

TITULO II. DE LA PROPIEDAD.

CAPITULO I.

De los derechos reales.

§ I. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES.

72. Pothier dice que pueden tenerse dos especies de derechos respecto á las cosas que se hallan en el comercio: el derecho que tenemos en una cosa, que se llama *jus in re*, derecho *real*, derecho por el cual aquélla nos pertenece, al menos bajo ciertos conceptos; y el derecho que tenemos con relación á una cosa, que se llama *jus ad rem*, derecho *personal*, derecho que ejercitamos contra la persona que se ha obligado á prestarnos una cosa.

Las expresiones de derecho *real* y de *derecho personal* traducen mal el sentido de las locuciones admitidas en el lenguaje de la escuela, y que Pothier emplea, *jus in re* y

P. de D.—TOMO VI 14

jus ad rem. La de derecho *personal* es equívoca por sí misma, porque tiene, además, otras significaciones; así es como se dice que el usufructo es un derecho personal, en el sentido de que, unido á la persona del usufructuario, se extingue con su muerte; se dice también que un derecho es personal cuando está exclusivamente ligado á la persona de aquél á quien pertenece, de suerte que sus acreedores no pueden ejercitarlo (art. 1166).

Valdría más servirse de la expresión que emplean los autores de derecho romano: «derecho de crédito;» ella indica perfectamente la naturaleza del derecho que nosotros llamamos personal por oposición al derecho real: nace de una obligación, es decir, de un vínculo de derecho que existe entre un acreedor y un deudor, y que engendra una acción contra la persona obligada, acción que tiende á que ésta haga ó dé lo que está obligada á hacer ó á dar (1).

La expresión de derecho *real* da lugar á otro equívoco á causa de la extensión que ha recibido en el lenguaje de los autores modernos. Ellos dan este nombre á los derechos que derivan del poder que una persona ejerce sobre otra, el marido sobre la mujer, el padre ó la madre sobre el hijo; ellos encuentran esta afinidad entre los derechos de parentad y los derechos reales, y es que se puede hacerlos valer hacia y contra todos, por medio de acciones análogas á la reivindicación (2). Hay otros autores que van más lejos y dan el nombre de derechos reales á todos los que pertenecen al estado de las personas, tales como el derecho de reclamar su nacionalidad, su filiación, el derecho de denegación; y aun dan el nombre de derechos reales á las diversas facultades que están garantidas por la Constitución, tales co-

1 Pothier, "Tratado de derecho del dominio de propiedad," núm. 1.

2 Aubry y Rau, "Curso de derecho civil francés" (4^a edición), tomo 2º, página 51.

mo la libertad individual, la libertad religiosa (1). Creemos que esto es confundir derechos de una naturaleza esencialmente diversa. Pothier cuida de decir que la división de los derechos en reales y personales es concerniente á las cosas que están en el comercio; ahora bien, precisamente los derechos de estado personal, los derechos de potestad, los derechos políticos están colocados fuera del comercio. No mezclemos materias que nada tienen de común. Si decimos algo de estas divisiones, es para manifestar el riesgo de las clasificaciones inútiles de que tanto gusta la escuela, y las cuales, en lugar de simplificar las ideas, no hacen más que embrollarlas.

73. La definición de los derechos reales y de los derechos personales que hemos dado, siguiendo á Pothier, da á conocer los caracteres del derecho real y del derecho de crédito. Cuando tenemos un derecho sobre la cosa, dice él, ella nos pertenece, al menos bajo cierto concepto: lo que quiere decir que tenemos su propiedad ó un desmembramiento de la propiedad. Esto supone un acto de enajenación por el cual la propiedad de una cosa se trasmite, ó un desmembramiento de la propiedad; luego se opera una mutación, la cosa pasa del patrimonio de una persona al de otra. Un derecho de crédito no nos confiere ni la propiedad ni un desmembramiento de la propiedad; únicamente no da una acción contra una persona que está obligada hacia nosotros en virtud de un contrato de un quasi-contrato, de un delito ó un quasi-delito. Esta obligación puede consistir en un hecho ó en la abstención de un hecho; cuando el deudor está obligado á hacer ó no hacer, no puede ser cuestión de la trasmisión de una cosa, supuesto que no hay cosa alguna que forme el objeto de la obligación. El deudor puede también obligarse á dar una cosa; si el objeto de los contrayentes

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustant, t. 2º, p. 45, n.º 69.

es únicamente el uso ó la guarda de la cosa, no se opera nin guna mutación de propiedad; pero el objeto puede también ser trasmitir al acreedor la propiedad de la cosa: ¿adquiere en este caso el acreedor un derecho real ó un derecho personal? En el derecho antiguo, no adquiría más que un derecho de crédito, la propiedad no se transfería sino por la tradición, de suerte que el acreedor tenía un derecho contra la persona del deudor, pero este derecho tendía á una transmisión de la propiedad. En esto había como una mezcla de derecho personal y de derecho real; el derecho era personal en su principio, pero tenía por efecto un derecho real. En nuestro derecho moderno, las cosas son más sencillas; el contrato transfiere la propiedad, luego el derecho real nace inmediatamente por la voluntad de las partes contrayentes.

Resulta de la definición de Pothier que por el efecto del derecho real, la cosa nos pertenece, al menos bajo ciertos aspectos. Esto no ofrece duda alguna cuando lo que se trasmite es el derecho de dominio, ó una servidumbre, ó la enfiteusis, ó la superficie. No hay alguna duda sino respecto á la hipoteca. Este es un derecho real, pero se pretende que es un derecho de naturaleza particular que no desmembra la propiedad de la cosa hipotecada. A nuestro juicio, la hipoteca implica un desmembramiento de la propiedad: ya hemos dicho algo cerca de esta cuestión al tratar de la división de los bienes (1); volveremos á insistir en el título de las *Hipotecas*, que es el lugar de la materia.

74. Pothier dice que el derecho real es el derecho en una cosa, y el derecho privado, el derecho con relación á una cosa. Lo que supone que siempre es una cosa lo que forma el objeto de los derechos, cualesquiera que sean, lo que no es completamente exacto. El deudor puede obligar-

1 Véase el tomo 5º, número 486.

se á hacer ó á no hacer; cuando se obliga á no hacer ciertamente que no hay cosa alguna que forme el objeto de la obligación; la obligación de hacer puede también comprender un simple hecho, sin que el efecto de la obligación sea poner al acreedor en posesión de una cosa. Luego el derecho de crédito puede existir sin que haya una cosa que constituya su objeto. No sucede lo mismo con el derecho real, que no se concibe sin una cosa sobre la cual se ejercite, y esta cosa debe ser determinada: una cosa indeterminada y un derecho de propiedad, ó de usufructo, ó de servidumbre en esta cosa son ideas contradictorias. Veremos una aplicación de este principio al tratar de las obligaciones alternativas; decide la cuestión de saber si la propiedad se transfiere por estas obligaciones.

Así, pues, se necesita una cosa para que haya un derecho real. Esta cosa, por otra parte, puede ser mobiliaria ó inmobiliaria. Síguese de aquí que el derecho real es unas veces mobiliario y otras inmobiliario, según que estriba en un mueble ó en un inmueble. Luego no hay que confundir la división de los derechos en reales y personales con la de los derechos en mobiliarios é inmobiliarios: la propiedad, el más considerable de los derechos reales, puede ser mobiliaria ó inmobiliaria. Esto es evidente. No obstante, á pesar de la evidencia, se confunden á veces los dos órdenes de ideas, al menos cuando se trata de las acciones. Las acciones no son otra cosa que los derechos ejercitados judicialmente; luego tienen los mismos caracteres que los derechos de donde nacen, ó por mejor decir, con los cuales se confunden. Síguese de aquí que la acción real puede ser mobiliaria ó inmobiliaria; no obstante, en el lenguaje jurídico se da á veces el nombre de acciones reales ó de materias reales á las demandas que tienen por objeto un inmueble, y se llaman acciones personales las acciones concernientes

á los muebles (1). Esta manera de expresarse es inexacta, y el legislador lo mismo que los intérpretes, deben evitar las expresiones inexactas, porque la ciencia del derecho exige, antes que todo, la claridad del pensamiento y la nitidez del lenguaje.

75. El derecho real existe en la cosa, dice Pothier. Luego hay un vínculo estrecho entre la cosa y aquél á quien pertenece, al menos bajo ciertos conceptos. En este sentido, se dice que el derecho real es un derecho absoluto; el dueño lo ejerce en la cosa sin que se necesite proceder contra una persona obligada, porque la cosa misma está afectada de su derecho. Mientras que el derecho de crédito establece un vínculo entre dos personas, el acreedor y el deudor; luego es un derecho relativo. Síguese de aquí una diferencia capital entre las dos especies de derechos. Supuesto que el derecho real afecta la cosa, aquél á quien pertenece puede ejercitárolo contra todo detentador de la cosa; esto es lo que se llama el derecho de prosecución, porque el que promueve persigue la cosa en manos de todo detentador, sin que el demandado pueda oponerle que él no está obligado, porque no es demandable como deudor, sino como detentador de la cosa; á decir verdad, lo que se persigue es la cosa, pero como no se puede obrar contra una cosa, ha sido preciso dar acción contra el que la retiene. Respecto á los derechos personales, no puede tratarse del derecho de prosecución. No hay vínculo más que entre el acreedor y el deudor; solamente éste puede ser perseguido. Pothier agrega: ó aquél que ha sucedido en la obligación. Los herederos y otros sucesores universales pueden ser perseguidos, porque están obligados por las deudas del difunto; pero únicamente aquéllos que representan al difunto son los que están obligados cuando aquél mismo lo estaba; los demás

(1) Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 9º, núm. 465.

están obligados más bien como detentadores de los bienes que como deudores personales.

El derecho francés, menos riguroso que el romano, admite excepciones al principio que acabamos de establecer. En primer lugar, hay derechos reales que no dan el derecho de persecución, y éstos son los privilegios mobiliarios. Esto es una consecuencia del art. 2279, por cuyos términos «en materia de muebles, la posesión equivale á título,» lo que quiere decir que los muebles no pueden perseguirse, por acción real, en manos de terceros poseedores de buena fe. La ley no establece más que una sola excepción para el privilegio del arrendador. Existe otra derogación en sentido inverso. El derecho personal no da acción sino contra el deudor; luego no se puede hacerle valer contra un tercero. En el derecho antiguo, se aplicaba este principio al arrendatario, que no podía oponer su contrato de arrendamiento al comprador de la cosa arrendada. El código civil le concede este derecho (art. 1743). Se ha inferido de aquí que el contrato de arrendamiento es un derecho real. La conclusión no es lógica. Existen derechos reales que no tienen el derecho de persecución: tales son los privilegios mobiliarios; lo que no impide que los acreedores privilegiados puedan oponer su derecho real á los terceros, acreedores, quirografarios. Así, pues, el derecho de persecución no es de la esencia del derecho real. Así, pues, aun cuando el arrendatario tuviese un derecho de persecución, no se inferiría que su derecho es real. Pero no es exacto decir que él tenga el derecho de persecución; únicamente puede oponer su derecho al adquirente. Su derecho sigue siendo, pues, personal en su esencia. Volveremos á tratar la cuestión en el título del *Arrendamiento*.

76. Zacharie señala una última diferencia entre los de-

rechos reales y los derechos de crédito (1). El derecho real afecta la cosa; el que lo ha concedido no puede arrebatar este derecho por un nuevo acto de disposición, ya no puede disponer de la cosa sino en el estado en que ella se encuentra, es decir, afectada de un derecho real. Luego el que tiene un derecho en la cosa tiene un derecho adquirido que puede oponer á los que adquieran posteriormente un derecho en esa misma cosa; es decir, que en caso de colisión, el primer derecho supera al segundo. La aplicación más elemental de este principio se hace entre acreedores hipotecarios; el primero en fecha predomina sobre los demás. No pasa lo mismo con los derechos de crédito, que no dan derecho sino contra la persona; ahora bien, sobre la persona del deudor, no se concibe derecho de preferencia. Es verdad que el deudor que obliga su persona obliga por ese hecho sus bienes. Pero el derecho sobre los bienes que es la garantía de los derechos de crédito no es un derecho en estos bienes; es la consecuencia del carácter obligatorio de los derechos de crédito, es decir, de la ejecución forzosa de esos derechos; esta ejecución forzosa es un derecho igual para todos los acreedores de un mismo deudor, un derecho que para todos nace de la insolvencia de su deudor; un derecho que, por consecuencia, tiene la misma fecha para todos, la de la quiebra. Supuesto que al anterior acreedor no tiene adquirido derecho sobre los bienes, no puede reclamar derecho de preferencia.

§ II.—DE LOS DERECHOS ó ACCIONES MIXTAS.

77. El código de procedimientos distingue las acciones en personales, reales y mixtas. Aplica esta distinción á la competencia: en materia personal, el demandado es citado ante el tribunal de su domicilio: en materia real, ante el

1 Aubry y Rau, *Curso de derecho civil francés*, t. 2º, p. 50.

tribunal de la situación del objeto litigioso; en materia mixta, ante el juez de la situación ó ante el juez del domicilio del demandado (art. 59). El código no define las acciones personales, reales y mixtas. De aquí interminables controversias, al menos en lo concerniente á las acciones mixtas. Nosotros no tomamos parte en este debate, puesto que la materia es extraña á nuestro trabajo. No obstante, hay que detenernos en la noción de la acción mixta, en sus conexiones con la división de los derechos.

La corte de casación en sus observaciones, sobre el proyecto de código de procedimientos civiles, había formulado los principios generales sobre las acciones. Tomamos de él las definiciones que el legislador no ha creído deber insertar en el código, porque pertenecen á la doctrina más bien que á la ley (1). «La acción personal, decía el art. 6, es aquella por la cual se promueve judicialmente contra aquél que nos está personalmente obligado, en virtud de una obligación convencional ó de un compromiso sin convención. Tiene por objeto prestaciones cualesquiera, ó la nulidad, ó la rescisión de un acto ilegal ó ilegitimo, ó la reparación de cualquier daño. Llámase personal porque se liga á la persona obligada y porque no puede dirigirse sino contra ella y sus herederos.» Se vé que la acción personal corresponde absolutamente al derecho personal ó de crédito; lo que es muy lógico, no siendo la acción otra cosa que el derecho prosseguido judicialmente. Lo mismo sucede con la acción real. «Por ella, decía el art. 7, se reivindica una cosa cierta y determinada, mobiliaria ó inmobiliaria, como de nuestra propiedad.» Esta es la definición del derecho real, comprendiendo en la palabra *propiedad* los desmembramientos de la propiedad.

1 Este proyecto se halla en Dalloz, *acciones*, núm. 64, p. 17.
p. de D.—TOMO VI 15

En cuanto á la acción mixta, la corte da una singular definición. «Existen acciones, dice el art. 18, á las que se les da *con más particularidad que á todas las demás* el nombre de acción mixta, es decir, á la vez real y personal, porque además de la reivindicación de una cosa, abrazan *caso siempre prestaciones*. El proyecto enumeraba en seguida esas acciones. «Las acciones mixtas son: la petición de herencia, la demanda de partición de sucesión ó de uno ó de vario objetos particulares pertenecientes en común á varios individuos, la acción de deslinde.» Estas definiciones implican desde luego que hay además otras acciones llamadas mixtas; implican igualmente que las acciones mixtas por excepción no son siempre mixtas, supuesto que puede suceder que no tengan por objeto prestaciones. Para tener una idea exacta de estas divisiones, necesitamos remontarnos al antiguo derecho, no habiendo hecho la corte, en apariencia al menos, más que formular en artículos de ley la doctrina enseñada por Pothier.

78. Pothier dice, como la corte de casación, que hay acciones *propiamente mixtas*, cuya naturaleza participa de la de las acciones reales y de la de las acciones personales. Cuenta tres de ellas: la acción de deslinde, la acción de partición de una sucesión y la acción de partición de cualquiera otra cosa. ¿Por qué Pothier considera esas acciones como mixtas? Acerca de este punto, él difiere de la corte de casación, y la diferencia es considerable. La corte se fija en el objeto de la demanda que, además de la cosa, estriba en prestaciones. Pothier no habla de prestaciones; si las acciones mixtas participan de la naturaleza de las acciones personales, es «porque nacen de un compromiso personal.» En efecto, dice él, la acción de deslinde nace de la obligación que un *cuasi-contrato* forma entre vecinos y que los obliga á demarcar sus heredades cuando uno de ellos lo pide: la

acción de partición nace también de la comunidad, la cual produce obligaciones entre los comunitarios (1).

Sea de ello lo que fuere, las dos definiciones de las acciones mixtas concuerdan en un punto que, para nosotros, es esencial, y es que la acción mixta no significa un derecho mixto perseguido judicialmente. En cuanto á la definición de Pothier, la cosa es evidente: precisamente porque el derecho del actor para pedir el deslinde ó la partición deriva de un quasi-contrato, es decir, de una obligación personal, es por lo que la acción real en su objeto toma un carácter personal. La definición de la corte de casación no implica tampoco que haya derechos mixtos; si los hubiese, la acción sería siempre mixta, lo sería por su esencia, mientras que no viene á serlo sino porque el actor, además de la cosa, reclama *casi siempre* prestaciones. Según esto, se podría negar que haya acciones mixtas. En efecto, la acción real es el derecho real ejercitado judicialmente; luego la acción mixta debería ser también el derecho mixto ejercitado judicialmente; mientras que en la doctrina de Pothier, la acción es real en cuanto á su objeto y no es personal, sino porque deriva de una obligación; y, en la doctrina de la corte de casación, habría que decir que la acción es siempre real, supuesto que las prestaciones que la vuelven mixta no son de su esencia. De todos modos no hay derecho mixto; en efecto, la razón no concibe que un solo y mismo derecho sea personal y real á un tiempo mismo, puesto que las dos especies de derecho difieren, en todos los conceptos como acabamos de decirlo.

79. Pothier añade que existen acciones que se llaman mixtas en otro sentido. Son acciones por su naturaleza personales, pero que, con relación á algo que les es accesorio, participan de la naturaleza de la acción real. Tales son, di-

1 Pothier, *Introducción general á las costumbres*, núm. 121.

ce él, las acciones que se llaman personales reales, ó personales *in rem scriptæ*, que nacen de una obligación personal, á cuya ejecución la cosa que es su objeto se halla afectada. Pothier da como ejemplo la acción de retroventa. El confiesa que esta acción es principalmente personal, supuesto que nace de un contrato y de una obligación contraída por el comprador. Pero, como la heredad está afecta á la ejecución de esta obligación, la acción de retroventa tiene de la naturaleza de las acciones reales, en que persigue la heredad y en que puede darse contra los terceros detentadores de la heredad, para que las abandonen como afecta á la ejecución de la obligación del comprador (1).

El código civil parece que consagra esta doctrina. Según los términos del art. 1664, «el vendedor con pacto de rescate puede ejercitar su acción contra un segundo adquirente, aun cuando la facultad de retroventa no haya sido declarada en el segundo contrato.» Volveremos á tratar la cuestión en el título de la *Venta*; si se la entiende en el sentido de que la acción de retroventa del contrato puede intentarse contra un tercero detentador, no obligado, el código y Pothier dicen una cosa imposible, absurda: en efecto, esto equivaldría á decir que el que no es deudor es deudor, que el que no ha intervenido en el contrato está obligado en virtud del contrato. Nos es repugnante imputar tanto disparate á Pothier y á los autores del código civil. Sin duda que el vendedor puede proceder contra el tercer detentador, pero hay que ver en virtud de qué acción. Desde luego observemos que la cláusula de retroventa no da lugar á una acción judicial; es una condición resolutoria potestativa, luego condición resolutoria expresa, escrita en el contrato; la venta queda resuelta desde que el

1 Pothier, *Introducción a las costumbres*, núm. 122.

vendedor manifiesta la intención sería de usar del pacto de rescate. Esto decide ya nuestra cuestión. Supuesto que el ejercicio del rescate no es una acción, no puede decirse que el vendedor intenta la acción de retroventa contra el tercer detentador. Desde el momento en que el vendedor usa de su derecho, la venta queda resuelta; el comprador con pacto de rescate, no ha podido conferir al segundo adquirente más que un derecho igualmente resolutorio; desde el momento en que el vendedor declara al comprador que pretende ejercer el rescate, la venta queda resuelta, y por consiguiente la segunda lo es igualmente. El vendedor primitivo vuelve á entrar en su propiedad; se le considera como que siempre ha sido propietario, luego puede reivindicar su cosa contra todo tercer detentador. En definitiva, la acción que él intenta contra el poseedor de la heredad es una acción de reivindicación.

80. Nuestra conclusión es que no hay acción mixta, porque no hay derecho mixto. Los autores que han escrito desde la publicación de nuestros códigos están muy divididos. Se ven obligados á admitir acciones mixtas, supuesto que el código de procedimientos las coloca en el número de las acciones; pero grande es su embarazo cuando se trata de explicar la naturaleza de estas acciones y de decir la razón por la cual son personales á la vez que reales. Nosotros hacemos á un lado el procedimiento y á los autores que de él tratan. Nuestro único objeto es establecer que si hay acciones mixtas, no hay, sin embargo, derechos mixtos. Demolombe dice, como nosotros, que no hay derechos mixtos; esta forma de lenguaje, agrega, le chocaría vivamente si fuese empleada. Esta confesión condena la teoría de las acciones mixtas, porque el derecho no puede tener naturaleza diferente de la acción por cuyo medio se ejercita judicialmente. Sin embargo, Demolombe admite acciones mixtas,

y aun extiende el número considerando como tal la acción que nace de la venta, teniendo el comprador un derecho real, supuesto que es propietario, y un derecho personal, supuesto que tiene un crédito contra el vendedor. Después de esto, hace la observación de que esas son dos derechos distintos que engendran dos acciones distintas; lo que mina la base misma de la doctrina que él profesa; desde el momento en que hay dos acciones, una real y otra personal, ya no puede decirse que haya una sola y misma acción que sea *real* y *personal*, como dice Pothier.

La misma contradicción se encuentra en la aplicación que Demolombe hace de la teoría de las acciones mixtas á las acciones de resolución, de nulidad ó de rescisión. Todas estas acciones son *in rem scriptæ*, según la doctrina de Pothier. Pero Demolombe observa, y con razón, que derivándose estas acciones de un contrato no pueden intentarse sino por una de las partes contrayentes contra la otra: únicamente después de que el contrato queda resuelto, anulado ó rescindido por el tribunal, es cuando el actor puede proceder contra los terceros. ¿Su acción contra los terceros es una acción de resolución, de nulidad ó de rescisión? La cuestión sola implica una herejía jurídica: ¿se puede proceder contra un *tercero* en virtud de un *contrato*? La acción es una acción de reivindicación, como acabamos de decirlo de la acción de retroventa. Si señalamos estas contradicciones y estas incertidumbres, es para proveernos de una arma contra la teoría de las acciones mixtas. ¿Cómo es que no hay dos autores que estén de acuerdo sobre la naturaleza de estas acciones? ¿Cómo es que aquellos mismos que enseñan que hay acciones mixtas se contradicen á cada paso? ¿No sería esto una prueba de que la distinción es falsa?

§ III.—¿CUALES DERECHOS SON REALES?

81. El art. 543 enumera los principales derechos reales diciendo que se puede tener sobre los bienes ó un derecho de propiedad, ó un simple derecho de uso, ó únicamente servicios que pretender. Por derecho de uso, el código entiende el usufructo, el uso y la habitación, y por servicio, las servidumbres. Puede decirse en dos palabras que la propiedad es un derecho real, así como todo desmembramiento de la propiedad: tales son las servidumbres personales y reales. Tales son, además, á nuestro juicio, las hipotecas; nosotros hemos reservado la cuestión para el título que trata de esta materia. En derecho francés, la cuestión de saber si la enfeusis y la superficie son derechos reales, con el mismo título que las servidumbres, es debatida; según nuestro derecho, no hay duda alguna, puesto que tenemos leyes sobre la materia; nosotros expondremos los principios en un anexo al libro II; es, pues, inutil detenernos por ahora. También en el título consagrado á la anticresis examinaremos si este derecho es real ó personal. Quedan la posesión y la herencia, acerca de las cuales hay controversia.

82. El código define la posesión en estos términos (artículo 2228): «Es la detención ó el goce de una cosa ó de un derecho que tenemos ó que ejercemos por nosotros mismos, ó por otro que la tiene ó que lo ejerce en nuestro nombre.» Se ve que la ley ni siquiera califica la posesión de derecho, porque la detención y el goce son hechos. Tal es también el lenguaje de los jurisconsultos romanos; si ellos hablan de un derecho de poseer (*jus possidendi*), es con relación al propietario; pero este derecho de poseer no es un derecho distinto de la propiedad, uno de esos derechos que pueden desmembrarse de ésta á título de derecho real; este es el ejercicio de la propiedad. Los jurisconsultos ro-

manos hablan además de un derecho *de posesión* (*jus possessionis*); entienden por esto el conjunto de los derechos que están ligados á la posesión, considerada como aislada de la propiedad (1). Decir que hay derechos ligados á un hecho, no es declarar que este hecho es un derecho real. Los intérpretes modernos del derecho romano están de acuerdo en este punto.

Se podría objetar que cuando se discutió el código civil, la teoría de la posesión romana era ignorada. Luego hay que ver lo que nuestros antiguos autores y Pothier, sobre todo, entendían por posesión. Como el código no se explica sobre la naturaleza de la posesión, la tradición adquiere grande autoridad. Pothier ha escrito un tratado especial sobre la *Posesión*, en el cual se lee: «Aun cuando la posesión no sea un derecho en la cosa y no sea en sí misma más que un hecho, da, no obstante, al poseedor ciertos derechos con relación á la cosa que él posee» (2). Pothier dice en seguida cuáles son esos derechos, y su doctrina es literalmente la del código civil. Importa observar que ni siquiera discute la cuestión de saber si la posesión es un derecho real, y hace constar la negativa como cosa aceptada y no discutida. En su *Tratado de la posesión*, Pothier habla como intérprete del derecho romano; ha escrito una «Introducción general á las costumbres», en donde expone los principios del derecho consuetudinario; pues bien, siempre usa el mismo lenguaje: «La posesión, propiamente, no es un derecho en la cosa, supuesto que se puede poseer una cosa con tener derecho en ella, y que la posesión consiste en el hecho simple de poseer. No obstante, esta posesión tiene efectos de derecho.» Pothier enumera esos derechos en algunas palabras; las vamos á transcribir para hacer

1 Namur, *Institutas é historia del derecho romano*, t. 1º, ps. 448-449.

2 Pothier, *Tratado de la posesión*, número 82.

constar que hay identidad entre el derecho antiguo y el derecho moderno: «1º, se presume que el poseedor es el propietario de la cosa hasta que el verdadero propietario haya justificado plenamente su propiedad; 2º, la posesión da al poseedor acciones contra los que los perturban ó despojan; 3º, cuando está acompañada de buena fe, da al poseedor el derecho de retener los frutos que ha percibido hasta el día de la demanda del propietario que ha justificado de su propiedad; 4º, por último, hace adquirir al poseedor el derecho de propiedad al cabo del tiempo requerido para la prescripción» (1).

Se pretende que los autores del código civil han seguido en esta materia los principios del derecho canónico, el cual consideraba la posesión con un derecho real (2). Esto supone desde luego que la posesión era un derecho real según la legislación canónica; en seguida, que los redactores del código abandonaron en esta materia la tradición francesa, que se han separado de la doctrina de Pothier, su guía habitual. Ahora, nada dé todo esto está probado; porque para establecer que la posesión era un derecho real según el derecho canónico, se citan las acciones posesorias; ahora bien, la teoría de las acciones posesorias nada tienen de común con nuestra cuestión, y por otra parte, el código de procedimientos no hace más que reproducir, en este punto, el antiguo derecho francés. En cuanto á los autores del código civil, no se cita una sola palabra de ellos que pruebe que hayan tenido la intención de consagrar la doctrina pretendida del derecho canónico, de preferencia á la de Pothier. Portalis no dice más que una sola palabra sobre la posesión, y esta palabra la toma del derecho romano. «La

1 Pothier, *Introducción general á las costumbres*, número 107.

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, tomo 4º, p. 195, núm. 245.

propiedad, dice él, es un derecho; la simple posesión no es más que un hecho» (1).

Nosotros concluimos que, según el texto y el espíritu de la ley, la posesión no es un derecho real (2). La opinión contraria es más generalmente enseñada por los autores franceses. Demolombe llega hasta decir que es cierto que nuestras leyes reconocen la posesión como un derecho real. ¿Cuáles son esas leyes? No hay otras que los códigos civil y de procedimientos, los cuales dan al poseedor los derechos que hemos enumerado siguiendo á Pothier (3). A pesar de esos derechos, Pothier no vacilaba en enseñar que la posesión no es un derecho real. Luego habría que probar que los autores de nuestros códigos han querido invocar y por qué han derogado el antiguo derecho. Teniendo la posesión absolutamente los mismos caracteres que los que tenía en el antiguo derecho, debe decirse que ella es lo que siempre ha sido, un hecho que manifiesta la propiedad, hecho con el cual la ley liga ciertos derechos. ¿Por qué el legislador da cierto derecho al poseedor? Cuando expongamos esos derechos, diremos las razones por las cuales el código las otorga al poseedor, aun contra el propietario.

83. Colócase también el derecho de herencia entre los derechos reales. Duranton lo define en estos términos: «El derecho que tiene el heredero de perseguir al que retiene las cosas hereditarias, con los fines de que éste esté obligado á reconocer la calidad del actor, y en consecuencia, de restituirle la herencia con todas sus dependencias.» Esta es la definición de la petición de herencia, es decir, de la ac-

1 Portalis, Exposición de motivos del título de la *propiedad*, número 14 (Locré, tomo 4º, página 80).

2 Esta es la opinión de Toullier, tomo 3º, núm. 78; de Troplong, de la *prescripción*, núms. 219 y 220; y de Aubry y Rau, tomo 2º, p. 79.

3 Demolombe, t. 9º, p. 381, núm. 477; Demante, *Curso analítico*, tomo 2º, p. 448, núm. 378, bis 8º; Ducaurroy, Bonnier y Roustaing, tomo 2º, p. 45, número 69.

ción que pertenece al heredero para hacer valer sus derechos; esta acción es real, es cierto; pero ¿quiere decir esto que el derecho hereditario sea un derecho real? El mismo Duranton confiesa «que esta segunda especie de derecho real entra mucho en la primera, la propiedad, sobre todo, en nuestra legislación, en la que, el heredero es el continuador directo de la persona del difunto, y tiene de pleno derecho la propiedad y hasta la posesión que éste tenía cuando falleció.» ¿Por qué, pues, se hace del derecho hereditario un derecho aparte? Duranton contesta que el derecho real consiste en la calidad de heredero (1). Ésta es una idea que confesamos no entender. Siendo el derecho real un derecho en la cosa ¿de qué manera una *cantidad* puede ser un derecho real?

84. Queremos apresurarnos en abandonar estas ociosas disposiciones que nada positivo ofrecen; si de ellas hemos dicho algo, es porque importa, en derecho, tener ideas claras y netas sobre todas las cosas, aun sobre las abstracciones de que tanto gusta la escuela. Hay una cuestión más importante bajo el punto de vista de los principios, y que no carece de interés práctico. Pregúntase si las partes contrayentes pueden establecer otros derechos reales que los que el código civil ha mantenido, agregando la *enfiteusis* y la superficie, arregladas por leyes especiales en Bélgica. Generalmente se acepta la afirmativa, con excepción de algunos disentimientos (2). A nuestro juicio, ni siquiera hay un motivo para dudar. ¿Qué cosa es un derecho real? Con excepción de la propiedad, que se halla fuera de la cuestión,

1 Duranton, tomo 4º, p. 191, núm. 236. Compárese, Demolombe, tomo 9º, p. 380, número 478.

2 Tocillier, tomo 3º, núm. 96; Ducourroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, p. 45, núm. 69. Sentencias de denegada apelación, de 25 de Junio de 1834, y de 13 de Febrero de 1834 (Daloz, *en la palabra propiedad*, núm. 66, 1º, y 68, 1º). En sentido contrario, Demolombe, tomo 9º, números 513-518; Aubry y Rap, tomo 2º, p. 409, nota 1.

son desmembramientos de la propiedad, es decir, actos de propiedad, maneras de utilizar la propiedad, de aprovecharla. ¿Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si el propietario es libre para hacer de la cosa que le pertenece el uso que quiera? La afirmativa es un axioma, y ésta está escrita en nuestras leyes. Según los términos del art. 544, «la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas *de la manera la más absoluta.*» Así, pues, el dueño puede desprender de su propiedad los derechos que quiera crear, en consecuencia, derechos reales á su antojo. El artículo 686 está concebido en el mismo sentido.» Se permite, dice el artículo, que los propietarios establezcan en sus propiedades las servidumbres que gusten. Hé aquí una aplicación de nuestro principio. Si los propietarios tienen un poder ilimitado para establecer servidumbres ¿por qué no habían de poder establecer otros derechos reales?

Verdad es que los arts. 544 y 686 contienen restricciones al poder absoluto que en favor del dueño estamos reivindicando. El art. 544, después de haber dicho que el propietario tiene un derecho absoluto sobre la cosa, agrega que no puede hacer de ella un uso prohibido por las leyes. Luego debe verse si existen leyes que prohíban establecer otros derechos reales que los que el código prevee. El art. 543 enumera los derechos reales: ¿esta disposición es limitativa? En los términos ciertamente que no hay limitación: «Puede tenerse en los bienes ó en un derecho de propiedad, ó un simple derecho de goce, ó únicamente servicios que pretender.» Esta disposición podría suprimirse del código Napoleón, pues sólo sirve de transición entre el título I del libro II y los títulos que siguen. No tiene por objeto limitar el número de los derechos reales, porque no pronuncia esta frase; es tan poco limitativa, que ni siquiera comprende todos los derechos reales de que trata el código; las hipote-

cas no están allí comprendidas, y no obstante, el art. 2114 dice que la hipoteca es un derecho real. ¿Si no hay restricción en los términos del art. 543, la habrá en el espíritu de la ley? Podría creerse, según la Exposición de motivos: Treilhard dice que: *sólo tres especies de derechos pueden tenerse sobre los bienes*: ó un derecho de propiedad, ó un simple goce ó únicamente servicio de bienes raíces. «Pero lo que sigue del discurso nos revela el pensamiento del orador del gobierno.» Así es que dice él, nuestro código deja abolido hasta el menor litigio de ese, derecho de propiedad conocido en otro tiempo bajo los nombres de *Señoría feudal y sensual* (1).» Entendido en este sentido, el art. 543 no hace más que confirmar la abolición de los derechos feudales pronunciados por la Asamblea constituyente. Vamos, que aun esto era inútil; en todo caso, esto nada tiene de común con el establecimiento de derechos reales extraños al feudalismo.

El art. 686 contiene una restricción que tiene el mismo sentido. Se permite, dice el artículo, que los propietarios establezcan las servidumbres que se les ocurra, «con tal que estos servicios nada tengan de contrario con el orden público.» ¿Cuál es este orden público que la ley quiere resguardar? Nosotros hemos dicho que por orden público se entiende el estado de las personas, la capacidad ó la incapacidad que de este resulta. Las servidumbres no atan al orden público sino en un puesto; con el nombre de servidumbre, las partes contrayentes podrían restablecer la señoría del propietario dominante y por consiguiente la sujeción del propietario sirviente; semejante convención sería contraria al orden público, supuesto que tendería á privar á las personas

1 Treilhan, Exposición de motivos, del título 1º del 2º libro, número 22 (Loeré, tomo 4º, p. 33). El relator del Tribunal da también un sentido restrictivo al artículo 543 (Informe de Goupil-Pérel, núm. 12, en Loeré, tomo 4º, p. 36.)

de su libertad colocándolas en un estado de dependencia respecto á otras personas. ¿Y era necesario añadir semejante restricción en el art. 686? Nô, porque no hace más que reproducir el principio general del art. 6, por cuyos términos no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público. Es cierto que los arts. 6 y 686 no prohíben más que los derechos reales que restablecerían la soberanía feudal.

Demolombe se prevale del principio asentado por el artículo 6 y aplicado por el 686, para sostener que los derechos reales son de orden público, y que, por lo tanto, sería derogar el orden público establecer los que no están consagrados por el código. Funda esta doctrina en una definición muy singular de las *leyes que interesan al orden público*. «Evidentemente, dice él, que se necesitan colocar en el número de estas leyes aquellas que interesan á los terceros, al *público*, la seguridad de las convenciones, la manera de trasmisión de los bienes. Anora bien, la ley que determina y organiza los derechos reales de que son susceptibles los bienes, interesa sin duda en el más alto grado á los terceros, al público, el modo de transmisión de los bienes, la seguridad de las convenciones. Luego aquella es una ley de orden público: luego los particulares no pueden cambiarla; luego una ley semejante, en la enumeración de los derechos reales que ella reconoce, debe necesariamente considerarse como limitativa;» Una sola cosa falta á este razonamiento, y es la prueba de la proposición en que se apoya. ¿En dónde está dicho, sea en nuestras leyes, sea en la tradición, que las palabras *orden público* significan lo que Demolombe les hace decir? Esto es tan evidentemente una definición imaginada por las necesidades de la causa, que es inútil combatirla, y ¿se combate una quimera? Todo lo que puede decirse, es que las palabras *orden público*, tie-

nén un sentido todavía más amplio en la doctrina y en la legislación; jamás se ha permitido á los particulares que deroguen las leyes concernientes al interés general. El debate se reduce, pues, á los siguientes términos: ¿Es de interés general que el propietario esté limitado en el uso que quiere hacer de la cosa, estableciendo en ella un derecho real sea el que fuere? Hay que decir que sí, si tales derechos conciernen á la libertad de los fundos y de las personas, proclamada por la Asamblea constituyente. Debe responderse que no, desde el momento en que las convenciones de las partes no tienen por objeto más que su utilidad privada. ¿Existe una razón de interés general para limitar esas convenciones? Cosa singular, el mismo Demolombe dice lo contrario. Confiesa que hay una ventaja social en que los mismos bienes pueden servir al mismo tiempo á un número mayor de personas; esto es, dice él, favorecer los intereses de la humanidad, de la agricultura, de la industria y del comercio. ¿Y las convenciones que favorecen todos los intereses generales imaginables serían contrarias al orden público, en tanto que es, sinónimo de interés público (1).

85. La jurisprudencia ofrece pocos monumentos acerca de la materia. Esto explica el silencio del código. Una experiencia secular había hecho conocer los derechos reales más ordinarios, y desde la publicación del código, apenas se han producido algunos casos no previstos por la ley, en los cuales la propiedad se desmembra, ó por mejor dicho, se distribuye (2). Merlin hace las observaciones de que no es extraño ver simultáneamente una comuna propietaria de un bosque y un particular propietario de los árboles que crecen en ese bosque. Esto puede acontecer cuando se cede

1 Demolombe, tomo 9º, p. 446, núms. 513 y siguientes.

2 Compárese, Aubry y Rau, t. 2º, pfo. 222, *bis*, p. 409.

un bosque con reserva de tales ó cuales árboles que en él crecen; ó la prescripción puede convertir en propiedad el derecho de uso á que estaba limitada la comuna en un principio (1). Merlin llama á la propiedad dividida de tal manera una propiedad parcial. Si está dividida la propiedad, ya no es entera, luego está desmembrada, y por consiguiente, puede considerarse el derecho á ciertas especies de árboles como un derecho real.

Se ha presentado el caso, y ha sido resuelto por la corte de casación que ese derecho no es solamente un derecho en los árboles, sino también un derecho en el suelo, en el sentido de que el propietario del bosque está obligado á dejar subsistir aquella especie de árboles á perpetuidad. Su derecho, pues, ya no es íntegro, porque una parte del inmueble pertenece al que tiene derecho á los árboles; este derecho es inmobiliario, y por consiguiente, un derecho real, un verdadero desmembramiento de la propiedad (2).

85 a. La comuna de la Bresse, que dependía en otro tiempo de la Lorena, está circuida de montañas cuya pendiente está cubierta de bosques y de malezas y la cima de céspedes de los que se llaman bálagos. Desde hace mucho tiempo el dominio y la comuna se disputan la propiedad de los bosques, tierras y céspedes. Se ha fallado que la propiedad de los bosques pertenece á la comuna. Propietaria de los bosques la comuna lo es por lo mismo del suelo. Respecto á los bálagos, fué declarado propietario el Estado y su derecho es también un derecho en el inmueble. Hé aquí un nuevo caso de propiedad parcial. Esta no es una servidumbre, dice la corte, son propiedades simultáneas, pero dis-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *comunales* (*Bienes*), párrafo 7º.

2 Sentencia de casación, de 20 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 1, 55).

tintas, que coexisten en el mismo suelo (1). Desde el momento en que el suelo pertenece á varios, sin que haya indivisión y también sin que el terreno esté dividido, debe decirse que el suelo está desmembrado. En el caso de que se trata, la propiedad principal pertenecía á la comuna, ella era la que poseía las montañas; el Estado tenía una parte de esa propiedad, el derecho á los bálagos, á título de derecho en el inmueble, luego de derecho real inmobiliario.

85 b. Dos propietarios poseían cada uno, en Ivry la-Bataille un molino cuyas ruedas eran movidas por un canal derivado del Eura y dividido en dos ramales. Una calzada separaba los dos molinos; en el terreno de esta calzada, á lo largo de la ribera de uno de los ribereños, estaban planteados unos sauces y unos alisos; el otro ribereño plantó unos chopos en la pradera que corría á lo largo de la calzada. Las yerbas crecían por toda la extensión de la calzada. La corte de Rouen juzgó que cada uno de los ribereños tenía un derecho de propiedad en la calzada, con la obligación de usar de ella como en el tiempo pasado, es decir, que uno de ellos no podría pretender más que á los sauces y á los alisos, con la obligación de conservar el ribazo en buen estado, y que el otro continuaría explotando la yerba hasta la orilla del agua, y tendría el derecho de plantar y de transplantar en la pradera, hacia adelante de dichos sauces y alisos. A recurso de casación, la corte decidió que los arts. 544, 546 y 552 del código civil eran declarativos del derecho común relativamente á la naturaleza y á los efectos de la propiedad; que estas disposiciones nada tenían de restrictivo ni de prohibitivo, que no excluían, pues, las

1 Sentencia de Nancy, de 16 de Agosto de 1832, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 26 de Diciembre de 1833 (Dalloz, *Propiedad*, número 69).

diversas modificaciones y descomposiciones de que es susceptible el derecho de propiedad. (1).

En el presente caso, esta descomposición era muy singular: el terreno era una co-propiedad de los dos ribereños, pero los productos estaban divididos; el derecho á dichos frutos, siendo un derecho al suelo, era, por lo mismo, inmobiliario; luego los propietarios tenían una co-propiedad, pero desmembrada por el derecho en los productos que pertenecían exclusivamente al otro.

En este negocio, el abogado general de la corte de casación hizo observar que existían numerosos ejemplos de esta descomposición de la propiedad; que, en muchas localidades, existía ésta respecto á los prados, de los cuales una yerba pertenecía á uno de los propietarios, y la segunda ó tercera yerba al otro; que en la Bresse, los estanques pertenecen, por espacio de dos años, en cuanto al agua y á la pesca, á un propietario, y al tercer año, en que se les deseca, á otro propietario, el cual es dueño del suelo y recoge los frutos. Estos derechos diversos, en materia de estanques, llevan nombres diferentes: se llama derecho de *evolage* (pesca) el goce que uno de los propietarios tiene en su fondo en tanto que es en naturaleza un *estanque*; y se llama derecho de *assèc* el goce de este mismo fondo que pertenece al otro, cuando queda seco. La corte de casación ha mantenido esta división de goces, que realmente implica un desmembramiento de la propiedad (2).

86. ¿El vendedor puede reservarse á perpetuidad el derecho de caza, para sí y para todos los que le suceden en sus derechos? Esta cuestión es más dudosa que las que acabamos de examinar. La corte de Amiens la ha resuelto afir-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Febrero de 1834 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 68, 1º).

2 Sentencia de 31 de Enero de 1838 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1526).

mativamente (1). Ella se funda en el principio incontestable, á nuestro juicio, de quo la trasmisión de la propiedad es susceptible de todas las estipulaciones que nada tengan de contrario á las leyes, á las buenas costumbres y al orden público. La corte infiere de aquí que el propietario, al vender su heredad, puede reservarse tal ó cual parte de sus derechos en la tierra que enagena, notablemente el derecho de caza, que no es más que un accesorio ó un desmembramiento de la propiedad. Se objeta que esto equivaldría á restablecer el derecho de caza, derecho feudal, que fué suprimido por las leyes de la Revolución, y que el código prohíbe que se restablezca (2).

Nosotros, con la corte de Amiens, creemos que el derecho de caza, en sí mismo, no tiene ningún carácter de feudalismo; pertenece al propietario; luego puede desprenderlo de su propiedad; puede, alquilarlo, venderlo; si este derecho puede cederse temporalmente ¿por qué no habría de poderse reservar perpetuamente? Por lo menos, el feudalismo no entra en la cuestión; lo que caracterizaba el derecho feudal de caza, era que pertenecía á los señores á título de señorío en las tierras de sus vasallos, los cuales no tenían el derecho de cazar; mientras que en el caso de que se trata, el comprador que consiente en la reserva perpetua del derecho de caza, ejercita su derecho cediéndolo y percibiendo el precio de la cesión; y la reserva se lleva á efecto no á título de señorío, sino como condición de la transmisión de la propiedad; ella no implica ninguna dependencia del comprador que consiente, porque trata de igual á igual y recibe el precio de su renuncia.

Hay otro motivo para dudar, el cual nos parece más serio. La reserva del derecho de caza á perpetuidad quo es

1 Sentencia de 2 de Diciembre de 1835 (Dalloz, *Caza*, núm. 44.

2 Esta es la opinión de Demolombe, tomo 9º, p. 462, núm. 526.

acaso una servidumbre? Si es una servidumbre ¿no era preciso resolver, en el caso de que se trata, que la reserva del vendedor era nula, puesto que se había hecho para él, sus herederos y demás representantes de sus derechos; siendo así que el artículo 688 prohíbe imponer un servicio en un fundo á favor de una persona? Nosotros creemos que, en efecto, tal reserva constituye una servidumbre. Cazar es uno de los modos de usar ó de gozar de su propiedad; ahora bien, el goce desprendido del fundo es una servidumbre. La dificultad consiste en saber si dicha servidumbre puede estipularse á favor de una persona. Este es nuestro parecer. En efecto, el código admite tres servidumbres personales, el usufructo, el uso y la habitación; el uso es un usufructo restringido; si se puede conceder una parte de los frutos de un fundo, á título de servidumbre, ¿por qué no habría de poderse ceder el derecho de caza, el cual es también un modo de disfrutar? ¿El derecho de caza puede también estipularse á título de servidumbre real? Volveremos á tratar la cuestión en el título de las *Servidumbres*.
