio vindicta*.

HANS HATTENHAUER

Profesor en la Christian-Albrechts-Universität de Kiel

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CIVIL

Introducción histórico-dogmática

Prólogo de

PABLO SALVADOR CODERCH

de la Universidad Autónoma de Barcelona

EDITORIAL ARIEL, S.A.

BARCELONA

1987

Bastante escasos son los buenos libros *germanistas* y, desde luego, también los hay malos o insufriblemente sesgados ideológicamente —ese viejo germanismo mítico, ancestral y brumoso, mezcla de horda primitiva y desfile militar—. Pero éste, como en seguida verá el lector, es un libro germanista en el buen sentido de la palabra: es una introducción a un Derecho civil *nacional* alemán. No existe *el* derecho civil, sólo hay distintos derechos civiles nacionales, *moderno* y *contemporáneo* (nuestros derechos civiles europeos no se remontan en la mayor parte de sus componentes básicos más allá del mundo en la Ilustración y la Revolución Francesa), y, sobre todo, entendido no sólo en función de sus *textos*, sino además en la de quienes los redactaron, usaron, disfrutaron o abusaron de ellos y, por supuesto, en la de quienes los han sufrido y padecido. El lector de este libro comprobará en seguida que eso es el Derecho y no sólo los textos: sin agentes ni pacientes de un texto deja de haber derecho. El libro de Hattenhauer no es una historia de las fuentes, una *Quellengeschichte* al viejo estilo. Antes bien, enlaza en cada una de sus páginas con el conjunto de la historia social, política y cultural del pueblo alemán y constituye una síntesis extraordinariamente rica, culturalmente fascinante. El estudiante que lea este libro comprenderá lo que quiere decir afirmar que el derecho civil está en la base de la vida cotidiana, rica y diversa, y no sólo en las escribanías notariales o en los registros civiles o inmobiliarios. El profesor que lo maneje verá en su bibliografía las claves de acceso a la que ha sido durante más de siglo y medio la cultura jurídica dominante en Europa.

Un mérito ulterior del libro es la síntesis; la gran cantidad de información valiosa que se nos ofrece por unidad de espacio. La obra se publicó originalmente en una colección editorial dirigida por la preocupación didáctica. Aquí no sobra nada. El autor no alarga su discurso ni se repite por el mero placer de hacerlo. En Alemania el valor de un libro no se mide por su peso. Mucho menos el de un prólogo, por tanto. Es pues hora de dejar paso al autor y de recomendar de nuevo a sus lectores, jóvenes y menos jóvenes, que se dejen llevar por la fascinación de la buena historia.

ARIEL DERECHO

930425-3
ISBN: 84-344-1528-3

CAPÍTULO III

LA COSA

BIBLIOGRAFÍA: W. FELGENTRÄGER: *Friedrich Carl von Savigny. Einfluss auf die Uebereignungslehre*, 1927; E. GANS: *Ueber die Grundlage des Besitzes*, 1839; J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, 1927; F. C. VON SAVIGNY: *Das Recht des Besitzes*, 7.^a ed., 1965 (reimpr. 1967); R. SOHM: *Der Gegenstand*, 1905; F. WIEACKER: *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935.

1. DERRUMBAMIENTO DE LA TRADICIÓN HISTÓRICA DE CONCEPTO Y PALABRA

El hecho de poder aprehender, «com-prender» las cosas individuales, enmascara fácilmente la noción de que el concepto «cosa» es uno de los más abstractos e inconcretos del Derecho. Semánticamente, «cosa» está emparentada con «contar-decir» (*Sache-sagen*, en alemán) y significaba originariamente «causa, proceso». En los antiguos procedimientos judiciales se informaba con fórmulas requisitorias orales. El demandante «reclamaba» (clamaba contra) el demandado, lo que aún hoy recuerda la palabra «reclamación». El demandado se «responsabilizaba», daba respuesta. El vehículo, que llevó desde el intercambio de fórmulas orales, establecidas con precisión, hasta el juicio, era «la cosa». Incluso hoy, ocasionalmente, los formulismos judiciales se inician con «En la cosa...» donde claramente se conserva este antiguo significado. La trayectoria lingüística en virtud de la cual «la cosa», partiendo de significar proceso, vino a dar en su sentido actual, encuentra analogía en inglés, puesto que la duplicidad semántica de *thing* como asunto judicial y como «cosa» es enorme. Como quiera que también la palabra alemana *Ding* no significó en su origen otra cosa que procedimiento judicial, se explica que el refrán «las cosas de palacio van despacio» advierta de que en el palacio (de justicia) hay que dar tiempo al tiempo. Idéntica trayectoria siguió la palabra latina *causa* (proceso) hasta convertirse en la francesa *chose*.

Sin embargo, el moderno concepto de cosa tuvo escasos precedentes en el Derecho de la Edad Media. La perspectiva con la que la filosofía escolástica contemplaba a hombres y cosas, tenía su origen en la Biblia, en cuya primera parte se representaba al hombre como una criatura de Dios, al igual que el resto del mundo visible. Dios creó el mundo en seis días, empezando por el orden de los inanimados: de la creación de los vegetales pasó a los animales, y el último día hizo al hombre, con lo cual dispuso el orden de ubicación de animados e inanimados, hombre, animal, vegetal y mineral. Tomás de Aquino (1225-1274) patentó el sistema, haciéndolo obligatorio para su época y para la posteridad (*Summa* 1, Ab. 1):

Al igual que en la creación de las cosas se revela un orden determinado que evoluciona desde lo imperfecto hasta lo perfecto (la materia está en función de la forma, y la forma imperfecta en función de su perfeccionamiento), así sucede también con el uso de los objetos naturales: los menos perfectos están al servicio de los más perfectos. Las plantas se sirven de la tierra para su alimento, los animales, de las plantas, y los hombres, de las plantas y de los animales.

Para Tomás el máximo enunciado era «Dios en todas las cosas» (*Deus in omnibus rebus*).

Todas las cosas son obra de su Creación, cuyo rey es el hombre, que domina a las demás criaturas, por haberle concedido Dios ese dominio. No se planteaba una contradicción esencial entre «hombre» y «no-hombre» = cosa. También el hombre era *res*. Estaba, sencillamente, en la cumbre jerárquica de las criaturas. Ejercía dominio sobre las con-criaturas de menor rango no como un propietario moderno, sino en virtud del orden divino de la Creación. En la escala más baja de esta jerarquía se situaban las cosas de la Creación inanimada, la tierra, el firmamento y las estrellas. En el rango inmediato superior encontraban acomodo las plantas, vivas pero no animadas, más arriba los animales, cuyo nombre *animalia* lo debían a la posesión de un alma (*anima*). Finalmente, el hombre se diferenciaba en que, junto a *materia*, *vita* y *anima*, disponía también de *ratio* (razón).

Quedó por definir a qué género de las criaturas pertenecía la *res*. Por puras razones teológicas no existía un concepto de cosa a la manera moderna, que la contrapusiera al hombre.

2. LA «RES» DEL DERECHO ROMANO

Mientras Tomás consolidaba su sistema, los juristas de la alta y baja Edad Media aprendían en el *Corpus iuris civilis*, qué es en sentido jurídico una cosa (*res*), pese a que las fuentes romanas desconocían una definición concluyente del concepto de cosa. Pero no propendían a sutilezas conceptuales, sino a aplicaciones jurídicas concretas.

Fieles a su teoría de que en Derecho toda definición es peligrosa (*omnis definitio periculosa*), procuraron salir del atolladero sin complicar la cuestión. El término y la esencia se dieron por supuestas, y solamente tomaron nota intuitiva de sus cualidades más sobresalientes con vistas a una utilización práctica (*Dig.* 1, 8, 1):

Algunas cosas son corpóreas; otras, incorpóreas. Corpóreas son aquellas que pueden percibirse sensorialmente, como por ejemplo el terreno, el hombre (esclavo), la vestimenta, el oro, la plata y en general un sinnúmero de cosas. Incorpóreas son aquellas que no se pueden percibir sensorialmente; así aquellas que existen como derechos, por ejemplo la herencia, el usufructo, la obligación jurídica de pago o también los contratos.

Res/cosa lo era todo para los romanos, y precisamente por ello no era nada en el sentido de la dogmática jurídica moderna. La necesidad y el tráfico jurídicos decidían a qué llamar cosa, abarcando objetos corpóreos e incorpóreos y, mientras que no denotaron interés alguno en definir el concepto de cosa, los romanos se rompieron la cabeza tratando de dividir las cosas. La inadecuada delimitación del concepto de cosa forzó a la construcción de diferenciaciones. Entre otras las siguientes:

- Res divini iuris (por ejemplo, las murallas de la ciudad, el templo, los cementerios).
- Res humani iuris.
- Res publicae (de uso público: por ejemplo, las playas).

- Res privatae.
- Res omnium communes (por ejemplo, el mar, el aire).
- Res in commercio.
- Res extra commercium (cosas no susceptibles de tráfico jurídico).
- Res corporales (cosas corpóreas).
- Res incorporales.
- Res fungibiles (perecederas).
- Res consumptibiles (consumibles).
- Res nullius (cosas sin dueño).

Para los romanos, estas clasificaciones eran solamente auxiliares técnico-jurídicos que nunca incorporaron a un sistema lógico. Así, el título *De divisiones rerum et qualitate* (división y clases de las cosas) no incluía todas las variedades antes relacionadas. Tras el redescubrimiento del *Corpus iuris*, los juristas asimilaron parte de lo que los romanos habían dicho a propósito de la división de las cosas y su naturaleza, pero hasta bien entrado el siglo XIX sus esfuerzos no se centraron en el concepto de cosa, sino en su esquema diferenciador. Los párrafos 91-100 del Código civil contienen restos de esta labor, aún más visible en el (Código de) Derecho común prusiano de 1794. De todos modos, el Derecho común disponía ya de un principio de definición (1, 2, párr. 1):

Párr. 1. En sentido legal, cosa significa todo lo que puede ser objeto de un derecho o de una obligación. Párr. 2. También se comprenden bajo la denominación genérica de cosa los actos de los hombres en ejercicio de sus derechos, en cuanto dichos actos constituyan el objeto de otro derecho. En sentido estricto, se llama cosa solamente a aquello que, bien por su naturaleza, o bien por acuerdo de los hombres, tiene existencia propia. Existencia en virtud de la cual puede ser objeto de un derecho permanente.

3. LA COSA COMO CONCEPTO JURÍDICO

A la descripción precedente, el Derecho común agregaba, en más de cien párrafos, una lista de objetos que destacaban jurídicamente como cosas. Entre otros citaba bienes muebles, dinero en efectivo, valores, muebles, utillaje, metales preciosos, joyas, alhajas, pieles, vestuario, libros, bosques, cervecerías, bodegas, etc. Indudablemente, en esta parte, los redactores del código enlazaban con la tradición del Derecho romano y con la de los juristas europeos que la glosaron. Se las compusieron para encajar, junto al amplio significado tradicional, otro más restringido que tendría futuro. Las cosas se definieron en general como *objetos de derechos*, aspecto en el que el Derecho común no sólo había aprendido de los iusnaturalistas, sino que aventajó a sus maestros. Tampoco Christian Wolff (1679-1754) dio al concepto de cosa un tratamiento técnico, limitándose a despacharlo con una fórmula moral (párr. 121):

La palabra cosa designa a todo objeto que puede sernos útil, sea para el sustento de la vida o para hacerla cómoda o agradable, sea para cualquier perfeccionamiento de cuerpo o espíritu o para preservarnos de la imperfección.

El concepto de cosa aparecía aquí totalmente al servicio de la doctrina del deber de los iusnaturalistas, lo que permitió a los codificadores del Derecho común hacer de la cosa un concepto jurídico. Mientras se contemplaba en la persona al titular, al *sujeto* de derechos y deberes, la cosa valía como *objeto* de tales derechos. La distinción entre sujeto y objeto, entre actor y actuado, quedaría como tarea para el futuro. Kant (1724-1804) teorizó sobre

el tema, remitiendo al concepto de cosa todo lo que no es persona (*Metafísica de las costumbres*, Introducción IV):

Cosa es un ente incapaz de responsabilidad alguna. Se llama, por tanto, cosa a todo objeto del libre arbitrio que carece en sí mismo de libertad (*res corporalis*).

Kant fue más allá que el Derecho común al circunscribir el concepto de cosa a aquellos objetos carentes de libertad. Savigny (1779-1861) también acogió esta idea, depurándola con la teoría de que solamente los objetos corpóreos individuales, y no la totalidad objetiva, son cosas en sentido jurídico. Únicamente el libro individual y no la biblioteca, podía corresponder a un concepto de cosa cada vez más reducido (*System*, párr. 53):

Podemos dominar la naturaleza no libre, más no como un todo, sino únicamente en una determinada delimitación de espacio; llamamos cosa a una porción de aquella, así delimitada, y a la que se refiere la primera clase de derechos posibles: el derecho a una cosa, que en su configuración más pura y completa se llama propiedad.

En su búsqueda de la exactitud, Savigny no formuló el concepto de cosa por el mismo concepto. Al concluir su definición con un punto y coma, pasando sin solución de continuidad a tratar de la propiedad como del clásico *derecho sobre una cosa*, dejaba bien claro lo que básicamente pensaba de la cosa. El concepto era la base del ordenamiento civil de la propiedad. No cabía sustraerse a su meridiano enfoque, y menos aún porque insistía en la tesis de que el hombre individual, la persona, únicamente puede realizar su libertad allí donde maneja cosas, dispone de ellas y, consecuentemente, es propietario. Incluso cuando, en un principio, se definía la cosa como no-persona, se desembocaba de lleno en el centro de la teoría del Derecho civil. Constituía un concepto fundamental tan importante para el Derecho como el de la persona.

4. LA POSESIÓN, UN PROBLEMA SIN RESOLVER

Savigny sentó las bases dogmáticas del siglo siguiente, pero no comenzó por la propiedad. Cuando el joven profesor particular entró de lleno en la notoriedad científica, fue al poner un pie sobre el tema de la posesión. Llegó a la propiedad ocupándose primeramente, y con un enfoque político-jurídico de graves consecuencias, de la teoría del traspaso. Su trabajo de investigación aparecido en 1803 *Das Recht des Besitzes* (El Derecho de la posesión) le catapultó a la celebridad. A partir de entonces y durante más de un siglo, fue convicción general lo que Friedrich Julius Stahl (1802-1855) sentenciara lacónicamente:

Con esta teoría, Savigny ha arrojado un rayo de luz sobre la oscuridad hasta ahora reinante. Su Derecho de la posesión es un modelo de monografía jurídica.

Juicio éste difícilmente aceptable para el moderno lector del libro. Quien hoy lo coge en sus manos, apenas llegará a leerlo hasta el final. Su estilo pandectístico nos resulta ya extraño, aun cuando el planteamiento del problema siga vigente. Savigny se había propuesto, con decisión, solucionar un problema que sólo un maestro se atrevería a abordar. El tema no era nuevo, puesto que la discusión sobre la posesión venía de siglos. Los autores de ensayos eruditos aducían que el problema se había tornado demasiado difícil. La teoría de la posesión era como la hidra mitológica: si se le cortaba una cabeza, rebrotaban siete. Así, la solución

de un aspecto del Derecho de la posesión engendraba de inmediato otros nuevos. La cuestión de fondo fue siempre si la posesión era un derecho o un hecho. Cuando Savigny abordó el tema, sobre él se habían escrito ya montones de libros. La situación a que se había llegado no era consecuencia de la incapacidad de los autores precedentes. Los discípulos de Savigny afirmaron con ligereza que el genial maestro había roto por fin el nudo gordiano de la teoría de la posesión. Muy al contrario, el nuevo libro vino a engrosar la literatura ya existente al respecto. Desde 1803, y durante varias décadas, siguieron apareciendo con regularidad nuevos ensayos eruditos sobre la posesión. Nadie ponía en tela de juicio que la posesión de una cosa fuese un hecho, como lo era el sonido de una canción o el sabor de una comida. Todo el mundo, hasta los niños de pecho, ejercitan la posesión si cogen un guijarro del suelo y lo guardan en la mano. El problema se plantea al preguntar por qué hay que proteger jurídicamente esta tendencia de hecho. Si se contemplaba el simple hecho de una ocupación y uso, no había razón para convertirla en derecho o para arroparla con una protección jurídica. También resultaba evidente, por otra parte, que la posesión de una cosa era condición previa para la génesis de la propiedad. ¿Cómo y cuándo la posesión se convertía en propiedad, el hecho en derecho? Desde un punto de vista histórico, la posesión era más antigua que la propiedad; a lo que había que añadir que el mero hecho de reclamar la posesión no era condición previa para el acceso a la propiedad; en cambio, la persistencia en la ocupación afianzaba la existencia de la propiedad. Por otra parte, no se acertaba a asegurar y demostrar concluyentemente esa mutación, en virtud de la cual la posesión, de ser un hecho, pasa a configurar un derecho. Se trata de un problema que Kant, en su teoría del Derecho, consideraba muy digno de examen (*Metafísica de las costumbres*, párr. 5):

Debo mantener cierta posesión del objeto exterior si he de llamarlo mío, puesto que, en otro caso, quien contra mi voluntad afectara a ese objeto, no me afectaría simultáneamente a mí, y por tanto no me lesionaría. Hay que suponer, pues, una posesión inteligible (*possessio noumenon*) como posible, si deben darse un mío y un tuyo exteriores; luego la posesión empírica (tenencia) es solamente posesión en el fenómeno (*possessio phaenomenon*), aun cuando aquí el objeto que yo poseo no se considere un fenómeno en sí mismo, como sucede en la analítica trascendente, sino como una cosa en sí misma.

Llegar a admitir como posible una posesión que fuese más que un mero fenómeno exterior, le costó al filósofo un gran rigor en la formulación de sus interrogantes, y tener que recurrir a los fundamentos de su teoría del conocimiento. Para los juristas el problema se presentaba aún más difícil, puesto que no solamente debían declarar qué es la posesión, sino deducir de su declaración instrucciones prácticas para su utilización. Desde la perspectiva de los teóricos del Derecho, el interrogante sobre la naturaleza de la posesión no era disociable de los demás interrogantes sobre el objeto del derecho de protección de la posesión. Sobre el primer interrogante afirmaba Savigny lo siguiente (*Derecho de la posesión*, 7.^a ed., párr. 5, p. 43):

En lo que respecta a la primera cuestión, es claro que la posesión en sí misma, a tenor de su concepto originario, es un mero *factum*, pero no es menos cierto que de ello se deducen consecuencias jurídicas. Por tanto, es, simultáneamente, *factum* y derecho, es decir, *factum* según su esencia y derecho por sus resultados.

El nudo gordiano parecía cortado. La interrogante tradicional «o esto... o lo otro» parecía haber sido un falso planteamiento. Las necesidades de la praxis jurídica eran más fuertes que la categoricidad de la lógica, y así se encontró también respuesta para el interrogante

sobre el objeto del derecho de protección de la posesión, que no podía ser la cosa misma en posesión de un hombre.

Hasta aquí no hubo objeciones. La afirmación de Edouard Gans (1797-1839), hecha contra Savigny, en el sentido de que el objeto de la protección de la propiedad era el derecho de posesión como tal, no encontró ningún eco. Savigny y su discípulo Puchta (1798-1846) aceptaron al poseedor como objeto de la protección de la posesión, a una persona que se encontrara en posesión de una cosa, lo que les mantenía en la tradición del Derecho natural, según el cual toda protección jurídica de Derecho privado constituía una protección de la persona. Esto proporcionaba un sólido argumento al liberalismo entonces dominante y a su entusiasta idealización de la propiedad. La protección de la posesión debía alcanzar al poseedor, como la protección de la propiedad aseguraba la libertad del propietario. Había que proteger la posesión de una cosa porque era fundamento de la propiedad. La protección de la posesión era, por su propia naturaleza, la protección de la propiedad ampliada en función de los hechos (*Derecho de la posesión*, párr. 6):

La posesión nos parece en principio el dominio meramente factual sobre una cosa y, por tanto, un no-derecho (distinto a una injusticia), una indiferencia jurídica. No obstante, se le protege contra ciertas lesiones, y en favor de esta protección, se establecen normas sobre la adquisición y pérdida de la posesión, precisamente como si de un derecho se tratase. La razón de aquella protección y de este tratamiento, semejante a un derecho, descansa sobre la conexión entre aquella condición fáctica y la persona posesión-habiente, a través de cuya inviolabilidad (aquella condición) queda a cubierto de cualquier clase de violación que pudiera afectar simultáneamente a la persona. Como la persona debe estar asegurada contra toda violencia, si ésta ocurre, será siempre una injusticia.

Se comprende fácilmente que Savigny diera gran importancia al ánimo posesorio (*animus possidendi*), mientras que Puchta llega incluso a admitir la voluntad de la persona como objeto de protección jurídica. De cualquier modo, los fines de esta protección de la posesión estaban explicitados en otras partes del Derecho. Thibaut (1772-1840), gran adversario de Savigny, hizo constar que la protección de la posesión no implicaba realmente la protección de la persona contra la violencia, sino el mantenimiento de una condición provisional, adquirida a través de la toma de posesión. Visto así, la protección de la posesión era ante todo protección de la armonía jurídica. Quien reclamaba la posesión de una cosa, sin lesionar con ello la posesión ajena, debía tener por seguro que esta condición fáctica de tenencia no sería alterada violentamente por nadie.

La interpretación de la protección de la posesión como una protección de la libertad, era el reflejo en Derecho privado de la prohibición genérica de tomarse la justicia por propia mano. Nadie debía arrebatarse una cosa a su poseedor, haciendo uso de la fuerza, ni podía, por iniciativa propia, truncar la posesión ajena. Quien afirmara tener derecho a una cosa en posesión ajena y deseara que pasase a su posesión, debía dirigirse a los tribunales y servir-se de los órganos ejecutorios del Estado.

Ambas doctrinas influyeron en el desarrollo jurídico posterior. Cuando se informó el proyecto de Código civil, desembocaron en una solución practicable, pero sistemáticamente insatisfactoria, de modo que el problema acerca de la naturaleza de la posesión persistió como un auténtico quebradero de cabeza para la teoría. La praxis, por el contrario, no tardó mucho en encontrar consuelo, y así, sin entretenerse en cuestiones de teoría del conocimiento, pero de manera satisfactoria a juzgar por los resultados, reconocía en el párr. 823, I del Código civil que la posesión era un derecho absoluto.

5. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Las polémicas acerca de la naturaleza jurídica de la posesión, no se hubiesen acallado tan presto, si solamente hubiesen sometido a discusión un problema teórico. De la posesión dependía la propiedad, de modo que todo pronunciamiento sobre aquélla tenía gran trascendencia para ésta, extremo que desde tiempo inmemorial se ponía de relieve en las discusiones sobre los supuestos necesarios para acceder a la propiedad. ¿Bastaría la adquisición de hecho? ¿Habría que ir más allá de conseguir la posesión de una cosa para que el poseedor se convirtiese en propietario? La diatriba se remontaba a los juristas romanos. En el *Corpus iuris civilis*, en cada antinomia polémica se hacía palpable el antagonismo de tres definiciones jurídicas diferentes; antagonismo que se agudizaría con el paso de los siglos. Por un lado, decía la *lex numquam* (Dig. 41, 1, 31):

Una mera transmisión de hecho nunca transfiere la propiedad. Ello sólo tiene lugar cuando le precede una compra u otra razón jurídica, por cuyo motivo sucede la transmisión.

Contra lo cual la *lex cum in corpus* (Dig. 41, 1, 38), apoyada en la *lex Dig. 12, 1, 18*, afirma:

Si estamos de acuerdo sobre la cosa transmitida, pero no sobre la razón jurídica de la transmisión, no entiendo por qué la transferencia ha de ser ineficaz...

Los esfuerzos de los exegetas medievales se encaminaron a demostrar que esta contradicción era sólo aparente. Para la jurisprudencia del *usus modernus pandectarum* no se trataba de conseguir una armonización escolástica, sino de decidir cuál de las dos soluciones fuese la más adecuada para la praxis jurídica. Hasta finales del siglo XVIII hubo unanimidad en que, para el acceso a la propiedad, además de la adquisición de hecho, era indispensable un *titulus iustus*, una razón jurídica. Pero fue la *lex numquam* la que dominó la praxis jurídica, pese a la multiplicidad de teorías. Incluso en el año 1818, el *Höpffner Commentar zu den Heineccischen Institutionen* (párr. 295) argumentaba así:

Si se desea adquirir un derecho real, son necesarios dos elementos: un título ajustado a derecho y un *modus acquirendi*. En primer lugar, debe existir una razón jurídica que haga posible acceder al derecho real; a lo que hay que añadir el modo en que se me transmite el derecho real. Aquella razón jurídica se llama *titulus*; este otro, que hay que añadir, es el *modus acquirendi*.

Este esquema valía tanto para la adquisición de propiedad mediante negocio jurídico, como para la apropiación originaria, es decir, de una cosa sin dueño. Por la mera posesión no se accedía a la propiedad, es decir, quien estaba en posesión de una cosa, no podía evitar hacerse la pregunta de si era también, en realidad, el propietario. Necesitaba demostrar que el *titulus iustus* existía, que la cosa le correspondía definitivamente como propiedad, y no provisionalmente como posesión. La posesión *de facto* y el *titulus iustus* de derecho, eran los que conjuntamente cimentaban la propiedad, solución practicable gracias a lo reducido del intercambio mercantil propio del orden económico preindustrial. El propietario de una cosa no sólo podía, sino que debía demostrar de dónde y con qué títulos la había adquirido.

La situación cambió radicalmente tan pronto Savigny pisó el escenario de la ciencia jurídica, pues aun cuando no dispuso de nuevos textos, es bien cierto que quiso acabar con los errores de siglos en relación con la teoría de la propiedad. Distinguió entre *titulus iustus*

y negocio adquisitivo, haciendo de éste un negocio causal autónomo. Podía incluso faltar el *titulus*, sin que por ello se malograra el traspaso de la propiedad. Ahora era la *nuda traditio* la que transmitía la propiedad, toda vez que el negocio jurídico de la transmisión objetiva resultaba *abstraído* de su fundamento jurídico. Su eficacia jurídica era independiente de la preexistencia de un negocio de compra, de donación, o de cualquier otro *negocio causal*. Savigny consiguió confirmar la adquisición objetiva como negocio jurídico mediante la separación de *traditio* y *titulus*. En sentido literal, la *traditio* no era más que la entrega y recepción factual de una cosa, la consecución de la posesión como hecho jurídico querido por las partes, lo que Savigny tuvo que reinterpretar como contrato para que la propiedad de una cosa no se fundamentase en el mero hecho de adquirir su posesión. Así, la *traditio* pasó a ser el acuerdo abstracto de las partes. La consecución efectiva de hecho conduce al contrato, por el que una parte manifiesta querer transmitir la propiedad, y la otra parte adquirirla. Savigny sintetizó su doctrina en una lección de cátedra (Felgenträger, p. 34):

...Que toda tradición, por su propia naturaleza, es un verdadero contrato, y que la *iusta causa* no es sino expresión de dicho contrato. Pero no necesariamente ha de ser un contrato obligatorio, ya que si así fuera, caeríamos nuevamente en el error que censuramos, sino que es un verdadero contrato real, un contrato del derecho de cosas... La tradición en sentido general es, por tanto, transmisión de la propiedad con la voluntad del hasta entonces poseedor, de que otro sea el nuevo poseedor... El presupuesto esencial del nuevo Derecho es: la forma auténtica de transmisión de la propiedad es la tradición y la usucapión, y no un contrato de las partes, no una relación obligatoria.

Savigny nunca llegó a exponer esta nueva teoría por escrito en un contexto sistemático, pero después de su muerte fue ratificada por el legislador en el párrafo 929 del Código civil:

Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es indispensable que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en que la cosa debe pasar de uno a otro...

Gottlieb Planck (1824-1910), corredactor y comentarista del nuevo texto legal, destacó este precepto como representativo de la teoría de Savigny entonces dominante (comentario al párr. 929):

El acuerdo es un negocio jurídico abstracto... La naturaleza abstracta del acuerdo estriba en que la ley hace que la validez del acuerdo sea independiente de la existencia de su fundamento jurídico. El acuerdo no es nulo porque no exista, o posteriormente caduque, el fundamento jurídico del acuerdo previsto por las partes interesadas; por ejemplo, la obligación prevista de transmitir la propiedad, o que las partes hubiesen previsto distintos fundamentos jurídicos, como el enajenante vender la cosa, y el adquirente recibirla como donación.

Con estas palabras, Planck hacía referencia al texto del discutido pasaje del *Corpus iuris* antes citado. Aunque con el abandono de la *lex numqu岸* se perseguía algo más que justificar la teoría savigniana. Los liberales la introdujeron en el código por una razón muy práctica. El intercambio mercantil se había intensificado grandemente como consecuencia de la creciente industrialización. Podía no haberse visto una cosa de la que se había dispuesto y de la que se había ejercitado su propiedad. La cadena de los anteriores poseedores y propietarios se hacía cada vez más intrincada, por lo que resultaba de día en día menos adecuado

confirmar el derecho del poseedor material momentáneo. Aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles.

6. LA PROPIEDAD SIN ANTECEDENTES

En la nueva situación, la teoría de la *traditio* encajaba como negocio jurídico abstracto. Ya no era su historia la que justificaba la propiedad, convertida en un derecho ahistórico. Para su reconocimiento judicial debería bastar básicamente que alguien estuviera en posesión de una cosa y pudiese probar la voluntaria entrega de la posesión por parte de su predecesor (en la posesión). El último no necesitaba siquiera haber sido propietario, si la cosa se había adquirido de buena fe. La aceptación de la doctrina del *titulus iustus* desvalorizaba los antecedentes de la propiedad y revalorizaba en la misma medida la tenencia factual.

La nueva doctrina agradó por igual a los latifundistas conservadores y a los empresarios liberales. No era pertinente la cuestión acerca del origen de un patrimonio, porque la posesión de la cosa justificaba al propietario. La adquisición de la posesión y de la propiedad se deducían de su visión manifiesta, en lugar de por razonamiento jurídico sobre su origen. El párr. 929 del Código civil podía interpretarse como una consecuencia combinada de renuncia de la propiedad (derelicción) y de apropiación de la propiedad (ocupación). La tenencia de la cosa prohibía cuestionar la forma de su adquisición. Este aspecto de la teoría sobre la posesión objetiva no pasó inadvertido a sus contemporáneos. Anton Menger (1841-1906), crítico socialista del primer proyecto de Código civil, hizo pública su protesta en el escrito *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen* (El Derecho civil y las clases desposeídas). Ya el título del libro era fiel exponente de que la posesión continuaba siendo un tema político de primera clase. Menger conocía muy bien la distinción jurídica entre propiedad y posesión, y ello fue precisamente lo que le decidió a ocuparse de las clases populares des-«poseídas». Para él, la regulación de la posesión en el nuevo texto legal (Kan. XXXIII) era «la parte del ordenamiento de la propiedad dirigido contra las clases desposeídas».

Era, junto con las sanciones penales para protección de la propiedad, la barrera que había de impedir a las clases desposeídas el acceso al poder por antonomasia, la propiedad. La posesión marcaba la frontera visible entre ricos y pobres impidiendo a las masas superar las grandes contradicciones sociales «sin consideración a actos y situaciones pasados».

Pero no se prestó atención alguna a las críticas de Menger, ni siquiera en aquellos aspectos que debieran haber sido materia de reflexión. El tratamiento jurídico del concepto de cosa y del concepto de posesión discurrió por los cauces tradicionales. Cuando se publicó el Código civil de Sajonia en 1863/1865, su declaración sobre la naturaleza de las cosas se hallaba condicionada por las exigencias del tráfico jurídico (párr. 58):

Las cosas de cualquier clase, pueden ser objeto de un derecho, siempre que estén sustraídas al tráfico jurídico.

La afirmación de que las cosas pueden ser «de cualquier clase» evidencia sujeción al esquema clasificatorio de los romanos. El enfoque del tráfico jurídico fue, sin embargo, decisivo, pues lo que éste consideraba cosas, lo aceptaba la ley como tales, con lo que se infligía una derrota a la teoría savigniana del dominio del hombre sobre los objetos de la naturaleza no libre. La base de este concepto de cosa era la necesidad dispositiva de la persona, cobrando forma legal la decisión sobre el contenido jurídico de la cosa en su calidad de objeto de acciones jurídicas de los hombres. De ahí que la mención, en el texto legal, de la *res extra commercium*, supusiera algo más que un retorno a la clasificación romana de las cosas, pues-

to que lo que no era objeto del tráfico de derecho privado, lo que «se sustraía» a éste por acta de privilegio o en virtud de su naturaleza, no podía, en sentido literal, ser designado jurídicamente como cosa.

7. «OBJETOS CORPORALES»

En este contexto, el Código civil aportó una innovación esencial para el Imperio alemán. No habían resultado baldíos los esfuerzos de la jurisprudencia definitoria, pues, aunque hubo sugerencias para que, siguiendo a Kant, se delimitasen cosa y persona, definiendo *lo que no es persona*, el codificador se prohibió a sí mismo este camino, aun cuando no se basó exclusivamente en el hecho de no haber incluido en el Código una definición del concepto de persona. Hablar de la cosa como de una *no-persona* hubiese dejado sin aclarar su sentencia y contenido, desatendiendo así los intereses del tráfico de Derecho civil cuando ya era teoría igualmente (aceptada) que las cosas son objetos de la acción de las personas. En este sentido, el párr. 90 del Código civil precisaba, con exactitud lingüística y liberal optimismo:

Solamente los objetos corporales son cosas en el sentido de la ley.

Lo más llamativo de esta definición era la palabra «solamente». Ya no podían considerarse cosas los objetos incorpóreos, posición en que se condensaba el sentido burgués de lo palpable, al tiempo que los derechos quedaban segregados del concepto de cosa. En el futuro no se podría hablar de la «propiedad» de una reclamación ni los contratos serían ya cosas. Eran libertad civil hecha realidad y, consiguientemente, demasiado valiosos para quedar subordinados al concepto de cosa. Se perfilaron así como el tercer pilar del Código, como negocio jurídico y como concepto fundamental autónomo. Que el Código civil sólo reconociese como cosas los objetos corporales, tenía su razón jurídico-dogmática. La palabra «objeto» reflejaba más claramente que la palabra «cosa» la imagen de «objeto» de dominio; dominio que requería una comprensión fácil. No sólo el poseedor, sino también el tráfico jurídico podían comprobar en todo momento, rápidamente y con exactitud, el alcance de dicho dominio, y esta comprobación tenía lugar en el campo de la percepción sensorial de la manera más fácil, al relacionarla con un objeto corporal individualizado. En lo tocante a objetos incorpóreos, la posesión era inadecuada como razón justificativa y como presunción de derecho. La certificación jurídica deseada había que conseguirla mediante títulos legales y registros, es decir, de modo artificial, lo que seguía siendo una solución problemática. Respecto de los objetos corporales, por el contrario, la prueba de una relación jurídica entre persona y cosa dominada por aquélla, exigía la determinación de la persona y de la cosa dominada. Solamente podía darse la propiedad de cosas individuales, nunca de totalidades, si se quería perfecta una determinación de contenido del dominio de la cosa y su delimitación con respecto al dominio de cosas por parte de los demás copartícipes en el Derecho. Una nitidez tal se alcanzaba gracias al principio de la individualidad: las totalidades de cosas, como bibliotecas y talleres, casas con sus enseres, etc., no eran, como tales, susceptibles de propiedad.

De cualquier manera, en la praxis esta definición era imposible sin concesiones, pues aunque la ley hubiese desistido de incluir las tradicionales normas clasificatorias, a renglón seguido distinguía entre cosas muebles e inmuebles, fungibles y consumibles, partes integrantes y accesorias. Singularmente, la distinción entre cosas muebles y bienes raíces llevaba una notable carga política.

8. COSAS INMUEBLES

Las concesiones hechas al construir el concepto jurídico del Derecho de bienes raíces tenía su razón de ser en el gran valor que desde tiempo inmemorial se le había dado al terreno. Hasta entonces, la posesión de latifundios se identificaba con el poder político, función que asumiría de modo creciente el terreno urbano. El noble rural hubo de ceder el poder al burgués ciudadano. El Estado de los tiempos modernos nunca renunció a un control severo del mercado del suelo mediante la vigilancia legal de la compra-venta de cosas inmuebles.

Con la aparición del liberalismo, cuyos partidarios querían desembarazarse de la tutela estatal en este terreno, pareció mitigarse ampliamente la distinción tradicional entre cosas muebles e inmuebles. Se dio una definición unitaria para bienes raíces y cosas muebles, y en este sentido, el párr. 903 del Código civil, que describía unitariamente el dominio de una cosa por su propietario, determinaba para ambas:

El propietario de una cosa puede proceder con ella a su libre arbitrio, y sustraerla a la acción de otros, en cuanto con ello no se oponga a la ley o a los derechos de un tercero.

Con todo, el nuevo Código tuvo que diferenciar nítidamente entre la regulación legal de la propiedad de bienes raíces y la de cosas muebles. Los párr. 873 y siguientes del Código civil evidenciaban el mucho interés que los liberales ponían en sus cosas inmuebles, pese al párr. 90 del mismo Código, de cuya norma definitoria no se veía rastro alguno en el derecho formal de los registros de la propiedad, en las oficinas de los registros o en la escrituración notarial obligatoria, recogidos todos en el correspondiente ordenamiento de los registros. Todavía menos visible aparecía el tratamiento de privilegio dado a los bienes raíces, sustraído en su mayor parte por el legislador a los ojos del lector del Código, al incluirlos en la ley expositiva, donde conservaron intactas su heterogeneidad y singularidad. Todo ello contribuyó a que el párr. 90 del Código civil tuviese un aire extremadamente abstracto para el tiempo de su redacción. Los autores de este párrafo definitorio sabían bien que su aplicabilidad en la práctica era menor de lo que pretendían.

Los comentarios de Planck al párr. 90 demuestran que muchos problemas prácticos seguían pendientes:

Un tonel de vino puede ser considerado *una* cosa, pero también es posible que el vino y el tonel, como dos cosas diferenciadas, constituyan objetos de derechos distintos. En los cuerpos líquidos y gaseosos, el envase de una cantidad de tales cuerpos en un recipiente, constituye el supuesto necesario para la consideración de la cantidad como cosa individualizada. En los cuerpos sólidos, normalmente se requiere una cohesión corporal para considerarlos como cosas individualizadas. Si bien lo que precede no es de todo punto indispensable; concretamente no lo es cuando las porciones individuales no cohesionadas las rechaza el tráfico como cosas autónomas; así ocurre, por ejemplo, con un montón de arena o de cereal.

A la postre, el tráfico jurídico decidía cómo interpretar el párr. 90. Planck hubiera podido ya plantearse el problema acerca de la calidad de cosa de la corriente eléctrica. La evolución técnica comenzó a modificar el contenido del párr. 90 antes, incluso, de que entrara en vigor. También tuvo para los redactores del Código civil un interés exclusivamente teórico la clasificación legal de las partes del cuerpo humano segregadas de éste. Planck no tenía la menor idea de trasplantes ni de bancos de órganos. Ni siquiera estaba familiarizado con la donación de sangre. El único caso en el que, entonces y contra toda teoría, el cuerpo huma-

no podía convertirse en objeto de tráfico jurídico, era el del fabricante de pelucas, pero la irregularidad jurídica que suponía el comercio de pelo humano, se podía sobrellevar aplicándole el concepto de «fruto» (párr. 99 C.c.) y el subsiguiente derecho de apropiación. En términos generales, y enlazando con Savigny, declaraba Planck:

Según el Código civil, la expresión «objeto» designa tanto cosas como derechos; la expresión «cosa», solamente un objeto corporal, es decir, una porción de la naturaleza no libre. El hombre vivo, y por consiguiente su cuerpo, no son cosas.

El Código civil tenía que evitar la reducción del hombre a simple objeto jurídico, por lo que su definición de la cosa venía a ser una confirmación del concepto de persona. En vista de la creciente importancia que las partes del cuerpo humano adquirían para el tráfico jurídico, la teoría salió del paso designándolas místicamente como «restos de la personalidad», sin que por ello se ganase en claridad.

9. DESTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE COSA

No fue la evolución técnica y científica la única en cuestionar el concepto de cosa del párr. 90 del Código civil. Cuando el año 1933, bajo el signo de la teoría jurídica de los nacional-socialistas, y con evidente trasfondo político, se endureció el tratamiento dado al individualismo y al racionalismo del Derecho civil, también pasó sus apuros la teoría de la cosa. Aquellos jóvenes y entusiastas profesores de Derecho, nada propensos a conceptos y definiciones, buscaban por todas partes lo novedoso. La comunidad era el valor supremo. Frente a ella lo individual tenía que retroceder. Ponerle riendas, mediante conceptos de cosa unitarios, a su dominio sobre la naturaleza no libre, era ya algo completamente fuera de lugar. Franz Wieacker (nacido en 1908) formuló en 1935 la crítica del momento (*Transformaciones en la constitución de la propiedad*, p. 10):

Está claro que no se compagina con la realidad jurídica, ni da forma a conceptos metódicos fructíferos, una teoría jurídica que asigna la misma categoría de «cosa» a una caja de cerillas, a una locomotora, a un predio y a un polígono industrial, sometiéndolos a idénticos enunciados, a los que llama ordenamiento de la propiedad, para, posteriormente, en el detalle de la casuística, volver a separar lo disímil, es decir, los bienes raíces y los bienes muebles.

Este alegato contra el párr. 90 del Código civil era algo más que el trasvase de la ideología nacionalista al idioma de la ciencia jurídica, y siempre contó con el aplauso de los profanos en Derecho, seducidos por su evidencia contundente. Desde entonces, muchos juristas han hecho suya esta crítica al juzgar la definición de cosa del Código civil con la vista puesta en la sociedad industrial. Una nueva realidad que proporcionó a Wieacker el argumento para su proposición: ¿En qué medida le es dado a un jurista alejarse de la praxis en sus abstracciones? ¿A partir de qué momento entra en el terreno de lo ridículo el hecho de que el concepto parezca no reflejar la vida?

Para Savigny y su mundo, su concepto de cosa había sido espejo de la vida y a la vez un valor. Pero con el despliegue de transformaciones sociales y con las nuevas conciencias humanas, la representación del hombre como señor de las cosas se tornó problemática. La doctrina nacionalista del Estado había desenterrado la idea del Estado corporativo. El pueblo resultó nuevamente fraccionado en una multiplicidad de estamentos —estamento base, esta-

mento militar, estamento judicial, etc.— en los cuales el hombre individual tenía trascendencia legal únicamente como parte de su comunidad. No se podía construir nada con un concepto de cosa considerado intruso. ¿Acaso no era más próximo a la realidad asignarle a cada estamento su propiedad específica e indispensable, su propio concepto de cosa, para que cumplierse así con sus fines? Esta compartimentación estamental del pueblo se ponía de relieve en los ejemplos aducidos por Wieacker contra la permanencia del párr. 90 del Código civil. Si el dominio sobre una cosa no se producía por voluntad de los muchos individuos libres e iguales, había que desistir de un concepto de cosa amplio.

Lo cierto es que los empeños reformistas de la doctrina jurídica nacional-socialista no consiguieron borrar del Código civil el párr. 90. El problema que abordara Wieacker no desapareció al llegar el año 1945. Debía su existencia no sólo a la ideología del Estado del Führer, sino a una transformación más amplia y persistente de la perspectiva general. En el ínterin, quedó desfasada la imagen artesano-burguesa que ofrecía del mundo el Código civil, cuyos redactores buscaban su arquetipo del empresario (párr. 631 del C.c.) en los honrados maestros artesanos que confeccionaban el traje con la tela aportada por el cliente. Sus ejemplos de utillaje provenían de la contemplación de «alquerías, molinos, herrerías y cervecerías», relación a la que se añadían en último lugar «las fábricas». En su labor legislativa, tomaron del pasado los modelos sociales, prestando escasa atención al ostensible surgimiento de la sociedad industrial y a su trascendencia. Por ello, el texto legal quedó anticuado con singular rapidez, precisamente allí donde debió haber regulado la creciente expansión de las formas industriales de vida y de organización. Quien hablaba de «cosas», no pensaba en la «naturaleza no libre», sino en instalaciones industriales, grandes obras de la técnica, empresas de alto costo y vitales para el mundo laboral. Día a día resultaba más evidente que «cosa» era algo de lo que se vive, sea el compañero de trabajo que cuida de la máquina en el taller, sea el consumidor que compra cigarrillos o alquila un piso. ¿Existía un concepto de cosa unitario para esta heterogeneidad de objetos de producción y consumo? ¿Hacía falta realmente?

Estas interrogantes condujeron a que la nueva problemática de las cosas se centrara, en su reivindicación y simultánea contracción, a una finalidad económica y socio-estatal. Se hablaba con soltura de «propiedad empresarial», manejándose subrepticamente empresas completas —las tradicionales cosas universales— como si de una cosa se tratase. De la suma de objetos corporales controlada por el fabricante como propiedad, surgió la «empresa», y de la alquería de los antepasados surgió la «explotación agraria». Casi nadie reparó en que la eliminación del concepto de cosa y del principio de individualidad de los liberales, llevaba aparejada una pérdida de libertad civil. La empresa llegó a ser más importante que el empresario, y el negocio, más que el empleado. Parecía como si la gran trascendencia alcanzada por la capacidad productiva hubiese barrido el viejo concepto de cosa. Las objeciones de Wieacker se vieron ratificadas palmariamente en unos tiempos en los que ya nadie se identificaba con el pensamiento nacional-socialista.

10. RESURGIMIENTO DE LAS «RES EXTRACOMMERCIIUM»

Pocos repararon en que todo esto implicaba también una declaración sobre el hombre. Si anteriormente el empresario poseía «su» empresa, ahora parecía haberse invertido la relación de dominio. El negocio imperaba sobre sus integrantes, desde el empresario hasta el último peón. La «naturaleza no libre» había alcanzado calidad de persona e impuesto su dominio sobre el hombre. Imperceptiblemente, la cosa amenazaba convertirse en persona capaz de pensar, sentir, querer y, consecuentemente, dominar su entorno como titular de derechos.

Incluso quienes interpretaban la situación de manera diferente, tenían motivos sobrados para nuevas meditaciones. El Código civil sajón mantenía aún la doctrina de la *res extracommercium*, de las cosas no negociables en el tráfico jurídico civil. En Roma se contaban entre ellas, primordialmente, las instalaciones de salud pública y de culto privado. No se podían comprar o vender los templos, como tampoco las murallas de la ciudad. En la historia de Occidente, esta doctrina pervivió en las tesis canónicas, que sustrajeron definitivamente el patrimonio de la Iglesia al tráfico jurídico temporal. Para los liberales, las instalaciones de salud pública eran jurídicamente irrelevantes, incluso sospechosas. La religión se convertía en asunto privado. Los bienes raíces de la Iglesia y del Estado se integraban en el registro de la propiedad y no podían sustraerse al tráfico. Las congregaciones religiosas no se ocupaban de la salud privada, sino que de ello se encargaba la previsión social mediante formación de capital. El ejército se financiaba con impuestos de los particulares y, desde una perspectiva jurídico-patrimonial, también era traficable. No parecía haber cosa alguna —ni siquiera la corona del monarca— que pudiera o debiera sustraerse al tráfico jurídico.

La industrialización y la propagación de las ideas socialistas en la política llevaron a una transformación fundamental. Aunque ningún texto pedagógico lo admitiera, existían nuevamente *res extracommercium*. ¿Quién iba a tener la osadía de someter tranquilamente al tráfico jurídico, como cualquier otra cosa, los lugares de culto modernos, tales como centros de producción o instalaciones deportivas? ¿Que no decaiga la animación! En defensa de su supervivencia se movilizan jefes de gobierno y presidentes de bancos nacionales. El parlamento insiste en que no caigan mayoritariamente en manos extranjeras. Nadie se atreve a reclamar un estadio deportivo para la construcción de casas en propiedad. Entretanto, arrinconado el art. 90, recobran vigencia en Derecho las cosas universales y las *res extracommercium*, aunque todavía en espera de una elaboración convincente por parte de los representantes del Derecho civil.

11. ¿LOS ANIMALES COMO COSAS?

Menos llamativa para los juristas y, no obstante, de notable interés público, fue la limitación que la protección animal supuso para el concepto de cosa. Tomás de Aquino, fiel a su teoría de la Creación, había adjudicado un lugar propio al animal, junto al vegetal, al mineral y al hombre. El lego en Derecho nunca alcanzó a comprender que los juristas tratasen a su querido animal doméstico como a un mero objeto de dominio. Para los juristas, por el contrario, no era razonamiento aceptable que el dominio del hombre sobre la naturaleza, querido, sí, pero no libre, requiriese una configuración especial. Por ello movió a risa cuando en la mismísima patria de la protección animal, Lord Erskine presentó a la Cámara Baja en 1809 una proposición de ley sobre ese tema. Pero en 1821, vencidas fuertes resistencias, se llegó a la ley demandada por Lord Erskine, novedad ésta que vino acompañada por la fundación de la asociación protectora de animales. En Alemania tardó más tiempo en encontrar vía libre este movimiento de protección animal. La batalla, conducida con celo religioso y principalmente en favor de vertebrados y mamíferos, se entablaría singularmente contra los experimentos científicos con animales vivos y contra los sacrificios rituales. Estos últimos consistían en una especie de degollación, usual en el judaísmo y en el islam, por la que, mediante una cuchillada en el cuello del animal, se le dejaba desangrar en vivo.

Cuando, ya en pleno siglo XIX, nacía en los países germánicos el Derecho de protección animal, el Imperio se había limitado a introducir una disposición al respecto en el Código penal de 1871, a cuyo tenor la protección no se ejercía en bien de los animales, sino como

salvaguarda de los sentimientos de las personas y en evitación de malestar e indignación, finalidad ésta a la que dio forma el párr. 360. n.º 13 del Código penal:

Se castigará con multa de hasta 150 marcos o con arresto...

13. A quien públicamente o siendo motivo de escándalo, torturare intencionadamente a animales, o los maltratare brutalmente.

De lo que se deduce que los malos tratos a animales constituían solamente una contravención, una forma de provocar el escándalo público. Para el Derecho privado, la disposición tenía más bien un carácter ratificativo: los animales eran cosas y debían seguir siéndolo. Su manipulación sólo debería prohibirse cuando el poseedor hiriese la sensibilidad moral de las personas. Este regresiva disposición únicamente consiguió excitar el celo de los proteccionistas. La lucha contra la vivisección y la degollación (ritual) se inició de verdad cuando, con el final de la monarquía, creció drásticamente el poder del parlamento y, en consecuencia, el de las asociaciones interesadas en el tema. Los estados federados alemanes fueron los pioneros en materia de legislación proteccionista, y el Imperio ultimó la codificación de la protección animal.

Estos esfuerzos fracasaron en el tema de las degollaciones. La comisión asesora del Reichstag, aceptando una moción del diputado doctor Bell, resolvió que las ceremonias con animales no podían verse amenazadas con sanciones, siempre que se practicasen en favor de investigaciones científicas serias o para cumplir con los ritos de comunidades religiosas de Derecho público, lo que hizo naufragar la proposición de ley. Mejor acogida tuvieron los protectores de animales en 1933. Resultó un éxito la actuación de Hitler con vistas a completar la reforma pendiente y, simultáneamente, a impulsar sus fines políticos. El 21-3-1937 se prohibió por la ley la degollación de animales en vivo. El antisemitismo fue el pretexto que dio alas a la ley. La protección penal de los animales se acentuó aún más el 26-5-1933. El 24-11-1933 apareció la Ley del Reich sobre protección animal, que perseguía no sólo fines de política cotidiana, y que satisfizo a los convencidos de que el animal debía ser protegido no sólo en bien de las personas sino en su propio bien (párr. 1):

1. Se prohíbe torturar innecesariamente a un animal o tratarlo con brutalidad.
2. Tortura a un animal quien notoriamente le ocasiona sufrimientos o daños prolongados o reiterados. La tortura es innecesaria en tanto no sirve a una finalidad razonable o legítima. Maltrata a un animal quien notoriamente le causa daño. Un mal trato es brutal cuando refleja un ánimo despiadado.

Esta ley sacó a los animales del párr. 90 del Código civil. La exposición de motivos recalcaba en el primer párrafo *los altos deberes éticos para con los animales*. Se debe protección al animal *por ser animal*. Las consecuencias que esta nueva mentalidad tendría para el Derecho civil no pasaron inadvertidas (Pfundtner-Neubert: *El nuevo Derecho del Reich alemán*, I, b, 14, p. 2):

El animal se valora, desde una perspectiva jurídica, como cosa, de lo que resulta que el daño (causado) a un animal perteneciente a otro, solamente se castigara como daño en las cosas, según el párr. 303, siempre que el hecho no conlleve los presupuestos de la tortura a animales... Esta afirmación no significa una limitación o reducción de la protección animal, sino que, en la línea del perfeccionamiento cultural propugnado a partir de 1933, se reafirma que el animal, aun cuando no sujeto, es objeto de una protección que tiene mucho mayor alcance que todas las normas anteriores...

La ley federal de 24-7-1972 para la protección animal, reordenó las disposiciones vigentes hasta entonces sobre mantenimiento, sacrificios, transporte o experimentación con animales, y muy especialmente las nuevas formas de explotaciones ganaderas masivas. Previamente había vuelto a levantar la prohibición de degollación. No se buscaba evitar incomodidades a las personas, sino «dolores, sufrimientos y daños» a los animales, así como mejorar su «vida» y su «bienestar». De este modo se obviaba en el Derecho de los animales el concepto de cosa del párr. 90 del Código civil. Dejó de ser una mera disquisición académica la cuestión de si, y cuándo, el animal volvería a ser titular y sujeto de derechos.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVIC H.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salasianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

CAPÍTULO I

1. DENOMINACIONES DEL TRATADO DE LOS DERECHOS REALES. Los derechos reales decimos, aquellos derechos patrimoniales que confieren un señorío o poderío inmediato sobre la cosa, ocupan una vasta sección en las obras doctrinarias en los códigos legislativos. Pero ni en las unas ni en las otras el tratado de los derechos reales se desarrolla bajo una denominación común o uniforme.

En algunos casos el nombre se liga al *derecho objetivo*, al que da las reglas y entonces se habla del *Derecho de cosas* (Código Civil alemán, Código Civil portugués), aludiéndose así al conjunto de normas que en el respectivo cuerpo legal gobierna o regula los derechos subjetivos que se tienen directamente sobre las cosas. En otros casos, el título no considera el derecho objetivo sino que alude a los *derechos subjetivos*, y entonces se habla de *derechos reales* (Código Civil argentino, Código Civil suizo).

Y la variedad de nombres continúa. Hay códigos, por ejemplo, el Civil de Etiopía de 1960, en que el libro sobre los derechos reales lleva amplio título *De las bienes*. Es el mismo que en sus obras adopta la mayoría de los autores franceses y chilenos¹. Se toma aquí la palabra en dos acepciones: en la de cosas sobre las que recaen los derechos reales y en la de los derechos reales mismos. Pues, de acuerdo con un sentido, que se puede de lógico y no sofisticado, los derechos son igualmente bienes, cosas incorporales, y aun podría decirse que son los verdaderos bienes, ya que las cosas por sí solas valen menos que los derechos que sobre ellas pueda tenerse, por lo cual—terminan estos pensadores—hablando con propiedad son los derechos los que representan un valor, un bien y no las cosas mismas. A nosotros no nos satisface, en el ámbito circunscrito de nuestro estudio, dar a la palabra *bienes* el significado comprensivo de derechos reales, porque, siguiendo el mismo criterio, habría que incluir también los derechos personales o créditos, como quiera que es incuestionable que a su vez, constituyen un valor patrimonial, un bien constituido por una cosa incorporal (C. Civil, art. 565, inciso 3°).

Consideración especial merece el Código Civil italiano de 1942. Su Libro III se titula simplemente "De la propiedad" (arts. 810 a 1.172), aun cuando se ocupa también de todos los demás derechos reales. ¿Por qué esa denominación? Seguramente porque ninguno de los otros derechos reales deja de estar ligado al dominio o propiedad, que es el derecho real por excelencia.

Una senda parecida a la del Código Civil italiano siguen muy contrados autores. Entre ellos pueden citarse los canadienses Goulet, Robinson y Shellen (Quebec, 1982).

En cuanto al *Código Civil chileno*, su Libro II se llama "De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce" (arts. 565 a 950). Sin duda, este título señala con exactitud el contenido del Libro, que después de precisar en qué consisten los bienes, hace diversas clasificaciones de ellos y regula el quécho de propiedad y los de uso y goce (usufructo, uso, habitación, servidumbres prediales) y el poder de hecho que sobre los bienes puede tenerse (posesión).

2. LEYES CHILENAS QUE TRATAN DE LOS DERECHOS REALES. En nuestro Derecho Positivo las normas sobre los derechos reales se encuentran principal pero no totalmente en el Libro II del Código Civil; en este mismo cuerpo legal, se regulan, conjuntamente con los respectivos contratos, los derechos reales de prenda y de hipoteca y, además, el censo, que, como veremos más adelante, es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no (C. Civil, art. 579). El Libro III del Código Civil está consagrado a la *sucesión por causa de muerte y a las donaciones entre vivos*, y ahí se disciplina el derecho real de herencia y, en el Libro IV, su cesión (arts. 1909 y 1910).

Multitud de otras leyes, especiales algunas, y otras complementarias del Código Civil, integran el ordenamiento jurídico chileno de los derechos reales. Por vía de ejemplo pueden citarse las leyes sobre propiedad por pisos o departamentos, el Código de Aguas, la Ley de Propiedad Indígena, las leyes sobre prendas especiales (sin desplazamiento, industrial, agraria y otras), mas, normas del Código Aeronáutico, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, etc. Generalmente se incluyen en esta enumeración las leyes sobre propiedad intelectual y propiedad industrial, pero, en opinión de muchos, tales propiedades forman una categoría aparte de los derechos reales, llamadas de los derechos intelectuales, en sentido amplio.

También las normas adjetivas, o sea, las que regulan el procedimiento judicial para la aplicación de las leyes sustantivas o de fondo, se refieren a la propiedad u otros derechos reales y a la posesión. Así, cabe citar la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación (Decreto Ley N° 2.186, publicado en el Diario Oficial de 9 de junio de 1978). En el Código de Procedimiento Civil hay un cúmulo de normas que regulan la defensa en juicio de

la posesión de los bienes raíces o de otras situaciones con ellos relacionadas (arts. 549 y siguientes).

3. DIVISIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES: REALES Y PERSONALES. Los derechos patrimoniales se dividen en reales y personales.

Derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio.

Derechos personales, llamados también de crédito o de obligación, son aquellos que nacen de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) está en la necesidad de cumplir una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en favor de la otra (acreedor), que, por su parte, está facultada para exigirlos.

Nuestro Código Civil da definiciones que en el fondo, por cierto, dicen lo mismo. Expresa que "derecho *real* es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona" (art. 577, inc. 1°). Con estas últimas palabras quiere significarse que el derecho real es un poder inmediato sobre la cosa, porque ese derecho no se tiene con relación a alguna persona, por mediación de ésta, ya que no otra inteligencia puede darse a la frase "sin respecto a determinada persona". Agrega el Código que "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones *reales*" (art. 577, inc. 2°).

En seguida, el Código Civil declara que "derechos *personales* o *créditos* son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el (derecho) que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones *personales*" (art. 578).

4. ORIGEN HISTÓRICO DE LA DISTINCIÓN DE DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES. No vamos a detenemos en la cuestión relativa a especular qué nació primero en el mundo jurídico, si el derecho real o el personal; pero diremos sí que los romanos, aun cuando distinguieron bien, en un momento determinado de su historia, los derechos reales y personales, nunca formularon directamente, en forma general, la hoy clásica distinción, que sólo aparece implícitamente reconocida en la distinción entre acciones reales y personales, deduciendo los intérpretes que aquellas protegían a los que hoy llamamos derechos reales, y éstas a los derechos personales o de crédito. Veamos uno de los textos que prueban la aseveración. Es del jurista Gayo. En su compendio, breve y claro, llamado *Instituciones*, dado a la luz en el siglo II de nuestra era, dice: "La división más exacta de las acciones comprende dos géneros: acciones reales y acciones personales. La acción es personal cuando la ejercitamos contra alguno que nos está obligado por razón de un contrato o de un delito, o sea, cuando sostenemos en juicio que una persona nos está obligada a dar, hacer o prestar alguna cosa. Y la acción es real cuando

pretendamos que una cosa corporal nos pertenece o nos compete una servidumbre..." (Comentario 4, título 1º, párrafos 1 a 3). Con palabras diferentes expresan igual pensamiento el *Digesto*² y las *Instituciones* de Justiniano³.

5. DE DÓNDE VIENE EL NOMBRE DE DERECHOS REALES. De las explicaciones anteriores fluye que el nombre de derechos reales dado a los derechos que atribuyen a su titular un poder inmediato sobre la cosa no arranca de las fuentes romanas, aunque la palabra *real* se entronca en este caso con la latina *res*, que en una de sus principales acepciones significa *cosa*.

La expresión *ius in rem*, derecho sobre la cosa, referida al derecho real, no es de los romanos, pero sí de los romanistas, es decir, de los doctos en Derecho romano. Fue introducida en la Edad Media por el uso de las escuelas y aparece en una obra intitulada *Brachilogus iuris civilis* o *Compus legum*. Se trata de un compendio del derecho justiniano redactado en Lombardía, a fines del siglo XI o comienzos del XII. Su autor, al hablar de las acciones, busca las causas de que nacen, y establece que la *actio in rem* deriva de un *ius in rem*, así como la *actio in personam* surge de un *ius in personam*, un derecho personal o de obligación. En el siglo XIII, las denominaciones aludidas se emplean por las constituciones pontificias. En fin, los glosadores o comentaristas del Derecho romano, siguiendo la idea de que la acción se origina en un derecho, enunciaron como paralelo de la distinción entre acciones reales y personales, la oposición entre el *ius in rem* y el *ius in personam* u *obligatio*. De esta manera llegó la distinción a los juriconsultos modernos, y vemos la conclusión de los escolásticos de la Edad Media reverdecir en nuestro Código Civil cuando dice que de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales o créditos nacen las acciones personales (arts. 577 y 578).

6. CONCEPTO DEL DERECHO REAL. Hemos dicho que el derecho real es el poder directo e inmediato sobre una cosa, poder o señorío que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio. La mayor o menor amplitud depende del contenido del derecho de que se trate. Por ejemplo, el dominio o propiedad es el derecho más amplio, porque contiene el cúmulo máximo de facultades; en contraste, el derecho real de habitación es uno de los más limitados, pues se reduce sólo a la facultad de morar en una casa.

El poder jurídico que se tiene sobre la cosa no implica necesariamente la utilización material de ella; basta que procure al titular del derecho real ventaja de cualquier orden, generalmente económica. Así, por ejemplo, si mi vecino se obliga a no construir ninguna obra de altura en el jardín posterior de su casa, colindante con la mía, y al respecto se establece la servidumbre negativa, yo, titular activo de esa servidumbre, ni siquiera toco

el jardín ajeno, pero es indudable que reporto una ventaja pecuniariamente estimable, al asegurar con dicha servidumbre, verbigracia, el no oscurecimiento de mi propiedad o, aun, la simple visión estética de la misma. Tampoco hay utilización física de la cosa ajena cuando sobre ella se constituye una prenda o una hipoteca, caso en que la ventaja reside en vincular el bien gravado al crédito para que, si éste no es satisfecho, el acreedor pueda hacerlo efectivo sobre el valor del bien a través de su venta en pública subasta.

El poder sobre la cosa es directo e inmediato, porque para ejercerlo el titular del derecho no necesita de la mediación de nadie. La persona que tiene el derecho de propiedad sobre una casa, conforme a su sola voluntad, la dedicará a habitación suya, a arrendarla o la venderá sin que le sea preciso recurrir a otro sujeto, al revés de lo que le sucede al arrendatario, que, para habitar la casa, necesariamente ha debido recurrir a su dueño para que se la dé en arrendamiento.

7. DERECHO PERSONAL. Hemos dicho —con estas u otras palabras— que el derecho personal, llamado también crédito, es el que nace de la relación de dos personas, en virtud de la cual una de ellas (deudor) se encuentra en la necesidad de cumplir una prestación (dar, hacer o no hacer algo), y la otra (acreedor) tiene la facultad de exigir tal prestación.

La prestación debida puede consistir, por ejemplo, en la transferencia de una casa; en el pago de una suma de dinero; en la concesión del uso de una cosa; en la ejecución de un trabajo; abstenerse de alguna actividad, como la de no construir sobre el propio fundo nada que sobrepase determinada altura; no instalar un establecimiento comercial similar al que se vendió, etc.

8. CARACTERES DEL DERECHO REAL COMPARADOS CON LOS DEL DERECHO PERSONAL. El derecho real y el personal se diferencian en cuanto: a) a sus elementos constitutivos; b) al objeto; c) a la determinación de éste; d) al carácter absoluto del uno y relativo del otro; e) acciones a que dan lugar; y f) prerrogativas del derecho real de que generalmente carece el derecho personal.

9. a) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE UNO Y OTRO DERECHO. El derecho real consta sólo de dos elementos: la persona, el sujeto activo del derecho, y la cosa, objeto del derecho. Por el contrario, en el derecho personal, además del sujeto activo o titular del derecho y el objeto del mismo, interviene otro elemento, el deudor o sujeto pasivo del derecho. Con la cooperación de este intermediario entre el titular y el objeto del derecho es indispensable contar para la realización del derecho personal; de su comportamiento depende que la obligación se cumpla, que el crédito se pague. En cambio, la obtención de las utilidades que proporciona el derecho real depende sólo de su titular, sin que sea menester la actividad jurídica de un tercero. Pedro, para pasearse por su casa, no necesita, jurídicamente, de nadie, como tampoco para venderla o coger los frutos que en sus árboles haya.

² Libro 44, título 7, ley 25.

³ Libro 4º, título 6º, párrafo 1.

10. b) DIFERENCIA EN CUANTO AL OBJETO. El objeto del derecho real es siempre una cosa; el del derecho personal puede ser la prestación de una cosa, de un hecho o de una abstención.

Después veremos que, según algunos, el objeto del derecho real debe ser necesariamente una cosa *corporea*, aunque otros, reconociendo ciertas peculiaridades, admiten que también lo pueda ser una inmaterial (creaciones del espíritu, producciones del talento o del ingenio).

11. c) DIFERENCIA EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO. La cosa objeto del derecho real es determinada en su individualidad; el objeto del derecho personal no es sino una prestación, es decir, la realización de un hecho, o la abstención de llevar a cabo uno, o la entrega de una cosa, que puede no ser individualmente determinada, sino sólo serio en su género (cien quintales de trigo, cualquier camisa de seda, dos películas cinematográficas de tema policial, cualesquiera que ellas sean).

12. d) CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO REAL Y RELATIVO DEL PERSONAL. El derecho real es absoluto; el personal, relativo.

Por derecho absoluto se entiende aquel derecho cuyo titular puede hacer valer contra todos los demás sujetos (*erga omnes*), porque se estima que sobre todos ellos pesa el deber de no perturbar ni violar el derecho mismo.

Por derecho relativo se entiende el derecho cuyo titular puede hacerlo valer sólo contra una o más personas determinadas, ligadas por un vínculo específico.

¿Quiere decir lo anterior que fuera de estas personas determinadas, las otras no están obligadas a respetar un derecho relativo? Claro que no. Cuando un tercero ajeno al vínculo que supone el derecho relativo perturba el ejercicio de éste, el derecho que toca invocar en la acción correspondiente no es naturalmente ese derecho, sino otro, como el de no ser injustamente dañado en la persona o en los intereses. Vayamos al ejemplo esclarecedor. Si en mi ausencia el arrendador saca todo lo que tengo en la casa que arriendo, impidiéndome volver a ella, a pesar de no haber terminado el plazo del contrato ni haber causal alguna para ponerle término anticipado, es indudable que en la demanda que interponga haré valer el derecho al uso de la casa dimanante del contrato de arrendamiento, uso que en virtud de éste hallase obligado a proporcionarme. Es evidente que si un tercero extraño ejecuta idénticas maniobras, en la demanda que entable en su contra no podré invocar el contrato de arrendamiento por no haber respetado mi derecho al uso de la casa, porque el respeto a tal goce no emana de un contrato en que él no interviene, sino de la obligación general de no dañar injustamente al prójimo (C. Civil, art. 2314).

Es trascendente la diferencia entre el derecho real y el personal marcada por el carácter absoluto del uno y el relativo del otro, como quiera que el primero compromete a todo el mundo y el segundo sólo a las personas que originan la relación jurídica y a los continuadores de ellas, sus herederos. Si

favor de mi predio, la servidumbre de no hacer en el predio construcción alguna que sobrepase determinada altura, querrá decir que la servidumbre persistirá aun cuando el predio vecino cambie de dueño varias veces, porque la servidumbre es un derecho real que debe ser respetado por terceros; pero, en cambio, si la obligación de no construir nada que sobrepase cierta altura se conviene como un simple derecho personal, los sucesivos adquirentes del fundo vecino no estarán obligados a aceptar la mencionada limitación a sus derechos, porque ella, como derecho personal, sólo compromete al primitivo propietario que la convino.

Excepcionalmente, hay casos en que los derechos personales dimanantes de un contrato obligan a terceros, pero no por tal circunstancia se transfieren en derechos reales, ya que no recaen sobre la cosa, sino que aseguran la persistencia de la prestación del deudor respecto de la cosa. Un ejemplo típico lo encontramos en la disposición del Código Civil según la cual estarán obligados a respetar el arriendo: 1° todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador por un título lucrativo; 2° todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios; 3° los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria, pudiendo, el arrendatario de bienes raíces, requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura (C. Civil, art. 1962, y Ley General de Bancos, art. 101).

Gran relieve alcanza la característica del derecho real de poder hacerse valer contra todos, incluso los adquirentes de la propiedad de la cosa, tratándose de los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca. Porque si la cosa garante se enseña a un tercero, esto no obsta a la subsistencia de la garantía y a que el acreedor prendario pueda satisfacer su crédito con el valor de la cosa que se obtenga a través de la subasta pública de ella. No goza de esta seguridad el acreedor que carece de una garantía real y sólo tiene la llamada garantía genérica o derecho de prenda general que habilita al acreedor para perseguir la ejecución de su crédito sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, excepto los que las leyes declaren inembargables (C. Civil, art. 2465). Esta garantía genérica no tiene carácter real y no recae sobre ningún bien determinado ni lo sigue en manos de terceros, sino que recae sobre todo el patrimonio en general, que, como se sabe, tiene una composición variable, pues tiene un fluir constante de entrada y de salida de bienes y en un momento dado la garantía que ofrezca puede ser nula por estar recargado de deudas y vacío de bienes.

Podría preguntarse qué razón hay para que los derechos personales o créditos no puedan hacerse valer, como los derechos reales contra los terceros adquirentes. La inoponibilidad de los créditos a los terceros adquirentes se justifica por la exigencia de hacer más simple, expedito y seguro el régimen de la circulación de los bienes. Y para proteger al acreedor no es necesario establecer en general dicha inoponibilidad, porque aun en el caso en que un tercero obra en connivencia con el deudor para adquirir bienes

de éste, disminuyendo así la garantía genérica a favor del acreedor, la ley ha previsto la posibilidad de impugnar tal adquisición mediante la acción revocatoria, llamada también pauliana, en honor del pretor romano Paulo, que la introdujo en el ordenamiento jurídico de su país. En términos generales, esa acción es la que tiene el acreedor para revocar los actos jurídicos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos.

Como contrapartida puede hacerse presente que hay casos en que el derecho real no es oponible a terceros adquirentes. Por ejemplo, el dueño de una cosa corporal mueble no puede reivindicarla en el caso que el poseedor de ella la haya comprado en una feria, tienda o almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, el poseedor no está obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (C. Civil, art. 890).

Lo anterior demuestra que la nota diferencial en estudio, relativa al derecho real y el personal, como otras, sufre atenuaciones.

13. e) DIFERENCIACIÓN EN CUANTO A LAS ACCIONES A QUE DAN LUGAR. La antítesis entre el carácter absoluto del derecho real y el relativo del derecho personal o crédito se refleja también, naturalmente, en el campo procesal. Por eso el Código Civil dice -según lo advertimos antes- que de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales las acciones personales (arts. 577 y 578). Personal es, pues, aquella acción destinada a tener eficacia sólo contra una o más personas determinadas, el deudor o los deudores; solamente ellos pueden ser los sujetos pasivos de la acción. Esta retribe el nombre de personal porque el derecho que se reclama afecta a la persona del demandado, el deudor, en cuanto debe cumplir una obligación. Y se llama acción real aquella destinada a tener eficacia contra todos (*erga omnes*), o sea, cualquiera persona puede ser legitimado pasivo de la acción. Su nombre se explica porque el derecho que se reclama no afecta a la persona, sino a la cosa (*res*), como en la reivindicación, en la que el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, pide que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (C. Civil, art. 889). La causa por la que se acciona es el derecho real de dominio que faculta para poseer la cosa sobre la que recae.

La acción real, antes que sea turbado o vulnerado el derecho que protege, no se sabe contra quién podrá dirigirse; lo único que se sabe de antemano es que si la acción llega a ejercerse, lo será con relación a tal o cual cosa. Por eso -según se advirtió- la acción se califica de real, *in rem*. En cambio, el titular del derecho personal sabe desde un comienzo que el demandado será el deudor del crédito, si llega a ser necesario ejercitar la correspondiente acción, y por eso también ésta se califica de personal, *in personam*.

14. f) PRERROGATIVAS DEL DERECHO REAL DE QUE GENERALMENTE CARECE EL PERSONAL. DERECHO DE PERSECUCIÓN Y DERECHO DE PREFERENCIA. Del carácter absoluto del derecho real, y por afectar a la cosa misma, derivan las prerrogativas que

concede; el derecho personal se ejercita contra la persona obligada y, en principio, sólo surte efecto contra una cosa determinada del deudor, si se halla en poder de éste. El derecho real, por el contrario, protege la posesión del titular con respecto a la cosa, cualesquiera que sean las manos en que ella se encuentre.

Las prerrogativas del derecho real se traducen en el llamado derecho de persecución y en el de preferencia.

El derecho de persecución es la prerrogativa del titular de un derecho real para perseguir el ejercicio de éste sobre la cosa misma sometida a él y contra todo poseedor o detentador de ella.

El derecho de preferencia es la prerrogativa en virtud de la cual el titular de un derecho real puede excluir, por lo que se refiere a la cosa objeto de su derecho, a todos aquellos que sólo tienen un derecho de crédito o que no tienen sino un derecho real de fecha posterior.

Por regla general, las dos prerrogativas enunciadas no se dan respecto de los derechos personales. Porque el objeto directo de éstos es un hecho positivo o una abstención del deudor y no un bien determinado, aunque indirectamente la obligación tenga por objeto una cosa que deba proporcionarse al acreedor.

Sólo en casos muy excepcionales y taxativos un derecho personal o crédito goza del derecho de persecución o prefiere a otro y a un derecho real sobre la cosa en que éste recae. Un ejemplo típico de tal excepcionalidad lo ofrece el Derecho Acreedor Marítimo, caracterizado por su particularismo o peculiaridad. A ciertos acreedores (como los miembros de la dotación del barco por sus remuneraciones y otros beneficios) les reconoce el derecho de perseguir la nave en poder de quien se encuentre y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores (incluso, en ciertos casos, a los hipotecarios), según el orden que la ley señala. El derecho de persecución de que se habla faculta para solicitar la retención o arraigo de la nave en cualquier lugar donde ella se encuentre, de acuerdo con las normas que la ley indica (C. de Comercio, art. 843).

15. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. Las ideas anteriormente expuestas sobre los derechos reales corresponden más o menos a la llamada teoría clásica; pero hay puntos controvertidos que han dado margen a la formación de otras teorías para caracterizar los derechos reales.

La teoría clásica sostiene fundamentalmente que el derecho real es diferente del derecho personal, no sólo en cuanto a sus caracteres específicos, sino también por lo que atañe a los esenciales. La diferencia no es de grado, sino de *esencia* entre una clase de derecho y otra.

16. a) TEORÍA PERSONALISTA U OBLIGACIONISTA. Una de las principales corrientes adhersas a la teoría clásica es la *personalista*. Su tesis es monista y unitaria, porque asimila el derecho real al personal. Todos los derechos patrimoniales serían personales. No habría diferencia esencial entre el derecho real y

el personal, sino algunas puramente secundarias. Todo derecho, por definición, es una relación entre personas. No se concibe, en el orden jurídico, una relación entre una persona y una cosa, como dan por sentado los que definen el derecho real diciendo que es una relación directa entre una persona y una cosa. El derecho real —afirma Planiol, uno de los principales sostenedores de la teoría personalista u obligacionista— es una relación obligatoria, cuyo sujeto activo es simple, está constituido por una sola persona, al revés del sujeto pasivo, que es ilimitado en su número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo, es decir, la comunidad entera. La obligación de todas las personas frente al titular del derecho real es únicamente pasiva, la de abstenerse de violar o perturbar el pacífico goce que este último haga de su derecho.

La teoría de que el derecho real se reduce a una obligación pasivamente universal ha sido refutada. Desde luego, se dice que hablar de una relación jurídica de un sujeto con todos los coasociados no tiene sentido. Para escapar a esta crítica se contesta que, en realidad, sujeto pasivo del derecho real no son *todos*, sino sólo aquellos que, de hecho, pueden entrar en contacto con la cosa, sin tener derecho para entrometarse, y ellos se revelan el día en que violan su obligación de no inmiscuirse en el goce de la cosa objeto de un derecho ajeno. En segunda se reprocha a la teoría personalista una confusión de ideas, pues la pretendida obligación pasivamente universal no es sino el deber general y vago que se impone a cada uno de los miembros de la comunidad de respetar la ley y los derechos ajenos, lo cual no es una obligación en sentido técnico, que implica una restricción precisa y concreta impuesta a los deudores. En fin, se imputa también a la teoría obligacionista una petición de principio, es decir, una inconsecuencia lógica consistente en suponer como ya probado lo que se quiere demostrar. En efecto, se hace ver que el sujeto activo puede exigir de los sujetos pasivos que no le causen perturbaciones; muy bien —dicen los impugnadores de la teoría—, pero —agregan— perturbaciones ¿en qué? Indudablemente en una esfera de acción que al sujeto activo le debe haber sido delimitada *con anterioridad* en relación a la cosa, y éste es propiamente el derecho real.

17. b) Teoría ecléctica. Para esta teoría hay una diferencia fundamental entre los derechos reales y los personales, aunque armoniza ideas de la teoría clásica y de la personalista. En realidad, aseguran, los elementos constitutivos del derecho real son dos:

1) la relación del sujeto con la cosa, que permite al primero recabar por sí solo de la cosa las utilidades que ésta es capaz de proporcionar, correspondiéndole, por consiguiente, un poder autónomo;

2) la obligación (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa. El primero es el elemento interno, el contenido económico o estático del derecho real; el segundo es el elemento externo o dinámico, la garantía jurídica de aquel contenido económico. Ambos elementos tienen importancia y deben considerarse en la definición de derecho real que, de acuerdo con estas

ideas, se formula así: "Derechos reales son aquellos derechos privados que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre una cosa, oponible a cualquiera".⁴

Esta teoría puede aceptarse totalmente, pero nada nuevo sustancial agrega a la teoría clásica.

18. c) Teoría económica. De acuerdo con la teoría económica, al igual que la clásica, hay una separación irreductible entre el derecho real y el derecho personal, pero basada en la diversidad de contenido de uno y otro: el contenido del primero es el fenómeno económico de la apropiación de riqueza; el del segundo, el fenómeno económico del servicio. Y, así, define el derecho real como "una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra de manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de *apropiación* de una persona. El derecho de crédito o personal es, por el contrario, una relación de derecho por virtud de la cual la *actividad* económica o meramente social de una persona es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar". El derecho real se refiere, pues, a la *apropiación de una riqueza*, en tanto que el derecho de crédito tiende al aprovechamiento de los *servicios ajenos*.⁵

19. d) Teoría realista u objetiva. Los propugnadores de esta teoría, como los de la personalista, también son partidarios de una concepción *monista*, pero al revés de aquella, que asimila el derecho real al personal, los partidarios de la teoría realista asimilan el derecho personal al real. Identifican la obligación o el derecho personal con el real. Afirman que el derecho de crédito se ha despersonalizado para usarse patrimonializando. Y Gaxin dice que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre que recae. Saleilles, que es el representante más moderado de esta teoría, expresa que cuando se contrata la obligación de pagar una suma de dinero, lo importante es que sea pagada; la personalidad del que paga puede ser indiferente y además la presencia actual de un acreedor no es indispensable para la existencia misma de la obligación; la personalidad del acreedor podrá venir después, como ocurre cuando una persona emite un título al portador, obligándose para con aquel que le entregue ese título.

Gaudemet, exagerando las ideas de Saleilles, afirma que es el patrimonio quien debe al patrimonio. El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes; su única diferencia con el derecho real es que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio externo. En esta forma el derecho personal

⁴ Ludovico Barassi, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción del italiano, vol. I, Barcelona, 1935, págs. 111-112.

⁵ Julien Bonnier, *Précis de Droit Civil*, tomo II, París, 1934, págs. 622-623.

-para usar los términos de Bonnetcase- es un aprovechamiento de la riqueza y no de un servicio.

20. CONCLUSIÓN. Todas las teorías anteriores han sido objeto de críticas, cuya exposición omitimos en obsequio a la brevedad y porque, en conclusión, ponderados en su esencia pura, el derecho real y el derecho de crédito son, como lo sostiene la teoría clásica, irreductibles el uno al otro, porque el primero tiene por objeto una cosa material, al menos en principio, y el segundo un acto o una abstención.

21. NÚMERO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. El número de derechos reales es cerrado (*numerus clausus*), es decir, sólo existen los tipos que las leyes expresamente establecen. En cambio, los derechos personales o de crédito pueden crearse libremente por los particulares.

Los derechos reales se distinguen, según se ha explicado antes, por su contenido. En cuanto a relaciones de señorío autónomo sobre la cosa, pueden contener dos categorías de facultades:

a) la facultad de disfrute directo de la cosa (en relación a la cual tiene ésta un valor de uso y es un bien directo), o sea, el goce de los frutos (*fructus*) y el uso directo de la cosa (*usus*);

b) la facultad de utilización indirecta de la misma, o sea, de su valor de cambio; aquí la cosa es sólo un bien instrumental, un medio para obtener dinero.

Así pues, los derechos reales se dividen en:

derechos reales de goce o disfrute, entre los cuales se encuentran el derecho de propiedad (el más amplio señorío de goce sobre una cosa) y otros derechos con un poder más limitado de goce o disfrute: los derechos reales de goce limitado, a saber: usufructo, uso, habitación, servidumbre; y

derechos reales de garantía, su contenido es el poder de provocar (en la forma procesal adecuada) la venta forzosa de la cosa para obtener dinero; son derechos reales limitados de garantía: la prenda y la hipoteca.⁶

22. ENUNCIACIÓN DE LOS DERECHOS REALES CONSAGRADOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL. El Código Civil declara que son derechos reales el de dominio o propiedad, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, el de hipoteca y el de censo en cuanto se persiga la finca acensuada (arts. 577 y 579).

A continuación enunciaremos, uno a uno, los citados derechos reales.

1) *Dominio o propiedad*. Conforme a la definición analítica del Código Civil chileno, "el dominio (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no

siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama *mera* o *nuda propiedad*" (art. 582).

Observemos que el Código, en esta definición, establece que el objeto de la propiedad es una cosa *corporal*. Más adelante veremos que también se habla de "una especie de propiedad", en que el objeto serían cosas inmateriales, producciones del intelecto. Oportunamente señalaremos dos puntos de vista al respecto, es decir, si se trata o no del mismo tipo de propiedad que recae sobre cosas corporales.

Una definición sintética de la propiedad dice que propiedad es la general dominación sobre una cosa corporal.

2) *Herencia*. El derecho real de herencia no está definido por el legislador, pero se dice que es el derecho real que se tiene sobre la totalidad del patrimonio de una persona difunta, excepto los derechos intransmisibles, o sobre una cuota del mismo.

Se ha negado por algunos el carácter de derecho real de la herencia en la razón de que todo derecho real debe recaer sobre una cosa corporal, y la herencia no lo es; ésta -se afirma- es una categoría de derechos absolutos, pero no un derecho real. Sin embargo, resulta que nuestro Código al definir el derecho real dice que es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art. 577, inc. 1°), y al hablar de cosa no distingue, al revés de lo que hace con el dominio, si la cosa es corporal o incorporeal y, además, expresamente, enumera el derecho de herencia entre los derechos reales.

También se sostiene que en puridad de verdad el derecho de herencia no es un derecho distinto del dominio o propiedad que el difunto tenía sobre sus bienes. Pero se ha refutado argumentando que el carácter universal es propio del derecho de herencia y lo distingue del derecho de dominio que versa sobre una cosa singular determinada, y el primero está provisto de una acción propia, la de petición de herencia, en tanto que el segundo tiene la suya, la acción reivindicatoria.

Es característica del derecho de herencia el de ser un *derecho universal*, no recae sobre cosas determinadas, individualizadas, sino sobre el total o una cuota del patrimonio transmisible del difunto.

El derecho de herencia no tiene propiamente naturaleza mueble ni inmueble, pues su objeto no son las cosas muebles ni inmuebles que pueda contener, sino el patrimonio mismo o una parte o cuota intelectual de él, y, como se sabe, el patrimonio es una cosa incorporeal o, mejor, una abstracción jurídica.

Otra característica del derecho de herencia es su duración limitada. Su misión práctica es servir como enlace o vínculo de continuidad entre el derecho de dominio ejercido por el difunto sobre sus bienes y el que ejercerá el heredero una vez efectuadas la partición y liquidación de la comunidad hereditaria formada a la muerte del causante. La herencia tiene, pues, carácter provisional y está condenada a ser reemplazada por el derecho de dominio, una vez producida la singularización de los bienes en el patrimonio de los herederos adjudicatarios.

⁶ Barassi, *Instituciones citadas*, vol. I, págs. 113-115.

3) *Derechos de usufructo, uso y habitación*. El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (C. Civil, art. 764).

El uso y la habitación no son más que usufructos restringidos; son derechos reales menos amplios que el usufructo. El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama *derecho de habitación* (C. Civil, art. 811).

El derecho de usufructo supone dos derechos coexistentes: el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa del usufructuario al nudo propietario, y se consolida con la propiedad (C. Civil, art. 765).

4) *Servidumbres activas*. *Servidumbre predial*, o simplemente *servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Se llama predio *serviente* el que sufre el gravamen, y predio *dominante* el que reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama *activa*, y con respecto al predio serviente, *pasiva* (C. Civil, arts. 820 y 821).

Las servidumbres o son *naturales*, que provienen de la natural situación de los lugares, o *legales*, que son impuestas por la ley, o *voluntarias*, que son constituidas por un hecho del hombre (C. Civil, art. 831).

Ejemplo de una servidumbre legal es la de tránsito; a ella se refiere el Código Civil al preceptuar que "si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio" (art. 847).

5) *El censo*. El Código Civil dice que "se constituye un censo cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital. Este rédito se llama *censo* o *canon*; la persona que le debe, *censuario*, y su acreedor, *censualista*" (art. 2022).

En otras palabras, el censo es la obligación que una persona contrae por haber recibido un capital o reconocer que lo adeuda, obligación que consiste en pagar un rédito a otra persona, gravando en garantía del rédito y del capital una finca de su propiedad. Ejemplo: Primus vende un fundo a Secundus en cincuenta millones de pesos, conviniéndose que esta suma quede en poder del comprador Secundus, el cual constituye un censo, es decir, se obliga a pagar un rédito anual al vendedor Primus, gravando en garantía la finca. También puede Primus donar cincuenta millones de pesos a Secundus para que éste constituya un censo a su favor.

El derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta (C. Civil, art. 579).

La declaración del legislador recién transcrita tiene el mérito de poner de relieve los caracteres del derecho personal y del real, ya que deja de manifiesto que el personal se ejercita contra la persona directa y especialmente obligada, y el real contra cualquiera persona que tenga la finca en su poder y que ha de dar satisfacción al derecho, no por haber contratado la obligación correlativa, sino por hallarse en posesión de la cosa en que el derecho recae.

23. La PRENDA. Nos referiremos ahora a derechos reales en cosa ajena que no son de goce, sino de garantía, otorgados para la seguridad de un crédito: la prenda y la hipoteca.

Concretándonos a la primera —que es la que aquí trataremos—, el Código da una definición de concisión espartana, pero de contenido incompleto; dice: "Por el contrato de *empeño* o *prenda* se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito" (art. 2384, inc. 1°). Nótese que la palabra *prenda* sirve para designar el contrato, la cosa que se entrega en garantía y el derecho real que surge para el acreedor.

Una mejor definición de la prenda, como derecho real, sería decir que ella es un derecho real de garantía o seguridad que se constituye con la entrega de una cosa al acreedor, el cual, en caso de que el deudor no cumpla su obligación, puede, para satisfacer su crédito, instar la venta de la cosa y pagarse con el precio alcanzado antes que otros eventuales acreedores no provistos de un derecho de prelación.

La prenda que regula el Código Civil exige la *entrega al acreedor* de la cosa garante. Pero, al lado de esta prenda común o civil, se han creado otras que no exigen el desplazamiento de la cosa garante de manos del deudor a las del acreedor. Unas de estas prendas sin desplazamiento son *especiales*, llamadas así porque se refieren a ciertas cosas consideradas, en cada caso, por leyes especiales: prenda agraria, prenda industrial, prenda de muebles vendidos a plazo, prenda de mercaderías depositadas en los almacenes generales de depósito. Desde hace pocos años se ha establecido también una *ley general de prenda sin desplazamiento*; es la Ley N° 18.112, de 16 de abril de 1982. Esta dice que el contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. Se otorga por escritura pública, como también su alzamiento, y tiene por objeto constituir una garantía sobre una cosa mueble, para caucionar obligaciones propias o de terceros y conservando el constituyente la tenencia y uso de la prenda (arts. 1° y 2°).

También se pueden dar en prenda cosas incorpóreas. Así, se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero es necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos (C. Civil, art. 2389).

24. La HIPOTECA. Según el Código, la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor (art. 2407).

También, en forma mucho más clara, se dice que la hipoteca es el derecho real de garantía que atribuye al acreedor la facultad de despojar, expropiar—incluso al tercero adquirente—los bienes vinculados a la garantía de su crédito con el fin de que sea satisfecho con preferencia sobre el precio logrado mediante la expropiación.

Una definición más larga pero muy clara es la que dice: "La hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos en que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con su producto con preferencia a todo otro acreedor".⁷

Hipotecas mobiliarias. La hipoteca clásica tiene como garantía un inmueble. Sin embargo, también se habla de *hipotecas mobiliarias*, que son las que tienen por objeto muebles registrados y que son de cierta entidad. Así, las leyes regulan la hipoteca de buques y aviones, que son por excelencia bienes muebles. El Código de Comercio, por ejemplo, declara que la hipoteca naval recae sobre naves y artefactos navales mayores, o sea, de más de cincuenta toneladas de registro grueso, y siempre que ellos se encuentren debidamente inscritos en los correspondientes Registros de Matrícula, es decir, en el Registro de Matrícula de Naves Mayores y el Registro de Matrícula de Artefactos Navales (arts. 866 y siguientes). Las naves menores, o sea, las de cincuenta o menos toneladas de registro grueso, son objeto de prenda, la cual se anota al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matrícula, sin lo cual es inoponible a terceros (art. 881, inc. 1°).

Las aeronaves también son susceptibles de hipoteca, la cual, para ser válida, debe inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves (Código Aeronáutico, arts. 114 y 116).

25. OTROS DERECHOS REALES, NO CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO CIVIL. En la legislación chilena, además de los derechos reales establecidos en el Código Civil, hay otros expresamente señalados en diversas leyes.

Así, por ejemplo, el Código de Minería dice que "la concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional (sobre concesiones mineras) o del presente Código. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia..." (art. 2°).

⁷ FERNANDO ALESSANDRI, *La hipoteca en la legislación chilena*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1919, N° 1, pág. 3.

Citemos asimismo como ejemplo el derecho de aprovechamiento de las aguas. Estas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe dicho Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley (arts. 5° y 6°).

26. DERECHOS REALES QUE EXISTEN EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS. En las legislaciones extranjeras encontramos algunos derechos reales que la nuestra no consagra. Citemos dos de bastante importancia: la enfiteusis y el derecho de superficie.

La enfiteusis ha sido definida como una relación en virtud de la cual sobre un fundo (de ordinario rústico) y sus acciones, es concedido (a cambio de una retribución de carácter periódico) un derecho perpetuo, o temporal, de utilización de naturaleza real y alienable, a una persona, llamada enfiteuta, con el deber de mejorar el fundo, generalmente a través del cultivo.

Derecho de superficie es un derecho de propiedad que recae sobre los edificios o plantaciones existentes en un terreno cuyo dominio pertenece a otra persona. Esos edificios o plantaciones toman el nombre de superficies.⁸

27. TIPOS DE RELACIONES JURÍDICAS RESPECTO DE LAS CUALES SE HAN PLANTEADO DUDAS SOBRE SI SON O NO DERECHOS REALES. Entre esas relaciones se cuentan principalmente el derecho del arrendatario cuando la persona a quien pasa el dominio de la cosa arrendada está obligada a respetar el arriendo; la antieusis; el derecho legal de retención y la posesión. Al hablar de cada uno de estos institutos se dilucida el problema. Pero dejemos establecido desde ya que la mayoría abrumadora de la doctrina nacional llega a la conclusión de que en ninguno de esos casos hay un derecho real.

28. EL PROBLEMA DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. Derechos personales puede haber tantos cuantos puedan crear los hombres inspirados por la necesidad jurídica. Pero cabe preguntarse si conforme al principio de la autonomía de la voluntad, también los particulares están facultados para crear otros derechos reales aparte de los consagrados por las leyes. Si se responde afirmativamente, se dice que el número de los derechos reales es abierto (*numerus apertus*); de lo contrario, que es cerrado (*numerus clausus*). En el Derecho Romano dominó el sistema del *numerus clausus*; no había más derechos reales que el dominio, las servidumbres, la enfiteusis, la super-

⁸ CARTAN Y OTROS, *Vocabulario jurídico*, traducción del francés, Buenos Aires, 1961, pág. 531.

ficie, el usufructo, el uso, la habitación y los derechos de garantía, prenda e hipoteca. Por el contrario, en las legislaciones germánicas se admite que los particulares dicran efecto real a cualquiera obligación referida a una cosa determinada.

En las legislaciones prevalece el sistema del número cerrado. Algunas lo establecen en forma implícita: Códigos Civiles de Austria, de Alemania, de Suiza; otras legislaciones señalan formalmente el principio del *numerus clausus*. En este sentido, el Código Civil argentino dice en su artículo 2502: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

El Código Civil francés no contiene ninguna regla expresa sobre el punto y esto da pábulo a que algunos autores discutan si en ese país pueden o no establecerse derechos reales por exclusiva voluntad de los particulares.

En la legislación chilena tampoco hay una disposición formal, pero nunca se ha dudado de que entre nosotros sólo la ley puede fijar los derechos reales.

En favor del criterio de que sólo la ley puede determinar la existencia de derechos reales se arguye que "la organización y las modalidades de la propiedad, derecho real-tronco, interesa al orden público; y, por lo demás, si resulta comprensible que las partes puedan a su antojo establecer relaciones jurídicas que sólo a ellas liguén, más difícil resultaría explicar que estuviesen autorizadas para, a su manera, instituir derechos que, pudiendo oponerse a todos, constituyen una molestia para la colectividad; la norma de la relatividad de las convenciones, que vemos así aparecer, se opone a que un contrato pueda, sin la autorización del legislador, producir efecto más allá del círculo de las partes y de sus causahabientes a título universal".⁹

29. DERECHOS REALES QUE ESTUDIAREMOS EN ESTA OBRA. En esta obra estudiaremos no todos los derechos reales, sino sólo los de propiedad y los de goce limitados: derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres activas. El derecho de censo se explica dentro de los contratos, como asimismo los derechos de garantía de prenda e hipoteca, y el derecho real de herencia se analiza en el tratado de la sucesión por causa de muerte.

Por cierto, una gran sección dedicamos a la posesión que conduce a la adquisición de la propiedad y otros derechos reales mediante el modo de adquirir llamado usucapción o prescripción adquisitiva.

También nos referiremos a las denominadas propiedad intelectual (en sentido restringido, o sea, a la propiedad literaria, artística y científica) y propiedad industrial. Ambas forman parte de la propiedad intelectual en sentido amplio y se encuadran en la categoría de los derechos intelectuales

que, por versar sobre cosas inmateriales, gran parte de la doctrina no admite englobarlos dentro de los derechos reales.

A continuación, precisamente, dedicamos algunas páginas a las nociones fundamentales relativas a los derechos intelectuales.

DERECHOS INTELECTUALES O DERECHOS SOBRE BIENES INMATERIALES

30. CONCEPTO. Derechos intelectuales, o simplemente derechos sobre bienes inmateriales, son aquellos cuyo objeto consiste en esta clase de bienes, y otorgan a su titular la facultad exclusiva o monopolica de explotarlos económicamente.

Porque nuestro Código Civil califica de cosas incorporales los derechos (art. 565), urge advertir que ellos están excluidos como objeto de los derechos intelectuales. Estos pueden recaer, pues, sobre creaciones del espíritu o de la mente que no sean derechos.¹⁰

Ejemplos de derechos intelectuales son los que tienen los autores sobre sus obras literarias, artísticas o científicas; los de los inventores sobre sus invenciones aplicables a la industria; los reconocidos sobre marcas de fábrica, modelos de utilidad, nombres de establecimientos comerciales, etc. Se incluyen hasta las frases de propaganda, verbigracia: "Esta pluma, como la Luna, se llena sola".

Por cierto, las creaciones intelectuales son cosa distinta del sustento material en que se manifiestan. El derecho de autor de un poeta recae sobre sus versos y no sobre los libros o las páginas impresas que los contienen y no dan a conocer; el derecho del inventor recae sobre la invención misma y no sobre la máquina fabricada de acuerdo con el nuevo esquema mental. El libro y la máquina serán de las personas que adquirieran esas cosas concretas, pero la creación poética y el invento siguen perteneciendo a quienes produjeron tales bienes inmateriales.

31. CARACTERES. a) Los derechos intelectuales son derechos *absolutos*, es decir, atribuyen a su titular un poder que puede hacer valer contra todos (*erga omnes*).

b) Recaen directamente sobre una cosa imaterial.

Por ser absolutos y ejercerse el poder que confieren directamente sobre su objeto, algunos autores sostienen que los derechos sobre bienes inmateriales o derechos intelectuales son una figura de los derechos reales y, más específicamente, del derecho de propiedad. Sin embargo, otros autores lo niegan y afirman que los derechos en análisis difieren profundamente de los

⁹ Josselyn, *Cours de Droit Civil Positif Français*, tomo I, París, 1930, N° 1.337, págs. 668-669.

¹⁰ Relacionado con la materia véase el breve estudio de Carlos Ducan Cazo titulado "Las cosas incorporales en nuestro derecho", R. de D. y J., tomo LXXXII, sec. Derecho, págs. 29 a 36.