

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 VODANOVICH.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVICH.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Carmen 8, 4° 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 Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

1. DENOMINACIONES DEL TRATADO DE LOS DERECHOS REALES. Los derechos reales es decir, 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 los otros 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 el amplio título *De los 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 sentir, que se parece de lógico y no sofisticado, los derechos son igualmente bienes, cosas incorpóreas, y aun podría decirse que son los verdaderos bienes, ya que las cosas por sí solas valen menos que los derechos que sobre ellas pueden 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 contados autores. Entre ellos pueden citarse los canadienses Goulet, Robinson y Shelton, cuyo libro sobre derechos reales se intitula *Théorie générale du domaine privé* (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 derecho 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, en el Libro IV, llamado "De las obligaciones en general y de los contratos", 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 esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta (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), la ley general de prenda sin desplazamiento, la de hipoteca de naves marítimas, 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 detenernos 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 aquéllas 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

pretendemos 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 *Brachilogue iuris civilis* o *Corpus legum*. Se trata de un compendio del derecho justinianeo 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 jurisconsultos 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

² Libro 44, título 7, ley 25.

³ Libro 4º, título 6º, párrafo 1.

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.

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 *corporal*, 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 serlo 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 hacerlo 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 intervino, 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

que mi propiedad no pierda luz convengo con el vecino establecer, a

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 transforman 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 transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo; 2° todo aquel a quien se transfiere 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 enajena 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 obrara 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 recibe 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 Comercial Marítimo, caracterizado por su particularismo o peculiaridades. 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 adversas 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 entrometerse, 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 seguida 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 irse patrimonializando. Y Gazin 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 contrae 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, 1955, págs. 111-112.

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

-para usar los términos de Bonnacase- 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 (*uti*);

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 persigue 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 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 incorporea 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 incorporea 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 *sirviente* 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 sirviente, *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 resarcido 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 contraído 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 desposeer, 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, 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 Aero-náutico, 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. Citaremos 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 accesiones, 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 anticresis; 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 CAPITANT 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 admitía que los particulares dieran 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 usucapión 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

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

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 monopólica de explotarlos económicamente.

Porque nuestro Código Civil califica de cosas incorpóreas 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 sustrato 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 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 adquieran 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 inmaterial.

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

¹⁰ Relacionado con la materia véase el breve estudio de CARLOS DUCCI OLARO titulado "Las cosas incorpóreas en nuestro derecho", R. de D. y J., tomo LXXXIII, sec. Derecho, págs. 29 a 36.