

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.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

*Profesor ordinario en la
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
y en la Universidad de Chile*

LAS COSAS INCORPORALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO

Segunda edición actualizada

© ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 93.603, año 1995
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta segunda edición
en el mes de enero de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1665-6



En compensación, la novedad propiamente gayana estuvo en la aplicación del término *res* a los *iura*, lo cual, en efecto, fue algo absolutamente inédito en toda la jurisprudencia romana, para la que dicho término, en sentido técnico, a lo más podía ser utilizado en relación con los *corpora*. Pero esa novedad fue puramente terminológica. Si bien los *iura* no son *corpora*, se comportan como éstos, pues también forman el patrimonio y son objeto de tráfico, como la materia, como las *res* en sentido propio, o sea, las *corporales*. Esta similitud estaba en la base del binomio recíprocamente complementario *corpora-iura*, y en ella se debió de haber fijado Gayo para animarse a cubrir ese binomio con un término único: el de *res*, que enseguida le permitió reemplazar aquella terminología por la de *res corporales-res incorporeales*, inspirada, como vimos, en la filosofía común.

VI. EL SENTIDO DE LA DISTINCIÓN GAYANA

Si lo anterior es así, entonces la cuestión fundamental que ofrece a consideración la novedad gayana es determinar su razón o función. No es difícil, a nuestro juicio, la respuesta. Se trata de una razón sistemática.

Las *Institutiones* de Gayo es un libro que intenta reducir a *ars* el derecho civil. En la ciencia helenística se entendía por *ars* (palabra esta que traduce el término griego *techne*) a la disposición sistemática del conocimiento con base en los conceptos de la lógica (o, como entonces se decía, de la dialéctica), que fundamentalmente son la definitio, la divisio en genera y species y la partitio en partes. El resultado de estas operaciones da lugar a una serie de conceptos que pueden ser ordenados según su grado de generalidad o especialidad, y ello determina la organización de un conjunto de conocimientos que de otra forma se encuentran esparcidos.⁴² Entre otras, finalidad muy principal de este método era el de facilitar el aprendizaje de la ciencia respectiva.

Como se sabe, la época helenística fue fecunda en este tipo de obras concernientes a variados campos científicos.⁴³

definitio / divisio, gen / partitio (partes)

⁴² NÖRR, D., *Divisio und partitio* (Berlin, 1972); TALAMANCA, M., *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi*, en *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese* (Roma, 1977), vol. II. Vid. GUZMAN, A., *Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), pp. 17 ss.

⁴³ Sobre esto: FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaft in der Antike* (Göttingen, 1960).

Así con la retórica, que había comenzado a ser objeto de examen racional más allá de su mera práctica ya en el s. V a. C. De las obras teóricas de que tenemos noticias conservamos una conocida con el nombre de *Rhetorica ad Alexander*, durante mucho tiempo atribuida a Aristóteles, y hoy, por la opinión común, a Anaxímenes de Lampsaco (c. 380-320 a. C.); ella debió de ser redactada en torno al año 340 a. C., es decir, con anterioridad a la *Rhetorica* del propio Aristóteles, que, según los expertos, parece haber sido compuesta entre el 329 y el 323. Durante la época helenística tuvo gran importancia, empero, la obra de Hermágoras de Temnos (s. II a. C.), que de una u otra manera influyó en las teorías de todos los retóricos latinos: en Cornificio, a quien se atribuye la llamada *Rhetorica ad Herennium* (redactada posiblemente entre el 88 y el 85 a. C.), durante largo tiempo considerada como obra de Cicerón; en este mismo en cuanto verdadero autor de diversas obras del género como el *De inventione*, las *Partitiones oratoriae* y la *Topica*. Durante la época del principado cabe mencionar a Quintiliano (c. 35 - c. 98 d. C.) autor de unas *Institutiones oratoriae*. Otros ejemplos son el de la simplemente denominada *Techne* de Dionisio de Tracia (c. 170-90 a. C.), relativa a la gramática; la *Eisagoge armonike* de Cleonides (s. II a. C.), sobre música; los *III libri rerum rusticarum*, sobre agricultura, de Terencio Varrón, escritos hacia el año 37 a. C.; los *X libri de architectura*, de Vitrubio, compuestos entre el 27 y el 23 a. C.; los *VIII libri medicinae* de Cornelio Celso (de época de Tiberio). El más famoso de todos, por cierto, fue aquel titulado *Elementa*, de Euclides (s. IV-III a. C.), sobre geometría.

A este tipo de literatura, por regla general nada de original (salvo en el caso de Aristóteles), y que se limitaba a sistematizar un conocimiento esparcido anterior, pertenece el manual institucional de Gayo, cuyo nombre ya es índice de su finalidad: enseñar (instruere).

Su punto de partida es desde luego la noción de ius que viene presentado como objeto de dos operaciones dieréticas fundamentales: una primera partitio, de la que resultan las diferentes fuentes de que está compuesto el derecho, y cuya exposición, aunque muy breve, introduce el manual; y una nueva partitio tricotómica en ius que atañe a las personae, a las res y a las actiones. Es a partir de esta tricotomía que se desarrolla la exposición del derecho civil, pero siempre con recurso a la técnica de nuevas partitiones y divisiones, cuyos conceptos resultantes son definidos en cada caso.

Gayo se encontró con el binomio corpora y iura en el lenguaje jurídico, por un lado, y con la distinción corporale e incorporeale en la especulación filosófica, por otro, los que hizo coincidir en el modo antes examinado, creando la clasificación de las res en corporales e incorporeales. Esta oportuna clasificación le permitió desarrollar el miembro res de su tricotomía fundamental personae res actiones. En

efecto, cuando examinamos la parte de la obra dedicada a las *res*, observamos que en ella se trata, por un lado, de los *corpora*, es decir, de las *res corporales*, y, por otro, de los derechos reales (usufructo y servidumbres), del derecho sucesorio y del derecho de obligaciones. A todo ello están dedicados los libros II y III. El libro I trata de las *personae* y el IV de las *actiones*, esto es, del proceso. Observando el asunto desde otro punto de vista, se advertirá que el recurso sistemático al concepto de *res incorporales* contiene en potencia el tratamiento de todo el derecho patrimonial, pues nada menos que se trata de lo que hoy forma la materia de los libros II, III y IV del Código Civil.

Tal es, pues, la única virtualidad de la distinción: servir de instrumento para la construcción del sistema expositivo del derecho.⁴⁴ Fuera de ello, carece de mayor interés teórico y aplicación práctica.

Gayo, en efecto, vuelve a recurrir a la noción de cosa incorporal sólo en pocos lugares, como son: (i) Gai. 2.17, para decir que casi todos los *incorporalia* (no dice *res incorporales*) son *res nec Mancipi*, excepto las servidumbres, que son *res Mancipi*; (ii) Gai. 2.28, para indicar que las *res incorporales* no aceptan la *traditio*; (iii) Gai. 3.83, para advertir que cuando un *pater familias* se da en *adrogatio* o una mujer *sui iuris* se da *in manum*, todas las cosas corporales e incorporales que eran suyas en ese momento resultan adquiridas por el adoptante o el que asume la potestad de la *manus*, excepto las que se extinguen por el cambio de estado o *capitis deminutio*; (iv) Dig. 41.1.43 (pasaje extraído del comentario *ad edictum provinciale*), para expresar que las cosas incorporales no admiten tradición ni usucapión. En estos pasajes la expresión *res incorporales* siempre la podemos reemplazar por *iura*. Por otro lado, la escasez del empleo de aquélla revela que Gayo estaba ajeno a todo intento de aprovecharla para denotar un concepto general de uso ordinario

⁴⁴ Según ZAMORANI, P., *Gaio e la distinzione "res corporales" e "res incorporales"*, en *Labeo* 20 (1974) 3, pp. 362 ss., la distinción habría sido formulada para sobreponerla, aunque no cancelar, a la antigua diferenciación entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, cuyo principal rasgo separador era el modo de transferirse entre vivos cada tipo de cosas: mediante *mancipatio* (o *in iure cessio*) las primeras, y a través de una *traditio* las segundas; en época alto-clásica esta distinción había entrado en crisis, desde que el pretor introdujo la *actio Publiciana* y la *exceptio rei venditae et traditae*, que también sirven al que recibió una *res Mancipi* sin la formalidad de la *mancipatio* o la *in iure cessio* mas por simple tradición, de manera que este modo de hecho pasó a ser general; en tales circunstancias la división arcaica de las cosas perdió trascendencia; y entonces Gayo habría querido establecer otra, entre cosas que admiten tradición y que no la admiten; las primeras son las *res corporales* (sean *Mancipi* o *nec Mancipi*), y las segundas son las *incorporales*. No vamos a negar que hay la equivalencia señalada por Zamorani (vid. Gai. 2.19 y 2.28); pero sí que ella haya sido, para Gayo, la clave de la división entre *res corporales* e *incorporales*; en efecto, si tal hubiera sido, el lugar apropiado para decirlo habría sido el inmediatamente siguiente a aquel en que ella aparece establecida; pero no es así.

en la exposición, como si dijéramos una suerte de teoría general de las cosas incorporales, o en la solución de problemas. Esto se explica: como ya dijimos, prácticamente la función de este concepto se agota con permitir la introducción de todo el derecho patrimonial en la tricotomía *personae res actiones*.

VII. LA DISTINCIÓN GAYANA EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

1. La clasificación gayana pasó desapercibida a todo el resto de la época clásica. Ello se entiende porque, según todas las apariencias, el mismo Gayo no fue conocido por los juristas contemporáneos y posteriores, debido lo más probablemente a que él no vivió en Roma sino en alguna provincia oriental, y a que no fue un jurista sino en el sentido clásico de la palabra, esto es, dedicado a dar consulto en el sentido clásico de la palabra, esto es, dedicado a dar dictámenes (*responsa*), y más bien parece haber sido un maestro de alguna escuela de retórica, encargado de enseñar el derecho elemental a los estudiantes de *oratoria*, todo lo cual explica sus intereses institucionales y su amor por el sistema. No es, pues, un hecho aislado el desconocimiento sufrido por la clasificación entre los juristas urbanos de los siglos II y III d. C. Pero que no se la encuentre en ellos es además un índice muy seguro de que fue Gayo el inventor de la dicotomía. Si, en efecto, hubiera rastros fidedignos de su uso, ello querría decir que la distinción ya era patrimonio común de la jurisprudencia anterior.

2. La fama de Gayo se inició en la época postclásica (que convencionalmente damos por iniciada el año 224 d. C., en que murió Ulpiano, el último jurista clásico). Debido precisamente al rasgo elemental de muchas de sus obras, especialmente de las *Institutiones*, a su carácter sistemático y a la claridad del estilo, aquéllas comenzaron a ser útiles en una época que ya no podía entender la alta ciencia de los clásicos y que buscaba manuales de derecho usual lo más breves y ordenados posibles. Las *Institutiones* calzaron perfectamente con el nuevo espíritu y Gayo comenzó a ser considerado como un jurista relevante en el mismo pie que los grandes juriconsultos epigonales de la época clásica: Paulo, Papiniano y Ulpiano. Esto aseguró la permanencia de sus obras. En lo que aquí interesa, eso garantizó que su sistema institucional, una de cuyas partes, la concerniente a las *res*, se basaba en la dicotomía *res corporalis-incorporalis*, consiguiera aceptación. De hecho, al subir Justiniano al trono imperial (527 d. C.), desde hacía mucho tiempo que

las *Institutiones* era el manual en uso para el primer año de la carrera de derecho.

Se alude a los conceptos gayanos en los siguientes textos postclásicos: (i) el llamado "Epítome de Gayo" (2.1.2-3): "Por lo demás, algunas cosas son corporales y algunas incorporales. Son corporales las que pueden ser tocadas con la mano, como un campo, un esclavo, una vestimenta, el oro, la plata y otras similares a éstas. Incorporales son las que no pueden ser tocadas, las cuales son aquellas que consisten no en un cuerpo sino en un derecho, así como es la herencia y las diversas obligaciones escritas provenientes de diversos contratos. Y aunque la herencia o la compra o los diversos contratos contengan en sí cosas corporales, sin embargo el derecho de la herencia misma o de la compra o de los otros contratos es incorporal. También son incorporales los derechos de los predios rústicos y urbanos".⁴⁵ Por cierto, aquí se trata de un resumen del texto original de las *Institutiones* transcrito más arriba: (ii) las "Sentencias de Paulo" (3.6.11): "A través del legado *sinendi modo* pueden ser legadas tanto las cosas corporales cuanto aquellas que consisten en un derecho; y, por tanto, se lega válidamente a un deudor lo que él debe";⁴⁶ pero la torpe generalización de esta *sententia* queda a la vista cuando se recuerda que la *hereditas*, que es una *res incorporalis*, no se puede legar: (iii) el llamado "Epítome de Ulpiano" o "Reglas de Ulpiano", que en el manuscrito aparece como *Tituli ex corpore Ulpiani* (19.11): "También las cosas incorporales pueden ser cedidas *in iure*", como el usufructo y la herencia y la tutela legítima de las libertas";⁴⁷ texto éste que, como tantos otros de la misma obra, constituye un reflejo generalizado, resumido y hasta deprimido de Gayo.⁴⁸ También debemos considerar como influida por Gayo la no-

⁴⁵ Gai. Epit. 2.1.2: *Præterea quaedam res corporales sunt quaedam incorporales. Corporales sunt quæ manu tangi possunt: velut ager, mancipium, vestis, aurum, argentum et his similia. Incorporales sunt quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ non in corpore sed in iure consistunt, sicut est hereditas et obligationes de diversis contractibus scriptæ. Et licet hereditas vel emptio aut diversi contractus res corporales in se habeant, ius tamen ipsius hereditatis vel emptionis aliorumque contractuum incorporale est. 3. Incorporalia etiam sunt iura prædiorum urbanorum et rusticorum.*

⁴⁶ Paul. Sent. 3.6.11: *Sinendi modo tam corporales res quam quæ in iure consistunt legari possunt; et idem debitori id quod debet recte legatur.*

⁴⁷ Tit. Ulp. 19.11: *In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus et hereditas et tutela legitima libertæ.*

⁴⁸ Gai. 1.168-170 trata de la posibilidad de *in iure cedere* la tutela legítima de las mujeres, con la advertencia (1.171) de que, después de la *lex Claudia*, eso ya no es más posible, al haber sido abolida la tutela legítima de las ingenuas; pero Gayo deja en la penumbra la cesibilidad de la de las libertas. De ello el anónimo autor del llamado "Epítome de Ulpiano" extrajo la conclusión, a contrario, de que era cesible. Por otro lado, el propio Gayo dice que el usufructo (Gai. 2.30) y la herencia (Gai. 2.34) admiten *in iure cessio*. Como en Gayo los *res incorporales*, el anónimo autor dedujo que la mencionada tutela también lo es, de donde la generalización "las cosas incorporales pueden ser cedidas *in iure*", sin reparar en que las obligaciones no aceptan este modo de transferencia, como el mismo Gayo lo advierte (Gai. 2.38). De esta manera, que la tutela sea una *res incorporalis*, algo que Gayo no dice, no pasa de ser una ineptia del autor de esta obra, por lo demás anacrónica, pues

ción bizantina de *ius incorporale* (*asomaton dikaiōn*). La fuente original sigue siendo Gai. 2.14: "pues el derecho de la sucesión misma y el derecho del uso y del disfrute mismo y el derecho de obligación mismo es incorporal" (*nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*), en donde ese autor, como defendiendo su noción de *res incorporalis*, dice que no es objeción a que el usufructo, la herencia o una obligación pertenezcan a aquel género, el hecho de recaer sobre cosas corporales, ya que el derecho mismo es el incorporal. Es claro, sin embargo, que el término técnico de Gayo es *res incorporalis* y no *ius incorporale*. Pero los bizantinos adoptaron este último a veces para designar a los *iura* que Gayo denominó *res incorporales*, en oposición al dominio, que vino a constituir así una suerte de *ius corporale* (la cosa misma en cuanto jurídicamente perteneciente a alguien); y a veces para designar a la *actio* concebida como algo separado y distinto de la situación o relación jurídica que ella ampara. De todos modos, la esencia del concepto bizantino de *ius incorporale* no es algo diferente de la noción gayana de *res incorporalis* en cuanto se trata de entidades típicas que derivan su consistencia del derecho; en algunos casos incluso la terminología *res-iur* es oscilante.⁴⁹

Como es sabido, la reforma jurídica impulsada por Justiniano determinó un cambio en los estudios, y ello le obligó a reemplazar el manual gayano por uno nuevo. En homenaje a la antigüedad, sin embargo, el emperador se limitó a revisar y modernizar las *Institutiones*, que ahora se denominaron "de Justiniano", y en esta reedición, por cierto, se conservó la dicotomía *corporalis-incorporalis* que tanta importancia tenía para la consistencia del sistema institucional.⁵⁰ El fragmento de las *Institutiones* de Gayo, que contiene la misma fue además incluido en el *Digesto*,⁵¹ y el propio Justiniano utilizó los conceptos en algunas constituciones suyas.⁵² Con todo esto la cla-

desde hacía mucho tiempo que la tutela de las mujeres había desaparecido. Ahora bien, en una época más antigua, casi arcaica, la tutela legítima era un *ius* transferible, con contenido patrimonial, y si tal situación se hubiera mantenido hasta la época de Gayo, él con toda naturalidad la habría podido considerar como una *res incorporalis* (aunque su sistema sufriera, ya que entonces la tutela legítima debería pasar desde la parte de *personis* a aquella de *rebus*).

⁴⁹ Sobre esta materia: CUGIA, S., To 'aswmaton dikaiōn (*Il diritto incorporale*), en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* n.s. 1 (42 de la integra colección, 1934), pp. 432 ss.

⁵⁰ Inst. Iust. 2.2 pr.3. El texto es prácticamente idéntico al de las *Institutiones* de Gayo (2.12-14) transcrito supra n. 36. Entre las variantes que aquí interesan se encuentra ésta: donde Gayo dice *iure consistunt*, Justiniano dice *in iure consistunt*; pero a este tema nos referiremos enseguida.

⁵¹ Dig. 1.8.1.1, en donde también se lee *in iure consistunt*.

⁵² Notablemente en Cod. Iust. 7.33.12.4, en donde el emperador extiende ciertas reglas de la *longi temporis præscriptio* inicialmente establecidas para los inmuebles, de este modo:

sificación tuvo asegurada su transmisión a las épocas sucesivas, ligando su suerte, pues, a la de todo el *Corpus Iuris* justiniano.⁵³

Ya varias veces se ha llamado la atención acerca de este hecho: que mientras Gayo en sus *Institutiones*, de las cosas incorporales dice *iure consistunt*, las fuentes posteriores que repiten sus dichos, se inspiran en ellos o son edición justiniana de aquella obra, dicen *in iure consistunt*. Así en Gai. Epit. 2.1.2; Paul. Sent. 3.6.11; Cod. Iust. 7.33.12.4, todos ya transcritos, lo mismo que en Inst. 2.2.2 y Dig. 1.8.11. Eso incluso ha llevado a algunos editores modernos de las *Institutiones* a suplir o integrar la preposición *in* en el texto original, considerada como caída ahí por error de copia. Estrictamente la preposición no hace variar forzosamente el sentido de la expresión, e incluso hasta refuerza el original, pues *in iure consistere* continúa significando "tener fundamento en el derecho" (ser en virtud del derecho) en vez de "consistir en un derecho" (ser un derecho). Pero es posible que en la época postclásica se hubiera perdido dicho sentido original, y que al decirse *in iure consistunt* se haya entendido decir "consisten en un derecho" (son un derecho), como parece ser el caso de Epit. Gai. 2.1.2: *qualia sunt ea, quae non in corpore, sed in iure consistunt*, que no podría ser bien traducido: "las cuales son aquellas que tienen su fundamento no en un cuerpo sino en el derecho", pero sí como: "las cuales son aquellas que consisten no en un cuerpo sino en un derecho" (es decir: "son no un cuerpo sino un derecho").⁵⁴ Debe advertirse, empero, que esta discusión sobre la función de *ius* en la expresión (*in iure consistunt* nada prejuzga para el tema de si los romanos conocieron el

"Debiéndose observar lo mismo también si las cosas no sean raíces sino incorporales, que consisten en un derecho, como el usufructo y las demás servidumbres" (*Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes*). Se advertirá que también aquí se dice *in iure consistunt*.

⁵³ Aunque este tema no nos interese particularmente ahora, debe recordarse que el sistema institucional gayano-justiniano de *personae* y *res*, conteniendo éstas a los derechos reales, la sucesión y las obligaciones con sus fuentes, y todo ello precedido de una introducción sobre las fuentes del derecho en general (títulos preliminares), está en la base del de las modernas codificaciones civiles. Para el Código chileno: vid. GUZMÁN, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), vol. I, pp. 391 ss.

⁵⁴ TELLEGEN, Jan Willen, "*Res incorporalis*" et les codifications modernes du droit civil, en *La-beo* 40 (1994) 1, pp. 35 ss., ha sustentado una nueva tesis sobre el concepto gayano, fundada en la expresión *in iure consistunt*, que para él así habría figurado en el original salido de las manos de Gayo. Dicha expresión estaría conectada con otra muy conocida, como es *in iure*, que se usa para designar la etapa *in iure* del proceso (de donde la locución *in iure cessio*) y cuyo significado es "en el lugar en donde se administra la jurisdicción", es decir, "la sede del pretor" (cfr. Dig. 1.2.11: *locus, in quo ius redditur*). Según esto, el autor piensa que *res incorporales* como aquellas *qui <in> iure consistunt* vendría a querer decir "cosas que sólo existen *in iure*", esto es, en sede procesal, en cuanto vindicables con una acción *in rem* o reclamables con una *in personam*. No estamos en condiciones de aceptar esta tesis.

concepto de derecho subjetivo, porque *ius* ahí puede interpretarse (como nosotros creemos) en sentido objetivo; pero es claro que la lección *in iure consistunt* que los juristas de la época moderna tuvieron a la vista en las *Institutiones* de Justiniano y en el Digesto fue importante, porque ellos entendían *ius* en sentido subjetivo, de modo que lo que empezó por ser una *qualitas moralis* y una *facultas*, terminó por ser una *res*.⁵⁵

VIII. LA DISTINCIÓN GAYANO-JUSTINIANA EN EL DERECHO COMÚN

La recepción de la dicotomía *res corporalis-incorporalis* en el *Corpus Iuris* permitió que ella pasara a constituirse en patrimonio general de la ciencia jurídica medieval y moderna. Lo cual se explica. Ya en Gayo, como vimos, y lo propio ocurre en Justiniano, la distinción tenía virtualidad sistemática, y esa virtualidad había sido empleada en ambas *Institutiones* para incluir en la parte concerniente a las *res* toda la materia sobre derechos reales, derecho sucesorio y derecho de obligaciones, de suerte que la división era necesaria para justificar por qué se obraba de esa manera. La ciencia jurídica medieval respetó escrupulosamente la sistemática de los libros justinianos (llamada *ordo legalis*); y aunque la época moderna se caracterizó, entre otras cosas, por intentar nuevas resistematisaciones del derecho, ellas solieron tener como base a la antigua división *personae res actiones*, de modo que tampoco en algo se innovó en lo esencial. En realidad, el sistema ya estaba formado y de él hacía parte funcional la dicotomía, cuando Gayo formó dicho sistema a mediados del s. II d. C.

Por otro lado, como en su momento veremos, la jurisprudencia medieval impulsó nuevos desarrollos del concepto de *res incorporalis*.

IX. LA DISTINCIÓN GAYANO-JUSTINIANA EN LAS CODIFICACIONES EUROPEAS

Sin embargo, la distinción no tuvo una acogida mayor en las modernas codificaciones de Europa.

El *Code Civil* de 1804, pese a basarse su sistema en el institucional gayano-justiniano, omitió la clasificación. Para él, la división

⁵⁵ Sobre esta materia vid. mi trabajo *Para la historia del derecho subjetivo*, en *Revista Chilena de Derecho* 2 (Santiago, 1975) 1-2, pp. 55 ss.

suprema de los bienes—no de las cosas— es entre muebles e inmuebles.⁵⁶ Meras reminiscencias aparecen en su art. 1607 cuando dice que “*La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l’usage que l’acquéreur en fait du consentement du vendeur*”.

La expresión *droit incorporel* se explica aquí como oposición a las cosas materiales sobre que recae dominio. En general, en la doctrina francesa se distingue entre el *droit corporel*, o sea el dominio, y el *droit incorporel*, que alude a los demás derechos reales y a los personales. En esto se sigue, pues, la tradición bizantina.⁵⁷

También en la rúbrica del cap. VIII, tít. VI, lib. III: *Du transport des créances et autres droits incorporels*, en donde se trata de la cesión de créditos y acciones; y en el art. 2075, a propósito de la prenda, con relación al privilegio de pago que ésta otorga, cuando dice que aquél “...*ne s’établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public*...”. Por otro lado, el Código francés considera inmuebles al usufructo sobre inmuebles, a las servidumbres y a la acción reivindicatoria de inmuebles.⁵⁸

Estas reminiscencias no se explican bien ni siquiera como restos del *Projet de l’an VIII* (1800), elaborado por la comisión que presidió Portalis, y que dio origen al Código, porque en él tampoco se encuentra la distinción.⁵⁹

El único cuerpo legal de tradición napoleónica que en Europa conservó la vieja distinción, fue el holandés de 1829, en su art. 559, que dice: “Los bienes se dividen en corporales e incorporeales”, sin ahondar más en el tema, empero. Se trató de una excepción a la nueva línea impuesta por la autoridad del Código francés: habiendo éste desechado la materia, todos los Códigos de él dependientes imitaron su ejemplo,⁶⁰ y, salvo en Holanda, ella terminó por quedar relegada al ámbito doctrinario. En efecto, los comentaristas

⁵⁶ CCFr. art. 516.

⁵⁷ Vid. supra n. 49.

⁵⁸ CCFr. art. 526.

⁵⁹ A su vez, se puede preguntar por qué los codificadores prescindieron de ella, en circunstancias de ocupar un lugar destacado en su modelo habitual: POTHIER, R.-J., *Traité des personnes et des choses*, 2ª part., párrs. 232 y 247 ss. Quizá la respuesta sea que en esta materia aquellos prefirieron ceñirse a DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. prel., tit. II, sec. 1, que omite la clasificación.

⁶⁰ Entre los más importantes destaca al *Code Civil du Royaume de Sardaigne* (1838), el *Codice Civile del Regno d’Italia* (1865) y el *Código Civil de España* (1889), para todos los cuales la distinción suprema es entre muebles e inmuebles, considerando entre estos últimos a los derechos reales recaentes sobre tal tipo de bienes.

tas y tratadistas de los Códigos, llegado el momento de clasificar las cosas, no dejaron de recordar que en teoría existe la distinción entre cosas corporales e incorporeales.

Así ocurrió en la misma Francia ya con los primeros comentaristas del Código. Tal es el caso, por ejemplo, de Delvincourt, *Cours de Code Civil*, lib. II, tít. I, cap. I: *Les biens, considérés en eux-mêmes, sont corporels ou incorporels*,⁶¹ con lo cual el autor inicia la exposición de los bienes. También Toullier, *Le droit civil français suivant l’ordre du Code*, lib. II, tít. I, párr. 6, después de presentar la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, agrega: *L’autre (clasificación) est en biens corporels et incorporels. Cette division des biens est la plus générale, la plus exacte, la plus propre à faire connaître leur véritable nature* (de los bienes).⁶² Delvincourt y Toullier se encuentran entre los fundadores de la “escuela de la exégesis”.⁶³ Esta actitud representa un muy buen ejemplo de la persistencia de las categorías del derecho romano entre los juristas por sobre el dictado de las codificaciones modernas.

Mención especial merece el proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena, no sólo por el influjo que tuvo en el propio Código español de 1889, sino también por su incidencia en algunos países de América. Debe, pues, recordarse que ese proyecto no aceptó la distinción como categoría general, seguramente por influencia del Código francés, su modelo general; pero dentro del título concerniente a la compraventa ofrece un art. 1387 que alude expresamente a los “*bienes incorporeales*” para decir que cuando han sido vendidos su entrega se hace por escritura pública, o por la entrega de los títulos o por el uso del derecho consentido por el vendedor; en el comentario, García Goyena cita a Gayo y otros textos del *Corpus Iuris*.⁶⁴ Este mismo esquema pasó al Código español, quien no reconoce categoría general a la distinción corporal-incorporal, aunque emplee el concepto de cosa incorporal para regular la manera de hacer su entrega en caso de venta, siguiendo el texto del ya examinado art. 1387 del proyecto (= 1464 CC. Esp.).

El Código prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) también había prescindido de la clasificación; pero

⁶¹ Usamos la edición Paris, Vidécoq, 1834, t. I, p. 139. La obra data de 1808 con el nombre de *Institutes de droit civil*, en 1813 convertida en *Cours de droit civil*.

⁶² La obra fue publicada en 1811; aquí empleamos la edición Paris, Warée, 1819, t. III, p. 4.

⁶³ BONNECASE, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil* (trad. cast., Puebla, Mexico, Cajica, s. d., pero de 1944), p. 40.

⁶⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), t. 3, pp. 377 s.

el austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) la recogió en su párrafo 291, y en el 292 explicó que las cosas corporales son aquellas que caen bajo los sentidos y que, en caso contrario, son incorporeales, como por ejemplo los derechos de caza, de pesca y todos los otros derechos. Pero la conservación de la dicotomía por el ABGB. austríaco no tuvo eco en el área. La pandectística alemana fue especialmente hostil a ella, lo cual explica que el Código Civil del "Reich" de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) dijera en su párrafo 90 que "Cosas en el sentido de la ley son solamente objetos corpóreos",⁶⁵ eliminando, así, la categoría misma de las cosas incorporeales.

El Código Civil más importante del s. XX, es decir el italiano de 1942, no recogió la distinción,⁶⁶ que ya se había perdido en su legislación nacional, porque el precedente Código de 1865, modelado sobre el napoleónico, también había hecho dejación de ella, como antes dijimos, unido esto a la posterior influencia germánica en el mismo sentido, recibida del BGB. de 1900.

X. LA DISTINCIÓN GAYANO-JUSTINIANEA EN LAS CODIFICACIONES AMERICANAS

Todo lo contrario de lo ocurrido en Europa acaeció en América. El caso más curioso es el de Luisiana. Los arts. 460 a 470 del *Digeste de la loi civile* (1808) de ese estado de la Unión, desde 1825 llamado *Code Civil*, recogieron la clasificación, pese a que su modelo ordinario fue el antes citado *Projet de l'an VIII* francés; aquello quizá se explique porque en ocasiones los codificadores luisianos acudieron además directamente a los autores del derecho común (por ejemplo, a Pothier),⁶⁷ en donde la hallaron.

En el área hispanoamericana, el primer Código relativamente original, es decir el peruano de 1852, reprodujo la dicotomía en su art. 454, quizá basado en el párrafo 292 del ABGB., ya que dice: "*Las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporeales. Corporales son las que percibimos con los sentidos; las demás son incorporeales, como los derechos y acciones*". Esta redacción, en efecto, sigue la planta del mencionado párrafo, con algunas modificaciones.

⁶⁵ BGB., párr. 90: "*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*".

⁶⁶ CCIt., art. 810: "*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*". El art. 812 distingue entre muebles e inmuebles; y el art. 813 hace aplicables las normas sobre unos y otros a los derechos según el tipo de cosa sobre que éstos recaen.

⁶⁷ Vid. supra n. 59.

Enseguida se presenta el Código chileno de 1855, que también mantuvo la distinción, aunque de él por ahora no nos ocuparemos. Pero el *Esboço* de Teixeira de Freitas (1860-1863), que, como se sabe, Pero el *Esboço* de Teixeira de Freitas (1860-1863), que, como se sabe, jamás se convirtió en Código del Brasil, la suprimía, como consecuencia de la amplia crítica a que la sometió su autor en nota al art. 317 del proyecto.⁶⁸ Dicho ataque fue decisivo para que el argentino Vélez Sarsfield también prescindiera de la clasificación en su Código de 1869.⁶⁹ Los demás de la región siguieron el esquema francés directamente o a través del proyecto español de García Goyena o el Código Civil español de 1889, el chileno o el argentino; en el s. XX se ha agregado la influencia del Código italiano de 1942; de modo que la suerte corrida por la distinción estuvo determinada según el modelo acogido.

Así en Ecuador (arts. 554 y 565 ss.) y en Colombia (arts. 653 y 664 ss.) aún sigue vigente la distinción, porque todavía ahí tiene vigencia el Código chileno; éste rigió, y con él aquella, también en Venezuela, si bien efímeramente (1862),⁷⁰ Nicaragua (entre 1867 y 1904) y Honduras;⁷¹ el Código de El Salvador (1859), por estar casi enteramente basado en el chileno, conserva la clasificación en su art. 567; por influencia del Código chileno, ella fue adoptada asimismo por los del Uruguay (1869) en sus arts. 460 y 471 ss., Guatemala (1877) en sus arts. 503 y 504 y Costa Rica (1888) en sus arts. 253 y 258 ss. El Paraguay, en cambio, que en 1876 recibió enteramente el Código de la Argentina,⁷² desconoce la clasificación. Lo propio ocurrió en Bolivia, mas por otras razones: primero por haberse fundado su codificación en la francesa (1831) y después, en buena parte, en la italiana (1975).⁷³ El Perú, que inauguró en Hispanoamérica la recepción codificada de la vieja clasificación, la perdió en sus Códigos de 1936 y 1984.⁷⁴ El Código mexicano de

⁶⁸ Tampoco el Código Civil de 1917 conservó la clasificación.

⁶⁹ El art. 2311 original del Código argentino decía: "*Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor*"; la nota de Vélez Sarsfield cita expresamente la crítica de Teixeira de Freitas dirigida a identificar cosa con objeto material, y se adhiere a ella. No obstante, aquél consideró que los derechos con valor pecuniario son bienes, aunque inmateriales (art. 2312 y nota).

⁷⁰ Fue puesto en vigencia por el Presidente José A. Páez.

⁷¹ Entre 1880 y 1898 la primera vez, y desde 1906 la segunda (arts. 599 y 610 ss.). Entre medio Honduras adoptó el Código español.

⁷² Revisado en 1986 y promulgado como nuevo Código.

⁷³ El art. 74 del Código boliviano de 1975 dice que son bienes las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derechos; de donde cabría deducir que las cosas incorporeales pueden considerarse incluidas entre las inmateriales, aunque no agoten el género.

⁷⁴ El primero se limitaba a declarar inmuebles a los "*derechos sobre inmuebles, inscribibles en el registro de la propiedad*" (art. 812 N° 8), y muebles a los "*derechos comprendidos en la propie-*

1884 (año en que adquirió vigencia general en la federación, pero que había sido promulgado en 1871 en el distrito de Ciudad de México), muy influido por el proyecto de García Goyena y, por ello, indirectamente por el Código francés, también desconoce la distinción, no sólo con carácter general, como el proyecto español, sino incluso en la única materia en que éste la reconocía, es decir, a propósito de la entrega de los derechos vendidos;⁷⁵ el Código federal mexicano de 1932 mantuvo esta tradición. Como, por otro lado, desde 1889 el Código Civil español de ese mismo año empezó a regir en Cuba y Puerto Rico, que por entonces aún hacían parte de la Corona de España, la prescindencia que aquel Código hizo de la clasificación determinó que ambos países se alinearan entre los demás de la zona que también por otras razones la desconocieron.

XI. CONCLUSIÓN

Un balance general de la legislación permite sostener que la vieja dicotomía se batió en retirada en Europa, pero que se consolidó legislativamente en parte de Hispanoamérica (y en Luisiana); esto llegó a ser especialmente válido para Chile, país que ha venido a convertirse en su tierra de promisión, porque nada menos que ha sido elevada a rango constitucional; este desarrollo, sin embargo, data de la segunda mitad del s. XX; hasta entonces no tuvo mayor virtualidad práctica, si bien, por estar en la ley, recibió la consideración, más que todo académica, que le daba su teórica posición preeminente en el sistema del Código Civil.

dad literaria y artística y en la propiedad industrial" (art. 819 N° 5) y a los "derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son de los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812" (art. 819 N° 6). El Código de 1984 conserva su estatuto de inmuebles a los derechos sobre inmuebles inscribibles (art. 885 N° 10), y de muebles a los derechos patrimoniales de autor, inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares (art. 886 N° 6), pero eliminó de la enumeración a los derechos referentes a muebles. Por otro lado, el art. 884 dice que "las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial".

⁷⁵ El art. 2984 del Código mexicano de 1884 reemplaza la terminología "entrega" y "cosas incorpóreas" del proyecto de García Goyena por "traslación de los derechos".

CONCEPTO DOGMÁTICO DE COSA INCORPORAL

I. LA HISTORIA LEGISLATIVA DEL ART. 565 CC.

1. El punto de partida de nuestra indagación debe ser el art. 565 CC.: "Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas". La disposición ofrece tres conceptos al examen: el de "bien", por un lado, y los de "cosas corporales" e "incorpóreas", por otro. Pero el concepto fundamental, en la disposición por cierto, es el primero; de acuerdo con ello es que la rúbrica del libro II CC. reza: "De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce, y la de su tit. I: "De las varias clases de bienes". Es interesante examinar la historia legislativa de esta disposición.

2. La rúbrica en el Prmr. Pyto. era "De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce"; en concordancia con ella, su art. 1° decía: "Las cosas que constituyen bienes y forman el haber o patrimonio de cualquiera persona se dividen en corporales e incorpóreas". Sin embargo, la rúbrica del título I, que introducía esta disposición, era: "De las varias clases de bienes".

El art. 668 del Pyto. 1853 expresaba por su lado: "Las cosas que constituyen bienes y forman parte del haber o patrimonio, se dividen en corporales e incorpóreas". Es decir, prácticamente mantuvo la redacción del Prmr. Pyto., con la agregación de "parte del" y supresión de "de cualquiera persona". La rúbrica del libro II del Pyto. 1853 ahora fue, sin embargo: "De los bienes", etc., y la de su tit. I continuó como "De las varias clases de bienes".

3. La explicación de las normas del Prmr. Pyto. y del Pyto. 1853 la encontramos en Bello, *Instituciones*, lib. II, tit. I: "Las cosas están en nuestros bienes o patrimonio o fuera de él. A las primeras llamaban los

un libro pta

romanos pecunia como nosotros caudal o haber". De acuerdo con esto, el concepto de "cosa" es absoluto, y relativo el de "bienes" o "patrimonio". Estas últimas nociones no se identifican sin más con la primera y propiamente aluden a una "posición jurídica" de las cosas, pues se trata de ellas en cuanto están en un patrimonio o haber, es decir, en cuanto pertenecen a alguien. Por esto es que aquí no se trata de definir las cosas en sí, ni tampoco propiamente los bienes, sino de describir la composición de estos últimos.

El modelo seguido por Bello para el párrafo recién transcrito de sus *Instituciones* fue Heinecio, *Recitaciones*, lib. II, tit. 1, párrs. 310-312: "...el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no están en el patrimonio de nadie. Al contrario, las que forman nuestro patrimonio se llaman bienes (en latín pecunia)...", en donde se aclara más perfectamente que los conceptos de "patrimonio" y de "bienes" aluden a una pertenencia de las cosas.⁷⁶ En el derecho clásico, *patrimonium* es palabra técnica del derecho civil, y *bona*, del derecho pretorio; pero son sinónimas.

Lo propio acaece en las disposiciones de los proyectos; ellas se refieren únicamente a ciertas "cosas": a las que ofrecen la calidad de "bienes", a las que pertenecen a alguien. Debido a ello la redacción "...que constituyen bienes" y "forman parte del haber o patrimonio..." viene a ser redundante, pero ambas frases se refuerzan mutuamente en la idea que se intentaba expresar; en otras palabras, se trató de una endiádis.

Que ahí no se intentaba definir ni describir las cosas en sí queda demostrado por el hecho de que las *res nullius* y las *res derelictae*, que ciertamente son cosas corporales, quedan fuera de la consideración de los artículos de los proyectos, pues no teniendo actualmente un dueño, no son bienes. Bello no siguió el esquema de sus *Instituciones*, en donde la idea inicial era la de cosas que pueden estar dentro o fuera de un patrimonio, y se limitó a hablar de las primeras en los proyectos. El Pyto. 1853 eliminó, como vimos, "de cualquiera persona", seguramente por innecesaria.

4. El texto que ahora leemos en el Código proviene del Pyto. Inéd., art. 668 (= 565 CC.). Se eliminó la frase "forman parte del haber o patrimonio"; y se invirtió el orden de los conceptos, pues antes

⁷⁶ Acerca de la influencia de Heinecio en Bello (quien se basó en los *Elementos* y *Recitaciones* de aquél para componer sus *Instituciones*) vid.: HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1983), especialmente los caps. I y II.

era: "las cosas que constituyen bienes", y ahora: "los bienes consisten en cosas". Este cambio es intrascendente. La eliminación sin duda obedeció a la manifiesta redundancia de la frase afectada, como antes vimos; y la inversión no alteró el sentido de la disposición, que continuó siendo el mismo: siempre se trata de las cosas en cuanto pertenecen a alguien, para decir que ellas no pueden ser sino corporales o incorporales; en otras palabras, todavía se trató de describir la composición del patrimonio.

La decisión de iniciar la norma con el concepto de "bien" pudo estar influida por Delvincourt, *Cours*, t. I, p. 139: "*Sous le nom de biens on comprend toutes les choses qui peuvent être l'objet d'une propriété publique ou particulier*". De todos modos, en este texto hay un pequeño matiz de diferencia, pues el concepto de *biens* no envuelve la actualidad del dominio sino su posibilidad, no la efectiva apropiación sino su apropiabilidad. Según ello, las *res nullius* y las *res derelictae* serían bienes en cuanto apropiables. Este matiz no aparece en el art. 668 del Pyto. 1853, para el que, estrictamente, dichas cosas no son bienes (no están en el patrimonio).

II. COSAS Y BIENES

El art. 565 CC., en contra de la apariencia, no contiene una división sino una partición, para emplear los términos usados en dialéctica.

Por la primera se entiende la distinción en género y especies, como cuando se dice "hecho, hecho jurídico, acto jurídico, convención, contrato, contrato bilateral y unilateral", etc., queriendo indicarse que "hecho" es el concepto genérico supremo, en el cual se contiene el subordinado "hecho jurídico", del que "acto jurídico" es especie también subordinada, en la cual se comprende la subespecie "convención", de la cual el "contrato" es una nueva subespecie, en donde se integran, a su vez, el "contrato unilateral y bilateral" como otras tantas subespecies.

Por partición, en cambio, se entiende la distinción de los elementos o partes componentes de un todo, como cuando se dice que el acto jurídico consta de capacidad, voluntad, objeto y causa; estos elementos no son especies del acto jurídico, sino elementos componentes de él.⁷⁷

⁷⁷ Bello conocía estas operaciones: vid. su *Filosofía del entendimiento*, cap. II, en *Obras completas*, III: *Filosofía* (Caracas, La Casa de Bello, 1982), pp. 419 s.

Las cosas corporales e incorporeales no son especies del "género" bien(es), sino que son partes del "todo" bien(es). Ya la redacción del artículo lo da a entender: dice "consisten" en el sentido de "se componen". Pero la verificación definitiva proviene de la sencilla observación de que puede haber cosas que no sean bienes, así como puede haber voluntad sin que exista acto jurídico (o, en el orden material, un brazo sin que exista cuerpo, por ejemplo). Si las cosas corporales e incorporeales fueran especies del género bienes, no podría haberlas sin estar comprendidas en su género, así como no puede haber un acuerdo de voluntades destinado a crear derechos y obligaciones que no esté comprendido en el género contrato. Pero las hay, como son las *res nullius* y las *res derelictae*, que siendo cosas no son bienes.

La conclusión de lo anterior es que el concepto de "bien", aunque no aparezca definido en sí, es reconocible por los elementos que lo integran como partes suyas, y que éstas son "cosas corporales o incorporeales", aunque de ello no pueda deducirse que todas las cosas corporales e incorporeales necesariamente formen parte de los bienes.

Podría objetarse que hay bienes que no son cosas corporales ni incorporeales, como las producciones del talento o del ingenio (art. 584 CC.); desde el punto de vista del Código la respuesta es fácil: él las considera no en cuanto cosas sino en cuanto derechos, y por ello dice que ellas son una propiedad de sus autores; en otras palabras, pone su acento en la cosa incorporal y no en su objeto (la creación misma). Como más adelante veremos, esta idea ya no puede sostenerse, porque hoy no debemos ver la relación entre las creaciones del talento y del ingenio y su autor como una propiedad, sino como derechos de propia tipicidad (derechos de autor, derechos industriales), lo cual, empero, tampoco ofrece dificultades, porque ellos siguen siendo cosas incorporeales. El problema surge al verificar que la dogmática moderna ha reconocido que también el objeto de estos derechos especiales posee una autonomía, que ha llevado a hablar de "cosas intelectuales" (mejor sería decir "ideales"); y en este sentido hay que reconocer que la dicotomía tradicional de cosas corporales e incorporeales debería ser reemplazada por una tricotomía, en que el tercer término es el mencionado de las "cosas ideales".

III. COSAS INCORPORALES Y DERECHOS

El inc. 2 del art. 565 CC. define las cosas incorporeales así: "...las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas".

El Primr. Pyto., art. 1 inc. 3 decía: "Las que consisten en meros derechos como los créditos, las acciones y las servidumbres activas", el cual proviene de Delvincourt, Cours, lib. I, tit. 1, sec. 2, p. 143: "Les biens incorporels sont ceux qui ne consistent que dans un droit, et qui n'existent, pour ainsi dire, que civilement; telles sont les créances, les actions, les servitudes actives". Aquella redacción fue conservada en el art. 668 inc. 3 del Pyto. 1853. El art. 668 del Pyto. Inéd. suprimió "las acciones", quizá por considerar que era redundante su mención, ya que de todo derecho nace una acción, como ya se decía en sus arts. 681 y 682 (= 577 y 578 CC.).

De acuerdo con esta disposición, pues, cosas incorporeales son los derechos. Esto implica una sinonimia técnica entre ambas nociones; lo cual excluye de inmediato toda posibilidad de considerar como cosa incorporal a algún ente que, sin ser en sí mismo un derecho, se adapte sin embargo al concepto filosófico o, en general, extrajurídico de cosa incorporal. En esto el Código se encuentra en completa conformidad con la historia dogmática de esta figura, que vale la pena recordar resumidamente aquí.

Si, en efecto, volvemos a la tradición intelectual con que históricamente se conecta el concepto jurídico, observaremos que la idea de lo incorporal era sumamente amplia: aquello que no puede ser tocado (percibido por los sentidos). En esa tradición los derechos ciertamente podían ser considerados como especies de lo incorporal, atendida su intangibilidad (insensibilidad); pero no podían agotar el género, pues hay otras especies que, sin ser derechos, tampoco se pueden tocar y que por ende son también incorporeales. Fuera del campo jurídico, los estoicos mencionaban al tiempo, al espacio, al vacío; y Carisio, a la justicia, la dignidad, la piedad. Dentro de él, Cicerón colocaba la usucapión, la tutela, la gens, la agnación; Quintiliano, al ius mismo. Sin duda alguna, cualquier creación del derecho es en sí misma incorporal. Esto no es extraño puesto que el concepto de tal está situado en el segundo plano de la realidad, después de la noción de "ser", por modo que todos los seres o son corporales o son incorporeales.

Pero ya Gayo, el inventor del concepto jurídico de *res incorporalis*, inició la tradición restrictiva al recoger el concepto filosófico para el derecho. Si bien su definición es todavía muy amplia: *res quae tangi non possunt et iure consistunt*, él especificó esta definición a ciertos elementos dotados de patrimonialidad y tradicabilidad muy determinados: el usufructo, las servidumbres, las obligaciones y la herencia, esto es, a los denominados simplemente iusa por la jurisprudencia, en oposición a los corpora. En este esquema no podía entrar la tutela, por ejemplo, que para Gayo no era tema de *res* sino

Gayo imp - unius
No
herencia

{ iura

de *personae*. Esta especificación y tecnificación de lo incorporal operada inicialmente por Gayo la encontramos todavía en el Código, pero incluso aumentada.

En su definición de las cosas incorporales, en efecto, Bello fue más lejos, porque suprimió la base filosófica misma de aquella, cuando se limitó a decir: "*Incorporales [son] las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas*". Se observará, pues, que falta aquí toda referencia a la intangibilidad o insensibilidad de estas cosas y al hecho de tener ellas su fundamento en el derecho o ser creación de éste.

Cierto es, sin embargo, que dicha base aparece en la definición de las cosas corporales que entrega el art. 565 inc. 2 CC.: "*las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos*", ya que nosotros, por la historia de los conceptos implicados, sabemos que, a contrario, las cosas incorporales no pueden ser percibidas por los sentidos (ni tienen un ser real). Pero sigue siendo significativo que Bello se haya abstenido de introducir estos elementos en la definición de las cosas incorporales.

Bello, por consiguiente, prefirió identificar sin más y expresamente los términos "cosas incorporales" y "derechos", eludiendo entrar en el análisis de la esencia denotada por el primero. Con ello en realidad no innovó en nada, mas simplemente extrajo las últimas consecuencias de una identificación que ya encontramos en Gayo.

También se observará que esta operación fue practicada por Bello (siguiendo a Delvincourt) mediante una suerte de versión libre de la frase gayana en la versión postclásico-justiniana: (*in iure consistunt*, que en vez de traducir como "tienen fundamento en el derecho" adaptó a "consisten en meros derechos".

Según esta identificación, para el Código no puede haber cosa incorporal que no consista en un derecho, aunque se trate de algo que no tenga un ser real ni pueda ser percibido por los sentidos o aunque se trate de una creación del derecho (objetivo); de lo que también se sigue que no puede haber un derecho sin que sea cosa incorporal. Como ya advertimos, en el Código, pues, la noción de cosa incorporal se hizo sinónima de derecho, sin más y sin menos. Pero en esa sinonimia, que un derecho no pueda ser sentido o que no tenga un ser real o que sea una creación del derecho objetivo, carece de toda importancia, aun cuando nosotros sabemos que es así por la historia del concepto.

IV. BIENES Y COSAS INCORPORALES O DERECHOS

Ya hemos hecho notar que el art. 565 CC. describe la composición del patrimonio o de los bienes, declarando que ella consiste en cosas corporales e incorporales. Hemos insistido asimismo que, empero, puede haber cosas corporales que no sean bienes, como las *res nullius* y las *res derelictae*, en cuanto no integran ningún patrimonio. Cabe formular la misma pregunta con respecto a las cosas incorporales, es decir: ¿puede haber cosas de tal género que no sean bienes, que no integren ningún patrimonio? Desde el punto de vista de la estructura lógico-formal de la disposición la respuesta tendría que ser positiva; pero aquel punto de vista no es suficiente y debe ser completado con la posibilidad de existir derechos reales o personales *nullius* o *derelicta*. Aunque el tema lo discutiremos después, adelantemos la conclusión: derechos *nullius* no puede haber, pero sí *derelicta*; esto sólo, no obstante, es suficiente para confirmar la respuesta positiva que da una consideración puramente lógico-formal de la disposición.

V. BIENES, COSAS INCORPORALES Y DERECHOS HUMANOS, DE LA PERSONALIDAD Y EXTRAPATRIMONIALES

1. En el lenguaje moderno aplicamos la palabra "derecho" en sentido subjetivo a una serie de entidades reconocidas por el derecho objetivo, diversamente denominados como "derechos humanos", "de la personalidad" y "extrapatrimoniales". Aunque la terminología no resulta del todo depurada, parece que la expresión más general es esta última y comprendería a las dos primeras. Los derechos humanos, a su vez, ofrecen un carácter político en el sentido más amplio de esta expresión (libertad de opinión, por ejemplo) y económico-social (derecho a la salud, por ejemplo), mientras que los derechos de la personalidad poseen ribetes más bien civiles (por ejemplo, derecho al nombre, a la imagen, etc.). Pero también podrían unificarse estas últimas dos clases en una sola, atendido que su título es el mismo, a saber: el hecho de ser persona. En tal caso, la expresión "derechos extrapatrimoniales" no sería más que otra manera de designarlos, por una de sus características más notables: carecer de contenido pecuniario.⁷⁸

⁷⁸ La bibliografía sobre esta materia es abundante, por lo que me limito a citar a FUEYO, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), pp. 11 ss. con lit.

gún el art. 589 CC., significa que pertenecen a la nación toda, no al Estado, a diferencia de las minas.¹³² Se permite, empero, otorgar un derecho de aprovechamiento incidente en las aguas, sobre el cual hay propiedad, como lo expresa el inc. final del art. 19 N° 24 C. Pol. Hoy, pues, ya no cabe dominio privado sobre las aguas, pero sí un derecho privado de aprovechamiento, con carácter patrimonial, que evidentemente es cosa incorporal.

2. El derecho de aprovechamiento puede ser consuntivo y entonces *"faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad"* (art. 13 CA.); o no consuntivo, y ahora *"permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho"* (art. 14 CA.). De esta clasificación deriva que estamos en presencia de derechos de distinta naturaleza. El derecho no consuntivo de aprovechamiento es precisamente de uso, y se parece, pues, al derecho real de uso tratado en los arts. 811 ss. CC. Totalmente diferente es el derecho consuntivo, que por permitir la disposición material de su objeto, se asemeja al derecho de concesión de explotación minera y ofrece sus mismos problemas de conciliación con el dominio de la nación toda sobre las aguas.

IX. LOS DERECHOS CORPORIFICADOS Y LOS TÍTULOS-VALORES

El derecho objetivo reconoce la existencia de ciertas entidades patrimoniales en que confluyen muy íntimamente ambos tipos de cosas: las corporales y las incorporales. Se trata de los que llamaremos "derechos corporificados", cuya principal especie son los "títulos-valores" o "de crédito".

En principio, los derechos son entidades que si bien recaen normalmente sobre la materia, resultan ser inmateriales ellos mismos. De esto deriva que su circulación sólo puede tener lugar mediante actos jurídicos, a diferencia de las cosas corporales, que pueden circular jurídicamente, en cuanto están bajo dominio (y hablamos de transferir o transmitir éste), y físicamente en cuanto están bajo posesión y mera tenencia (y hablamos de entregar, ocupar, aprehender o abandonar la cosa).

¹³² Véase VERGARA BLANCO, Alejandro, *Entre lo público y lo privado, ¿quién es el dueño de las aguas?* ahora en EL MISMO, *Derecho de aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), II, pp. 483-491.

Se da el fenómeno, empero, de que ciertos derechos, es decir cosas incorporales, aparezcan representados por una cosa corporal consistente en una pieza de papel escrita o impresa con tinta, que llamamos documento (o título). En principio un documento, que en sí mismo es algo prejurídico, sirve no obstante al derecho como medio de representación actual de actos jurídicos o hechos ocurridos en el pasado, y entonces es prueba de aquéllos; también como forma externa de algunos actos jurídicos, y entonces, además de prueba, es solemnidad de los mismos. En ambos casos, si más de prueba, es solemnidad de los mismos. En ambos casos, si del acto jurídico documentado se sigue algún derecho, éste existe como entidad jurídica extrínseca y trascendente al documento y subsiste con independencia de su destino material de cosa corporal, aunque su entera destrucción, por ejemplo, haga difícil o imposible la prueba del acto fuente y por ende la deducción del efecto, esto es, del derecho mismo, o aunque el documento pase físicamente a manos de terceros. En tal supuesto debe decirse que en las dos hipótesis, del documento-prueba y del documento-forma de los actos, la cosa corporal a lo más es representativa precisamente del acto, pero nunca del derecho por él originado.

Ahora bien, a las funciones probatorias y formalizadoras de un acto que puede ofrecer el documento, se puede añadir, pero copulativamente con ellas, una tercera función: la de representar además un derecho; y entonces éste se hace intrínseco e inmanente al documento, ligando su subsistencia al destino material de aquél en cuanto cosa corporal. En especial, el derecho adquiere esta propiedad de las cosas corporales: poder circular como también a éstas les es posible, a saber mediante la traslación material o física del documento, sin perjuicio de poder y en algunos casos tener que circular mediante actos jurídicos, sólo que formalizados en el documento mismo. De esta manera, el fenómeno descrito consiste sintéticamente, como habíamos adelantado, en la representación de una cosa incorporal por una corporal, y por ello lo denominamos corporificación de los derechos y podemos hablar, como hacemos, de derechos corporificados.

Recuérdese que el documento corporificador, además de representar al derecho, hace lo propio con el acto generador del derecho, del cual acto es también solemnidad. El documento denominado pagaré, en consecuencia, porta consigo un acto jurídico solemne (que se perfecciona al ser firmado el documento por el suscriptor), sirve de prueba de haberse perfeccionado dicho acto y representa el derecho. Ahora bien, como ocurre que los actos jurídicos perfeccionados con la perfección del documento suelen ser abstractos, así el pagaré de nuevo, ello quiere decir que existe otro acto aparte y

externo (que se llama causa), del cual emana también un derecho; por ejemplo, un mutuo que origina el respectivo crédito para el mutuante. El fenómeno de la corporificación no significa que sea tal derecho el introducido, por así decirlo, en el documento, porque aquél permanece en su estado de cosa incorporal normal. Lo que sucede es que la perfección del documento hace nacer un derecho distinto, que emana de la formalidad documental y no del acto causa, que para diferenciarlo del surgido de este último, suele ser llamado "cambiario", de modo que se establece un paralelismo entre este último y el primero, cada cual con su régimen propio.¹³³ La corporificación alude, pues, al fenómeno de un derecho que en vez de nacer como todos, esto es, como extrínseco a una cosa corporal, nace representado por ella y se refiere al derecho cambiario mismo, no al causal.¹³⁴

Con todo, estos derechos corporificados siguen siendo cosas incorporales. No es obstáculo la intermediación de una cosa corporal. En primer lugar, precisamente porque el documento no es el derecho mismo y sólo lo representa; y enseguida, porque en nuestra legislación, como vimos, el concepto de cosa incorporal no va ligada a la inmaterialidad de ésta, aunque sepamos, por causa de la tradición originante, que Gayo denominó así a los derechos debido a su inmaterialidad. Lo decisivo es, sin embargo, lo dicho en orden a que la corporalidad del objeto representante no hace corporal al objeto representado.

X. LA CRÍTICA AL CONCEPTO DE COSA INCORPORAL

La civilística moderna sometió a crítica la noción gayano-justiniana de cosa incorporal. En general, las censuras están más o menos fundadas. Las principales son dos.

① Una es de carácter jurídico: la distinción, menos que clasificar las cosas en sí, describe la composición del patrimonio, porque, en efecto, no se niega que entre los bienes de una persona se encuentran tanto cosas corporales en dominio como derechos (reales y personales); fuera de este ámbito, empero, no funciona, al revés

¹³³ Esto es así incluso cuando el acto documental nova al derecho emanado del causal, que por extinguirse y desaparecer no podría decirse corporificado.

¹³⁴ Lo cual no impide que el documento, en cuanto abstracto pero causalmente conectado con otro, pueda servir como medio probatorio del acto causal, en nuestro caso, del mutuo, y fundar la exigencia de la prestación propia del derecho causal (cuando, por ejemplo, prescribió la acción cambiaria).

de cuanto ocurre con las diversas distinciones de las cosas corporales, que son formulables aun antes de su consideración como integrantes de un patrimonio. Pero esta crítica no se sostiene bien, porque de hecho, como vimos y veremos, hay cosas incorporales que están fuera del patrimonio, como los derechos de la persona y los iura delicta. En consecuencia, es una clasificación en sí.

② La segunda es lógica: esta división sitúa en el mismo nivel clasificatorio dos entidades que en el derecho ocupan un nivel diferente, pues como las cosas corporales son objetos de los derechos, de manera que la relación entre aquéllas y éstos se la podría representar gráficamente con una vertical, no se debe enseguida decir que estos últimos son a su vez cosas (incorporales), que daría una línea horizontal entre ambos tipos de cosas; con la consecuencia adicional de que esta idea conduce a la figura de los derechos recayentes en derechos. No hay que fatigarse en negar la existencia de un cierto desnivel lógico en la contraposición de Gayo, que se descubre históricamente al contemplar la verdadera contraposición clásica entre corpora (res) y iura. Pero el asunto llega hasta ahí. Aunque el propósito de Gayo al denominar res a los iura fue, como se vio, puramente sistemático, de todos modos, consciente o inconscientemente, la nivelación horizontal de los corpora y los iura bajo la categoría de las res ya en su época se adaptaba perfectamente a la realidad del tráfico jurídico y hoy se adapta más aún a la nuestra. El hecho es que también los iura son objetos de ese tráfico mediante actos jurídicos que hacen circular los derechos de patrimonio en patrimonio, y con ello el dinero y las demás cosas corporales, la riqueza en suma, sin una correlativa traslación física suya, al menos inmediata. Baste recordar expresamente la cesión de obligaciones, en especial aquella de los llamados títulos-valores o de crédito, pero también muchas otras formas de tráfico con derechos, a que dedicaremos un capítulo especial. Se puede entonces decir que en la práctica los derechos también funcionan como las cosas corporales, y eso aunque se desterrara la denominación de "cosa incorporal" como propia de los derechos. Si tal es la realidad, quizá podamos, oculis conniventibus, prescindir del denunciado desnivel lógico (que entonces pasa a ser en verdad meramente lingüístico), y seguir, con la tradición (y con la ley), hablando de cosas incorporales.

CAPÍTULO III

DIVISIONES DE LAS COSAS INCORPORALES

I. DERECHOS REALES Y PERSONALES

1. Los arts. 576 a 578 CC. dividen los derechos en que las cosas incorporeales consisten. Dice el primero: *"Las cosas incorporeales son derechos reales o personales"*.

El art. 576 CC. hay que ponerlo en relación directa con el art. 565 inc. 3 CC., que de las cosas incorporeales dice consistir *"en (meros) derechos"*; el art. 576, por ende, hay que entenderlo como si expresara: "los derechos en que las cosas incorporeales consisten son (derechos) reales o personales", y así resulta claro que el punto de conexión entre ambas disposiciones es precisamente "derecho", que es el que se quiere dividir en el art. 576. De donde que el orden de los conceptos sea: cosas incorporeales = derechos = derechos reales o personales.

2. El art. 577, a su turno, define el derecho real así: *"el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona"*; y su inc. 2 los enumera: dominio, herencia, usufructo, uso, habitación, servidumbre, prenda e hipoteca; y añade que de ellos nacen acciones reales. A aquéllos menester es agregar los derechos reales de concesión minera y de aprovechamiento de aguas, tratados en el Código de Minería (arts. 2 y 54; cfr. art. 2 LOCCM.) y en el Código de Aguas, respectivamente (art. 6).

En realidad, los derechos reales mineros son cuatro: dos preparatorios, como son los de pedimento y de manifestación (art. 54 CM.); uno instrumental: el de concesión de exploración, y otro definitivo y sustancial: el de concesión de explotación (ambos en el art. 2 CM. y arts. 1 y 2 LOCCM.). Este último es, por cierto, el más importante. Pero el régimen jurídico de los cuatro es exactamente el mismo. Por lo que respecta a la naturaleza de éstos,

parece acertada la doctrina que los considera como derechos reales administrativos, precisamente por su fuente y por el régimen publicístico que se superpone a su estructura general,¹³⁵ en todo lo demás obediente al esquema civilístico.

3. El art. 578, por su lado, define de esta manera los derechos personales: "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"; ofreciendo el ejemplo de aquel que tiene un prestatario contra su deudor por el dinero prestado (en concordancia con "por un hecho suyo" y con el ejemplo de "los créditos" en el art. 565), o el hijo contra el padre por alimentos (con referencia a "la sola disposición de la ley"); termina explicando que de estos derechos nacen las acciones personales. El art. 579 describe el doble derecho, real y personal, que nace del censo.

Prmr. Pyto. art. 4: "Las cosas incorporales son derechos reales o personales. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinadas personas. No hay más derechos reales que el de dominio, el de servidumbre, el de censo y el de prenda o hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tenemos para que una persona nos pague el dinero que le hemos prestado o nos resarza el daño que nos ha inferido; o como el que tiene un hijo para que los herederos de su padre le enteren la legítima paterna. De estos derechos nacen las acciones personales". La redacción actual ya en el Pyto. 1853, arts. 680 a 682 = 680 a 682 Pyto. Inéd. El régimen del censo sólo aparece y con su actual redacción, en el art. 683 del Pyto. 1853 = 683 Pyto. Inéd. El inc. 1 del art. 4 del Prmr. Pyto. (= art. 576 CC.) proviene de Pothier, *Traité des personnes et des choses*, párr. 248: "Les choses incorporelles sont ou des droits réels, jus in re, ou des créances,

¹³⁵ La doctrina de los derechos reales administrativos fue ideada por Maurice Hauriou y elaborada por su discípulo Louis RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs* (Paris, Sirey, 1914); EL MISMO, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional* (trad. Xirau, Madrid, Reus, 1928). En Chile es defendida ahora por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 315 s. Del mismo vid. también: *Los derechos reales mineros como derechos reales administrativos*, en *Revista de Derecho Público* 115 (Madrid, 1989) 2, pp. 473 ss.; *Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con referencia especial a los derechos mineros)*, en *XX Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1990), vol. 2, pp. 459 ss. Este autor, que ha venido a renovar la dogmática minera en Chile, dice que el contenido del derecho de explotación es el "aprovechamiento", lo cual es al mismo tiempo mucho y poco decir, porque la palabra designa genéricamente al uso, al disfrute, a la disposición y a la tenencia, y entonces es excesiva hasta comprender al dominio; y porque, siendo tan genérica, no indica de qué concreta forma de aprovechamiento se trata, y entonces expresa poco.

jura ad rem". El inc. 2 (= art. 577 CC.) ya en Bello, *Instituciones*, lib. 2, tít. 1: "facultad que compete al hombre sobre una cosa sin consideración a determinada persona", a su vez fundada en Heinecio, *Elementos*, párr. 309, y *Recitaciones*, párr. 333, que en definitiva remonta a la escolástica española del s. XVI, de donde la obtuvo Grocio. El inc. 4 (= art. 578 CC.) parece ser creación de Bello.

II. NATURALEZA REAL O PERSONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Dentro de la división de las cosas incorporales establecida por el art. 576 CC., los "derechos de la persona" pertenecen a la clase de los personales; la obligación correlativa que imponen generalmente es de no hacer y por excepción de hacer; jamás de dar.

En esta materia engañan la terminología y algunas características. Solemos hablar de derechos, por ejemplo, a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la salud, etc., lo que da una inicial sensación de tratarse de derechos reales que se tienen sobre un objeto sin respecto a determinada persona, vigorizada por la difundida opinión de ser absolutos o *erga omnes*.

Mas no pueden consistir en derechos reales. La vida, la integridad corporal, el honor o la salud, etc., no son cosas corporales, pero tampoco incorporales en el sentido jurídico, aunque a alguien se le ocurra que lo sean en sentido filosófico, y no obstante a veces se le apliquemos la expresión "bienes", sólo que en sentido puramente moral o social. Asimismo, como resulta evidente, no son cosas intelectuales o creaciones del talento o del ingenio, sobre que inmediatamente recaigan los derechos. También carece de sentido decir que el titular puede excluir a los demás del aprovechamiento de aquello sobre lo cual incide su derecho, como se dice del titular de los reales con respecto a la cosa corporal que es su objeto. En fin, no son vindicables los "derechos de la persona" ni los "bienes" que cubren, para perseguirlos o recuperarlos, lo que sería absurdo afirmar en relación con la vida quitada, pero también con el honor, la integridad o la salud afectados y otros.

La estructura de los derechos que tratamos mejor se explica al observar que ellos imponen correlativamente una obligación a los demás individuos, cuya prestación consiste en nada hacer para que una persona determinada no tenga a salvo el "bien" de que se trata (la vida, la salud, etc.). Por lo tanto, estamos en presencia de derechos personales.

por la tendencia que las producciones del talento y del ingenio ofrecen a pertenecer al llamado "patrimonio común", del que la inscripción como que los sustrae, aunque no definitivamente, porque algún día volverán a él. Es, pues, el interés público concernido el que determina la intervención de la administración.

2. Pasemos ahora a los derechos industriales.

a) El que hemos denominado "derecho a la patente" es claramente personal y tiene como obligado, dado el cumplimiento de todos los presupuestos y requisitos legales, a la administración, que es quien debe expedir la patente.

b) El derecho que aquí fue llamado "de patente" consiste sustancialmente en lo mismo que el derecho patrimonial de autor, esto es en la reproducción (exclusiva) del invento, la marca, el modelo o el diseño, de modo que su titular dispone de una acción real, por la que sólo se le exige demostrar la titularidad para condenar a cualquiera que haya reproducido sin cesión o concesión de dicho titular; de esta manera también ahora estamos en presencia de un derecho real.

3. El derecho real de patente tiene un carácter marcadamente administrativo, derivado de que su constitución precisamente consiste en un acto administrativo (si bien reglado), que asimismo se llama patente. En este sentido se aproxima mucho a los derechos mineros. Así, pues, él también compone la clase general de los derechos reales administrativos.

No ocurre lo propio con el derecho a la patente, cuya fuente es, como la de los derechos de autor y de autoría, la creación del objeto: la invención (considerada como actividad, no como resultado) y la concepción (exteriorizada) de la marca, el modelo de utilidad o el diseño industrial.

IV. CORPORIFICACIÓN DE DERECHOS REALES Y PERSONALES

1. En el estado actual de la legislación, por regla general muy firme, la corporificación de derechos sólo tiene lugar con respecto a los personales, y aun así limitada a los que tienen por objeto principalmente al dinero y marginalmente a las cosas corporales muebles cuando estas últimas fueron materia de un acto mercantil. Sólo por excepción se admite la corporificación del dominio también

de ciertas cosas corporales muebles, que consiste en representarlo mediante un documento, traspasable por cesión, endoso o entrega a terceros, según su formulación como nominativo, a la orden o al portador; ello produce el efecto de transferir el dominio de la cosa corporal en que recae. De esta manera, la tradición de las cosas es reemplazada por los mencionados actos de traspaso puramente documental.

2. Los principales títulos representativos de dominio son:

a) El "certificado de depósito" de mercaderías entregadas en custodia en un almacén general de depósito. De acuerdo con el art. 6 inc. 1 de la ley 18.690: *"El dominio de las especies depositadas en los almacenes se transfiere mediante el endoso del certificado de depósito"*.

b) La "carta de porte", que documenta al contrato de transporte de mercaderías por tierra, canales, lagos o ríos navegables y acredita la entrega de las mercaderías al porteador (art. 173 C. de C.). De acuerdo con el art. 176 C. de C., ella puede ser nominativa, a la orden o al portador; y además: *"El cesionario, endosatario o portador de la carta de porte se subroga en todas las obligaciones y derechos del cargador"*. En consecuencia, si el cargador es el dueño de esos objetos, puede transferirlos cediendo, endosando o entregando la carta a título traslaticio.¹³⁸

c) El "conocimiento de embarque", que documenta al contrato de transporte marítimo de mercancías y acredita que el transportador las ha tomado a su cargo o las ha cargado, obligándose a entregarlas a una persona determinada (y es, por ende, nominativo), a su orden o al portador (art. 977 C. de C.). También, pues, la cesión, el endoso o la entrega del conocimiento de embarque por el cargador que es dueño de la mercadería transportada, siempre que sean practicados a título traslaticio, producen la transferencia de su dominio al beneficiario de esos actos.

Estos tres documentos son desde luego títulos de derechos personales: del de depositante en el primer caso, por el cual puede pedir la devolución

¹³⁸ Esta exigencia deriva de las reglas generales, no del texto legal citado. En efecto, lo decisivo no es la cesión, el endoso o la entrega por sí mismos, sino el título o causa bajo el cual se hicieron; y cabe perfectamente traspasar el documento a título no traslaticio, como por causa de depósito o mandato (o sea, para que el beneficiario del traspaso documental reciba y custodie las mercaderías o algo gestione con ellas). En el caso del certificado de depósito en los almacenes, en cambio, el texto tan preciso de la ley parece conferir siempre un carácter traslaticio a su endoso, lo cual significaría que éste no podría realizarse a un título no traslaticio. Pero como evidentemente no hay obstáculo de fondo para practicar endosos a otro título, hay que interpretar por analogía el texto legal en ese sentido.

de la mercadería almacenada; y del de cargador en el segundo y tercero, en virtud del que pueden solicitar la entrega de la mercadería porteadas. En consecuencia, puede discutirse si la cesión, el endoso o la entrega del documento con título traslativo del dominio es sólo un traspaso del derecho personal de que se trate, de modo que el beneficiario adquiere nada más que tal derecho a exigir la entrega de la mercadería; en este caso, se haría dueño de ella únicamente al momento de la efectiva entrega, que haría como tradición hecha por un delegado del dueño. Esta cuestión, empero, no puede ser movida para el endoso del certificado de depósito, porque la ley expresamente le atribuye efecto traslativo del dominio de las mercaderías almacenadas sin más. Tampoco, en realidad, para la carta de porte, ya que, si bien en forma general, la ley también atribuye el mismo efecto al traspaso de ese documento, pues habla de subrogación "*en todas las obligaciones y derechos del cargador*", y en esta fórmula está comprendido el dominio, si tal era el derecho que el cargador tenía sobre la mercancía. El art. 1.051 del antiguo libro III del Código de Comercio asimismo impedía agitar el asunto con respecto al conocimiento de embarque, pues decía que por su cesión, endoso o entrega "*los derechos del fletador sobre la carga se transmiten*" al beneficiario, lo que merece igual comentario que en el caso anterior. El nuevo libro III nada expresa; pero hay que entender que el principio del antiguo no ha quedado derogado sino solamente implícito, como se sigue entendiendo en la práctica comercial.

V. LA REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS REALES A LOS PERSONALES

En alguna civilística, sobre todo francesa, de fines del s. XIX, surgió una doctrina negadora de la autonomía estructural de los derechos reales y por ende negadora de existir una verdadera contraposición de ese tipo entre aquéllos y los derechos personales; según ella, los reales son una especie particular de estos últimos.

El punto de partida de esta tesis es que una relación jurídica sólo puede darse entre personas, criticando así la doctrina clásica, supuestamente fundada en el derecho romano,¹³⁹ según la cual el derecho real consiste en la relación directa de una persona con una cosa corporal. De este modo, también tal derecho debe estribar en una relación personal. En efecto, cuando se examina su estructura, se descubre que él impone a otros una abstención, un *non facere*,

¹³⁹ Que no distinguía entre *ius in re* y *ius ad rem*, y sólo diferenciaba entre *actiones in rem* e *in personam*. Aquella distinción es de origen medieval, y concretamente canónico; pero pasó a los civilistas, evolucionando hasta cristalizar en los *iura realia* y *iura personalia*.

cuyo contenido es nada hacer para que el titular se vea menoscabado o perturbado en la situación que a su vez forma el contenido típico del derecho real de que se trate. Pero una estructura así implica adentrarse en el mundo de los derechos personales o de obligación. Ahora bien, la diferencia entre éstos y los llamados reales radica en el número y cualidad de los sujetos pasivos u obligados: mientras en los primeros es uno solo o bien un conjunto acotado (como en las obligaciones solidarias), en todos los casos predeterminados y preindividualizados por la fuente de la respectiva obligación, en los segundos siempre sería la totalidad, colectividad o generalidad de los humanos, todos los cuales se encuentran obligados a la abstención antes descrita, de donde que los corifeos de esta doctrina hablen de una "obligación pasiva universal". La consecuencia es que el titular de un derecho personal puede exigir la prestación que corresponda únicamente a su deudor predeterminado, mientras que el titular de uno llamado real puede exigirla a cualquiera, pues todos son sus deudores; de donde la distinción sustitutiva entre derechos relativos, como los tradicionalmente llamados personales, y absolutos, como los llamados reales y otros, por ejemplo —según se dice— los de la persona.

Suele señalarse como lejano precursor de esta doctrina al romanista francés Jean Domat (1625-1696), quien en su *Traité des lois*, capítulos 3 a 5, efectivamente expone los fundamentos éticos de su sistema jurídico, que él ve en los diversos *engagements* (compromisos, obligaciones) impuestos por Dios a los hombres para regular sus relaciones.¹⁴⁰ Pero, en realidad, la idea ya está presente en el jurista francés del *mos gallicus*, François Connan (Connanus, 1508-1551), y aparece expuesta en su obra *Commentariorum iuris civilis libri X*, publicada póstumamente en 1553. Ahí, Connan señala expresamente que a todo derecho corresponde una obligación, incluso en el caso del dominio, pues, dice Connan, todos en cierto modo están obligados a respetar la posesión del dueño. He aquí el texto de los *Commentariorum iuris civilis libri X* lib. II, cap. 1, párr. 1 (ed. Hanoviae, 1610, p. 92): "Si entrare en la posesión de una cosa abandonada, me hago poseedor y dueño; y aunque nadie me queda sujeto por alguna obligación determinada, sin embargo todos en cierto modo me quedan obligados a esto, a que no me interrumpen mi posesión. Si alguno lo hiciere, inmediatamente queda preparada una acción por beneficio de la obligación, que ya puede decirse determinada y nacida, la cual acción pide la protección del juez" (*Si in vacua venerim, effectus sum possessor et dominus; et quamvis ulla certa obligatione nemo mihi teneatur,*

¹⁴⁰ El mencionado libro puede verse en DOMAT, *Oeuvres complètes* (Paris, Alex-Gobelet, 1835), t. 1 (pp. 8 ss).

tamen omnes quodammodo mihi obligati sunt ad hoc, ut ne meum possessionem interpellent. Quod si quis fecerit, statim obligationis beneficio, quae iam certa et nota dicitur, actio parata est, quae iudicium fidem impleret). La idea de que hay una obligación entre acción y obligación es, sin embargo, medieval, pero sin consecuencias para una reducción de los derechos reales a los personales. En época moderna, también suele recordarse a Immanuel Kant (1724-1804), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1ª parte, cap. 2, sec. 2, en donde, a propósito del derecho real y de su definición clásica como derecho sobre cierta cosa, que critica, ya dice que a todo derecho corresponde una obligación, y que sólo absurdamente podría afirmarse que ésta incumbe a la cosa, por lo cual agrega que un derecho real autoriza el uso exclusivo de una cosa, pero en relación con los demás.¹⁴¹ Pero, asimismo, se trata de una especulación precedente, que había recogido el iusnaturalismo centroeuropeo. Al parecer, la idea fue devuelta a Francia por el romanista Joseph Louis Elzéar Ortolan (1802-1873), en su obra *Généralisation du droit romain* (2ª parte, tit. 1, cap. 1), que es una suerte de introducción a su *Explication historique des Institutes de Justinien* (1827).¹⁴² Este autor, sin embargo, fuera de observar la

¹⁴¹ De *Los principios metafísicos de la doctrina del derecho* de Kant hay al menos dos traducciones castellanas, la de Córdoba (México, Dirección General de Publicaciones, 1968, vid. pp. 71 ss.) y la de Contino y Comill (Madrid, Tecnos, 1989, incluida en la obra más vasta, de que en realidad es parte, titulada *Metafísica de las costumbres*, vid. pp. 75 ss.).

¹⁴² De ambas hay dos traducciones castellanas, por Jiménez Bertramo (Madrid, La Ilustración, 1847) y por Ferrater y Bardá (Madrid, Gerscha, 1847). Conviene reproducir el texto de Ortolan (pp. 87 ss. de la primera de las mencionadas traducciones): "No existen derechos sino de persona a persona; y así cualquier derecho tiene necesariamente un sujeto activo y uno también o varios sujetos pasivos, los cuales en uno o en otro concepto pueden ser más que personas. Todo derecho es, pues, bajo este aspecto personal. / Además del sujeto activo y del pasivo, todo derecho tiene también necesariamente un objeto, el cual, en su mayor generalidad, se designa con el nombre de cosa. De suerte que todo derecho tiene una cosa por objeto, y bajo este aspecto es real. / De aquí se deduce que todo derecho, sin excepción, es a la vez personal en cuanto a su sujeto activo o pasivo, y real en cuanto a su objeto. / Pero el modo con que pueden figurar y funcionar en el derecho, ya las personas en el concepto de sujeto activo o pasivo, ya las cosas en el objeto, presenta dos diferencias muy marcadas. / Todo derecho, en último resultado, si se trata de apuntar la esencia de las cosas, viene a ser la facultad que tiene el sujeto activo de exigir alguna cosa del sujeto pasivo; pero lo único que puede inmediatamente exigir de una persona es que haga o que se abstenga de hacer, es decir, una acción o una inacción; y a esto en realidad se reduce todo derecho. Esta necesidad en que se halla el sujeto pasivo de hacer o de abstenerse, es lo que en la lengua jurídica se llama una obligación. Resulta pues que todo derecho, sin excepción, si se quiere apuntar la esencia de las cosas, consiste en obligaciones. / Estas obligaciones son de dos especies. / La una general, que comprende la masa, el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad en que están todos sin distinción, de dejar obstar al sujeto activo del derecho, de dejarle disfrutar del provecho o utilidad que su derecho le proporciona, sin oponerle embargos ni obstáculos de ninguna clase. El abstenerse es una obligación general, obligación que existe en todo derecho, cualquiera que sea, porque en cualquier derecho, todos están obligados a abstenerse de perturbar o embargar el disfrute, el ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo a quien se atribuye el derecho, y por otra la masa general de todos los hombres, de todas las personas, que están obligadas a abstenerse, a dejar obstar a aquel a quien pertenece el derecho, dejándole que reponte libremente el provecho o ven-

existencia de la obligación general de abstención por parte de todos los demás, no intentó obtener consecuencias dogmáticas y técnicas de ella. De hecho el examen ambas categorías con prescindencia de dicha obligación. El primero en declarar falsa la noción de derecho real y en reemplazarla decididamente por la obligación pasiva universal fue Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (1900, 9ª ed., París, LGD., 1922), t. 1, párrs. 2158 ss. (pp. 655 ss.), cuyo discípulo H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle* (tesis de 1900), junto al suizo Ernest Roguin en sus obras *La règle du droit* (1889)¹⁴³ y *Science juridique pure* (1922-1923), se transformaron en sus expositores clásicos. En tiempos más cercanos, la doctrina fue retomada y reutilizada por Canossar, E., *Droit réel, propriété et créance* (París, LGD., 1960), como telón de fondo de una más vasta teoría acerca del patrimonio, a la cual haremos referencia después.

baja que se propone. / Pero si existe en todo derecho esta obligación general y colectiva, hay casos en que se halla sola, en que no existe otra, y en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de reportar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja más o menos considerable, sin más obligación que la que todos tienen de dejarle obstar, y de abstenerse de todo obstáculo y embarazo. / Hay casos, por el contrario, en que además de esta noción de todo obstáculo y embarazo, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de obligar individualmente a una persona a cierta acción, como la de dar, suministrar, hacer tal cosa, o a cierta inacción, como sufrir, consentir tal otra. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte la masa, el conjunto de todas las personas obligadas a un mismo tiempo a no oponer obstáculo al disfrute del derecho; por otra el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o no hacer tal cosa. / ...la diferencia que existe entre los dos casos se explica en los términos siguientes: / En el primer caso no existe persona alguna que sea individualmente sujeto pasivo del derecho; de manera que anulando este derecho, no se halla en él, prescindiendo de la masa de todas las personas, obligadas, cada una de por sí, a abstenerse de toda perturbación, no se halla más que una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho. Este es el derecho que se ha llamado real. / En el segundo caso existe además una persona como sujeto individualmente pasivo del derecho, es decir contra la cual se atribuye personalmente el derecho. En éste se encuentran como elementos, siempre prescindiendo de la masa general obligada a abstenerse de toda perturbación, una persona, sujeto activo; otra persona, sujeto pasivo, y una cosa, objeto del derecho; y éste es el derecho que se ha denominado personal. / ...Esta noción [es decir la distinción derecho real y personal] no es arbitraria, sino estrictamente dependiente de la naturaleza de las cosas, imperiosa para el hombre, inmutable e inevitablemente propia de toda legislación. / Por lo demás, los derechos personales existen en la sociedad respecto a todos, lo mismo que los derechos reales; sería un error figurarse lo contrario. Si yo soy acreedor, es indudable que lo soy, no sólo para mi deudor, sino para todos. Mi derecho de crédito existe y constituye parte de mi fortuna, en este concepto, respecto a cada uno contra él; pero además de la masa general, mi acreedor [sic por deudor] es indudablemente el sujeto pasivo de este derecho. Por el contrario, en el derecho real, ninguna persona, a excepción de la masa general, es indudablemente pasiva, cualquiera que sea la de que se trate".

¹⁴³ Hay traducción castellana sin mención de autor como *La regla jurídica. Estudio de ciencia jurídica pura* (Madrid, La España Moderna, s. d.).

Esta doctrina, que en su formulación más esencial y general es irrefutable, pues no se puede negar que, en efecto, un derecho real te criticable cuando se la quiere conducir al plano dogmático-técnico del derecho.

La crítica, a su vez clásica, provino del francés Louis Rigaud, discípulo de M. Hauriou, en su tesis de 1912 titulada *Le droit réel*.¹⁴⁵

No repetiremos aquí el cúmulo de censuras dirigido. Únicamente nos limitaremos a advertir acerca de un par de puntos, los más esenciales.

La afirmación fundamental de esta doctrina: no puede haber relaciones jurídicas entre personas y cosas, que parece tan indiscutible, en realidad no lo es. Preliminarmente hay que advertir que es perfectamente posible una relación, no sólo entre personas y cosas, mas también entre cosas. Se tendrá presente que la idea de relación es filosófica y no jurídica. Ya Aristóteles, su máximo expositor y teorizador en la antigüedad, la había considerado como una de las diez categorías del ser,¹⁴⁶ y casi parece innecesario recordar que no sólo la persona "es".

Ahora bien, si nosotros imaginamos al mundo habitado tan sólo por una única persona, es cierto que ahí no podría haber relaciones jurídicas de ninguna especie, pero sí las habría de hecho entre ese único individuo y las cosas, como sería la posesión de las que lograra efectivamente ocupar y mantener bajo su control material. Al aparecer un segundo hombre, recién entonces se haría posible una relación jurídica, que sería la de dominio; pero, por un lado, ella no elimina la preexistente de hecho con las cosas, en tanto se mantenga efectivamente la posesión, cuya naturaleza de tenencia material no cambia por la superposición de la nueva relación jurídica; y, por otro, de que ésta sólo se genere por haber

¹⁴⁴ Ya Ortolan, como se ve en la transcripción precedente, pero también civilistas franceses tan clásicos como AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français* (5ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1902), t. 4, p. 2, reconocen su existencia. Dicen estos últimos en el lugar citado: "A tout droit correspond une obligation. / Il en est ainsi même des droits réels qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n'appartiennent pas, l'obligation de ne point y porter atteints. Cependant, cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n'est pas l'objet immédiat de ces droits, dont l'existence est indépendante de l'accomplissement de toute obligation".

¹⁴⁵ Hay traducción castellana por Xirau como *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional* (Madrid, Reus, 1928).

¹⁴⁶ ARIST., *Metafísica*, 1021a (lib. 5, cap. 15); *Categorías*, 6b-8b (cap. 7). Así, por ejemplo, 2 litros de agua están en relación de duplicidad frente a 1 litro de agua.

otro sujeto no se deduce que ella sea entre ambos; sólo se deduce que la existencia de una relación jurídica exige la sociedad de al menos dos hombres (que conduce a eso que tradicionalmente se llama la "alteridad" del derecho).

Es verdad, pues, que la relación jurídica que llamamos dominio, como otras, supone dos personas como mínimo, pero no es verdad que ella pueda existir nada más que entre personas. Aún es menos verdad que dicha relación consista en la obligación de una de ellas frente a la otra. Así, deducir que todo derecho subjetivo, por ser relación jurídica, es siempre obligacional, porque no puede haber relaciones entre personas y cosas sino únicamente entre aquéllas, aparte ser estrictamente falso, constituye una petición de principios. Lo que sí resulta correcto es que todo derecho subjetivo, por ser relación jurídica, supone dos personas; pero sólo las supone, sin que esto prejuzgue nada acerca del problema de quiénes son sus participantes. De acuerdo con esto, podría haber relaciones jurídicas entre una persona y una cosa, siempre que existiera otra persona a la cual oponerla.

Por otra parte, si el derecho real careciera de autónoma entidad, ello se debería a que, en verdad, es como un reflejo de la obligación pasiva universal, que sería la figura propiamente autónoma y original: el titular de un usufructo, por ejemplo, podría exigir a todos (incluido el nudo propietario) la prestación de nada hacer para entorpecer, disminuir, abolir el uso y disfrute de cierta cosa corporal, y en ello consistiría su llamado derecho real. Ahora bien, ¿cuál es la fuente de esta obligación? No podría ser otra que la ley, puesto que, dejando a un lado los hechos ilícitos que no vienen al caso, un contrato o un cuasicontrato entre dos no tienen potencia para obligar al conjunto de los humanos. De esta manera, hay que suponer en el ordenamiento legal una norma que establece para todos la obligación de abstención descrita. Una tal norma necesariamente tendría que estar formulada bajo la hipótesis de que en la realidad hayan tenido lugar aquellos hechos o actos jurídicos que llamamos modos de adquirir o de constituir los derechos denominados reales (porque los casos de atribución inmediata de éstos son escasos); por ejemplo: si una persona realiza la tradición o si se efectúa la inscripción, todos los demás quedarán obligados a nada hacer dirigido a entorpecer, disminuir, abolir tal tipo de aprovechamiento sobre la cosa correspondiente. Pero claramente se observa que una norma así, por más que establezca la obligación general, en realidad no crea reflejamente, sino que, al revés, supone la preexistencia de la figura de aprovechamiento de que se tra-

te, y es como si dijera por ejemplo: dado un usufructo, los demás quedan obligados a respetarlo; lo cual implica una norma anterior dirigida a reconocer la existencia y los efectos del usufructo. De ello se puede concluir que la supuesta norma introductora de la obligación pasiva universal es secundaria con respecto a aquella introductora del derecho real. Ahora bien, dicha norma secundaria en realidad no existe y por eso hemos hablado de suponerla; pero también es necesario esto último; porque si bien es cierto que todos tienen que abstenerse de algo hacer para perturbar, disminuir, abolir el ejercicio de un derecho real, de hecho ello no constituye una obligación en el sentido jurídico de esta palabra, establecida por alguna norma, sino un deber que carece de cierta fuente autónoma, porque en realidad es él el que resulta constituir un reflejo del derecho real mismo. De modo que en último término la doctrina en examen confunde el concepto de *officium* (deber) con el de *obligatio*.

Esta doctrina sólo es capaz de producir confusión en los conceptos, como sucede cuando se repara en que también los derechos personales pueden reflejar un deber universal de abstención, según se ve en los derechos del arrendatario o del comodatario, casos en los cuales habría una suerte de doble derecho personal: uno frente al arrendador o al comodante y otro frente a todos, de modo que también serían absolutos.¹⁴⁷

VI. DERECHOS MUEBLES E INMUEBLES

1. El art. 580 CC. aplica una clasificación propia de las cosas corporales a las incorporales. Los derechos y acciones "*se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe*".

El Prmr. Pyto., art. 4, incs. 3-4 decía: "*Los derechos y acciones reales sobre inmuebles se reputan inmuebles. / Los derechos y acciones personales se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa que se debe*"; seguían ejemplos; pero se ve que quedaban fuera los derechos y acciones reales sobre muebles. El art. 684 del Pyto. 1853, por su parte, rezaba: "*Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa que se debe*", con ejemplos también; pero se observará la incorrección de hablar de "la cosa que se debe" con referencia a "derechos y acciones", que por ser expresión general, incluye a los reales. Sólo el Pyto. Inéd., art. 684, presentó la redacción actual. Se observa que con

¹⁴⁷ Esto lo había observado Ortolan, quien, como podrá comprobarse, dice que todo derecho, real o personal, impone al resto su respeto.

anterioridad Bello anduvo algo confundido. La causa es el modelo del Código francés, muy incompleto en ésta como en tantas otras materias.

2. Según esta regla, pues, entre los derechos reales el de prenda es siempre mueble (art. 2384 CC.); los de habitación, servidumbre, hipoteca, censo real (arts. 811 inc. 2, 820, 2407 y 2024 CC.) y todos los mineros (arts. 2 y 54 CM.; cfr. art. 2 LOCCM.) son siempre inmuebles; los de dominio, usufructo, uso (arts. 582, 764 y 811 CC.) y de aprovechamiento de aguas (art. 4 CA.)¹⁴⁸ pueden ser muebles o inmuebles.

El derecho de herencia ofrece problemas especiales, derivados de que, en principio, su objeto no se ajusta fácilmente a la distinción mueble-inmueble.

En efecto, según la construcción moderna, hay que distinguir entre el derecho real de herencia y el objeto sobre que éste recae, es decir, la herencia misma, que es una universalidad jurídica o complejo de cosas corporales, créditos, deudas y derechos reales transmisibles que el derecho objetivo considera como unidad (para los efectos de su adquisición por sucesión, su transferencia por cesión, su vindicación por medio de la petición de herencia y su prescripción). La herencia es, pues, una construcción jurídica, sólo perceptible intelectualmente. Ahora bien, esta construcción es independiente de las cosas que la componen, por lo cual la naturaleza de éstas no determina la naturaleza de aquélla.

Como construcción jurídica que es la herencia, no está sujeta a la categoría del movimiento local que preside la distinción mueble-inmueble, de modo de poder decirse que ella no es movable o móvil ni inmovible o inmóvil ni, por ende, una u otra especie de cosa. Como, empero, la distinción en examen tiene importancia para determinar el estatuto jurídico aplicable a las cosas y teniendo presente que el de los inmuebles es excepcional, ante la necesidad de aplicar alguno al derecho de herencia la doctrina se decide por el general de las cosas sin más, que viene a coincidir con el de los muebles, como si el derecho de herencia fuera, pues, mueble.¹⁴⁹ Pero esta conclusión es apresurada.

¹⁴⁸ La cosa sobre que recae el derecho de aprovechamiento de aguas, es decir el agua misma, es mueble; en consecuencia, ese derecho también lo es; pero si las aguas están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, se reputa inmueble dicha cosa, y por ende también el derecho sobre la misma (art. 4 CA.).

¹⁴⁹ Por todos: SOMARRIVA, Manuel, *Derecho sucesorio* (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), t. 1, p. 48; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. - DOMÍNGUEZ AGUILA, R., *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), t. 1, p. 116.

En efecto, que la categoría filosófica del movimiento local no sea aplicable a la herencia es algo diferente al problema jurídico resuelto por el tenor de los arts. 567 y 568 CC., que definen ambas clases de cosas. Ahí se trata de las que pueden transportarse o no de un lugar a otro; no de por qué ello sea de cualquiera de ambas maneras. Ahora bien, resulta evidente que la herencia no puede ser transportada de un lugar a otro; y esto es suficiente, de acuerdo con el art. 568 CC., para tener que considerarla inmueble, sin que importe que dicha imposibilidad sea consecuencia de la ajenidad de la herencia a la categoría del movimiento local. Si es así, el derecho real de herencia es inmueble.

3. Los derechos personales también se rigen por dicha regla, pero es imposible operar como con los reales, ofreciendo una lista a priori. Tan sólo debe tenerse presente este esquema general: los derechos personales con obligaciones correlativas de dar pueden ser muebles o inmuebles; cuando dicha obligación es de hacer son, en cambio, siempre muebles, atendido lo dispuesto por el art. 581 CC.: *"Los hechos que se deben se reputan muebles"*; la misma regla debe seguirse cuando la obligación es de no hacer, puesto que, en final de cuentas, una abstención es un hecho (negativo) debido.

4. De lo cual se sigue que los "derechos de la persona", por resolverse normalmente, como antes se vio, en una obligación de esta última especie y en algunos casos en una de hacer, invariablemente son muebles.

5. En cuanto a los derechos sobre cosas intelectuales, debemos decir que las cosas intelectuales sobre que la mayoría de ellos recae, igual que la herencia, no están regidas por la categoría del movimiento local, de guisa de no poder afirmarse que sean transportables o intransportables. Pero como el art. 568 CC. considera inmuebles a las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro sin interesarle la causa de su intransportabilidad, la conclusión es que dichas cosas son inmuebles. De donde que los derechos reales de autor (moral), de autoría (patrimonial) y de patente sean inmuebles.

El derecho personal de seguimiento de los pintores, escultores, dibujantes y bocetistas, por resolverse en la correlativa obligación de dar una suma de dinero, es mueble. El derecho industrial a la patente, por resolverse, a su vez, en la correlativa obligación a car-

go de la administración, de conceder la patente y por consistir esto último en un hacer, es también mueble.

6. Como por regla general los derechos corporificados son personales, tienen por objeto una obligación de dar y ésta recae sobre dinero u otras cosas corporales muebles, ellos mismos son, pues, muebles. Otro tanto ocurre con los reales corporificados: en el estado actual de la legislación, limitados ellos al dominio representado por los documentos circulantes que en su lugar examinamos, ello es posible sólo con relación a mercaderías, por definición muebles; de donde que se pueda extraer la regla de que también esta especie de derechos es siempre mueble.

APÉNDICE

LA "INFLACIÓN DE LOS DERECHOS"

Los conceptos de "bien" y de "cosa corporal" e "incorporal" tienen en nuestro derecho un carácter muy definido y técnico, en concordancia con la larga tradición jurídica de que se hicieron eco. El esquema es muy simple y claro: los bienes o son cosas corporales en el sentido del art. 565 inc. 2 CC., o son cosas incorporales en el del art. 565 inc. 3; a su vez, estas últimas son siempre derechos, los cuales pueden ser reales o personales. En consecuencia, para que haya cosa incorporal menester es que exista un derecho de una u otra clase. En atención al principio de la tipicidad de los derechos reales, la individualización de cuáles sean éstos es muy fácil, porque la ley los declara tales y no pueden ser ellos contruidos por la voluntad uni o bilateral de los particulares. Ya antes los hemos enumerado.

La experiencia actual muestra que, más allá de determinados límites, resulta difícil el discernimiento de cuándo se esté en presencia de derechos personales. Por cierto, una gran cantidad de ellos aparece perfectamente delineada por tener su origen en fuentes típicas de gran tradición, que no permitirían entrar en dudas. Pero el derecho contemporáneo ha hecho caer en crisis al sistema clásico de fuentes, porque el papel más bien modesto que en él ocupaba la ley como causa de derechos personales, vino ahora a ser sustituido por una posición sobresaliente de la misma en tal función. Todavía, sin embargo, una parte importante de estos "dere-

chos subjetivos legales" aceptan su definición como verdaderos derechos en el marco del sistema, como ocurre, por ejemplo, con los de naturaleza previsional o laboral; pero lo propio no ocurre en otra parte no menos destacada. Ello acontece precisamente en el ámbito de los que antes hemos denominado "derechos de la persona". Aun cuando es verdad que en muchos casos su estructura puede ser satisfactoriamente explicada según el modelo clásico de los derechos de obligación envolventes de una exacta y acotada prestación de no hacer y excepcionalmente de hacer a cargo de deudores determinados, cuya fuente es la ley, según vimos, en no menor cantidad de otros se presenta el problema de la indeterminación de la prestación e incluso de su carácter extrajurídico. Lo primero deriva de la notable genericidad e indefinición de las fórmulas empleadas para describirlos en las constituciones y en los tratados internacionales; lo segundo, de contener en realidad declaraciones programáticas de mejoramiento moral, social, económico y cultural que por su propia naturaleza no son aptas para constituir la materia de una prestación exigible en derecho por cada individuo, aunque eventualmente puedan dar sustancia a programas de acción política, sostenibles por los grupos y los partidos o ejecutables por los gobiernos.

Algunos ejemplos clamorosos: el art. 2 N° 1 de la Constitución Política del Perú de 1979 declara que *"toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar"*. Aun cuando la sustancia de este pensamiento sea por cierto digna de alabanzas y elogios y no bien que el Estado, la sociedad y los ciudadanos peruanos y no peruanos deberían hacer lo posible para que toda persona, peruana o no, pudiera desarrollarse y adquirir bienestar, parece enorme considerar que en ello hay un derecho subjetivo envuelto. La lista de exigencias morales, psicológicas, antropológicas, pedagógicas y económicas concretas que sería posible confeccionar para dar contenido real a la noción de "libre desarrollo y bienestar" es tan amplia que probablemente no existe ni ha de existir poder en el mundo capaz de satisfacerla; pero al mismo tiempo permitiría vindicar como manifestación específica de tan genérico "derecho" a cualquier vehemente deseo de todo individuo y a muchos programas de reforma social, hábilmente fundados. Un comentario *mutatis mutandis* merece el bello art. 6 de la *Declaración de los derechos del niño* (ONU): *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión"*, teniendo presente que, según el art. 1, esa "necesidad" es en realidad un "derecho". También lo merece el no menos hermoso art. 1 de la *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (ONU): *"Todos los pueblos y todos los seres humanos... tienen derecho a vivir con dignidad y a gozar libremente de los frutos del progreso social y, por ende, deben contribuir a él"*. Se ve que esta legislación ha sido formulada por sujetos que

confundieron la tierra con el paraíso terrenal y que olvidaron las finalidades y funciones del derecho.

Ese lenguaje vago y ese contenido de políticas públicas que dan su forma y fondo a ciertos "derechos" ya formulados, han difundido una mentalidad, consistente en mirar como nuevos derechos innatos los que en verdad no son más que pretensiones, aspiraciones e intereses subjetivos y socializados de ventajas, normalmente atribuidos a géneros de personas, como los jóvenes, los ancianos, los pobres, las mujeres, tales o cuales minorías religiosas, étnicas, lingüísticas o sexuales, los hijos ilegítimos o las madres solteras, etc. Esta mentalidad, pues, actúa por analogía a partir de los modernos catálogos y declaraciones nacionales e internacionales de "derechos de la persona", porque muchos de éstos ya son en sí mismos no otra cosa que intereses sociales políticamente defendibles, aunque no puedan ser derechos judicialmente reclamables. Y muchas veces encuentra eco y logra éxitos esta mentalidad debido a la renovada fuerza que ha adquirido el fenómeno asociativo y la capacidad de presionar que consiguen las agrupaciones, sobre todo a través de los medios de difusión, para captar la atención y la aprobación de los partidos políticos y, por ende, de los parlamentos, siempre sensibles al clamor colectivo de los votantes. Esta metamorfosis de unos meros intereses en derechos¹⁵⁰ permite definir un verdadero fenómeno sociológico que podemos llamar "inflación de los derechos", al cual tantas páginas ha dedicado un eminente autor contemporáneo.¹⁵¹

Debe reconocerse que en Chile este fenómeno no ha alcanzado todavía proporciones alarmantes, quizá como consecuencia del mesurado contenido del capítulo III de la Constitución Política de 1980, relativo a los derechos y deberes constitucionales, que, salvo unas pocas excepciones, afortunadamente todavía se mantiene en

¹⁵⁰ La tan conocida como desdichada definición del derecho subjetivo de Iherig como "interés jurídicamente protegido", ¿no habrá contribuido a esta mentalidad? Si los derechos se conciben así, ¿qué distancia hay entre un interés protegido y un mero interés que se quiere sea protegido?

¹⁵¹ Se pueden ver los diversos trabajos de Michel Villey reunidos en el volumen *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976). También: *Le droit et les droits de l'homme* (Paris, Presses Universitaires de France, 1983). Vid. asimismo, entre nosotros, el interesante esfuerzo de HÜBNER, Jorge Iván, *Los derechos humanos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), por defender la juridicidad de todos los llamados derechos humanos. Pensamos que en esta materia hay mucho que discutir todavía y que se hace necesaria una profunda labor de construcción dogmática y técnica. Quizá la clave del asunto esté en abandonar la perspectiva subjetivista.

los límites del catálogo clásico de garantías protectoras de la persona, por lo general presentadas como libertades formales exactamente tipificadas, aunque sea notoria su propensión a hablar de "derechos".

Con todo, una circunstancia de diversa naturaleza puede ser considerada como un importante promotor del fenómeno en estudio. Como es sabido, el art. 19 N° 24, inc. 1 C. Pol. garantiza la propiedad de los bienes incorporales y esta garantía está amparada por el recurso de protección (art. 20 C. Pol.). Comoquiera que dicho recurso, por un lado, no es procedente entablarlo para la salvaguardia de todas las garantías constitucionales, sino para la de las taxativamente enumeradas en el propio texto constitucional que lo establece; y que, por otro, él ha venido a demostrarse como muy eficaz, en oposición a la lentitud procedimental de las acciones clásicas, se ha desarrollado una notoria tendencia a transformar cualquier pretensión subjetiva,¹⁵² programada o no por la ley, en "bien incorporal", sobre el que entonces habría propiedad amparable por el recurso.

Es así como ante las cortes de apelaciones, competentes para conocer del recurso de protección, se han presentado recursos fundados en dicho artículo constitucional para proteger "derechos" de propiedad sobre franquicias o beneficios económicos otorgados por decreto supremo y después revocados, sobre el derecho a promover programas y preparar cursos educacionales, sobre permisos municipales de edificación, sobre la calidad de pensionado, sobre la calidad de socio, sobre la calidad de alumno o estudiante de un establecimiento educacional, sobre empleos, funciones y cargos públicos y privados o sobre la estabilidad en ellos, sobre el derecho a la carrera funcionaria, sobre el uso y goce de los servicios de suministro de agua y gas o de teléfonos, sobre lograr una correcta reliquidación de la pensión, sobre el derecho de jubilar, sobre la clientela comercial, etc.

No nos interesa aquí el destino de estos recursos, muchos de los cuales en realidad fueron rechazados, porque no se trata ahora de estudiar el recurso de protección ante la jurisprudencia judi-

¹⁵² Así, por ejemplo, cuando la Constitución, en una norma cuyo contenido es, por lo demás, de gran importancia, garantiza a todos los habitantes "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (C. Pol. art. 19 N° 26), estimula la tentación de decir que se trata ahí de un derecho subjetivo a que "los preceptos legales" etc., sobre el cual hay la propiedad garantizada por el art. 19 N° 24 C. Pol.

cial, y porque a veces el rechazo se debió a no aparecer probada la cuestión de hecho. Lo que importa es reconocer la tendencia a convertir en derechos, o directamente en "bien incorporal" (porque ésta es la expresión usada en la Constitución), sobre los que habría propiedad, a una serie de situaciones de ventaja subjetiva, cuya calidad de "derecho subjetivo" y por ende de cosa (bien) incorporal es en verdad del todo discutible.

Frente a tal postura tan sólo debe insistirse en esto: no hay "bien" en donde no hay cosa corporal, incorporal o intelectual, ni cosa incorporal en donde no hay un derecho real o personal. A su vez, no hay derecho real si no está tipificado por la ley; y no hay derecho personal en donde no hay deuda de dar, hacer o no hacer a cargo de un sujeto pasivo o deudor determinado, aunque por sumatoria resulte que todos lo son, la cual provenga —para limitar— nos al sistema clásico de fuentes— de un contrato o cuasicontrato, de un delito o cuasidelito o de la ley. La ley, en consecuencia, puede efectivamente atribuir ventajas subjetivas incluso no patrimoniales, pero eso, si no señala explícita o implícitamente un deudor determinado sujeto a la concerniente prestación, no puede tratarse de un derecho personal, aunque se emplee la expresión "derecho". En este último caso, debería reconocerse que dicha expresión está usada en un sentido diverso a aquel que posee cuando se la adopta para significar el derecho subjetivo personal, ocurrencia esta que no es de raro acontecer en el lenguaje jurídico, tantas de cuyas palabras ofrecen una marcada polisemia, comenzando por la palabra "derecho" misma.