

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA PREnda Y LA HIPOTeca EN EL DERECHO MEXICANO, Y GUIA PARA EL ESTUDIO DE SUS ANTECEDENTES

FERNANDO ALEJANDRO VAZQUEZ PANDO

SUMARIO:

1. *Introducción.*
2. *Los antecedentes remotos.*
 - 2.1. *Derecho griego (guías de estudio).*
 - 2.1.1. *Introducción.*
 - 2.1.2. *Garantías reales en el derecho ateniense:*
 1. *Casuística de las fuentes y ambigüedad de la terminología.*
 2. *Continuidad de la garantía.*
 3. *Publicidad.*
 4. *Significado y utilidad de los "horoi".*
 5. *Selección de párrafos de Demóstenes de interés en la materia.*
 - 2.2. *Derecho romano (guía de estudio).*
 - 2.2.1. *Derecho preclásico.*
 - 2.2.2. *Derecho clásico.*
 - 2.2.3. *Derecho posclásico; derecho romano-vulgar; derecho romano cristiano.*
 - 2.3. *Derecho germano (esquema).*
 - 2.3.1. *Introducción.*
 - 2.3.2. *Diferencia entre prendas que se dan y prendas que se toman.*
 - 2.3.3. *Concepto.*
 - 2.3.4. *Prendas que se dan.*
 - 2.3.4. *Prendas que se toman.*
 3. *Los antecedentes mediados: el derecho español*
 - 3.1. *Introducción. Nota sobre los períodos que comprende.*
 - 3.2. *Nota sobre la evolución general de los derechos reales de garantía en el derecho español.*
 - 3.3. *La prenda y la hipoteca en algunas de las principales fuentes históricas del derecho español (notas breves).*
 - i) *Fuero Juzgo.*
 - ii) *Fuero Real.*
 - iii) *Leyes Nuevas.*
 - iv) *Siete Partidas.*
 - v) *Ordenamiento de Alcalá.*
 - vi) *Fuero Viejo de Castilla.*
 - vii) *Nueva Recopilación.*
 - viii) *Novísima Recopilación.*
 - 4.1. *Los antecedentes inmediatos: la tendencia codificadora.*
 - 4.2. *El Código Civil Napoleón.*
 - 4.2.1. *Antecedentes.*
 - 4.2.2. *La prenda y la hipoteca en el Código Civil Napoleón.*
 - 4.3. *La codificación civil en España.*

- 4.3.1. *Introducción.*
- 4.3.2. *La prenda y la hipoteca en el proyecto Gorasabel.*
- 4.3.3. *La prenda y la hipoteca en el proyecto de 1851, comentado por García Goyena.*
- 4.4. *El Código Civil italiano de 1865.*
- 4.5. *El Código Civil portugués de 1867.*
- 5. *La evolución en el derecho mexicano.*
 - 5.1. *Introducción. Los períodos de evolución del derecho en México.*
 - 5.1.1. *Derecho precortesiano.*
 - 5.1.2. *Derecho virreinal o novohispano.*
 - 5.1.3. *Derecho del México independiente.*
 - 5.1.3.1. *Períodos que comprende.*
 - 5.1.3.1.1. *Aparición de la tendencia codificadora y primeros frutos, escisión de tendencias.*
 - 5.1.3.1.2. *Triunfo de la tendencia codificadora recepcionista: el Código Civil de 1970 y la revisión de 1884.*
 - 5.1.3.1.3. *Las tendencias socializantes: el Código Civil de 1928.*
 - 5.2. *Evolución general de la prenda y la hipoteca en el derecho civil mexicano.*
 - 5.2.1. *Introducción.*
 - 5.2.2. *La prenda y la hipoteca en los proyectos y códigos mencionados.*
 - 5.2.2.1. *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca, de 1927. 1829.*
 - 5.2.2.2. *Proyecto de Código Civil, presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas, por la comisión encargada de redactarlo, de 1829.*
 - 5.2.2.3. *Redacción del Código Civil de México, que se contiene en las leyes españolas y demás vigentes en nuestra República, por Vicente González de Castro (1839).*
 - 5.2.2.4. *Las Pandectas Hispano-Méjicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel (primera edición 1839; nueva edición; 1852).*
 - 5.2.2.5. *Código Civil de Oaxaca de 1852.*
 - 5.2.2.6. *Proyecto de un Código Civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno por el Dr. Don Justo Sierra (1861).*
 - 5.2.2.7. *Código Civil del Imperio Mexicano (1866).*
 - 5.2.2.8. *Código Civil del Estado de Veracruz Llave, de 1868.*
 - 5.2.2.9. *Proyecto de Código Civil del Estado de México (1869).*
 - 5.2.2.10. *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870).*
 - 5.2.2.11. *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1884).*
 - 5.2.2.12. *Proyecto de Código Civil del Distrito y Territorios Federales (1928).*
 - 5.2.2.13. *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia común y para toda la República en Materia Federal (1928).*
 - 5.2.3. *Desarrollos recientes:*
 - 5.2.3.1. *"Mercantilización".*
 - 5.2.3.2. *Prenda Mercantil.*
 - 5.2.3.3. *Desarrollos en el derecho bancario.*
 - 5.2.3.4. *La hipoteca en el Derecho Marítimo.*
 - 5.2.3.5. *Modificaciones Introducidas por la "Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera", y su reglamento.*
 - 5.3. *Observaciones finales a modo de conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ser una guía para el estudio de los antecedentes históricos de la diferenciación entre la prenda e hipoteca, más o menos relevantes por razones de filiación para el derecho mexicano, y una breve exposición de la evolución que tales figuras alcanzan en éste.

El objeto principal de análisis es, desde luego, la evolución en el derecho mexicano, y de ahí que no se haya considerado indispensable hacer una exposición sistemática de los antecedentes del mismo.

La omisión del autor, está ampliamente suplida por magníficos estudios de especialistas de múltiples países. La bibliografía sobre el derecho romano en sus diversas etapas evolutivas, sobre el intermedio, el común, y el de los diversos países europeos cuya evolución jurídica se vincula o tiene relevancia para la historia del derecho mexicano (España, Francia, e Italia, Portugal, y Alemania, principalmente), es de una amplitud y profundidad que no sólo permite la omisión del autor, sino que la justifica, pues éste, con no ser sino un aficionado a la historia del derecho, está no sólo imposibilitado para echarse a cuestas una labor que abarque la evolución total de los antecedentes vinculados a la historia del derecho mexicano, sino que sus posibles resultados están ya superados sin duda por magníficas investigaciones.

No sucede lo mismo con la historia de las instituciones jurídicas en México, pues éstas están aún muy lejos de haber alcanzado la atención de los investigadores, salvo en muy contadas excepciones, las cuales se refieren principalmente al derecho público.

En términos generales, los estudios sobre la historia del derecho mexicano, están aún por ser escritos. La bibliografía existente se detiene en el momento en que podría empezar a hablarse de derecho mexicano, como es el caso de la obra de Esquivel Obregón, o se refiere a la historia externa, como es el de la de Margadant.

Existen sí, algunos breves estudios sobre aspectos particulares, pero en la mayoría de los casos son monografías sobre alguna fuente concreta, o meras notas históricas en obras generales que están muy lejos de comprender la evolución del derecho privado del México posterior a la Independencia y, en los casos opuestos, son referencias históricas sobre instituciones del derecho público.

Hace tiempo vengo diciendo que la historia del derecho privado mexicano está aún por ser escrita, y si ello continúa siendo cierto a pesar de algunas aportaciones recientes de enorme interés, lo es aún más con respecto a la evolución de las instituciones. De ahí el que me haya animado a elaborar este estudio, a pesar de estar muy lejos de ser un especialista en las investigaciones histórico-jurídicas. Sea éste un intento de empezar a suplir estas deficiencias y, sobre todo, de despertar el interés por el estudio de nuestra evolución histórico-jurídica.

Las razones anteriores harán sin duda fácilmente comprensible al lector, el porqué del dispar método adoptado a lo largo de este trabajo.

Después de una muy breve nota introductoria, se pasa a lo que no es sino un esquema básico de los problemas que plantean los antecedentes griegos. De este esquema, no del todo descarnado, se pasa a uno carente de todo ropaje: el del derecho romano, en el que me limito a enlistar lo que considero los temas principales de estudio, a modo de apretado temario.

El mismo sistema, de esquema prácticamente descarnado, se adopta en el inciso tercero, relativo al derecho germano.

La sección siguiente, dedicada al derecho español, requiere de algunas explicaciones, no tanto por él mismo, cuanto por haber privado de lugar a un análisis de las figuras en el resto de los derechos europeo-continentales.

La razón es simple: la relevancia del derecho español para México es mayúscula, por haber sido la parte principal del derecho virreinal. Hasta la Independencia, las influencias que pueden sufrir las instituciones jurídicas de los demás derechos europeos, no las sufren nunca directamente, sino a través del derecho indiano o del castellano, y el primero es básicamente derecho público, de ahí la falta de referencia al resto de los derechos europeos anteriores a la codificación.

En cuanto al inciso mismo, está integrado por tres partes: uno dedicado a una breve enunciación de los períodos de evolución del derecho español, un segundo constituido por una visión panorámica de la evolución de la prenda y la hipoteca en palabras de Lalinde, y el tercero integrado por breves notas de lo que considero los aspectos más relevantes de las fuentes principales de ese derecho.

De estas secciones —todas ellas introductorias—, se pasa a una breve referencia a la tendencia codificadora y a cinco de sus cristalizaciones que mayor influencia habrían de tener en el derecho mexicano: el Code Napoleón, el Proyecto Gorasábel, el Proyecto "García Goyena" y el Codice Civile del Regno d'Italia, de 1865, y el Código portugués de 1867.

De estas secciones, que bien pudieran considerarse como una guía de los antecedentes principales que deben tenerse presente para iniciar el estudio de la historia del derecho mexicano, se pasa a la consideración de ésta.

La falta de exposiciones sistemáticas de la evolución general del derecho privado en México, obliga a dividir el estudio en dos secciones principales: la primera dedicada a la evolución que pudiéramos llamar externa, y la segunda destinada al estudio de las diversas fuentes, por lo que se refiere a la prenda y la hipoteca.

Es en realidad esta segunda sección de la última parte, el objeto principal de este trabajo, y de ahí el que sea el elaborado con mayor cuidado y en forma más sistemática.

Sólo faltaría referirse al porqué del título; pero ello resulta claro de lo antedicho.

2. LOS ANTECEDENTES REMOTOS

2.1. Derecho griego:

2.1.1. Introducción

Nuestro estudio se limitará a una breve mención de la problemática de las garantías reales en el derecho ático, el cual, al decir de Beauchet, es el más acabado de los derechos helénicos y tuvo, además, influencia no sólo sobre el romano sino también sobre el de las demás ciudades griegas,¹ además de que, el estado actual de los estudios relativos a los derechos helenos, sólo pueden permitirnos referirnos con certidumbre razonable al derecho ateniense.

¹ Beauchet, Ludovic, *Historie du Droit Privé de la République Athénienne*, Librairie Marescq Ainé. París, Chevalier-Marescq et Cie, Editeurs, 1897, vol. 1, pp. XLII-XLIV.

2.1.2. *Las garantías reales en el derecho ateniense*

1. Casuística de las fuentes y ambigüedad de la terminología. Las fuentes ofrecen una gran cantidad de casos: enechuron, venta con pacto de rescate, hipoteca, apotimema; pero el uso de la terminología es bastante ambiguo. Al parecer el enechuron era una prenda manual, respecto a la venta con pacto de rescate se ha discutido mucho su origen, pero en la época clásica ciertamente estaba en uso; el apotimema y la hipoteca han presentado grandes dificultades, al parecer la primera se utilizaba para garantizar la devolución de la dote, así como la administración de bienes de incapaces.

Al parecer, el antecedente más remoto es la venta con pacto de rescate, la cual se encuentra mencionada en diversas ocasiones por Demóstenes.²

2. Continuidad de la garantía. Según Paoli, el acreedor no podría apropiarse del objeto afectado, sino que lo conservaba hasta que se cumplía la obligación garantizada, por lo que la garantía servía para presionar al deudor al pago.³

3. Publicidad de la hipoteca. A partir del siglo IV a.C. se acostumbra colocar una o varias señales (*horoi*) en los inmuebles hipotecados. Las señales podían consistir en tablas de madera en el caso de edificios, o bien en estelas de piedra, en el caso de fundos. Los *horoi* más recientes que se conocen son del siglo II a.C., sin que se conozca ninguno de la época romana.

De los *horoi* que se conservan se deduce que las menciones que los mismos solían contener eran las siguientes:

- I. La de ser un *horoi*.
- II. Designación del objeto.
- III. Naturaleza del gravamen, generalmente apotimema o ventas con pacto de rescate.
- IV. Nombre del acreedor.
- V. Naturaleza del crédito garantizado; no aparece en el caso de ventas con pacto de rescate.
- VI. El nombre del deudor aparece sólo en raras ocasiones.
- VII. Monto del gravamen cuando era conocido.
- VIII. Fecha de constitución.

4. Significado y utilidad de los *horoi*. No estaba prescrito por la ley, por lo que era un mero uso. Por ello la falta de *horoi* no implicaba la inexistencia del gravamen ni su presencia la existencia del gravamen. Al parecer la existencia del *horoi* facilitaba la prueba, y quizás la existencia del *horoi* agregada a la producción del documento contractual producía prueba plena.

5. Selección de párrafos de Demóstenes (384-322), de interés con relación a las garantías reales (se utiliza la traducción de Rafael Ramírez Torres, Editorial Jus, S. A., México, 1961).

I. Del discurso contra Apaturio, del párrafo 8, importante respecto al uso de la venta con pacto de rescate:

² Por ejemplo, en contra Panteneto § 34, contra Aparturio § 8.

³ Citado en *Novissimo Digesto Italiano*, voz Ipoteca.

...8. Tomé entonces las tres minas que había recibido y las otras siete de Parmenón; y haciendo novación del contrato ante éste, *le hice compra de la nave y los remeros hasta que devolviera* las diez minas que recibió por mi medio y las 30 que me constituyó fiador ante prestamista...

II. Del segundo contra Afobo, del párrafo 18, interesante sobre el problema de si se requería o no la entrega del objeto y con respecto a la ambigüedad de la terminología:

...¿A dónde nos volveremos, si es que vosotros juzgáis de un modo que les sea favorable?
¿A los bienes hipotecados que están en manos de los prestamistas?...

III. Del discurso contra Panteneto, sobre el uso de la venta con pacto de rescate:

4. Euregos y yo, oh jueces, prestamos a rédito 150 minas a este Panteneto, quien dio para la *hipoteca* un taller con 30 esclavos... Pero sucedió que este Euregos debía a Mnesicles... 5. Entonces Mnesicles nos vendió el taller y los esclavos... a cuenta de esta Panteneto... Firmamos entonces un contrato en el que constaba el arriendo y *la facultad de rescatar este Panteneto el taller en un cierto tiempo...*

IV. Del discurso contra Espudias, de los párrafos 6 y 7, con relación a la hipoteca por avalúo y los efectos de la hipoteca contra los herederos:

...6. Voy a presentaros ante todo los testigos que estaban presentes cuando Polieucto me dio a su hija en matrimonio con las 40 minas de dote, luego los de cómo las recibí mermadas 1 000 dracmas, después de cómo Polieucto constantemente confesó seme deudor y cómo delegó a Leócrates para el pago, y los de cómo al morir *ordenó que se cargaran sobre la casa* las 1 000 dracmas que faltaban en la dote...

...7. Este es, pues, oh jueces, mi primera reclamación contra este Espudias. Y acerca de ella, équé argumento mayor ni más poderoso puedo presentaros que *la ley que literalmente prohíbe que las cosas que están bajo hipoteca sobre un avalúo, puedan contestarse judicialmente ni de parte del deudor, ni de la de los herederos?...*

V. Existen diversos párrafos, de los cuales se hace una selección a continuación, que son de interés respecto a los *horoi* (señales hipotecarias), y de los cuales puede deducirse no sólo que existía la práctica de su colocación, y que se colocaban uno o más *horoi*, sino que su existencia no era prueba plena del gravamen ni era requisito para la validez del mismo, pero que adjuntado al documento contractual producía prueba plena.

1. Del discurso contra Fenipo, párrafos 5 y 9:

5...probé y testifiqué delante de Fenipo que *no había estela hipotecaria en todo el dominio*; ...9... No se debía deuda alguna sobre la propiedad y éste ahora intenta que se descubran muchas... (Nota. Este discurso probablemente no es de Demóstenes.)

2. Del discurso contra Timoteo:

...12... Pero temiendo que los tierarcas dieran testimonio contra él y que se le demostrara mentiroso en sus cuentas, les firmó como préstamo privado a cada uno las siete minas y *les hipotecó en resguardo sus bienes*. Pero ahora los *ha despojado en ellas y ha quitado las estelas hipotecarias...*

3. Del segundo discurso contra Onétor:

1. Primeramente hablaré de un indicio no menor que los que expuse anteriormente, pero que se me escapó en mi anterior discurso: es acerca de que Onétor no entregó la dote a Afobo...

...Porque éste... dijo haber entregado 80 minas, y en la casa puso las estelas hipotecarias por 2 000 dracmas y en el terreno por un talento... 2. ¿Qué hizo pues? 3. Quita de la casa las estelas y dice que la dote es de sólo un talento... Pero, es claro que si colocó las estelas en la casa justamente y con sincera verdad, también justamente colocó las que puso en el terreno...

...13 ...¿Cómo va a ser justo que, si por 80 minas fijaste las estelas, la dote haya de ser de 80 minas; y por más, que sea mayor y por menos, menor? ... A donde hay que mirar es a la verdad y no a lo que un cualquiera astutamente prepara en su favor...

4. Del primer discurso contra Aristogitón:

69... si se presenta en público los instrumentos legales del convenio conforme al cual se hizo la colocación del dinero y se presentan los términos de la hipoteca juzgáis al negante de claramente devengonzado...

2.2. *Derecho romano*

2.2.1. *Derecho preclásico*

2.2.2. *Epoca clásica.* Antecedentes: *la fiducia*. La cláusula comisoria, el *pactum de vendendo*. *El pignus*, concepto, elementos, la *possessio ad interdicta*, el *pactum de lex commissoria*, el *pactum de distrabendi pignore*. *El pignus de los invecta et illata* y los antecedentes de la hipoteca, el *interdicto salviano*, la *actio serviana* y su extensión en el Edicto de Adriano.

2.2.3. *Derecho posclásico*; romano-vulgar y romano-cristiano. Introducción del término hipoteca en las fuentes. Influencias cristianas en la prenda y la hipoteca:

I. En la prenda: influencia del *favor debitoris* en el desarrollo de la *conventio pignoris* y en el *ius distrabendi*; multiplicación de las prendas legales y el *pignus gordianum*; exclusión de los vestidos, esclavos y otros bienes de las prendas generales; la acción pignoraticia como acción de buena fe (Instituciones de Justiniano, 4, 6, 28). Prohibición de prenda sobre persona libre y de los hijos, *beneficium excussionis* (Novela del 535). Prohibición de la *lex commissoria* por Constantino (Código Teodosiano, 3,2,1).

II. En la hipoteca: multiplicación de las hipotecas legales (en favor de la esposa, de la iglesia, de los incapaces); la acción hipotecaria aparece como acción arbitraria por lo que el juez juzga conforme a equidad (Instituciones de Justiniano 4,6,31).

2.3. *Derecho germano (esquema)*

2.3.1. Introducción: Importancia del derecho germano. Formación del derecho romano-germánico. Personalidad del derecho. Influencia del derecho franco en España a partir del siglo IX. Concepto de *gewere*.

2.3.2. Diferencia entre prendas que se dan y prendas que se toman. Los germanos admitían la posibilidad, en algunos casos, de tomar prenda como medio de autotutela, de ahí que la diferenciación entre prendas que se dan y prendas que se toman.

Concepto: *vadi, wetti, wadium* (del verbo *vidam* = vincular, sujetar).

2.3.3. Prendas que se dan:

1. Objetos afectables:

1. Inmuebles:

- 1) Propiedad. Mediante vestidura condicionada en forma suspensiva o resolutoria.
- 2) Disfrute:

a) *Satzung* antigua. Se entrega la posesión hasta la cancelación de la deuda. Los frutos los percibe el acreedor, si hay pacto se imputan al capital (*vadium de amortización*).

b) *Satzung* moderna. Aparece en la época de los Libros de derechos (siglo XXII, aproximadamente) como resultante del procedimiento ejecutivo sobre inmuebles. El acreedor no adquiere posesión ni disfrute, sino los derechos de un acreedor que ha obtenido sentencia condenatoria al pago y la confiscación del inmueble, para el caso de mora. Se usa inscribirla en los libros públicos, finalmente, no puede establecerse sin inscripción.

2. Muebles. Sólo se da prenda con *gewere* corporal. El acreedor conserva la prenda para sí en caso de incumplimiento, posteriormente, debe venderse y entregarse el remanente al deudor.

2.3.4. Prendas que se toman: Sobre animales ajenos por daños a fincas (*lex wisig.* VIII, 3, 13). Sobre personas: por daños a fincas, por ejercicio de hecho del poder dominical sobre una finca que no le corresponde a quien lo ejercita, por censo vencido, por no pago de rentas, por no ejercicio de derechos en caso de mora o riesgo sobrevenido.

3. Los antecedentes mediados. El derecho español:

3.1. Introducción. Nota sobre los períodos en que se divide la historia del derecho español

I. Periodo prerromano. La ocupación romana de la península ibérica se inicia hacia el año 218 a.C. La posibilidad de conocer los ordenamientos jurídicos de esta época es muy escasa. Los medios de conocimiento son inscripciones y noticias de escritores griegos y latinos; en cuanto a las primeras, las pocas legibles son latinas y por lo mismo impuras, en cuanto a las segundas, presentan el inconveniente del subjetivismo.

II. Periodo de la romanización. Se inicia hacia el año 218 a.C. El proceso es bastante lento: la costa del Mediterráneo y Andalucía en 206 a.C., el Valle del Ebro y la meseta inferior del 195 al 178, Castilla la Vieja y León en 133 y la región de los cántabros y los astures hasta el 19 a.C.

Desde el punto de vista jurídico, subsisten los derechos indígenas y sólo los *civitates liberae* y los *stipendiariae* y el campo estaban a merced de las disposiciones romanas.

La romanización jurídica se opera en los tres primeros siglos de nuestra era, y el paso decisivo para lograrla lo da Vespasiano en el año 73 o 74 de nuestra era, al conceder la latinidad a toda España. A partir de ello, el *commercium* va a regirse por el derecho romano.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN...

257

La romanización total y oficial fue obra de Caracala, quien en 212 concede a todos los habitantes del imperio la ciudadanía romana, quedando derogados los derechos indígenas.

Así asimila España el derecho romano-clásico, junto al cual como en las restantes provincias, surge un derecho romano vulgar, caracterizado por la simplificación de conceptos y normas y la mezcla de principios romanos e indígenas.

La romanización de España se consolida gracias al derecho romano vulgar (250-415).

Durante el mismo periodo de romanización se da la cristianización, que se inicia a mediados del siglo I. En el siglo IV el cristianismo es reconocido como religión oficial.

El cristianismo va a manifestar su influencia principalmente en la aplicación diaria del derecho.

III. Periodo de la aportación germánica. Época visigoda (415 a 711). Subsiste el derecho romano en convivencia con el germánico introducido por los invasores. Por otra parte, frente al derecho secular rige también el canónico, pero esta dualidad desaparece a fines del siglo VI al intervenir la Iglesia en la redacción de las leyes reales y al promulgar los reyes las establecidas por los concilios.

IV. Influencia musulmana. En el 711 se inicia la conquista de España por árabes y bereberes; pocos años después, los musulmanes dominan casi toda España. La fuente principal del derecho musulmán, el Corán, es una amalgama de ideas judías, cristianas y costumbres árabes.

A partir de la invasión, España es un mosaico de derechos musulmán, canónico, visigodo y romano. El musulmán parece haber dejado muy poca influencia, debido a su carácter confesional.

El norte de España nunca llega a ser totalmente conquistado por los árabes, y la reconquista se inicia casi de inmediato, iniciándose el periodo de formación del derecho nacional español (Alta Edad Media, años 711 a 1150).

V. Periodo de dispersión normativa (siglos VIII a XIII). El orden godo, representado en lo secular por el *Liber Indiciorum* y en lo canónico por la *Hispana*, tiende a decaer, aunque logra sobrevivir en las comunidades cristianas sometidas a los árabes y frances. A fines del siglo VIII y principios del IX, Alfonso II el Casto, rey de Asturias, restaura oficialmente el orden godo.

La ausencia de poder político en la promulgación de normas generales, da como resultado que del siglo VIII al IX no haya una normativa general (ley), sino sólo normas singulares ("privilegios").

A partir del siglo XI el poder político interviene en la creación de una normativa general en León y Barcelona.

En León, Alfonso V promulga, en 1017, unas normas —de carácter territorial— que denomina "decretos"; en Barcelona, Ramón Berenguer I promulga los usos (usualía).

En Castilla se inicia la formación de un derecho judicialista; a las decisiones más trascendentes se les llama "hazañas" (*fazañas*).

Dada la debilidad del orden territorial, desde el siglo IX trata de integrársele con ordenamientos legales, por lo que el ordenamiento general pasa a ser un conjunto de ordenamientos locales, siendo su característica la dispersión y la variedad de nor-

mas; pues cada individuo está sometido a las normas de su lugar y es ajeno a las de lugares distintos, aunque existan algunas obligaciones comunes.

Aunque los ordenamientos locales constan de elementos diversos, los mismos pueden reducirse a las "cartas-pueblos" o "de población" (conjunto de normas que regulan el establecimiento de determinado número de personas o familias en un lugar sin poblar o deficientemente poblado, para su colonización), los privilegios en sentido estricto (concesiones reales entre las que se encuentran las del estado de libertad, las de atribuciones a título gracioso y las de dispensa de algún gravamen), las costumbres escritas de la comunidad y los preceptos recibidos de otros ordenamientos.

Los ordenamientos locales al ser reconocidos por el titular del poder judicial de la comunidad —rey, señor laico o eclesiástico— como el ordenamiento específico de la comunidad adquiere la categoría de "fuerzo".

Los "fueros" empiezan a aparecer en la segunda mitad del siglo XI y son de tamaño reducido, por lo que se les conoce como "fueros breves". Posteriormente, aumenta su extensión y mejora su sistematización siendo esta mejora una de las primeras influencias del renacimiento románico.

El número de fueros locales es muy elevado, por lo que con base en las semejanzas se les agrupa en "familias de fueros". Dada la importancia especial que para nosotros tiene el derecho castellano, por haber sido éste el que tiempo después estuvo en vigor en Nueva España, nos limitaremos a mencionar los principales fueros del reino de Castilla, sin referirnos a los de las demás:

En el reino de Castilla, los fueros de mayor trascendencia histórica son los de Ávila, Logroño, Sepúlveda, Soria y Cuenca. El fuero de Ávila, desconocido, se le supone el origen de una serie de fueros portugueses... y extremeños. El fuero de Logroño procede de Alfonso VI en 1095, es adicionado por Alfonso VIII. El fuero de Sepúlveda es concedido en 1076 conociendo una redacción definitiva en 1300. El fuero de Soria, de 1120. El fuero de Cuenca, con el de Soria puede ser el ejemplo de un gran texto de ordenamiento legal procedente de un modelo o fórmula, a la que se ha llegado en el siglo XIII...⁴

La adopción del principio de personalidad de las leyes, ocasiona que en un mismo lugar coexistan junto al derecho local otros derechos, como el musulmán y el judío, a lo cual hay que agregar la influencia cada vez mayor del derecho canónico, y la existencia de los ordenamientos de que disfrutan algunas clases sociales, como en el caso de Castilla, gozan los "fijosdalgo", lo cual da por resultado un "mosaico" en que se reúnen una multitud de ordenamientos, ninguno de los cuales es general.

VI. Periodo de integración normativa (siglos XIII a VX). Ya desde mediados del siglo X se inicia un pequeño renacimiento del estudio del derecho romano, que cristaliza el siglo siguiente en la obra de Pedro de Valence *Exceptiones legum y romanaarum Petri* (extracto de las leyes romanas, de Pedro) y en la obra de origen francés o italiano, *Brachylogus iuris civilis* (tratado abreviado de derecho civil).

La escuela de Pavía y la de Bolonia, después, impulsaron ese renacimiento. A fines del siglo XIII se inicia en Francia una nueva tendencia, la cual abandona el sistema de la glosa; y que va a ser desarrollada también en Italia, y que se caracteriza por su tendencia a obtener conceptos generales (este nuevo método es conocido como *mos italiensis*).

⁴ Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 86.

La agrupación del derecho canónico primero, y del feudal después, al romano, permite superar la dispersión existente. A ese conglomerado va a considerársele el "derecho común", por contraposición al propio, y va a ser el producto de la actividad docente desarrollada en las universidades europeas.

En España penetra ese "derecho común" en forma dispar, según las diversas regiones. En Castilla, la fundación de la Universidad de Valencia (hacia 1200) contribuye a la difusión del romanismo; pero a pesar de ello, hay bastante resistencia a la romanización. Entre 1252 y 1255 Alfonso X manda elaborar el "fuero", llamado posteriormente *Fuero Real*, que tiende a uniformar el derecho; pero en Castilla es rechazado.

Entre 1248 y 1252 el intento de plasmar el derecho de Castilla cristaliza en el *Libro de los fueros de Castilla* y en el mismo siglo, se elabora el *Fuero Viejo de Castilla*.

Hacia 1256 se inicia la elaboración del *Espéculo*, más abierto al derecho común que el *Fuero Real*, y que debía regir la actuación de los tribunales del rey.

El rechazo del *Fuero Real* tal vez convence al rey de la inutilidad del intento, por lo que decide se elabore una obra doctrinal que será conocida como las "Siete Partidas", que son el exponente más alto de la penetración del derecho romano en Castilla.

En la práctica de los tribunales el derecho común se abre paso. En 1348 las *Partidas* obtienen sanción oficial en el *Ordenamiento de Alcalá*.

VII. Periodo de la recopilación (siglos XVI al XVIII). Ya en el siglo XV empieza a tomarse sentido crítico ante el derecho romano, esta corriente se desarrolla especialmente en Francia, por lo que se le conoce como *mos gallicus*.

En el siglo XVII el *mos gallicus* va derivando en Alemania a un intento de acomodar el derecho romano a las nuevas circunstancias (*usus modernus pandectarum*).

En España el confusionismo normativo lleva a la necesidad de recopilar el derecho; en 1484 se imprime el *Ordenamiento de Montalvo*, que no alcanza carácter oficial. En 1505 las *Leyes de Toro* reafirman el sistema de orden de prelación establecido en el *Ordenamiento de Alcalá* y en 1567 la tendencia recopiladora obtiene su primer fruto oficial: La *Nueva Recopilación*, que en sus diversas ediciones sufre la intercalación del derecho nuevo, hasta que en 1723 en lugar de intercalarlas, se publican con denominación de *Autos acordados del Consejo*.

En 1805 se promulga la *Novísima Recopilación* para tratar de resolver el problema que plantea el comulativismo legal.

VIII. Periodo constitucionalista y codificador. La influencia del jusnaturalismo racionalista, en lo jurídico, da lugar a la tendencia codificadora, que inicia sus manifestaciones desde mediados del siglo XVIII con el Código de Procedimiento Civil de 1751, el Civil de 1756, ambos de Baviera (el último conocido como *Codex Maximilianus Bavaris Civilis*).

El jusnaturalismo francés de la Ilustración lleva a Europa el constitucionalismo.

En España la tendencia constitucionalista y codificadora triunfa con la Constitución de Cádiz de 1812, a través de la cual obtiene su primer logro en México.

Tras diversos intentos de codificación, sin éxito, en 1851 García Goyena publica el proyecto de Código Civil elaborado por la comisión redactora creada en 1843. El proyecto es rechazado en España por considerársele extranjerizante, pero va a alcanzar mucho prestigio en México, donde va a ser tomado como modelo por don Justo Sierra.

3.2. Nota sobre la evolución general de los derechos reales de garantía en el derecho español

Derechos reales de garantía son los que sujetan una cosa al aseguramiento de una obligación por parte de su propietario. Irregan una limitación de la propiedad, y pueden consistir en el disfrute de la cosa, pero se diferencia teológicamente de los derechos de limitación y de uso y disfrute. Tras un primer periodo, en el que el deudor romano transmite la propiedad de la cosa para garantizar su obligación, siéndole devuelta cuando la cumple (*fiducia cum creditore contracta*), se arbitra la solución de que solamente transmite la posesión, naciendo así un derecho real en cosa ajena o "derecho de prenda" (*pignus*). Como variedad de él se generaliza en el siglo I una prenda pactada (*pignus conventum*), que no exige el desplazamiento de la posesión, por lo que el deudor queda en la propiedad y posesión de la cosa, aunque sujeta a la garantía, a lo que se da el nombre griego de "hipoteca". El deficiente tratamiento de este dualismo en el propio derecho romano, donde se habla indistintamente de prenda y de hipoteca da lugar a que desaparezca en el periodo visigodo y Edad Media, sustituido por el monismo en el que triunfa el término "prenda" (*pignus, peno, penyora, peyndra, empennamiento*). En la Edad Moderna renace el término "hipoteca" y con ello un dualismo de prenda e hipoteca, basado en la naturaleza mueble o inmueble, respectivamente, de la cosa garantizadora, aprovechando así una distinción que si en el derecho romano no ha tenido gran importancia, la ha adquirido en la Edad Media. La distinción, sin embargo, no triunfa hasta el periodo codificador, en el que la prenda *recae* sobre bienes-muebles y lleva consigo desplazamiento de la posesión y la hipoteca *recae* sobre bienes inmuebles sin el aludido desplazamiento, si bien actualmente vuelve a difuminarse la distinción al admitirse la "hipoteca mobiliaria" o "prenda sin desplazamiento".

En el derecho de garantía se distingue la persona beneficiaria de la garantía (*pignoris creditor*, acreedor del *peno*, *a. pignoraticio o hipotecario*) y el que la ofrece (*dominus pignoris, senyor del peno*, deudor pignoraticio o hipotecario). Por su constitución puede ser voluntario, judicial y legal, según nazca por contrato, o se imponga por la decisión del juez o de la ley. En los dos primeros casos es de constitución expresa o "por palabra", según las *Partidas*, mientras en el tercero es tácita o "calladamente". A este último género pertenecen en el derecho romano la del fisco por deudas al mismo y la de la mujer sobre los bienes del marido por razón de dote, que hereda el derecho castellano a partir del *Fuero Real*.

La prenda *recae* sobre toda clase de bienes en periodos monistas, como el visigodo y el de la Alta Edad Media, y aún con la recepción aunque se aprecia la tendencia a atribuirla a los bienes-muebles desde las *Partidas*, que son el objeto exclusivo en periodos dualistas. La hipoteca *recae* en todo género de bienes en el derecho romano; pero cuando renace en la Edad Moderna se restringe a los bienes inmuebles. Dentro de unos y otros pueden serlo todas las cosas en el comercio, como las vestiduras, armas, bestias y plata en la Edad Media, incluyendo lo nacido o por nacer, como el parte de la sierva, según las *Partidas*. Se exceptúan las cosas que no están en el comercio, o las que son menester para el servicio del cuerpo y su compañía, como la barragana manifiesta, sus hijos y los criados, según el citado texto. En otros se restringe, como el derecho comarcal castellano las tierras de labor hasta mediados de marzo, o si se han labrado, hasta el año siguiente.

Los principales derechos son la retención de la cosa, cuando hay desplazamiento, y su enajenación (*licentia distrahendi*) cuando el deudor no cumple su obligación, generalmente, tras un periodo, como el de diez días en el derecho visigodo, o el de treinta en el *Fuero Real*, quedándose con el importe de la deuda y devolviendo el sobrante (*superfluum, byperocha*) al deudor. Desde Constantino, en el derecho romano se observa una tendencia contraria, que se agudiza en la codificación, contra el pacto en virtud del cual el beneficiario puede apropiarse la cosa garantizadora (pacto comisorio), el cual es frecuente, sin embargo, en la Alta Edad Media, una misma cosa puede ser objeto de sucesivas hipotecas, entre las que se establece una prelación o rango hipotecario en atención al momento de su constitución, diciéndose que el anterior en el tiempo es mejor en el derecho (*prior in tempore, potior in jure*).

El derecho de garantía supone, generalmente, desplazamiento de la posesión, con la excepción de la hipoteca romana y moderna, extendiéndose en la Alta Edad Media a los inmuebles,

mediante carta de tradición. El poseedor de la cosa no hace suyos los frutos, sino para compensar los intereses; pero puede convenirse que lo haga con el fin de amortizar la deuda o "pacto de anticresis" en el derecho romano, renacido en la codificación, y al que se aproxima la prenda inmobiliaria entre los siglos x al xii, conocida en Cataluña como *guadatio* (del gótico *vidan*, *ligrar*, a través del *wadum* u objeto simbólico sobre el que se prenda), en la que se puede pactar la referida amortización, y en Castilla, donde se distinguen los *pennos binos* con amortización (*vifgage*, en derecho franco) de los p. *muertos*, sin ella (*mortgage*, en el derecho franco).

El derecho de garantía se extingue fundamentalmente cuando se da cumplimiento a la obligación que se asegura, en cuyo caso se puede exigir la devolución de la cosa, pues, en caso contrario, se ha de reintegrar el precio, y en ocasiones se sufre penalización, como en el derecho visigodo y castellano medieval, en que se ha de pechar la mitad del valor de la cosa más.

A partir del derecho medieval se exige publicidad en el derecho de garantía, como hace el *Fuero Real* al prescribir que las prendas se tengan "manifiestamente", calificando de hurto el esconderlas. En la Edad Moderna se moldea la renacida hipoteca sobre la base de la publicidad con la creación del registro de hipotecas en 1539, reorganizado en 1713, y, sobre todo, con el creado en 1768. La codificación, con mayor o menor rigor según las reformas, adopta el principio de publicidad como base de la hipoteca, siguiendo modelos alemanes.⁵

3.3. *La prenda y la hipoteca en algunas de las principales fuentes históricas del derecho español (notas breves)*

A continuación nos referiremos a diversas fuentes históricas, en ocasiones mediante breves notas en las que destacan los aspectos más importantes, en otras mediante la mera transcripción de los preceptos que se consideran de mayor interés, y en las menos de las veces, mediante una combinación de ambos métodos. Generalmente, no nos referiremos a la historia de las fuentes mismas.

i) *Fuero Juzgo*

a) Está regulada en el título vi del libro v. El título citado va intitulado "De los Pennos e de las debdas".

b) No contiene una regulación completa sino tan sólo unas cuantas normas, de las cuales la más importante es sin duda la primera, marcada como antigua y que es la contenida en la ley 1 del título vi del libro v del *Codex Wisigothorum* o *Liber Indicum*, en el cual no aparece como antigua, sino que se atribuye a Flavio Rescesvinto. Esta ley prohíbe la prenda de personas.

c) El *pенно* puede recaer sobre muebles o sobre inmuebles (ley iii), y el acreedor tiene derecho a hacer vender el objeto si pasados diez días no se ha cumplido la obligación. La venta debe hacerse con la intervención de "tres ommes buenos" y el remanente debe devolverse al dueño (ley iii).

ii) *Fuero Real* (elaborado entre 1252 y 1255)

a) La regula el título xix de libro iii. El título va con el nombre "De los Empeños, y Prendas", y sus disposiciones llegan prácticamente todas hasta el título xvi del libro x de la *Novísima Recopilación*.

b) Los aspectos más salientes son: el acreedor puede vender la prenda y debe de-

⁵ *Idem.* pp. 664-666.

volver el remanente al dueño (ley I); para la prenda de personas se requiere autorización del alcalde (ley II); la prenda debe tenerse "manifestamente é no escondida" y en caso contrario, se castiga como hurto (ley IV), subsiste la prenda de todos bienes futuros (ley VII).

iii) *Leyes nuevas* (hacia 1278)

- a) Se utilizan las palabras "prendar" y "prendra" (véanse leyes XVIII y X, respectivamente).
- b) Subsiste la prenda sobre las personas (véanse leyes VIII y X); pero el judío no puede prender cristiano ni el cristiano judío (ley VIII).
- c) Se pueden dar en prendas cosas muebles e inmuebles (véanse leyes X, XVIII).

iv) *Siete Partidas*

- a) Están reguladas en el título XIII de la quinta partida, el cual se refiere a los "peños". El título consta de cincuenta leyes y contiene una regulación completa de la materia.
 - b) El *peño* puede recaer sobre cosa mueble o inmueble, (ley I), pueden darse en "peño" cosas futuras; subsiste el *peño* de personas, pues puede darse en *peño* "el parto de la sierva"; el *peño* puede ser de cosas corporales o incorpóreas (ley II).
 - c) El *peño* requiere del apoderamiento de la cosa, aunque puede haber *peño* sin apoderamiento (ley I).
 - d) Existen *peños* tácitos y generales, como en el caso de la mujer que ofrece dar en favor del marido, dote, pues todos sus bienes quedan afectados. (ley XXIII).
 - e) Los *peños* expresos pueden gravar bienes determinados o todo el patrimonio (ley V).

v) *Ordenamiento de Alcalá* (1348)

- a) Se refiere a la prenda el título XVIII, intitulado: "De las prendas, e de los testamentos".
- b) De la ley I se desprende que continuaba en uso la prenda de personas, ya que después de prohibir aprehender a los deudores, agrega "...salvo si lo pudiese hacer porque la otra parte se obligó, e le dio poder que le pudiese peyndrar". Apoya a esta interpretación el texto de la ley IV.
- c) Aparte de lo anterior, no ofrece una regulación de la prenda sino tan sólo la enumeración de bienes que no pueden darse en prenda (ley II).

vi) *Fuero Viejo de Castilla* (1356)

- a) Se regulan en el título VIII del libro III. El título va con el nombre: "De los que prendan en Castiella".
- b) Se utiliza la palabra *prenda*.
- c) La prenda puede ser de muebles, de inmuebles e incluso de personas (leyes I, II y III). Subsisten las prendas generales (ley V).

vii) *Nueva recopilación* (1640, sufre varias revisiones).

a) Regula la prenda en el título xvii del libro v que va con el nombre "De las prendas y represalias", mismo que se compone de trece leyes.

b) Todas las leyes de este título de la *Nueva Recopilación* pasaron a la *Novísima*, excepción hecha de la ley xiii, según la cual no podía prendarse al Consejo.

viii) *Novísima recopilación* (1805)

a) Se refiere a la hipoteca en el título xvi del libro x, intitulado: "De las hipotecas, y su toma de razón"; a la prenda se refiere el título xxxi del mismo libro, intitulado: "De las prendas, represalias y embargos".

b) Por lo que a la hipoteca se refiere, regula fundamentalmente el registro, estableciendo en la ley I, que reafirma una real orden de 1539, que sin registro no produce efectos la hipoteca.

c) En cuanto a la prenda, contiene una serie de disposiciones que prohíben la prenda de determinados bienes o en determinadas circunstancias.

4. Los Antecedentes Inmediatos: La tendencia codificadora

4.1. Introducción

La tendencia codificadora, fruto en gran parte del jusnaturalismo racionalista, encuentra manifestaciones de importancia ya en el siglo xvii, con el Código Civil de Dinamarca expedido por Cristian V en 1683, al que sigue el de Noruega de 13 de abril de 1687.

Sin embargo, no es sino hasta el siglo xviii cuando la tendencia llega a sus manifestaciones más importantes, plasmando primero en el Código sueco del año 1734, después en el *Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis* de 1756 y, posteriormente, en el Código General de los Estados Prusianos, publicado el 20 de marzo de 1791.

La tendencia se generaliza enormemente, y se nombran comisiones redactoras en diversos Países. En Austria, ya en 1796 se pone en vigor parte del que había de ser el texto final del Código Civil austriaco, en vigor en su totalidad a partir del 1º de enero de 1812, y cuyo proceso de elaboración duró más de cincuenta años, debiéndose su texto definitivo, en gran parte, a Martin y a Zeiler.

No obstante, va a ser el Código Civil francés el que va a llevar a su momento climático a la tendencia codificadora.

4.2. El Código Civil francés

4.2.1 Antecedentes

Con la publicación en 1748 de la obra de Pothier *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus et Novellis quae Jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*, se prepara la codificación napoleónica que, gracias al prestigio de Napoleón va a influir, incluso, al derecho canónico.

A partir del 5 de marzo de 1803 se empiezan a publicar las 36 leyes que, agrupadas en código único en virtud del decreto de 21 de marzo de 1804, va a conocerse como Código Civil Napoleón, nombre éste establecido por ley de 3 de septiembre de 1807,

que sustituye al original del Código Civil de los Franceses, el cual es posteriormente restablecido por Luis XVIII, mediante la ordenanza real de 30 de agosto de 1816, pero posteriormente Luis Napoleón vuelve a restablecer el nombre de Código Napoleón.

Promulgado el código francés, se difunde rápidamente, con lo que se da una tendencia recepcionistas que va a llegar incluso a Luisiana, Haití, Quebec, Egipto, California y Japón.

4.2.2. *La prenda y la hipoteca en el Código Civil Napoleón*

Regula la prenda y la hipoteca en el libro tercero, relativo a las diversas formas de adquirir la propiedad. La prenda sólo puede recaer sobre muebles (artículo 2072) y siempre requiere de la entrega (artículo 2076); no puede recaer sobre muebles incorpóreos (artículo 2075); el pacto comisorio es nulo (artículo 2078). La hipoteca sólo recae sobre inmuebles (artículo 2114) y se excluye a los muebles expresamente (artículo 2119). Las hipotecas legales afectan a todos los bienes del deudor, incluso a los futuros (artículos 2121 y 2122). La hipoteca convencional es sobre bienes determinados solamente y no puede abarcar bienes futuros (artículo 2129). La hipoteca debe ser inscrita para producir efectos, aunque hay algunas que existen con independencia de toda inscripción (artículo 2155).

4.3. *La codificación civil en España*

4.3.1. *Introducción.*

A partir de 1808, año en que se inicia en España la guerra de independencia contra los franceses, se inicia también un proceso de desnacionalización del derecho, que se manifiesta en la tendencia a imitar los códigos franceses y en ver a la unificación jurídica como una de las principales aspiraciones.

Las Cortes de Cádiz, reunidas el 24 de septiembre de 1810 y en funciones hasta 1814, decidieron refundir la vieja legislación española en códigos uniformes, cristalizando tal aspiración en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada el 19 de marzo de 1812, cuyo artículo 258 estableció que:

El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.

Durante los años de 1813 y 1814 proyectan las Cortes un código civil, sin éxito. En 1833 y 1834 reanudan las labores, gracias a lo cual ya para 1836 se presenta un proyecto, al que siguen otros dos, uno en 1839 y otro en 1840, sin que ninguno de los tres llegue a prosperar.

Entre tanto, en el año de 1832 se publica un proyecto privado, en el que su autor, Pedro de Gorásabel, intenta elaborar un código mediante la sistematización del confuso derecho disperso en las *Partidas*, *Leyes de Toro*, *Novísima Recopilación* y demás ordenamientos hispanos.

El proyecto, publicado en Tolosa con el título: *Redacción del Código Civil de España*, parece no haber tenido trascendencia alguna en el desarrollo posterior del derecho civil español. En México el proyecto fue conocido, aunque aún está por aclararse si tuvo o no alguna influencia.

En 1843 se crea la Comisión General de Codificación, la cual, presidida por García Goyena, elabora un proyecto de código civil para toda España. El proyecto se imprime en 1851 y, con tal motivo el presidente de la Comisión publica sus célebres *Concordancias, motivos y comentarios*, que mucho se difunden en México, en donde sirvieron, en parte, como vehículo difusor del derecho francés.

El proyecto de 1851 tampoco tiene éxito debido a su extranjerismo y generalidad.

4.3.2 *La prenda y la hipoteca en el proyecto de don Pedro de Gorásabel*

A pesar de que aún no ha podido aclararse si esta obra tuvo alguna influencia en los diversos proyectos que se elaboraron en México durante el siglo XIX, dada la similitud de método y finalidad existente entre este proyecto y el que, años más tarde, elabora en México Vicente González de Castro, y el dato cierto de que la obra de Gorásabel fue conocida por don Manuel de la Peña y Peña, quien habría de recibir en dos ocasiones el encargo de elaborar un proyecto de Código Civil para México, parece conveniente referirse a esta obra.

Don Pedro de Gorásabel elaboró su proyecto con vistas a lograr una sistematización y simplificación del derecho español, dispersa en multitud de ordenamientos. En cuanto a la sistematización, el autor expresamente indica haberse guiado por el Código Civil Francés, si bien él mismo advierte que se separe del modelo en la parte relativa a los diferentes medios de adquirir, la que la sistematiza en forma totalmente diversa, ya que la parte relativa a sucesiones la desplaza al final de la parte tercera de su proyecto, correspondiente al libro tercero del Código Francés, y sistematiza a los contratos atendiendo a la finalidad de éstos.

La parte tercera del proyecto está dedicado a "Los diferentes medios de adquirir", y el título quinto de ésta, bajo el rubro "De los contratos que tienen por objeto adquirir seguridad", está subdividida en especies.

Según se ve, la idea de Gorásabel consiste en la clasificación de contratos según su finalidad, y subclasiificación en especies, que vienen a ser distintos tipos de un género común.

El proyecto se ocupa de la prenda y la hipoteca, respectivamente, en las especies II y III del título quinto, antes mencionado.

La denominación que emplea el autor es la de "prendación" para la prenda y el de "hipotecación" para la hipoteca.

En cuanto al método del autor, consiste básicamente en la obtención de principios claros obtenidos de los diversos ordenamientos españoles, especialmente las *Partidas* y la *Novísima Recopilación*, y señala casi en cada artículo la fuente en la que se inspira.

Nos referiremos por separado a la prenda y la hipoteca.

En cuanto a la prenda, está regulada como ya señalábamos en la especie III (de la prendación) del título tercero ("De los contratos que tienen por objeto adquirir seguridad"), de la parte tercera ("De los diferentes medios de adquirir"), del proyecto. La especie comprende los artículos 878 a 907.

Está sistematizado en la siguiente forma:

Especie III

De la prendación (artículo 878).

CAPÍTULO I. De la prendación convencional.

SECCIÓN I. Naturaleza de la prendación convencional (artículos 879-885).

SECCIÓN II. Derechos y obligaciones del que recibe la prenda.

SI. Derecho (artículos 886-896)

SII. Obligaciones (artículos 897-901)

CAPÍTULO II. De la prendación judicial (artículos 902 a 907).

En cuanto al contenido, el autor divide a la prenda en convencional y judicial (artículo 878) y las regula separadamente, dedicando a la primera los artículos 879 a 901, y a la segunda los artículos 902 a 907.

Define a la prendación convencional como "un contrato por el que el deudor entrega al acreedor alguna cosa-mueble en seguridad del cumplimiento de la obligación, para que la tenga en su poder hasta el total pago" (artículo 879). Define a la judicial como "un acto por el que se embarga una cosa al deudor por decreto judicial en virtud de título legítimo" (artículo 902).

En cuanto a los objetos susceptibles de prendación, establece que pueden ser objeto de prendación "toda cosa mueble que pueda prestar seguridad al acreedor" (artículo 882), en tanto que la judicial puede recaer sobre "toda cosa mueble o inmueble que posea el deudor" (artículo 903), salvo: 1) los instrumentos destinados a las labores del arte en oficio de operarios y oficiales, excepto en caso de deudas a favor del fisco; 2) los animales de labranza; 3) los sembrados y barbechos, excepto en el caso de deudas a favor del fisco, o del propietario por rentas o préstamo para las labores; (4) el caballo y armas del militar; 5) los muebles que requiere la familia para el servicio diario; 6) las embarcaciones extranjeras, y 7) el ganado lanar de los labradores en determinado número, excepto si el adeudo procede de diezmos o por alimentos del mismo ganado (artículo 904).

Entre la prendación convencional y la judicial existen diferencias, tanto respecto a la forma de constituir las (artículo 880, en relación a los artículos 902, 905 y 907), cuanto a los derechos a que dan lugar, pues mientras que la judicial no da derecho alguno al acreedor (artículo 905), la convencional origina diversos derechos (artículos 886 a 896) y obligaciones (artículos 897 a 907).

El proyecto no regula en forma expresa la extinción de la prenda y en cuanto a las fuentes utilizadas por el autor, según las notas de este mismo, lo son principalmente el título 13 de la 5^a Partida, la ley 1 del título 6 del libro 5 del *Fuero Juzgo*, el título 19 del libro 3 del *Fuero Real* y el título 31 del libro 11 de la *Novísima Recopilación*.

Por lo que se refiere a la hipoteca, ésta está regulada en la especie II del mismo título quinto, al que antes hacíamos referencia, que comprende los artículos 846 a 877 conforme a la siguiente sistematización:

Especie II

De la hipotecación.

CAPÍTULO I. Naturaleza y efectos de la hipotecación.

SECCIÓN I. Naturaleza de la hipotecación (artículos 846-853).

SI. De la hipotecación convencional (artículos 854-857).

II. De la hipotecación legal (artículos 858-859).

SECCIÓN II Derechos de aquel a cuyo favor se constituye la hipoteca (artículos 860-863).

SECCIÓN III Obligaciones del hipotecante (artículos 864-867).

CAPÍTULO II Del registro de la hipoteca convencional (artículos 868-875).

CAPÍTULO III De la extinción de la hipoteca (artículos 876-877).

En cuanto al contenido, aunque la hipotecación, para utilizar la terminología del autor, está regulada en un título relativo a contratos, e incluso definido como un contrato (artículo 846), el autor se ocupa tanto de la hipoteca convencional cuanto de la legal, a las cuales, diferencia con claridad (artículos 853, 854 y 858). La primera parece poder afectar tanto inmuebles cuanto muebles (artículos 849 y 856) y puede ser general, es decir, sobre todos los bienes y, por lo mismo, puede comprender bienes indeterminados (artículo 856), y en todo caso debe registrarse (artículos 855-868, 869 ss).

El proyecto es algo confuso sin lugar a duda, pues al ocuparse del registro de la hipoteca convencional (artículos 868 a 875) tan sólo se refiere al registro de hipoteca sobre inmuebles determinados, creando dudas sobre la posibilidad, régimen y efecto de la hipoteca sobre bienes muebles y las generales. Incluso, el conjunto de las disposiciones parecen llevar a pensar que el autor, sólo tenía en mente las hipotecas sobre inmuebles determinados al referirse a la hipoteca convencional.

La hipoteca legal recae en unas ocasiones sobre bienes determinados, y en otras sobre todos los bienes, incluyendo los futuros (artículos 858 y 859), sin estar en caso alguno sujeta a registro, (artículos 855 a contrario), pues sólo se regula el registro de la hipoteca convencional (ver epígrafe del capítulo correspondiente, que comprende los artículos 868 a 875).

En cuanto a las fuentes, según las notas de Gorasábel, lo son básicamente el título 13 de la 5^a partida y, aunque secundariamente, el título 19 del libro 3 del *Fuero Real*, las *Leyes de Toro* y, en materia registral el título 16 del libro 10 de la *Novísima Recopilación* y las circulares del Consejo Real del 22 de enero de 1816 y 2 de julio de 1825.

4.3.3. *La prenda y la hipoteca en el Proyecto García Goyena*

Dada su importancia, debida a la influencia que a través del proyecto Sierra tuvo en el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal, se analizará con cierto detenimiento y se transcribirán algunos párrafos de los comentarios de García Goyena, así como varios artículos.

a) El proyecto regula la prenda en los artículos 1771 a 1781, y la hipoteca en los artículos 1782 a 1818. La diferencia entre ambas radica en que la prenda sólo puede recaer sobre bienes muebles (artículo 1772) y para su constitución siempre se requiere de la entrega real, sea al acreedor, sea a un tercero (artículo 1773), mientras que la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles (artículo 1784), que no se entregan, en lo cual sigue al Código Civil Napoleón.

b) El aspecto más importante del proyecto es, en materia de hipoteca, el relativo a la adopción de dos principios fundamentales: el de la especialidad y el de la publicidad. El principio de especialidad está claramente establecido en el artículo 1784, según el cual "no puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados".

Al adoptarse este principio, se excluye tajantemente la posibilidad de las hipotecas generales, que habían venido subsistiendo en el derecho español.

El principio de publicidad, claramente establecido en la parte final del artículo 1786 del proyecto, elimina las hipotecas ocultas.

Ambos principios fueron tomados, según indica García Goyena en su comentario inicial al título correspondiente, del derecho alemán, inspirándose la Comisión Redactora en las leyes hipotecarias de Baviera, Prusia, Ginebra y Würtemberg.

c) Del comentario de García Goyena al proyecto de código, tomo los siguientes párrafos:

La comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de publicidad y de especialidad de las hipotecas: la Sección del Código Civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede, desde luego, tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Würtemberg... (comentario inicial al título XIX del proyecto, relativo a la hipoteca).

En este capítulo se resume todo el sistema hipotecario; en él se caracteriza la hipoteca por su objeto; se asientan los dos grandes principios de publicidad y especialidad y se hace la clasificación de las hipotecas por razón de su título.

Confundidas en su origen las garantías del acreedor bajo el nombre común de *fiducia*, se usaron más tarde las voces de *pignus* e hipoteca, que sin embargo, aunque de diverso sonido, significaban una misma cosa, como decía el juríscuslito Marcián; nuestra legislación de las partidas que con pocas alteraciones es todavía la vigente, confunde también la prenda y la hipoteca bajo el nombre común de Peños... En adelante, si el proyecto llega a ser ley, ya no tendrá lugar esta confusión; solamente los bienes inmuebles pueden ser objeto de la hipoteca... (comentario al artículo 1786).

d) De los artículos del proyecto transcribo algunos de los que considero más importantes, tanto en materia de prenda cuanto de hipoteca:

Artículo 1772. Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles.

SUBSECCIÓN TERCERA. De las hipotecas legales (artículos 905-909).

Artículo 1773. Para constituir válidamente la prenda se requiere: 1) la existencia de una obligación principal válida; 2) la entrega real de la cosa dada en prenda por parte del deudor, y la tenencia de la misma cosa por parte del acreedor.

Un tercero puede constituir y entregar la prenda por el deudor y aceptarla, recibirla y tenerla por el acreedor.

Artículo 1782. La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación.

Artículo 1784. No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados.

Artículo 1786. La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero

una y otra deben inscribirse en el registro público y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero.

Artículo 1791. La hipoteca se constituye en testamento o contrato.

Artículo 1795. La hipoteca de bienes futuros sólo da acción al acreedor para inscribir su derecho hipotecario sobre los bienes que el deudor adquiera en lo sucesivo y a medida que los adquiera.

4.4. *El código civil italiano de 1865*

Conforme al código civil italiano de 1865, la prenda sólo recae sobre muebles (artículo 1878) y siempre requiere de la entrega, por lo que subsiste en tanto la cosa está en manos del acreedor o de un tercero designado por las partes (artículo 1882). La hipoteca recae sobre inmuebles especialmente determinados y debe registrarse (artículos 1964, 1965 y 1967).

4.5. *El código civil portugués de 1867*

Por lo que se refiere al Código Civil portugués de 1867, es interesante hacer alguna referencia a los aspectos de sistematización, antes de referirse a la prenda y la hipoteca mismas.

El Código regulaba a la hipoteca y la prenda en su segunda parte, titulada "De la adquisición de los Derechos", misma que estaba subdividida en libros, el segundo de los cuales va con el epígrafe "De los derechos que se adquieren por hecho y voluntad propia y de otro conjuntamente". Este libro II está subdividido en títulos, el primero de los cuales se intitula "De los contratos y obligaciones en general", y es el capítulo X de este título I el que regula la prenda y la hipoteca, ajustándose a la siguiente sistematización:

CAPÍTULO X. De la caución o garantía de los contratos.

SECCIÓN SEGUNDA. De la prenda (artículos 855-872).

SECCIÓN CUARTA. De los privilegios de crédito y de las hipotecas.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. De las hipotecas en general (artículos 888-904).

SUBSECCIÓN TERCERA. De las hipotecas legales (artículos 905-909).

SUBSECCIÓN CUARTA. De las hipotecas voluntarias (artículos 910-915).

SUBSECCIÓN QUINTA. De la constitución de las hipotecas (artículos 916-937).

SUBSECCIÓN SEXTA. De la extinción de las hipotecas (artículos 938-948).

En cuanto a la regulación de la prenda misma, los aspectos que me parece de importancia destacar son los siguientes:

La prenda sólo puede constituirse sobre bienes muebles (artículo 855), los cuales deben ser entregados (artículos 855 y 959); pero para producir efectos contra terceros requiere, además, de documento público (artículo 858). En el caso de prenda sobre títulos de crédito, debe notificarse al deudor. Por último, se permite al acreedor apropiarse del objeto pignorado en pago (artículo 864).

En cuanto a la hipoteca, los rasgos de mayor importancia parecen ser los siguientes:

Sólo puede constituirse sobre inmuebles (artículos 888, 889, 890), debe registrarse (artículos 888, 849-I), es indivisible salvo pacto en contrario (artículo 893).

Es de gran importancia la diferencia entre hipotecas legales y voluntarias (artículo 904), pues la primera "resulta inmediatamente de la ley" (artículo 905), y aunque deben registrarse (artículo 907), pueden recaer sobre todos los bienes (artículo 909). La hipoteca voluntaria en cambio, sólo recae sobre bienes determinados y ciertos "o por cantidad cierta, al menos aproximadamente" (artículo 911); puede constituirse por contrato o por "disposición de última voluntad" (artículo 910).

5. La evolución en el derecho mexicano

5.1. Introducción. Los períodos de la evolución del derecho en México

En el territorio de lo que en la actualidad son los Estados Unidos Mexicanos, han estado en vigor sistemas normativos diversos, cuya existencia ha sido el producto de la diversidad de grupos humanos primero, de la incorporación al mundo hispano, después, hasta llegar, en la segunda mitad del siglo pasado, a un derecho propio.

Por paralelismo con la historia general del país, en la de su derecho pueden diferenciarse tres etapas fundamentales: la precortesiana, la virreinal y la del México independiente. Sin embargo, tal distinción no es tan tajante en lo jurídico como lo es en lo político, pues el derecho precortesiano ha de prolongar su vigencia durante la época virreinal, y quizás aún subsista alguno de sus rasgos. A su vez, el derecho virreinal va a prolongar su vida hasta bien entrado el siglo XIX.

Por otra parte, los momentos culminantes de la evolución jurídica están muy lejos de coincidir con los de la política, pues si bien es cierto que uno de los momentos fundamentales en cuanto a lo político, aquél de nuestra incorporación al mundo hispano, lo es también en lo jurídico, no pasa lo mismo con respecto a la Independencia, pues la tendencia codificadora no ha de culminar en forma significativa sino hasta 1870, aunque debe reconocerse que es en la época en que se inicia el Movimiento de Independencia cuando empieza a cobrar vida la tendencia codificadora.

Si de la historia externa se pasa a aquélla de las instituciones, el problema es de mayor dificultad; pues la evolución de éstas no siempre coincide con la historia externa del sistema jurídico.

Lo anterior no priva, sin embargo, de su validez a la estructura tripartita mencionada, la cual es un marco de referencia útil en todo estudio histórico-jurídico, y tan sólo nos lleva a la necesidad de afinar, con mayor cuidado, las etapas de la historia de nuestro derecho.

5.1.1. El derecho precortesiano. Aún están por ser investigadas la mayoría de las instituciones jurídicas precortesianas, especialmente en el área de lo que denominamos "derecho privado", por lo que nada puede decirse sobre antecedentes en materia de garantías reales. Quien se interese por los aspectos generales del derecho precortesiano hallará una guía útil en el capítulo 1 de la obra de Guillermo Floris Margadant S., intitulada: *Introducción a la historia del derecho mexicano*.

5.1.2. El derecho virreinal o novohispano. La conquista trae como una de sus consecuencias la incorporación del derecho español, específicamente del castellano.

Sin embargo, pronto España se da cuenta que el derecho castellano no es del todo apropiado, por lo que empieza a establecerse un derecho específico para las Indias, lo cual da lugar a la formación del derecho indiano.

El derecho indiano puede decirse que en su parte más característica es derecho público; pues en cuanto al privado simplemente se establece como obligatorio el castellano según la prelación establecida en las *Leyes de Toro*.⁶

Puede afirmarse que el derecho privado es en esta época el de las *Siete Partidas*,⁷ que habían alcanzado ya gran prestigio en España y, que aquí no encontraban la oposición de un derecho anterior, frente al cual las romanizadas *Partidas* aparecieran como extranjerizantes, salvo por lo que se refiere al indígena, al cual se permitió subsistir en lo que no contraviniere lo mandado "por la santa fe católica".

Por lo anterior, no es necesario analizar las instituciones que nos ocupan en esta etapa; pues la misma queda cubierta por lo antes dicho respecto al derecho español.

5.1.3. Derecho del México independiente

5.1.3.1. Periodos que comprende

5.1.3.1.1. Aparición de la tendencia codificadora y sus primeros frutos

a) Las tendencias al cambio de sistema

Simultáneamente al proceso de incubación del Movimiento de Independencia, se va preparando la transformación jurídica en un aspecto fundamental: el paso del derecho recopilado, al derecho codificado y, además, se va a dar un movimiento recepcionista del derecho francés, que va a enfrentarse al movimiento tradicionalista que se apega al derecho español.⁸

Para llegar al sistema de derecho codificado era necesario cubrir previamente una serie de presupuestos, sin los cuales tal tipo de sistema no era dable. Esos presupuestos son el de la soberanía popular, la igualdad ante la ley, el monopolio del poder por parte de la autoridad, la primacía de la ley como fuente formal del derecho y el constitucionalismo.⁹

Los presupuestos mencionados van cubriéndose lentamente durante el siglo XIX y paralelamente va cristalizando la tendencia codificadora en diversos intentos, en algunos casos de la autoridad, en otros de particulares.¹⁰ Sin embargo, no será hasta el triunfo del liberalismo, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando tales presupuestos estén totalmente reunidos y, de ahí, que no sea sino hasta esa época cuando triunfe la tendencia codificadora en materia civil.

⁶ Debe hacerse notar que, a pesar de que debía aplicarse el derecho catellano, posiblemente no se seguía el orden de prelación establecido, según ha puesto a luz María del Refugio González Domínguez en su tesis para obtener el título de licenciada en Derecho ante la Universidad Nacional Autónoma de México, intitulada *Consideraciones en torno a la aplicación del derecho civil en México de la Independencia al II imperio*, México, 1973, pp. 45-61.

⁷ Posiblemente el derecho castellano sufrió un proceso de vulgarización, similar al que, en su tiempo, sufriera el derecho romano, dando lugar al derecho romano vulgar (véase sobre el tema, mi comunicación al IV Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano, en las *Memorias* del citado congreso, en publicación por la *Revista de la Facultad de Derecho* de la UNAM).

⁸ De Icaza Dufour, Francisco, "Breve Reseña Histórica de la Legislación Civil en México desde la época precortesiana hasta 1854", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 4, 1972, pp. 201 ss., esp. 212-218.

⁹ Véase mi estudio "Notas para el estudio de la historia de la codificación del derecho civil en México, de 1810 a 1834", en el número de *Jurídica* citado en la nota anterior, pp. 38 ss.

¹⁰ Véase los dos estudios citados en las notas 8 y 9.

Por otra parte, la influencia del Código Napoleón va a dejarse sentir desde los inicios del Movimiento de Independencia, como uno de los símbolos del liberalismo. No es por ello de extrañarse que el Código Francés sea la obra de mayor influencia en nuestros primeros códigos civiles, ya que es precisamente el liberalismo el que logra hacer cristalizar la tendencia codificadora.¹¹

b) Primeros frutos de la tendencia codificadora; escisión de tendencias

Ya desde 1822 se había formado una comisión para la redacción de un código civil, pero no va a ser sino hasta 1827 cuando aparezca el primer código de la materia.¹²

Este primer código, de carácter local, es el de Oaxaca, expedido durante los años de 1827-1829, pero que no pasa de ser un intento incompleto.¹³

El intento siguiente también es local. En 1828 se elabora un proyecto de Código Civil, en Zacatecas, que al parecer no llega a estar en vigor.¹⁴

Después, es necesario esperar, al parecer hasta 1839, para encontrar un nuevo intento, también local, el cual fue de carácter privado: el proyecto de código civil elaborado en Guadalajara por Vicente González de Castro, que resulta muy interesante por ser un intento de código basado en el derecho español aún en vigor en aquel entonces, siguiendo la sistematización del Código Civil Napoleón.¹⁵

En el mismo año de 1839, ve la luz la primera edición de las *Pandectas Hispano-Mexicanas*, en las cuales su autor, don Juan N. Rodríguez de San Miguel, intenta sistematizar el derecho vigente.¹⁶

En 1841, don Antonio López de Santa Anna encarga a don Manuel de la Peña y Peña la elaboración de un proyecto de código civil, que no llega a elaborar.¹⁷

En 1845 el ministro de Justicia, don Mariano Riva Palacio, solicita al Congreso se convoque a un concurso para la elaboración de un proyecto de código civil, concurso que al parecer es declarado desierto.¹⁸ El mismo año, el Congreso nombra una comisión de la cual formaban parte Bernardo Couto y Rodríguez de San Miguel, para que elaboren un proyecto de código civil, que al parecer no llegaron a elaborar.¹⁹

En 1852, en Oaxaca, se promulga un nuevo código civil, cuyo texto no ha sido encontrado.²⁰

En 1857, don Benito Juárez encarga en Veracruz a don Justo Sierra la elaboración de un proyecto de código civil, proyecto que es enviado al gobierno de la República durante los años 1859 y 1860, y en el cual culmina la tendencia a seguir el Código

¹¹ Icaza, *op. cit.*, pp. 211-218, y mi trabajo citado en la nota 9, pp. 387, 393-396.

¹² Vázquez Pando, Fernando Alejandro, notas para el estudio del *Principio de efectividad*, tesis presentada a la Escuela Libre de Derecho, para optar por el título de abogado. México, 1970, pp. 126-127.

¹³ Véase mi trabajo citado en la nota 9, pp. 393-395.

¹⁴ Véase mi trabajo citado en la nota 9, pp. 395-397.

¹⁵ Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, pp. 127-129.

¹⁶ Icaza, *ob. cit.*, p. 215; Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, pp. 129-130.

¹⁷ Icaza, *op. cit.*, p. 215; Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, p. 129.

¹⁸ Ledesma Uribe, José de Jesús, "El Centenario del Código Civil del Distrito Federal en la Universidad Iberoamericana", en *Jurídica*, núm. 3, 1971, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, pp. 185 ss, aquí 194.

¹⁹ Ledesma, *op. cit.*, p. 195; Icaza, *op. cit.*, p. 216.

²⁰ Ledesma, *op. cit.*, p. 195; Icaza, *op. cit.*, p. 218.

Civil Napoleón. Para su elaboración, el autor utilizó fundamentalmente el proyecto García Goyena, que a su vez se inspiró en el Código Civil Napoleón.²¹

5.1.3.1.2. *Triunfo de la tendencia codificadora recepcionista: el Código Civil de 1870 y la revisión de 1884*

En 1861, por decreto de 29 de abril, el Congreso excita a los Estados de la Unión a adoptar como Código Civil el proyecto de don Justo Sierra; pero el decreto es derogado el 29 de mayo siguiente.²²

Por decreto de 6 de diciembre de 1861, el Estado de Veracruz adopta como Código Civil el proyecto de don Justo Sierra.²³

Durante 1862, don Jesús Terán forma una comisión integrada por José María Lacunza, Pedro Escudero, José Fernando Ramírez y Luis Méndez para revisar el proyecto de don Justo Sierra.²⁴

Establecido el segundo imperio, Maximiliano encarga a don Luis Méndez la continuación de la revisión. La comisión queda integrada por el mismo Maximiliano, don Luis Méndez, José María Lacunza y Pedro Escudero.²⁵

Los días 6 y 20 de julio de 1866, se publican, respectivamente, los libros primero y segundo del Código Civil del Imperio Mexicano, fruto de los trabajos de la comisión antes mencionada.

Los libros restantes, aunque al parecer ya elaborados, no llegaron a promulgarse.²⁶

En 1867, Luis Méndez preso en el exconvento de la Enseñanza, entrega por órdenes de Juárez, los manuscritos de la Comisión Redactora del Imperio a Rafael Dondé. El año siguiente, 1868, el ministro Martínez de Castro integra una nueva comisión para proseguir los trabajos de revisión. La comisión quedó integrada por Mariano Yáñez, José María Lafagua, Isidro Montiel y Duarte y Joaquín Eguía Lis.²⁷

Entretanto, en Veracruz en marzo del mismo año se forma una nueva comisión y en diciembre del propio 1868, se adopta el proyecto de Fernando J. Corona como Código Civil del Estado.²⁸ El año siguiente se elabora un proyecto de Código Civil en el Estado de México.²⁹

La labor de la comisión formada por Martínez de Castro culmina en el proyecto que se convierte en el primer Código Civil del Distrito Federal, en el año de 1868, y con el cual se da un fenómeno “receptcionista” al ser adoptado por casi todos los Estados.³⁰

En junio de 1882 se forma una comisión revisora integrada por Eduardo Ruiz,

²¹ Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, pp. 129-130.

²² Ledesma, *op. cit.*, p. 195.

²³ *Idem.*

²⁴ Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, p. 130.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Según Verdugo, A., (*Revisión del Proyecto de Código Civil Mexicano del Doctor D. Justo Sierra*, Talleres de la Ciencia Jurídica, Revista y Biblioteca de Doctrina, Jurisprudencia, Crítica, Bibliografía y Consultas. México, 1887-1893, t. I, p. 21), el libro tercero estaba totalmente concluido y del cuarto faltaba la corrección de estilo.

²⁷ Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, p. 131.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Citado por Ledesma, *op. cit.*, p. 196.

³⁰ Vázquez Pando, tesis citada en la nota 12, p. 132 y nota 448 al capítulo.

Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo,³¹ cuyos trabajos culminan en el Código Civil promulgado el 31 de marzo de 1884, que introdujo reformas sustanciales en materia sucesoria.

5.1.3.1.3. A fines de 1926, se piensa en la necesidad de un nuevo código y se nombra una comisión redactora, de la cual forman parte Ignacio García Téllez, Francisco H. Ruiz y Rafael García Peña.

En 1928 está listo el proyecto de la comisión, el cual es criticado por diversas secretarías y departamentos de Estado, así como por la Barra de Abogados, lo cual lleva a la comisión a hacer diversos ajustes al proyecto, el cual, una vez reformado, entra en vigor el 1º de octubre de 1932.

5.2. *Evolución general de la prenda y la hipoteca en el derecho civil mexicano.*

5.2.1. *Introducción*

En términos generales, puede decirse que la prenda y la hipoteca tienden a diferenciarse conforme al criterio adoptado en el Código Civil Napoleón y en el Proyecto García Goyena. Sin embargo, tal diferenciación tiende a perderse en el Código vigente, al permitirse la hipoteca de bienes-muebles y la prenda con entrega jurídica.

En cuanto a la hipoteca misma, desde el proyecto de don Justo Sierra, se adopta el doble principio de especialidad y publicidad, con lo que desaparecen las hipotecas tácitas y las generales al entrar en vigor el Código de 1870, manteniéndose tales principios, salvo el caso de la llamada hipoteca industrial, hasta la fecha y haciéndose extensivo el de la publicidad a la prenda en los casos de entrega jurídica.

5.2.2. *La prenda y la hipoteca en los proyectos y códigos mencionados*

5.2.2.1. *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca de 1827-1829.* No regula la prenda ni la hipoteca.

5.2.2.2. *"Proyecto de Código Civil, presentado al Segundo Congreso Constitucional del Estado Libre de Zacatecas por la Comisión Encargada de Redactarlo".* Siendo Gobernador de Zacatecas don Francisco García, nombró, a mediados de 1827, una comisión para elaborara un proyecto de Código Civil.

La comisión quedó integrada por Antonio García, como presidente, y cuatro miembros más: Julián del Rivero, Juan G. Solana, Luis de la Rosa y Pedro de Vivanco. Después de quince meses de trabajo, la comisión presentó su proyecto al gobernador con una breve exposición de motivos fechada el 1º de diciembre de 1828, de la cual parece desprenderse que las obras en que se inspiró la comisión fueron el Código, el *Digesto*, *Las Partidas*, el Código Napoleón y las obras de Bentham, así como que el proyecto pretendía simplificar el derecho vigente, introduciendo el mínimo de reformas posibles.

El 4 de febrero de 1829, el Congreso ordenó que se imprimiera, publicara y circulara el proyecto y los ayuntamientos hicieran las observaciones que consideraran convenientes dentro de un plazo de seis meses, prorrogable por otros tres.

El proyecto, probablemente no llegó a estar en vigor, pues su vigencia estaba

³¹ Sánchez Medal, Ramón, *Dos códigos civiles y una escuela de derecho*. México, 1972, p. 28.

subordinada a la promulgación del código de procedimientos civiles, según el artículo 1852.

La obra parece estar bastante influida por el Código Napoleón en el aspecto sistemático, si bien existen algunas diferencias que hacen del proyecto zacatecano una obra mejor sistematizada.

En cuanto a la prenda y la hipoteca, el proyecto resulta particularmente interesante, pues por lo que respecta a la primera, se aparta notablemente del Código Napoleón, mientras que, en cuanto a la hipoteca, el proyecto resulta ser casi una traducción del código francés.

Las similitudes y diferencias apuntadas, se dan tanto desde el punto de vista sistemático, cuando desde el de fondo.

En cuanto a la sistematización, a continuación se incluye una tabla comparativa de los capítulos correspondientes de cada una de las obras mencionadas.

<i>Sistematica del Código Napoleón</i>	<i>Proyecto de Zacatecas</i>
<i>LIVRE TROISEME. Des différentes manières dont on acquiert la propriété.</i>	<i>LIBRO TERCERO. De las diferentes maneras con que se adquiere y se transmite la propiedad.</i>
<i>TITRE XVII. Du nantissement.</i>	<i>TÍTULO XVII. De la Prenda.</i>
<i>CHAP. I. Du gage (artículos 2073-2084).</i>	<i>CAP. I. Disposiciones generales (artículos 1668-1672).</i>
<i>CHAP. II De l'antichresse.</i>	<i>CAP. II. De las personas que pueden dar en prenda sus bienes o los de otros (artículos 1673-1678).</i>
	<i>CAP. III. De las obligaciones y derechos del acreedor sobre la prenda (artículos 1679-1692).</i>
	<i>CAP. IV. De las obligaciones y derechos del deudor hacia el acreedor, o hacia el depositario de la prenda (artículos 1693-1699).</i>
	<i>CAP. V. Del pacto en que se autoriza al acreedor para hacer uso de la prenda. (artículos 1700-1702).</i>
	<i>CAP. VI. De las causas porque se extingue el contrato de prenda (artículo 1703).</i>
<i>TITRE XVIII. Des priviléges et Hypothèques.</i>	<i>TÍTULO XVIII. De los privilegios e hipotecas.</i>

<i>Sistématica del Código Napoleón</i>	<i>Proyecto de Zacatecas</i>
CHAP. I. <i>Dispositions générales</i> (artículos 2092-2094).	CAP. I. Disposiciones generales (artículos 1702-1706).
CHAP. II. <i>Des priviléges</i> (artículos 2095-2113).	CAP. II. De los privilegios (artículos 1707-1734).
SECT. I. <i>Des priviléges sur les meubles</i> (artículos 2100-2102).	SEC. I. De los privilegios sobre los muebles (artículos 1714-1721).
S. I. <i>Des priviléges généraux sur les meubles</i> (artículo 2101).	S 1º De los privilegios generales sobre muebles (artículo 1713).
S. II. <i>Des priviléges sur certains meubles</i> (artículo 2102).	S 2º De los privilegios sobre ciertos muebles (artículo 1714-1721).
SECT. III. <i>Des priviléges sur les immuebles</i> (artículo 2103).	SEC. II. De los privilegios sobre los inmuebles (artículos 1722-1723).
SECT. III. <i>Des Priviléges sur les immeubles les meubles et les immeubles</i> (artículos 2104-2105).	SEC. III. De los privilegios que extienden sobre los inmuebles a falta de muebles (artículos 1724-1725).
SECT. IV. <i>Comment se conservent les priviléges</i> (artículos 2124-2133).	SEC. IV. De la manera con que se conservan los privilegios (artículos 1726-1734).
CHAP. III. <i>Des hypothèques</i> (artículos 2114-2145).	CAP. III. De las hipotecas (artículos 1735-1757).
SECT. I. <i>Des hypothèques légales</i> (artículos 2121-2122).	SEC. I. De las hipotecas legales (artículos 1741-1742).
SECT. II. <i>Des hypothèques judiciaires</i> (artículo 2123).	SEC. II. De las hipotecas judiciales (artículo 1743).
SECT. III. <i>Des hypothèques conventionnelles</i> (artículos 2124-2123).	SEC. III. De las hipotecas convencionales (artículo 1744-1752).
SECT. IV. <i>Du rang que les hypothèques ont entre elles</i> (artículo 2134-2145).	SEC. IV. Del lugar que las hipotecas tienen entre sí (artículos 1753-1757).
CHAP. IV. <i>Du mode de l'inscription des priviléges et hypothèques</i> (artículos 2146-2156).	CAP. IV. Del registro de hipotecas (artículos 1758-1761).
CHAP. V. <i>De la radiation et réduction des inscriptions</i> (artículos 2157-2165).	CAP. V. De la cancelación de las hipotecas (artículos 1762-1764).
CHAP. VI. <i>De l'effet des priviléges et hypothèques contre les tiers détenteurs</i> (artículos 2166-2179).	CAP. VI. Del efecto de los privilegios e hipotecas contra el tercer poseedor (artículos 1765-1778).

<i>Sistemática del Código Napoleón</i>	<i>Proyecto de Zacatecas</i>
CHAP. VII. <i>De l'extinction des priviléges et hypothèques</i> (artículo 2180).	CAP. VII. De la extinción de los privilegios e hipotecas (artículo 1779).
CHAP. VIII. <i>Du mode de purger les propriétés des priviléges et hypothèques</i> (artículos 2181-2192).	CAP. VIII. Del modo de librar las propiedades de los privilegios e hipotecas (artículos 1780-1788).
CHAP. IX. <i>Du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs</i> (artículos 2193-2195).	
CHAP. X. <i>De la publicité des registres, et de la responsabilité des conservateurs</i> (artículos 2196-2203).	

Como se desprende claramente de la tabla anterior, la sistematización del proyecto zacatecano, en materia de prenda, es muy superior a la del código francés, mientras que en materia de hipoteca, la similitud entre ambos lleva a pensar que el autor del proyecto de Zacatecas se limitó a traducir el código francés, y a hacer tan sólo la modificación consistente en la supresión de los dos últimos capítulos.

Si de la mera sistematización se pasa al contenido, la situación es muy similar.

En efecto, el proyecto zacatecano se separa notablemente del código francés en cuanto a la prenda, en tanto que las disposiciones relativas a la hipoteca, son una mera traducción de los artículos correspondientes del Código Napoleón, como puede verse comparándolas conforme a la siguiente tabla:

<i>Proyecto Zacatecas 1828</i>	<i>Código Civil Napoleón</i>
Artículo 1735	Artículo 2114
1736	2115
1737	2116
1738	2117
1739	2118
1740	2119
1741	2121
1742	2122
1743	2123

<i>Proyecto Záratecas 1828</i>	<i>Código Civil Napoleón</i>
Artículo 1744	Artículo 2124
1745	2125
1746	2126
1747	2127
1748	2129
1749	2130
1750	2131
1751	2132
1752	2133
1753	2134
1754	2135
1755	2136
1756	2137
1757	2138
1758	—
1759	2147
1760	2154
1761	2155
1762	2157
1763	2158
1764	2160
1765	2166
1766	2167
1767	2168
1768	2169
1769	2170
1770	2171
1771	2172
1772	2173
1773	2174
1774	2175
1775	2176

Proyecto Zacatecas 1828

Código Civil Napoleón

Artículo 1776

1777

1778

1779

1780

1781

1782

1783

1784

1785

1786

1787

1788

Artículo 2177

2178

2179

2180

2181

2182

2183

2184

2185

2186

2187

2188

2190

En cuanto a la regulación de la prenda, las diferencias entre el proyecto zacatecano y el código francés, son francamente notables, como puede verse de comparar las disposiciones de ambos. A continuación se transcribe la totalidad de la regulación establecida en el proyecto zacatecano.

TÍTULO xvii

DE LA PRENDA

CAPÍTULO 1

Disposiciones generales

Art. 1668. La prenda es un contrato por el cual un deudor ú otro á su nombre deposita en poder de su acreedor, ó de un tercero, alguna alhaja mueble para seguridad de la deuda, y que debe restituirse cuando dicha deuda se ha satisfecho.

Art. 1669. Este contrato se perfecciona por la tradición de la cosa dada en prenda, hecha a aquel que se ha señalado para depositarlo.

Art. 1670. Debe hacerse por escrito, siempre que el valor de la cosa dada en prenda exceda de cien pesos.

Art. 1671. Los jueces pueden obligar á un deudor á dar una prenda á su acreedor, cuando estando obligado á caucionar el pago de su deuda, no ha hallado fiador que la asegure.

Art. 1672. La prenda es un verdadero depósito: el depositario no puede hacer uso de ella; á no ser que haya habido estipulación contraria.

CAPITULO II

De las personas que pueden dar en prendas sus bienes ó los de los otros.

Art. 1673. Sólo el propietario de una cosa puede darla en prenda.

Art. 1674. La prenda hecha de una cosa ajena sin el consentimiento de su dueño, es nula. Este consentimiento puede ser expreso ó tácito. El consentimiento se presume cuando habiendo presenciado el contrato, ó habiendo sabido su celebración, no se ha reclamado.

Art. 1675. La prenda hecha de una cosa ajena, se revalida por la ratificación del propietario de ella.

Art. 1676. El tutor no puede dar en prenda los bienes del menor sin consentimiento del juez, excediendo su valor de cien pesos. Excepto el caso de alimentos.

Art. 1677. No pueden recibirse en prenda los instrumentos ó bestias de labranza.

Art. 1678. Si la cosa dada en prenda fuese de las que pueden sujetarse á peso, número ó medida, y su valor excediere de cien pesos, se expresarán estas cualidades en la acta del contrato que debe extenderse por escrito.

CAPITULO III

De las obligaciones y derechos del acreedor sobre la prenda.

Art. 1679. Si el acreedor es el depositario de la prenda, está obligado á conservarla sin deterioro, y debe poner en su conservación el mismo cuidado que pondría en una cosa propia.

Art. 1680. Es responsable de los deterioros que la prenda haya sufrido por su culpa ó negligencia.

Art. 1681. Está obligado á erogar las expensas necesarias para su conservación en el buen estado en que la recibió.

Art. 1682. No es responsable por la pérdida ó deterioro de la cosa dada en prenda, que hayan sobrevenido por un caso fortuito ó por una fuerza irresistible; á no ser que se pruebe que por su culpa ó negligencia dio lugar á que sucediesen, ó cuando se hubiese sujetado al caso fortuito.

Art. 1683. El acreedor depositario de la prenda no puede hacer uso de ella; si no es que así lo haya estipulado con el deudor ó con el que la depositó.

Art. 1684. En igualdad de circunstancias el acreedor tiene hacia la cosa dada en prenda, un derecho preferente á cualquier otro acreedor

Art. 1685. El acreedor tiene derecho para retener la prenda en su poder ó hacer que se conserve en poder del depositario, hasta la completa satisfacción de su crédito.

Art. 1686. Si antes de la total satisfacción de dicho crédito, el deudor se haya obligado por otra deuda hacia el mismo acreedor, éste puede retener la prenda con que se aseguró la primera deuda hasta el completo pago de la segunda; salvo el caso de una estipulación contraria.

Art. 1687. En el caso de evicción ó en cualquier otro en que el acreedor se vea privado de la prenda, tiene derecho para exigir de su deudor otra que cautive el total de la deuda, si con la primera se hallaba caucionado. Si la primera prenda sólo caucionaba una parte de la deuda, no podrá exigirse más al deudor. Si era de mayor valor que la deuda, sólo podrá exigirse en la nueva prenda, un valor igual á dicha deuda.

Art. 1688. En el caso en que el acreedor se vea privado de la prenda porque se haya calificado judicialmente que ha abusado de ella, tiene derecho a oponerse á que se entrégue á su deudor, y puede exigir que se deposite en poder de un tercero nombrado por las partes ó por el juez.

Art. 1689. Si por un deudor se diese en prenda una alhaja á dos ó mas acreedores, todos ellos pueden nombrar el depositario que debe guardarla; en caso de no haber conformidad lo nombrará el juez. Esto mismo se observará cuando ya un deudor tenía dada en prenda una alhaja que después da bajo el mismo título á otros acreedores. En este caso el primer acreedor tiene derecho para oponerse a que la alhaja sirva de prenda á los demás acreedores *interin* no se le pruebe:

Primero. La verdad del crédito y que el deudor está obligado por él a dar una prenda.
Segundo. Que el valor de la prenda que ya tenía en su poder, puede caucionar todos los créditos.

Art. 1690. El acreedor no puede por falta de pago apropiarse la prenda. Pero tiene derecho para exigir que se le adjudique en pago y hasta el valor de su crédito, previa una estimación hecha por peritos; ó que se venda en almoneda para satisfacerle. Toda estipulación que autorice al acreedor para apropiarse la alhaja dada en prenda, ó para enajenarla sin las formalidades anteriores es nula.

Art. 1691. El acreedor no puede dar en prenda la alhaja que conserva en cualidad de tal, excepto en caso de estipulación contraria.

Art. 1692. Cuando el que tiene la cosa en depósito sea un tercero, se sujetará á las obligaciones de un simple depositario.

CAPÍTULO v

Del pacto en que se autoriza al acreedor para hacer uso de la prenda.

Art. 1700. Puede estipularse que el acreedor hará uso de la prenda que se le ha dado por el deudor. La indemnización ó paga que se deba al deudor por este uso se descontará de la deuda y primeramente de sus intereses, si se debieren.

Art. 1701. Toda especulación por la que se autorice al acreedor para hacer uso de la prenda sin indemnización al deudor es nula.

Art. 1702. Aun cuando se hubiere estipulado que el acreedor usara de la prenda hasta no indemnizarse de la deuda; si antes pudiera el deudor satisfacerla, puede exigir la devolución de dicha prenda.

CAPÍTULO vi

De las causas porque se extingue el contrato de prenda.

Art. 1703. Cesa el contrato de prenda:

Primero. Por la extinción de la deuda para cuya seguridad había sido dada.

Segundo. Por la pérdida ó destrucción de la cosa dada en prenda.

Tercero. En el caso de evicción de ella misma.

De las disposiciones del proyecto, son de especial interés los artículos 1668 a 1672, ya que de ellos resulta un concepto de prenda ajeno a su caracterización romana, a la hispana y a la francesa, y cuya filiación no me ha sido posible determinar.

5.2.2.3 *"Redacción del Código Civil de México, que se contiene en las Leyes Españolas y demás vigentes en nuestra República", por el licenciado Vicente González Castro (Guadalajara, 1839)*

Este proyecto, como su nombre lo indica, es un intento de sistematizar el derecho civil entonces vigente; el mismo consta de 1646 artículos y el autor señala en cada caso la fuente de los mismos (Leyes Constitucionales, *Siete Partidas*, *Curia Filípica*, *Novísima Recopilación*, etcétera).

La prenda está regulada en los artículos 1605 a 1625, la mayoría de los cuales están tomados de la quinta Partida. La sistematización, es similar a la del Proyecto de Zárate de 1829, deriva de las *Partidas*.

La hipoteca está regulada en los artículos 1626 a 1646, la mayoría de los cuales provienen de la *Novísima Recopilación* y la *Curia Filípica*.

La diferencia entre prenda e hipoteca no es muy clara, parece consistir en que la primera requiere de la entrega, y en que el título en el caso de la prenda es siempre convencional, mientras que en el de la hipoteca puede ser legal, judicial o convencional.

Dado el interés del proyecto, se transcriben la totalidad de los artículos relativos a la prenda y a la hipoteca, con las notas del autor respecto a las fuentes, que se enumeran corridas para facilitar su consulta.

ARTÍCULOS

Del Contrato de Prenda Disposiciones Generales

Art. 1605. Prenda es un contrato real por el que un deudor entrega la cosa sobre que versa, a su acreedor, para seguridad de la deuda.³²

Art. 1606. Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad, y por consiguiente todas las que tienen precio.³³

Art. 1607. Por faltar éste en las cosas sagradas y demás que están fuera del comercio, no podrán ser empeñadas.³⁴

Art. 1608. Podrá constituirse este contrato del mismo modo y por los mismos medios que los demás; pero en todo caso se deberá designar la cosa empeñada con la individualidad necesaria, a fin de que conste su identidad.³⁵

Art. 1609. Si el contrato se hiciere bajo condición o a día cierto, aunque regularmente el acreedor no tendrá derecho á exigir la entrega de la prenda hasta que se cumpla la condición o venga el día, sin embargo, habiendo causa para temer se ausente el que la empeñó, podrá pedirle su entrega ó fianza de hacerla cuando se cumpla el plazo ó la condición.³⁶

Art. 1610. Si el deudor antes de entregar la prenda la vendiere ó empeñare á otro, podrá el acreedor demandarle lo que hubiere dado por su empeño, y pudiendo cobrarlo dejará en paz al otro acreedor.³⁷

Art. 1611. Mas si no pudiere cobrar su crédito del deudor, podrá entonces demandar la cosa al que la tuviere. Si el deudor la hubiere enajenado después que el acreedor lo enjuició sobre ella, quedará á la elección de éste demandar al deudor por el pago de su crédito, ó al tercer poseedor por la cosa empeñada, como mejor le convenga.³⁸

Art. 1612. No podrá el acreedor tomar prenda del deudor por su propia autoridad, bajo la pena de restituirla á su dueño, perder su derecho y pagar el valor de la misma prenda a la hacienda pública.³⁹

CAPÍTULO I

De las obligaciones y derechos del acreedor sobre la prenda.

³² Ley 1, tít. 13, p. 5.

³³ Ley 2, allí.

³⁴ Leyes 3 y 4 tít. 6, lib. 1, Nov.

³⁵ Ley 6 tít. cit.

³⁶ Ley 17 allí.

³⁷ Ley 14 tít. 13, p. 5

³⁸ Allí.

³⁹ Ley 11 allí.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN...

283

Art. 1613. El acreedor podrá empeñar á otro la prenda; pero si el deudor le paga lo que le debía, estará obligado a desempeñarla para restituirla.⁴⁰

Art. 1614. Podrá asimismo tomarla por su justo valor con anuencia del dueño, si éste no paga la deuda a su tiempo mas no por lo que dio al tiempo de recibirla, sino por lo que justamente valga, quedando así reprobado el pacto llamado comisorio.⁴¹

Art. 1615. Pero bien podrá pactarse entre acreedor y deudor, la venta de la cosa empeñada, pasado el término de su desempeño, y en tal caso podrá venderse precisamente en almoneda pública, avisándolo al acreedor o a las personas que se hallaren en su casa.⁴²

Art. 1616. También podrá venderla, con la misma formalidad, aunque nada se hubiere pactado sobre ello, si habiendo requerido al deudor delante de testigos para su desempeño, pasaron doce días sin hacerlo, siendo mueble, y treinta si fuere raíz.⁴³

Art. 1617. Lo mismo podrá hacer aun mediando pacto de no venderla, si requiere al deudor delante de testigos tres veces para que la desempeñe, y éste dejare pasar dos años sin hacerlo; y si puesta en almoneda no hubiere comprador, podrá en todos casos pedir al juez que se le adjudique, devolviendo al deudor el sobrante del precio, y cobrando del mismo las faltas, si las hubiere.⁴⁴

CAPÍTULO II

De las obligaciones y derechos del deudor que ha dado prenda.

Art. 1618. El deudor que ha dado prenda, estará obligado á dejar en poder del acreedor la cosa empeñada, hasta el pago de su deuda, o darle otra prenda igualmente suficiente si la primera resultare nula por cualquier razón.⁴⁵

Art. 1619. Tendrá asimismo obligación de satisfacer al acreedor los gastos que hubiere hecho en conservar y mejorar útimamente la prenda.⁴⁶

Art. 1620. Pero tendrá derecho á exigir del acreedor el cuidado de la prenda como de cosa propia; siendo por consiguiente responsable el último, del daño que resulte al primero por culpa leve, mas no por caso fortuito.⁴⁷

Art. 1621. Asimismo a la utilidad y productos de la prenda, de que el acreedor no puede hacer uso en provecho suyo.⁴⁸

Art. 1622. Igualmente podrá exigir la restitución de la prenda en el estado en que la entregó, luego que pague la deuda; á no ser qua haya contraído otra nueva, en cuyo caso el acreedor puede retenerla hasta ser pagado; mas no en calidad de prenda.⁴⁹

Art. 1623. En cuanto al pacto llamado anticrético, que consiste en que el acreedor perciba en lugar de interés, los frutos de la prenda, mientras no sea pagado del crédito, sólo estará obligado el deudor a observarlo cuando se establezca por razón de daño emergente y lucro cesante.⁵⁰

Art. 1624. Sin embargo, el marido que sostiene las cargas del matrimonio, podrá percibir y retener sin imputar en el capital los frutos de los bienes que hubiere recibido en prénda, para seguridad de la dote prometida.⁵¹

⁴⁰ Ley 3^a allí.

⁴¹ Ley 12 allí.

⁴² Ley 41 allí.

⁴³ Ley 42 allí.

⁴⁴ Leyes 42 y 44 allí.

⁴⁵ Ley 21, tít. 13, p. 5, y Febr. ref. part. 1, cap. 28 n. 12.

⁴⁶ Ley 21 cit.

⁴⁷ Ley 20 allí.

⁴⁸ Allí.

⁴⁹ Leyes 21 y 22 allí.

⁵⁰ Mur. Lib. 3 tít. 21 cap. 1.

⁵¹ Allí.

CAPÍTULO III

De las causas porque se extingue el contrato de prenda.

Art. 1625. Cesará el contrato de prenda:

1. Por la extinción de la deuda para cuya seguridad había sido dada aquélla.⁵²
2. Por la pérdida ó destrucción de la cosa dada en prenda, sin culpa del deudor.⁵³
3. Por la condenación ó perdón del acreedor, ya sea expreso, ya sea sólo tácito.⁵⁴
4. Por no haberla entregado y poseerla el deudor ó su heredero por 40 años, u otra persona por diez entre presentes y veinte entre ausentes; mas el acreedor nunca podrá prescribirla por falta de título.⁵⁵

CAPÍTULO IV

De las Hipotecas

Art. 1626. La hipoteca es un derecho real del acreedor sobre los bienes del deudor, afectos al pago de una obligación. La hipoteca se establece, bien por la ley y entonces se llama legal, bien por sentencia ó acto del juez, en cuyo caso se llama judicial ó bien por convención de las partes, y ésta es la que se llama convencional.⁵⁶

Sección I

De la hipoteca legal

Art. 1627. La hipoteca legal, también se llama tácita, sólo deriva su fuerza de la ley que dispone preventivamente esta garantía, para favorecer a personas que necesitan de ella, o que tienen una razón conocida de preferencia.⁵⁷

Art. 1628. Se concede la hipoteca legal:

1. A la Hacienda Pública, iglesias y establecimientos públicos, en los bienes de sus deudores y administradores de sus rentas.⁵⁸
2. A los menores y sus herederos, por razón de sus bienes, en los de sus tutores y curadores así como en los fiadores de éstos.⁵⁹
3. Al marido en los bienes del que le prometió la dote, sea su mujer u otro.⁶⁰
4. A la mujer en los bienes del marido por razón de dicha dote, bienes parafernales, arras y alimentos que debe percibir de él.⁶¹
5. A los hijos en los bienes de su madre, que siendo su tutora casó segunda vez; y también en los de su padrastro; hasta la rendición de cuentas.⁶²
6. A los mismos también en los bienes maternos, si la madre casare segunda vez; por los bienes que conforme á derecho debe en tal caso reservarles.⁶³
7. A dichos hijos por razón de su legítima materna, en los de su padre que como usufructuario las administra.⁶⁴

⁵² Ley 38 tít. 13 p. 5.

⁵³ Ley 15 allí.

⁵⁴ Ley 40 allí.

⁵⁵ Ley 39 allí, y Mur. cit.

⁵⁶ Ley 1 tít. 13, p. 5.

⁵⁷ Allí, al fin.

⁵⁸ Ley 9, tít. 9, lib. 1, nov. y 23 y 25 tít. 12, p. 5-Cur. Filip. com. Terr. cap. 3.

⁵⁹ Ley 23 allí.

⁶⁰ Allí.

⁶¹ Id. y la 33.

⁶² Ley 26 allí.

⁶³ Allí.

⁶⁴ Ley 21 allí.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN...

285

8. Al dueño de la casa ó heredad arrendada, en los bienes que se hayaren en ella por el importe del arriendo y daños que hubiere causado el arrendatario; á menos que los bienes estén en dicha casa o heredad ínterinamente o por casualidad.⁶⁵

9. Al legatario en los bienes del testador por razón de su legado.

10. Al que prestó dinero para hacer reparar ó prover alguna nave, casa ó otro edificio, convirtiéndose en esto y constando de ello, en cuyo caso le quedarán hipotecada legalmente estas cosas al importe de su empréstito.⁶⁶

Sección II

De la hipoteca judicial

Art. 1629. La hipoteca judicial sólo se verificará por medio de juicio ejecutivo, y el que primero lo intente ó obtenga en su virtud la posesión de bienes, es preferido á cualquiera otro acreedor.

Art. 1630. Sin embargo, donde se practique la vía de asentamiento, la posesión que en virtud se dé, constituirá hipoteca judicial, que se llama pretoria⁶⁷

Sección III

De la hipoteca convencional

Art. 1631. Esta hipoteca podrá constituirse del mismo modo que la prenda; mas si fuere especial deberá registrarse en el libro de hipotecas respectivo, como se dirá adelante.⁶⁸

Art. 1632. No podrán otorgar hipoteca convencional sino aquellos que tengan facultad para enajenar.

Art. 1633. Podrá hipotecarse una cosa antes de tenerse dominio en ella, para cuando el deudor lo adquiera, y verificado quedará obligado como si la hubiera empeñado siendo ya dueño de ella.⁶⁹

Art. 1634. Si la hipoteca convencional abrazare todos los bienes del deudor, se dirá general; y especial si sólo obligare alguna ó algunas cosas determinadas, comprendiéndose en la primera todos los bienes que al tiempo de establecerse tenga el deudor; y en la segunda las mejoras y aumentos y los frutos que el deudor enajenare.⁷⁰

Art. 1635. Exceptuándose, sin embargo, de la hipoteca general, las cosas necesarias para el servicio diario del deudor y su familia.⁷¹

Art. 1636. Asimismo, los animales destinados á la labranza, los aperos que se emplean en el cultivo de las tierras y instrumentos de que usan los artífices ó menestrales en sus labores.⁷²

Art. 1637. No permanecerá hipotecada la finca, que el deudor enajenare con consentimiento expreso del acreedor, aunque vuelva luego al mismo deudor.⁷³

Art. 1638. En cuanto á la hipoteca especial, el acreedor que no pudiese conseguir la satisfacción de su crédito al tiempo estipulado, podrá reclamar la hipoteca no sólo al deudor y sus herederos, si todavía la poseyeren, sino también a cualquiera otra persona en quien se hubiere enajenado; y éste tendrá la elección de restituir la finca, como que no entró á su poder sino con este gravamen, ó pagarlo al acreedor y reclamarlo al deudor.⁷⁴

⁶⁵ Ley 5 tít. 8, pp. 5 y 6, tít. 11 lib. 10 nov.

⁶⁶ Ley 26 cit.

⁶⁷ Cur Filip. com. ter. c. 3n. 37.

⁶⁸ Ley 3 tít. 16 lib. 10 nov.

⁶⁹ Ley 7 yiy. y p. cit.

⁷⁰ Leyes 16 y 17 allí.

⁷¹ Ley 5 allí.

⁷² Leyes 4 allí y 18 y li, tít. 31, lib. 11 nov.

⁷³ Sala nov. tom. 3 p. 4.

⁷⁴ Ley 14, tít. 13, p. 5.

CAPITULO V

Del registro de hipotecas

Art. 1639. Sólo se registrarán y tomará razón en los oficios de hipotecas establecidos ó que en adelante se establecieren, de las escrituras é instrumentos en que haya hipoteca expresa, especial y señalada, de bienes raíces o tenidos por tales, y no de las escrituras en que se hipotequen generalmente bienes raíces, los tenidos por tales, muebles, semovientes, sueldos, salarios en general ó cualquiera otra cosa.⁷⁵

Art. 1640. La toma de razón se reducirá á referir la fecha del instrumento, nombres y vecindad de los otorgantes, calidad del contrato, obligación ó fundación y los bienes raíces gravados o hipotecados con expresión de sus nombres cabidas, situación y linderos, según se especifique en el instrumento; habiendo de estimarse por bienes raíces los que se expresan en el Art. 352.

Art. 1641. Todo escribano que autorice escrituras de la indicada clase, estará obligado á hacer en ellas la advertencia de que se ha tomar la razón dentro de seis días si el otorgamiento fuere en la misma cabeza de partido; y si se hiciera fuera del lugar donde reside el anotador (sobre los seis días prevenidos) los que se necesiten para ocurrir a la cabecera, regulándose a cuatro leguas por día.⁷⁶

Art. 1642. Sin preceder la circunstancia expresada del registro y toma de razón dentro del término prescrito, no hará fe el instrumento por lo que mira a hipotecas ó gravámenes.⁷⁷

Art. 1643. El escribano del registro estará obligado á tomar la razón dentro de 24 horas, poner al pie del instrumento exhibido la nota de haberlo hecho, señalando el folio del libro ó registro que debe tener al efecto, y el día en que lo anota; y devolverlo á la parte para que si quiere lo escribía al escribano originario y que en el protocolo anote estar tomada la razón.⁷⁸

Art. 1644. Por lo que toma a los instrumentos anteriores ó las leyes establecidas sobre registro de hipotecas, se registrará antes de presentarse en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas; pero siempre las preferirán las que estén registradas anteriormente; y sin preceder la circunstancia del registro, ningún juez podrá juzgar por ellas ni harán fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos.⁷⁹

Art. 1645. Los jueces y magistrados que contravengan á lo aquí dispuesto, incurrirán en la pena de privación de oficio, y pagarán con el cuádruplo los daños que causaren.⁸⁰

Art. 1646. En el Código de Procedimientos se fijarán los lugares donde deban colocarse los oficios de hipotecas, el modo con que deban conservarse sus registros y la responsabilidad que resulte al oficial encargado de ellos, por razón de sus funciones.

5.2.2.4. Pandectas Hispano-Meggicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel. Primera edición en 1839; en 1852 hay ya una nueva edición. Es un intento de sistematización del derecho vigente; en la nueva edición, en materia de prenda e hipoteca reproduce la quinta partida y la ley IV del título XVI del libro X de la Novíssima Recopilación, la Cédula de 9 de mayo de 1778 (es de derecho indiano, pues se refiere a la inscripción de hipotecas "en las Indias e Islas Filipinas"), la "Pragmática e instrucción para el establecimiento de oficios de hipotecas, y su anotación o registro" de la Audiencia de Nueva España, la Real Cédula de 25 de enero de 1789, que aprueba

⁷⁵ Beleña autos acordados, tomo 2, p. 306.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Sala nov. tom. 3 p. 4.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

lo practicado por la audiencia para el establecimiento de oficios de anotadores de hipotecas, y que declara que no deben registrarse las generales; una circular del Consejo Real de 22 de enero de 1816; la Orden de 20 de mayo de 1821 sobre establecimiento de oficios de hipotecas, y los bandos de 23 de abril de 1781 y 4 de mayo de 1790 sobre empeño de prendas.

5.2.2.5. *Código Civil de Oaxaca de 1852*. No se ha localizado el texto.

5.2.2.6. "Proyecto de un Código Civil Mexicano formado de orden del Supremo Gobierno por el Dr. Don Justo Sierra" (edición oficial: 1861). Denota una enorme influencia del Proyecto García Goyena, el cual el autor indica haber tomado como su guía principal. En materia de prenda e hipoteca, el Proyecto Sierra y el García Goyena son muy similares, como puede comprobarse haciendo la comparación de ambos proyectos, conforme a la siguiente tabla:

PRENDA	
SIERRA	GARCÍA GOYENA
Artículos 1908 - 1921.	Artículos 1771 - 1781
1908 varía redacción	1771
1909	1772
1910 párrafo inicial e incisos 1 y 2	1773
1911 párrafo final	1773
1912 párrafo 1, varía parcialmente	1774
1913 párrafo final	1774
1914	—
1915 similar	1775
1916	1776
1917	1777
1918 varía redacción	1778
1919	1779
1920	1780
1921	1781

HIPOTECA	
SIERRA	GARCÍA GOYENA
Artículos 1934 - 1978	Artículos 1782 - 1818
1934	1782

HIPOTECA

SIERRA	GARCIA GOYENA
Artículo 1936	Artículo 1784
1937 redacción distinta en cuanto a construcción	1785
1938	1786
1939 párrafo inicial	1787 párrafo inicial
fracción 1º	fracción 1º
inciso 2º	incisos 2º
3º	3º
4º	4º
5º cambia ligeramente.	5º
6º cambia ligeramente.	6º
7º	7º
8º	8º
	1783
1940 es el primer párrafo del	1788
1941 es el 2º párrafo del	1788
con ligeras variantes	
de redacción	
1942 varía en cuanto a remisiones	1789
1943	1790
1944 varía ligeramente redacción	1791
1945 varía ligeramente redacción	1792
1946 varía redacción	1793
1947 varía ligeramente redacción	1794
1948	1795
1949 1er. párrafo del	1796
1950 2º párrafo del	1796
1951 3er. párrafo del	1796
con ajustes redacción	
1952	1797
1953	1798
1954 ajuste remisión	1799
1955 párrafo inicial	1800 párrafo inicial
inciso 1º	inciso 1º
2º	2º
3º	3º

HIPOTECA

SIERRA	GARCÍA GOYENA
4º	4º
5º	5º y párrafo final
Artículo 1956	Artículo 1801
1957	1802
1958	1803
1959	1804
1960	1805
1961 cambio número artículos a los que remite	1806
1962 cambio número artículos a los que remite	1807
1963 párrafo 1º del	1808
1964 párrafos finales del	1808
1965 párrafo inicial	1809
1966 párrafo final	1809
1967 párrafo inicial	1810
1968 párrafo final	1810
1969 párrafo final	1810
1970	1811
1971	1812
1972 1ª parte no hay correspondiente a	1813
1973	1813 2ª parte
1974	1814
1975 varía redacción	1815
1976 1er. párrafo	1816
1977 2º párrafo ajustes	1817
1978	1818

5.2.2.7. *Código Civil del Imperio Mexicano* (1866). Los dos únicos libros promulgados no regulan la materia.

5.2.2.8. *Código Civil del Estado de Veracruz Llave, de 1868 (Código Civil "Corona")*. Regula la prenda en los artículos 2258 a 2271 y la hipoteca en los artículos 2284 a 2330. El Código está muy influido por el Proyecto de García Goyena, lo cual podrá comprobarse mediante la comparación de ambos proyectos conforme a la siguiente tabla, por lo que se refiere a la prenda:

CÓDIGO CIVIL CORONA	PROYECTO J. GARCIA GOYENA
Artículos 2258	Artículos 1771
2259	1772

CÓDIGO CIVIL CORONA

PROYECTO J. GARCIA GOYENA

Artículo 2260	Artículo 1773 párrafo inicial y fracciones 1 y 2
2261	1773 párrafo final
2262	1774 1er. párrafo
2263	1774 párrafo final
2264	
2265	1775
2266	1776
2267	1777
2268	1778
2269	1779
2270	1780
2271	1781

Evidentemente, también existe influencia del Código Civil Napoleón, pero no es posible determinar por ahora si la misma fue directa o, tan sólo a través del Proyecto García Goyena.

La mejor prueba de la influencia del proyecto García Goyena se encuentra en las disposiciones relativas a la hipoteca, pues las mismas son prácticamente idénticas, y dada la diferencia en la materia entre el Código Napoleón y el Proyecto García Goyena en esta materia, lo poco verosímil de que Corona haya acudido directamente a la legislación de Baviera, Prusia, Ginebra, etcétera, y la prácticamente identidad incluso en la redacción entre el Código Corona y el Proyecto García Goyena, todo ello lleva a pensar en que el autor tomó la obra española como base y, a través de ella recibió la influencia francesa. Lo anterior puede deducirse comparando las disposiciones de ambas obras, en materia de hipoteca, conforme a la siguiente tabla:

CÓDIGO CIVIL CORONA

PROYECTO J. GARCIA GOYENA

Artículos 2284	Artículos 1782
2285	1783
2286	1784
2287	1785
2288	1786
2289	no tiene equivalente, pero es una consecuencia de los anteriores
2290	1787
2291	1788 1er. párrafo
2292	1788 2º párrafo
2293	1789

CÓDIGO CIVIL

PROYECTO GARCIA GOYENA

Artículo 2294	Artículo 1790
2295	1791
2296	1792
2297	1793
2298	1794
2299	1795
2300	1796 1er. párrafo
2301	1796 2º párrafo
2302	1796 párrafo final
2303	1797
2304	1798 similar
2305	1799
2306	1800
2307	1801
2308	1802
2309	1803
2310	1804
2311	1805
2312	1806
2313	1807
2314	1808 1er. párrafo
2315	1808 2º párrafo y final
2316	1809 1er. párrafo
2317	1809 2º párrafo
2318	1810 1er. párrafo
2319	1810 2º párrafo
2320	1810 3er. párrafo
2321	1811
2322	1812
2323	1813
2324	1814
2325	1815
2326	1816
2327	1817 1er. párrafo
2328	1817 2º párrafo
2329	1818
2330	no tiene equivalente. Es un artículo de derecho transitorio que regula el problema relativo a las hipotecas existentes a la publicación del Código

5.2.2.9. *Proyecto de Código Civil del Estado de México (1869).*

En sesión de 7 de enero de 1870 fue adoptado por la Legislatura como Código del Estado; el gobernador encargó a los licenciados Manuel Alas y Pedro Ruano vigilar la impresión, hecha la cual se promulgó el 21 de junio del mismo año. El código es muy similar al Proyecto García Goyena y no adopta la redacción del Proyecto de don Justo Sierra. De la similitud del código con el Proyecto García Goyena podrá juzgarse comparando ambos conforme a la tabla que va a continuación; para ver las relaciones entre este código y el proyecto de don Justo Sierra, la tabla comparativa entre éste y el Proyecto García Goyena puede ser utilizada como auxiliar.

CÓDIGO CIVIL ESTADO DE MÉXICO (1870)	PROYECTO GARCIA GOYENA
Artículo 2033	Artículo 1771
2034	1772
2035	1773
2036	1774
2037	1775
2038	1776
2039	1777
2040	1778
2041	1779
2042	1780
2043	1781
2056	1782
2057	1783
2058	1784
2059	1786
2060 agrega una fracción conforme a la cual hay hipoteca legal en favor del arrendador de una finca, sobre los muebles introducidos por el arrendatario	1787
2061	1788
2062	1789
2063	1790
2064	1791
2065	1792
2066	1793
2067	1794
2068	1795
2069	1796
2070	1797
2071	1798

CÓDIGO CIVIL
ESTADO DE MÉXICO (1870)

PROYECTO GARCÍA GOYENA

Artículo 2072	Artículo 1799
2073	1800
2074	1801
2075	1802
2076	1803
2077	1804
2078	1805
2079	1806
2080	1807
2081	1808
2082	1809
2083	1810
2084	1811
2085	1812
2086	1813
2087	1814
2088	1815
2089	1816
2090	1817
2091	1818

5.2.2.10. *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870)*. Promulgado por el entonces presidente de la República, don Benito Juárez, entró en vigor el 1º de marzo de 1871. La comisión redactora elaboró una magnífica exposición de motivos al presentar el proyecto, el cual fue aprobado sin modificación alguna por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870. Desgraciadamente, no he localizado los manuscritos de los trabajos de la comisión del segundo imperio, que trabajó en la elaboración de los libros tercero y cuarto del Código Civil del Imperio Mexicano, que al parecer estaban listos a la caída de Maximiliano, pero que no pudieron llegar a ser promulgados, por lo que es difícil saber qué tanto se debe a la comisión imperial y qué tanto a la integrada por el ministro de Justicia que elaboró el proyecto final. Desde luego, hay una distancia bastante considerable entre el código y los proyectos de don Justo Sierra y García Goyena; en general, la terminología del código es mucho más precisa y más técnica. En materias sí reguladas por los dos primeros libros del Código del Imperio y por el Código de 1870, existen bastantes similitudes, aunque hay diferencias de importancia. Más adelante, se transcribirán algunos artículos del proyecto Sierra, del García Goyena y del Código de 1870 para mostrar algunas diferencias, en la mayoría de los casos de precisión de lenguaje. También incluiremos una tabla de concordancias entre el proyecto Sierra y el Código de 1870, previa advertencia de que en este caso las similitudes no son tan marcadas como en los proyectos y códigos a los cuales nos hemos referido antes. Dado lo especialmente valiosa que es la exposición de motivos, principiaremos por transcribir la totalidad de los párrafos relativos

a la prenda y a la hipoteca, no sin antes advertir que hay algunas incongruencias entre la exposición y el código, principalmente por lo que se refiere a la frase según la cual

...en el sistema de la comisión deben registrarse todos los contratos... —pues según el código estaban sujetos a registro— ... todos los contratos y actos entre vivos que transmitan o modifiquen la propiedad, la posesión o el goce de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos (artículo 3333). Subrayo algunas frases de interés especial.

a) La prenda y la hipoteca en la Exposición de Motivos:

i) Prenda

El capítulo 1º de este título trata de la prenda, sobre el cual sólo hará la comisión las cuatro observaciones que siguen, *por ser de derecho común todas las demás disposiciones que en él se contienen*. Se ha creído necesario establecer de un modo terminante, que la *existencia de la prenda en poder del acreedor es una condición esencial*, a fin de evitar nuevos conflictos, ya entre los mismos contratantes, ya entre cualquiera de ellos y un tercero. *Mas como unas veces puede consistir la prenda en frutos*, que no es posible que estén siempre en poder del acreedor, y sin culpa de éste puede otras veces perderse la cosa empeñada, pareció prudente y equitativo prevenir que en estos casos no tenga lugar la disposición general. Éste es el contenido del artículo 1892.

Como en el sistema de la comisión, deben registrarse *todos* los contratos, fue indispensable prevenir en el artículo 1896 que el derecho de prenda no perjudica a un tercero sino desde la fecha del registro, que es el dato más seguro para conocer el gravamen.

Concordando lo dicho con el material otorgamiento del contrato, se exige en el artículo 1904: que la prenda se constituya por escritura pública cuando el valor de la cosa pase de trescientos pesos. Cuando el precio es menor, puede otorgarse por escrito o de otro modo; porque no es justo gravar con gastos los convenios de poco interés.

El artículo 1916 parece inútil; pero como se abusa tanto de la situación del deudor que constituye prenda, fue necesario prevenir de un modo terminante que ésta no garantiza más obligación que la que expresamente se ha convenido.

Respecto de la venta de la cosa empeñada, se han establecido algunas reglas equitativas: el complemento de esta materia depende del código de procedimientos.

ii) Hipoteca

El capítulo 1º trata de la hipoteca en general. Convencida la comisión de que esta materia es, no sólo de alta importancia, sino de una importancia verdaderamente vital, procuró con más empeño su arreglo; examinó atentamente las disposiciones de los códigos modernos, y *estudió con prolíjidad la última ley española*, que en verdad satisface sobre los principales puntos. Aplicando a nuestra sociedad los preceptos esenciales, y modificando no pocos, llegó a formar este capítulo, que dista mucho de ser completo; pero que indudablemente introduce notables mejoras en nuestro sistema hipotecario.

El artículo 1942 fija de un modo terminante la naturaleza de la hipoteca y remueve cualquier duda sobre la especie de bienes en que debe constituirse.

El 1943 establece un principio de inmensa utilidad, que hace palpable el 1972. Uno de los grandes males que sufre el acreedor hipotecario, consiste en que no conociendo más que el importe de los capitales que con anterioridad gravan la finca, descansa en la engañosa confianza de que el valor de ésta basta para cubrir su crédito; y cuando después de largos años de concurso llega a dictarse la sentencia de graduación, encuentra que los réditos de los capitales anteriores al suyo, excluyen éste, absorbiendo el precio de la cosa hipotecada. Conforme a los artículos referidos, no tendrán ya prelación más que los réditos de los últimos

cinco años: de esta manera el acreedor posterior puede fácilmente calcular la garantía que le ofrece la finca; pues sumando el capital anterior y su rédito durante cinco años, verá qué cantidad puede caber en el resto del precio, y si no con exactitud aritmética, a lo menos con fundada probabilidad puede conocer las ventajas o desventajas del contrato.

Como según se estableció en el Libro 2º, hay bienes que aunque en sí son muebles, la ley considera como inmuebles, fue preciso declarar la manera con que pueden ser o no hipotecados; procurando evitar los abusos que puedan cometerse. Los artículos 1944, fracción II, y 1951, fracción II, también, son los que establecen las reglas convenientes.

Una de las cuestiones más debatidas ha sido la de si la cosa hipotecada puede hipotecarse de nuevo. La estricta justicia dicta una resolución negativa; porque siendo la hipoteca una especie de enajenación, tiene cierto aspecto de fraude el segundo contrato. La comisión, sin embargo, ha establecido lo contrario en el artículo 1948; porque debiendo ser expresa toda hipoteca, y no teniendo prelación sino desde la fecha del registro, desaparece el peligro, supuesto que en nada se perjudica el primer acreedor con la hipoteca nueva, cuyo privilegio no debe comenzar sino desde el día en que fuere registrada.

Toca la comisión a un punto de suma gravedad: *la división de la hipoteca.* No puede ni por un momento dudarse de la conveniencia que resulta bajo todos los aspectos de la división de la propiedad, especialmente en un país tan extenso, como la República. Pero esa división, más que obra de las leyes, debe ser el resultado necesario del aumento de la población, que tiene que pedir a la tierra mayor número de frutos, y exige naturalmente más extensión de terreno que cultivar.

Sensible es a la comisión disentir en este punto de la ley vigente; pero debe obrar conforme con su conciencia; y ésta la presenta la división forzosa de la hipoteca como un elemento contrario al sistema que ha desarrollado con este título, y como un principio no muy conforme con la Constitución. En efecto: *puede decirse que hay cierta pugna entre el artículo que garantiza la propiedad y la división forzosa de la hipoteca;* porque si bien no se ataca el capital impuesto sobre la finca, sí se modifica y se debilita la garantía. Algunas veces las fracciones en que se divida una finca, serán bastantes para responder de la parte de hipoteca a que quedan afectas; pero otras sucederá lo contrario, y cuando menos se corre el grave peligro de que aunque aritméticamente sea bastante el valor de una fracción, la garantía puede hacerse hasta ilusoria, atendidas la calidad y otras circunstancias de la nueva finca; produciéndose de todos modos el mismo resultado, que consiste en la modificación substancial de la garantía.

Ahora bien: el objeto principal de la comisión ha sido robustecer esa garantía, a fin de que la hipoteca sea un elemento de verdadera seguridad para los capitales. Por consiguiente, aun permitiendo que la división forzosa no tuviera los inconvenientes que antes se han indicado, siempre tendría el muy grave de disminuir la importancia de la hipoteca; pues la práctica de todos los días nos enseña, que la imposición de capitales se dificulta extraordinariamente y que todas las que se hacen, llevan como precisa condición la de no dividir la hipoteca. *Los artículos 1954 a 1959 contienen los principios que la comisión adoptó, y que a su juicio facilitan la división de la propiedad, sin perjudicar el sistema hipotecario.*

Los demás artículos contienen disposiciones de conocida utilidad, y sólo merecen mención especial los tres siguientes. *El 1968 previene: que la acción hipotecaria prescribe a los veinte años; porque éste es el término señalado a los derechos reales.* De este modo queda removida toda duda acerca de la naturaleza de esa acción y combinado también el interés del acreedor con el público, al cual sin duda importa mucho la movilidad de los capitales. Como la hipoteca es un acto de tanta trascendencia, dispone el artículo 1980: que se reduzcan a escritura pública con otras condiciones necesarias.

El artículo 1981 contiene acaso la innovación más grave de todo el proyecto de Código: la supresión de la hipoteca tácita. Muchos años hace que se discute entre los jurisconsultos mexicanos esta cuestión que en Europa también ha sido y es aún objeto de variadas y encontradas opiniones; porque en efecto, es de alta importancia, como que de su resolución en cualquier sentido resultan necesariamente modificaciones de mucha trascendencia, especialmente en los contratos de matrimonio, compra-venta, y censos, así como en todo lo relativo a menores y concursos. Con la precisión que requiere la naturaleza de este escrito, procurará la comisión exponer las principales razones en que se funda el artículo referido.

La hipoteca tácita tiene por base el deseo, muy laudable sin duda, de asegurar los intereses de ciertas personas, que la ley considera preferentemente y cuyos derechos quiere vigilar con más eficacia. Pero este principio, justísimo en su esencia, produce en la práctica complicaciones muy graves, y en no pocas veces origen de otros males, que también debe evitar la sociedad.

Como el acreedor generalmente ignora las responsabilidades que pesan sobre los bienes del deudor, la hipoteca tácita adquiere cierto carácter de misterio, que muchas veces la reviste el ropaje del fraude. En efecto, cuando un acreedor, que ha dado su dinero bajo la garantía de una hipoteca expresa, se encuentra de repente en un lugar inferior al que creía con razón corresponderle, y ve que antes que él se pagan créditos ocultos, que aunque muy dignos de consideración, vienen tal vez a menoscabar o tal vez a absorber el precio de la finca que se le dio como libre en garantía de su derecho, es natural que presuma un abuso y que atribuya a mala fe el secreto en que se envolvía la responsabilidad privilegiada. Faltan ciertamente a la hipoteca tácita esa franqueza, esa verdad que debe presidir en todos los contratos; porque si la responsabilidad es anterior a la obligación que se garantiza, el deudor, digámoslo de una vez, comete una falsedad, presentando como libres los bienes que están obligados; y si es posterior comete un fraude, imponiéndose obligaciones que van a perjudicar notoriamente a su acreedor. Se ve, pues, que en cuanto a moralidad la hipoteca tácita no tiene muy sólidos fundamentos.

En la práctica produce, entre otros muchos, dos males de muy funestas consecuencias. El primero consiste en el perjuicio positivo que sufre el acreedor; consiste el segundo en el descrédito de la hipoteca expresa y de ambos manan pleitos eternos, que tal vez dejan igualmente arruinados al deudor y al acreedor, complicaciones sinnúmero en los concursos, dilación escandalosa en el término de éstos y el fomento de la usura; pues el acreedor que teme ser vencido, cuando menos lo piensa, por un contrario cuya existencia ignoraba, aumenta el interés de su dinero, creyendo casi siempre equivocadamente compensar con ese aumento la pérdida que lo amenaza.

Otras mil razones pudieran alegarse en contra de la hipoteca tácita; pero en concepto de la comisión bastan las expuestas para demostrar la justicia y la conveniencia del artículo. Mas como es también justo y conveniente asegurar los intereses que la ley garantiza con la hipoteca, la comisión ha cuidado de hacerlo, como se verá en su respectivo lugar.

Entre tanto, se expondrá brevemente lo más notable sobre la constitución de la hipoteca voluntaria.

CAPÍTULO II. De la hipoteca voluntaria. De los artículos que componen este capítulo, sólo necesitan alguna explicación el 1990 y los dos siguientes. Los que constituyen una hipoteca, pueden hacerlo por el tiempo que quieran; mas como no siempre se fija término o se deja pasar el señalado, fue preciso fijar un plazo, con el objeto de que no permanezcan estancados los capitales por tiempo indefinido. El término de diez años parece prudente, y más si se considera que puede prorrogarse por otros diez. Pero pasados éstos, la hipoteca no tendrá ya la antigua prelación, aunque se prorrogue.

CAPÍTULO III. De la hipoteca necesaria. Se ha dado este nombre a la que antes se llamaba legal o tácita, porque su constitución no depende de la voluntad del deudor. Como se ve en los primeros artículos, se ha cuidado de establecer sólidas bases a un acto de tanta importancia. Para asegurar los intereses que garantizaba la hipoteca tácita, el artículo 2000 concede el derecho de exigir hipoteca expresa a las personas que disfrutan de aquélla; de manera que si alguna vez quedaren expuestas, culpa será de ellas mismas, no de la ley que les ha otorgado toda la protección que basta y que era combinable con la justicia. Y no contenta con haber establecido este verdadero privilegio, todavía fue más allá la comisión, disponiendo en el artículo 1999: que los ascendientes, los tutores y los maridos estén obligados a constituir la hipoteca, aunque no se les exija. La razón es tan clara como fundada. Las demás personas comprendidas en el artículo 2000, son dueñas de sus acciones y pueden por lo mismo renunciar al beneficio que la ley les concede, al paso de que los descendientes, los menores y las mujeres, además de la incapacidad legal, tienen la que resulta del respeto que deben y del afecto que profesan a sus administradores. Estas dos circunstancias hacen casi imposible el ejercicio de la facultad que les concede el artículo 2000, y exigen por lo mismo un nuevo y más eficaz elemento de protección. Siendo obligatoria la constitución de la hipoteca en estos casos, no hay ya peligro de que un sentimiento de delicadeza o de generosidad mal entendidas,

deje sin garantía los intereses de esas personas que la ley quiere muy justamente vigilar con más empeño. Se ve, por lo mismo, que el proyecto no perjudica a los que disfrutaban la hipoteca tácita, y sí produce el gran bien de evitar perjuicios a los demás acreedores y de rebustecer y afirmar el sistema hipotecario. Los demás artículos de este capítulo son consecuencia del principio adoptado, siendo notables el 2005 y 2006, en que se previene: que cuando los que la ley autoriza para pedir la hipoteca en garantía de la dote, no ejerciten su derecho, deberá pedir la hipoteca al Ministerio Público, y que la acción de la mujer para pedir la constitución de la hipoteca, es imprescriptible. ¿Qué más protección puede dispensar la ley en estos casos?

CAPÍTULO IV. Del registro de las hipotecas. Este capítulo, aunque reglamentario en su mayor parte, contiene algunos preceptos que completan el sistema de la comisión, y que por lo mismo deben ser explicados. El artículo 2016 dispone: que la hipoteca no producirá efecto sino desde la fecha del registro, con lo cual quedan removidas todas las dificultades con que hoy se lucha. No se fija término al registro; porque parece más sencillo, más positivo el precepto del artículo. Cúpese a sí mismo el acreedor que no registre su hipoteca luego que esté constituida, si un deudor de mala fe constituye otra después de la primera y la registra antes. El nuevo Código debe ser conocido, leído y comprendido por todos: en consecuencia, nadie puede quejarse de su propio abandono y negligencia.

Mas hay ciertos casos en que la ley debe ser más previsora, porque se trata de personas desvalidas o débiles. Por esta razón los artículos 2017, 2018 y 2019 imponen a los jueces, a los notarios y a los tutores la obligación de hacer registrar dentro de seis días las hipotecas en que se interesen menores o mujeres casadas, bajo las penas y con la responsabilidad correspondientes. De los demás artículos sólo citará la comisión el 2038, en que se exige para el registro de una hipoteca constituida en país extranjero, la condición de que el título en que se funde esté debidamente legalizado, y el 2040 en que se dispone: que el registro se debe mostrar al que lo pida. Muy clara es la razón del primero: la del segundo es la utilidad que sin duda debe resultar para el arreglo perfecto de todos los contratos del pleno conocimiento de los gravámenes que reportan las fincas. Así al celebrarse un contrato, nadie podrá alegar ignorancia.

Los capítulos 5º y 6º que tratan de la cancelación y extinción de las hipotecas, no requieren explicación especial, por contener disposiciones de conocida conveniencia.

Mucho pudiera decir la comisión acerca de este importante título, pero no tiene el tiempo necesario. Espera que las innovaciones que ha hecho produzcan el inestimable beneficio de dar vida a la hipoteca, tan desdifiada hoy a causa de las inmensas dificultades con que tiene que luchar el acreedor para hacerla efectiva.

El complemento del sistema se encuentra en el título siguiente.

b) Transcripción de artículos de los proyectos Sierra y García Goyena, y del Código de 1870:

a) Concepto de prenda

Proyecto García Goyena. Artículo 1771. La prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa-mueble que se le entrega para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar éste en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la ley.

Proyecto Sierra. Artículo 1908. La prenda es un derecho que el acreedor adquiere sobre una cosa-mueble que se le entrega para seguridad de su crédito, y que puede retener hasta hacerse pagar con ella según la forma que determina la ley.

Código Civil del D. F. de 1870. Artículo 1889. La prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto-mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

b) Necesidad de entrega

Proyecto García Goyena. Artículo 1773. Para constituir válidamente la prenda se requiere:

1. La existencia de una obligación principal válida.
2. La entrega real de la cosa dada en prenda por parte del deudor, y la tenencia de la misma cosa por parte del acreedor.

Un tercero puede constituir y entregar la prenda por el deudor, y aceptarla, recibirla y tenerla por el acreedor.

Proyecto Sierra. Artículo 1910. Para constituir válidamente la prenda, se requiere la existencia de una obligación principal válida, y la entrega real de la cosa dada en prenda por parte del deudor, con la tenencia de la misma cosa por parte del acreedor.

Artículo 1911. Un tercero puede constituir y entregar la prenda a nombre del deudor, así como aceptarla, recibirla y tomarla por el acreedor.

Código Civil de 1870. Artículo 1892. El contrato de prenda sólo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor; a no ser que éste la pierda sin culpa suya, o que la prenda consista en frutos, según lo dispuesto en los dos artículos siguientes.

c) Concepto de hipoteca

Proyecto García Goyena. Artículo 1782. La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación.

Proyecto Sierra. Artículo 1934. La hipoteca es un derecho real sobre los bienes inmuebles, que se sujetan al cumplimiento de una obligación.

Código Civil de 1870. Artículo 1940. La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia al pago.

d) Principio de especialidad

Proyecto García Goyena. Artículo 1784. No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados.

Proyecto Sierra. Artículo 1936. No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados.

Código Civil de 1870. Artículo 1942. La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos.

e) Principio de publicidad

Proyecto García Goyena. Artículo 1786. La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el registro público, y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero.

Proyecto Sierra. Artículo 1938. La hipoteca por razón de su título es legal o voluntaria; pero una y otra debe inscribirse en el registro público, y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero.

Código Civil de 1870. Artículo 1930. La hipoteca nunca es tácita: para subsistir necesita siempre de registro y se contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria: en el segundo necesaria.

c) Tabla de concordancias

PRENDA

CÓDIGO CIVIL DE 1870

PROYECTO SIERRA

Artículo 1889	Artículo 1908
1890	1910 1a. parte
1891	1911 en parte
1892	1910
1893	1909
1894	—
1895	1914
1896	1913

PRENDA

CÓDIGO CIVIL 1870	PROYECTO SIERRA
Artículo 1897	Artículo —
1898	—
1899	—
1900	—
1901	—
1902	—
1903	—
1904	1912
1905	—
1906	—
1907	—
1908	—
1909	1916
1910	—
1911	—
1912	1919
1913	1917
1914	1917
1915	1917
1919	1915
1921	1915
1924	1920
1926	1921

5.2.2.11. *Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California (1884)*. No introduce modificación alguna de importancia en la materia, salvo en lo que se refiere a la indivisibilidad en el caso de que la hipoteca afecte varias fincas en garantía del mismo crédito, la ampliación de la hipoteca de fincas rústicas para comprender en ella también a los animales que forman el pie de cría en los predios rústicos destinados o parcialmente a la ganadería, y la aclaración de que el gravamen permanecería vivo todo el tiempo que el crédito garantizado fuera exigible, como puede comprobarse comparándolo con el código anterior, conforme a la siguiente tabla:

CÓDIGO CIVIL 1884	CÓDIGO CIVIL 1870
<i>PRENDA</i>	
Artículo 1773	Artículo 1889
1774	1890
1775	1891
1776	1892

CÓDIGO CIVIL 1884

PRENTA

CÓDIGO CIVIL 1870

Artículo 1777	Artículo 1893
1778	1894
1779	1896 en parte
1780	1897
1781	1898
1782	1899
1783	1900
1784	1901
1785	1902
1786	1903
1787	1904 modificado
1788	1905 modificado
1789	1906
1790	1907
1791	1908
1792	1909
1793	1910
1794	1911
1795	1912
1796	1913
1797	1914
1798	1915
1799	1916
1800	1917
1801	1918
1802	1919
1803	1920
1804	1921
1805	1922
1806	1923
1807	1924
1808	1925
1809	1926
1823	1940
1824	1941
1825	1942
1826	1943
1827	1944 modificado
1828	1945
1829	1946
1830	1947
1831	1948

CÓDIGO CIVIL 1884

CÓDIGO CIVIL 1870

PRENDA

Artículo 1832	Artículo 1949
1833	1950
1834	1951
1835	1952
1836	1953 se modifica totalmente el principio ya que en el Código Civil de 1870 si se afectan varias fincas en garantía de un crédito, debe repartirse, mientras que en el de 1884 todas las fincas responden por la totalidad (compárese con el artículo 2912 del Código Civil vigente).
1837	1954
1838	1955
1839	1956
1840	1957
1841	1958
1842	1959
1843	1960 y 1961
1844	1962
1845	1963
1846	1964 modificado
1847	1965
1848	1968
1849	1970 y 1971
1850	1972
1851	1974
1852	1975
1853	1976
1854	1977
1855	1978
1856	1979
1857	1980
1858	1981
1859	1982
1860	1983
1861	1984
1862	1985

CÓDIGO CIVIL 1884

CÓDIGO CIVIL 1870

PRENDA

Artículo 1863	Artículo 1986
1864	1987
1865	1988 modificado
1866	1989, 1990
1867	1991
1868	1992
1869	1993
1870	1994
1871	1995
1872	1996 modificado
1873	1997
1874	1998 modificado
1875	2000
1876	2001
1877	2002
1878	1999
1879	2006
1880	2007
1881	2008
1882	2009
1883	2010
1884	2011
1885	2012
1886	2013
1887	2014
1888	2015
1889	2016
1890	2017
1891	2018
1892	2019
1893	2020
1894	2021
1895	2022
1896	2023
1897	2024
1898	2025
1899	2026
1900	2027
1901	2028
1902	2029
1903	2030
1904	2031

CÓDIGO CIVIL 1884	CÓDIGO CIVIL 1870
<i>PRENDA</i>	
Artículo 1905	Artículo 2032
1906	2033
1907	2033
1908	2034
1909	2035
1910	2036
1911	2037
1912	2038
1913	2039
1914	2040
1915	2041
1916	2042
1917	2043
1918	2044
1919	2045
1920	2046
1921	2047
1922	2048
1923	2049
1924	2050
1925	2051
1926	2052
1927	2053

5.2.2.12. *Proyecto de "Código Civil del Distrito y Territorios Federales" de 1928.*

Parecen haber sido "las nuevas orientaciones sociales" que plasmaron en la Constitución de 1917, las que hacían necesaria una nueva revisión del Código Civil, para lo cual se nombró en el año de 1926 una Comisión Técnica de Legislación en Materia Civil, integrada por los señores licenciados don Fernando Moreno, don Francisco H. Ruiz, don Rafael García Peña y don Ignacio García Téllez, misma que después de aproximadamente dos años de trabajo presentó el proyecto que se le había encomendado con una exposición de motivos, fechada el 12 de abril de 1928.

Publicado el Proyecto, fue objeto de diversas observaciones por parte de secretarías y departamentos de Estado, colegios de abogados y abogados particulares, muchas de las cuales fueron incorporadas en la versión que en definitiva entró en vigor en 1932.

Entre las reformas fundamentales introducidas en el proyecto, por lo que a la prenda y la hipoteca se refiere, deben mencionarse, por una parte, el aminorar la exigencia de la entrega real de la cosa pignorada y, por otra, el introducir la divisibilidad de la hipoteca.

Debido a diversas observaciones hechas al proyecto, se modificó su artículo 2835,

a fin de que el deudor pudiera ser autorizado a usar la prenda, pasando tal disposición a ser el artículo 2859 del código; pero la modificación más importante fue en materia de hipoteca, al modificarse el artículo 2870 del proyecto, que la definía.

La modificación al artículo 2870 tuvo por finalidad suprimir de la definición de la hipoteca la palabra "inmuebles", a fin de hacer posible la hipoteca sobre bienes-muebles.

A continuación se transcriben algunos artículos del proyecto que fueron modificados, indicando en cada caso el artículo a que corresponde en el código.

a) Prenda (artículos del proyecto).

Artículo 2833. También pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado.

NOTA: Al código pasó como artículo 2857 con dos modificaciones: una consistente en la necesidad de registro, la otra que establece que el que da los frutos en prenda se considerará como depositario, salvo convenio en contrario.

Artículo 2835. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero. O bien, cuando quede en poder del mismo deudor con el carácter de depositario, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efecto contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público.

NOTA: Al código pasó como artículo 2859 con una adición según la cual puede convenirse en que el deudor pueda usar de la prenda.

Artículo 2836. Cuando la prenda consista en frutos pendientes de cosa raíz, el dueño del predio se considerará como depositario de esos frutos, salvo convenio en contrario.

NOTA: Al código pasó como parte final del artículo 2857, con una modificación consistente en sustituir las palabras "el dueño del predio" por "el que dé los frutos en prenda".

Artículo 2837. El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

NOTA: En el código pasó como 2869, pero sufrió una adición importante: todo el segundo párrafo del artículo 2860 citado.

b) Hipoteca

Artículo 2870. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes inmuebles que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor del mencionado inmueble, en el grado de preferencia establecido por la ley.

NOTA: Al código pasó como artículo 2893 con un ajuste muy importante, pues se suprimió la palabra "inmuebles". En la comunicación de fecha 30 de agosto de 1928, enviada por la Comisión Técnica de Legislación, Sección Civil, al presidente de la República, con relación a las modificaciones hechas al proyecto a partir del contrato de mutuo, se dice con respecto a la prenda y a la hipoteca:

1. Prenda

Se modificó el artículo 2835 del Proyecto, a fin de hacer posible la celebración de muchas operaciones hoy frecuentes y para las cuales era un obstáculo que el deudor en cuyo poder quedaba la prenda se considerara como depositario de ésta. La reforma consistió en autorizar que pudiera pactarse que el deudor usara de la prenda que quedaba en su poder, en los términos que convinieran las partes.

Para evitar frequentísimos fraudes se dispuso que el contrato de prenda, cuando se otorgaba en escritura privada, no produjera efectos contra tercero si no constaba la certeza de la fecha por el registro o de alguna otra manera fehaciente.

2. Hipoteca

Numerosas modificaciones se hicieron en este Título y en la imposibilidad de referirnos a todas ellas mencionaremos algunas de las principales. Se modificó la definición en la parte que exigía que la hipoteca se constituyera precisamente sobre bienes inmuebles, pues actualmente varios Códigos de las naciones más adelantadas y nuestro Código de Comercio autorizan que algunos bienes muebles pueden hipotecarse. Ejemplos: las embarcaciones, los fondos comerciales o industriales, etcétera.

Se fijó con toda precisión a lo que se extiende la hipoteca y lo que no comprende salvo pacto en contrario, quitando algunas obscuridades que contenían los artículos relativos del Proyecto.

Se suprimió la hipoteca llamada independiente en el Código Civil Alemán, y en el suizo, porque se creyó peligrosa en nuestro medio y porque se encontraron obstáculos legales insuperables en nuestra legislación mercantil.

Por tal motivo se hicieron desaparecer los artículos del 2091 al 2097 del Proyecto.

Se permitió que se constituyera hipoteca para garantizar obligaciones civiles a la orden y al portador, reglamentándose cómo podían cederse esos créditos hipotecarios.

Se aclararon los artículos 2927, 1928, 2929 y 2930, corrigiendo algunos errores que figuraban en el Proyecto y en el Código Civil de 1884.

Se fijaron dos nuevos casos en que podría pedirse y debería ordenarse la extinción de la hipoteca.

5.2.2.13. *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.*

Hechas diversas modificaciones al proyecto a que antes nos referíamos, se publicó el código con el nombre de este epígrafe, en el *Diario Oficial* de 26 de mayo de 1928; posteriormente se publicaron fes de erratas en el mismo *Diario* los días 13 de junio y 21 de diciembre del mismo año.

El código, según decreto del ejecutivo, entró en vigor el día 1º de octubre de 1932. De su entrada en vigor a la fecha ha sufrido diversas reformas, algunas de las cuales no alcanzan aún vigencia.

5.2.3 Desarrollos recientes

5.2.3.1. *Mercantilización*

Los desarrollos más recientes en la materia, va a darse en el ámbito del derecho mercantil y bancario.

El mayor interés despertado por la historia de ambas disciplinas,⁸¹ nos permite prescindir aquí de las referencias a la historia externa, que se hacen indispensables en materia civil y allanan el camino a la consideración directa de tales desarrollos.

5.2.3.2. *Prenda mercantil y créditos de habilitación y refaccionario*

Ya publicado el Código Civil vigente del Distrito Federal, pero pendiente aún

⁸¹ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 14^a edición, Editorial Porrúa. México, pp. 10-19; Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 9^a edición. México, Editorial Porrúa, 1971, p. 21. Barrera Graf, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1957, vol. I, 1^a edición, pp. 67-85; Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*. México, Editorial Porrúa, 1970, 6^a edición, pp. 43-47; Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho bancario*. México, Editorial Porrúa, 1968, 3^a edición revisada y actualizada por Rafael de Pina Vata, pp. 22-31; Hernández Octavio A., *Derecho bancario mexicano*, t. I. México, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, 1956, pp. 33 y ss.

de entrar en vigor, se publicó en el *Diario Oficial* del 27 de agosto de 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual, al tenor de su primer artículo transitorio, entró en vigor el 15 de septiembre del mismo año.

La ley regula en sus artículos 334 a 345 la prenda mercantil —que en todo caso es un contrato real— y destina los artículos 321 a 333 a los créditos refaccionarios y de habilitación o avío, cuya garantía presenta aspectos de mayor interés desde el punto de vista evolutivo.

En efecto, la prenda mercantil se perfila en el nuevo ordenamiento bajo líneas de claridad clásica: es una garantía real sobre bienes-muebles que deben entregarse al acreedor. Ese dibujo nítido admite apenas dos excepciones: la posibilidad de entrega simbólica mediante almacenamiento en bodegas cuyas llaves han de entregarse al acreedor, la primera, y la posibilidad de designación de depositario que mantenga en su poder los objetos pignorados a disposición del acreedor, la segunda.

La primera de tales excepciones no cabía dentro del marco del Código de Comercio, que la eliminaba expresamente⁸² sobre la segunda, el código había guardado silencio, aunque debió considerarse inadmisible, dada la clara redacción del artículo 608, según el cual la prenda surtía "...efecto contra tercero mientras permanezca en poder del acreedor."

Como innovación interesante, debe mencionarse la prenda de bienes fungibles, cuya propiedad puede pasar al acreedor conforme al artículo 336 de la nueva ley, así como la mayor agilidad del procedimiento de ejecución previsto en el artículo 341, en comparación a los artículos 610 y 611 del adusto código.

No faltan otras innovaciones que permitan considerar a la nueva regulación superior a la derogada, pero ellas escapan a los aspectos principales relativos a la conceptualización de la garantía y sus requisitos de eficacia.

Sin embargo, es la regulación de los créditos de habilitación o avío y la de los refaccionarios, la que resulta de mayor interés.

Ninguna de ambas figuras estaba prevista en el Código de Comercio, que se derogaba parcialmente, y en la regulación de ambas es donde la prenda y la hipoteca van a alcanzar nueva versatilidad.

Según el artículo 322 de la nueva ley, los créditos de habilitación o avío "estarán garantizados con la materia prima y materiales adquiridos" con el crédito, "y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes", lo cual permite hablar de una especie de "prenda flotante".

En cuanto a los créditos refaccionarios, al tenor del artículo 324 quedan garantizados "con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo".

En ambos casos, la prenda puede quedar en manos del deudor (artículo 329), y el acreedor puede reivindicarlos de terceros adquirentes (artículo 330).

También resulta de importancia señalar que, en ambos casos, la prenda puede ser constituida por quien explote la empresa, aunque no sea propietario de la misma (artículo 331).

Tenemos así dos aspectos importantes en cuanto a la prenda: el que pueda quedar

⁸² Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos (1889) artículo 614.

en manos del deudor, y el que pueda ser constituida por quien explote la empresa sin ser propietario.

En cuanto a la garantía propia y característica de este tipo de créditos, se plantean características especiales que no permiten encuadrarla dentro del concepto de prenda ni dentro del de hipoteca sin dificultad, pues la garantía deriva del destino del crédito y, consecuentemente, puede perderse si ese destino no es realizado con conocimiento del acreedor, el cual está obligado a vigilar la inversión (artículo 327).

Descriptivamente, podría decirse que la garantía del crédito de habilitación o avío es una "prenda flotante" que afecta a las materias primas y sus sucesivas transformaciones, incluso como producto civil; y que la del refaccionario es una "hipoteca sobre una universalidad de hecho", pero ello no pasaría de descripciones útiles.

Sea de tal naturaleza lo que fuere, es indudable la "dulcificación" del carácter real de la prenda mercantil, por una parte, y el desarrollo de dos garantías reales con características propias, por la otra.

5.2.3.3. Desarrollos en el derecho bancario

Con posterioridad a los desarrollos logrados por el derecho mercantil, va tocar al derecho bancario dar lugar a dos nuevas modalidades, dentro de las garantías reales, una en materia de prenda y la otra en el ámbito de la hipoteca.

Cronológicamente, la prioridad corresponde a la innovación en materia hipotecaria, con la creación de la que se ha venido a llamar "hipoteca industrial", regulada por el artículo 124 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la cual se caracteriza conforme al texto en vigor reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial* del 24 de febrero de 1949, por afectar a "la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera", comprendiendo "todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad", pudiéndose extender, incluso, al dinero en caja y a los créditos a favor de la empresa.

La segunda innovación es bastante más reciente, pues data de la adición hecha por decreto publicado en el *Diario Oficial* del 13 de enero de 1965, según la cual se creó el artículo 111 bis de la ley mencionada, dando lugar a lo que se ha venido a llamar en la jerga bancaria "prenda sobre facturas". La innovación radica en la posibilidad de constituir prenda entregando las facturas de los bienes pignorados al acreedor, innovación que si no deja de reconocérsele como de gran sentido práctico, pasa por encima el que las facturas no son títulos representativos de la propiedad de los bienes, sino meros documentos evidenciales de un contrato.

5.2.3.4. La hipoteca en el derecho marítimo

A fin de completar el panorama, parece necesario referirse, siquiera sea brevemente, a la hipoteca naval, cuya reglamentación, junto con la totalidad de las cuestiones marítimas que antiguamente regulaba el código de comercio en vigor, ha dado lugar a una nueva ley: la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, publicada en el *Diario Oficial* del 21 de noviembre de 1963.

De los códigos de comercio, el de 1854, más conocido como Código de Lares, no la mencionaba; el de 1884 le dedicaba apenas atención,⁸³ la cual se vio incluso

⁸³ Véanse los artículos 1027, 1029 y 1400 a 1402 del código mencionado.

disminuida por el de 1889,⁸⁴ el cual "...la admitía, dejando su reglamentación de fondo a la supletoriedad de la ley civil."⁸⁵

En efecto, las disposiciones relativas a la hipoteca naval constituidas en el Código de 1884, sólo dos de ellas pasan al de 1889,⁸⁶ si bien la parquedad del legislador de 1889 superaba en poco la del de 1884.⁸⁷

Por su parte, la nueva ley regía brevemente la hipoteca en el capítulo III de libro tercero, capítulo que lleva por título "De los privilegios marítimos", si bien un artículo disperso, el 104, es de especial importancia en la materia, por prever expresamente la posibilidad de hipotecar el buque en construcción.

A pesar de que la reglamentación de la nueva ley supera a la de los códigos anteriormente vigentes en la materia, también plantea dudas de difícil solución, por ejemplo, al hacer referencia a la prenda sobre buques, por una parte (artículo 116-VII), y dejarla sin reglamentación, por la otra.

De la mención hecha por la ley, parece claro que la prenda debe registrarse, pues la disposición habla de "las hipotecas y las prendas debidamente registradas"; pero nada más se aclara al respecto.

Es evidente que, por implicación de los artículos 118 y 119 tal prenda no se extingue por cambio de propietario, y que su extinción se rige por las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; pero nada más puede aclararse respecto de esta nueva figura: la prenda sobre buques. ¿Debe constituirse en escritura pública?, ¿debe quedar el buque en manos del acreedor?

Otro problema de interés, derivado de la redacción del artículo 116 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, es si un buque puede quedar afectado en garantía en los términos propios y característicos del crédito refaccionario, al cual no se hace referencia alguna en dicha disposición.

Como mencionamos anteriormente, es dudoso si puede clasificarse a la garantía propia del crédito refaccionario dentro de las categorías de prenda e hipoteca, por lo que la falta de mención expresa en la ley que se comenta, obliga a calificar tal tipo de garantía como prenda o hipoteca, o a resolver que un buque no puede quedar afectado como garantía de un crédito refaccionario, a menos que se le dé en prenda o en hipoteca conforme a las disposiciones que regulan tales garantías. Ello ocasio-

⁸⁴ De las disposiciones del Código de 1884 pasaron al de 1889 los artículos 1027 y 1029 casi literalmente, bajo los numerales 646 y 647, las otras tres disposiciones fueron omitidas.

⁸⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho marítimo*. México, Editorial Herrero, 1970, 1^a edición, p. 645.

⁸⁶ Véase nota 84.

⁸⁷ En efecto, otras tres disposiciones que contenía el Código de 1884, se limitaban a establecer lo siguiente:

Artículo 1400. La hipoteca naval se establecerá sobre el buque, su casco, su quilla, sus arreos y aparejos, y su máquina de vapor si la tuviere; y no podrá establecerse sobre una parte del buque separadamente, excepto en el caso que trata el artículo 1091.

Artículo 1401. Si concurre la hipoteca con un préstamo a la gruesa, se dividirá a prorrata el producto de la cosa hipotecada. Si concurren una o varias hipotecas con uno o varios préstamos a la gruesa, la prorrata se hará entre las hipotecas por su orden y el último préstamo a la gruesa, cubriendo los préstamos anteriores si hubiere exceso para hacerlo.

Artículo 1402. Para evitar fraudes, siempre que una nave esté hipotecada, se hará saber a cualquier prestamista a la gruesa sobre la nave o asegurador de ella, castigándose la omisión con las penas respectivas. Igualmente se anotarán las hipotecas en el libro de cuenta y razón, bajo multa de cien pesos hasta la quinta parte del valor de una nave.

naría que, si se llega a otorgar un crédito para la adquisición de un buque, bajo la figura específica de crédito refaccionario, tal buque no quedaría comprendido como garantía, aunque fuere adquirido mediante la inversión del préstamo al efecto otorgado, salvo que se constituyera prenda o hipoteca, lo cual resultaría bastante difícil para el acreedor, por no ser propietario por hipótesis necesaria. Tal conclusión, que parece a todas luces inadmisible, parece obligar a considerar que para la ley que se comenta, tal garantía debe considerarse incluida bajo los conceptos de "prenda" e "hipoteca".

Volviendo a la hipoteca, la regulación de la ley plantea también aquí más de un problema. El más delicado de los cuales, es el de la determinación de sus formas de extinción, pues el artículo 119 se limita a decir que "los créditos privilegiados, con excepción de la hipoteca, se extinguirán en la forma y términos fijados en las leyes respectivas", y el artículo 126 se limita, por su parte, a fijar un plazo de prescripción de tres años a la acción hipotecaria, con lo que resulta una laguna nada menos que con respecto a las causas de extinción de la hipoteca.

De las innovaciones interesantes —y no desafortunadas como las hasta ahora comentadas— está la relativa a la posibilidad de dividir la hipoteca "... en cédulas hipotecarias que la represente." La innovación, si no desafortunada en lo teórico lo ha sido en la práctica, al no haberse realizado una sola emisión hasta la fecha.

La posibilidad de emisión de células hipotecarias, plantea a su vez un problema adicional, de si tal división debe hacerse tomando en consideración la división tradicional en cien quirates de la propiedad del navío, expresamente admitida por el artículo 112.

Sin embargo, el punto quizás de mayor interés desde el punto de vista de nuestro estudio, que se ha ido centrándolo en el problema relativo a los bienes susceptibles de ser dados en prenda y de los susceptibles de hipoteca, es el carácter de universalidad de hecho que corresponde al navío y sus pertenencias, de conformidad al artículo 107.

Del juego de los artículos 106, 107 y 116 a 124, resulta que la hipoteca sobre buques, es una hipoteca sobre bienes-muebles que constituyen una universalidad de hecho.

Otra peculiaridad deriva del artículo 108, según el cual "el derecho de terceros sobre la propiedad de los accesorios de la nave, no podrá ser opuesto a quienes tengan privilegios sobre la misma".

Desde luego, cabe la pregunta de si tal disposición se refiere realmente a quienes tengan derecho "sobre la propiedad", según reza literalmente el artículo, o a quienes sean propietarios, lo cual no es técnicamente lo mismo.

La nueva ley, que resulta ser prácticamente el último punto evolutivo en materia de prenda e hipoteca en nuestro derecho, hasta el momento,⁸⁸ parece continuar la tradición de ambigüedad que desde antiguo parece tener preferencia por estas dos figuras.

5.2.3.5. *Modificaciones introducidas por la "Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera", y su reglamento*

Esta ley, publicada en el *Diario Oficial* de 9 de marzo de 1973, introdujo, con-

⁸⁸ Las únicas innovaciones posteriores son las que se comentan en el inciso siguiente, y no afectan sustancialmente ninguna de ambas figuras.

forme al artículo 23, fracción IV, la necesidad de registrar "Los títulos representativos de capital que . . . estén dados en garantía a favor . . ." de extranjeros.

Conforme a la disposición mencionada, la exigencia es aplicable tan sólo a títulos representativos del capital social de sociedades, y por ende a las acciones, a pesar de lo cual, la necesidad de registro es extendida por el reglamento de la ley, publicado en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 1973, a las "partes sociales" (artículo 34 del citado reglamento).

Sin entrar a la discusión de la dudosa constitucionalidad de las disposiciones comentadas,⁸⁹ por lo que a nuestro tema se refiere, basta anotar que, las disposiciones en cuestión vienen a modificar las que regían a la prenda mercantil, en el caso de los bienes pignorados sean acciones o partes sociales, agregando la exigencia adicional de hacer el registro correspondiente en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

5.3. *Reflexiones finales, a modo de conclusiones*

De la rápida revisión efectuada de las fuentes principales que, a través de la historia han ido configurando la diferenciación entre prenda e hipoteca, destacan algunos aspectos que deben mencionarse.

Históricamente se da un proceso, como se dio en el del derecho español al decir de Lalinde,⁹⁰ de confusión y diferenciación de ambas figuras en forma más o menos alternante. En las etapas de diferenciación, la prenda tiende a caracterizarse como una garantía real sobre bienes muebles que se entregan al acreedor, o que al menos se depositan en manos de un tercero, en tanto que, la hipoteca se caracteriza como una garantía real sobre inmuebles cuya posesión no pasa al acreedor.

La diferenciación anterior empieza a perderse en la medida en que se permite la prenda con entrega simbólica, la hipoteca de muebles, hasta llegar a casos en que —como sucedía en el derecho romano— la diferencia entre ambas figuras sea tan sólo de sonido de las palabras.⁹¹

En nuestro derecho vigente asistimos a una situación bastante caótica: la prenda se encuentra regulada por los códigos civiles en tanto contrato civil, y por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el caso de prendas mercantiles, con características que no son del todo compatibles; pues mientras que la segunda requiere siempre de la entrega al acreedor o a un tercero, o al menos su guarda en bodegas cuyas llaves se entreguen al acreedor, la primera es —algo poco común— menos rígida.

Generalmente es el derecho mercantil al menos formalista, en nuestro caso resulta ser lo contrario, ya que la prenda civil, en el caso del Distrito Federal, no necesariamente requiere de la entrega del objeto pignorado. Si bien en tales casos debe registrársele (artículos 2857, 2858 y 2859), con lo cual se permite una prenda sin

⁸⁹ Parece indudable que el reglamento rebasa la ley reglamentada, al ampliar la exigencia de registro tan sólo en los casos en que la garantía se otorgue a favor de extranjeros, lo cual implica una diferenciación entre nacionales y extranjeros difícilmente compatible con los artículos 1 y 33 constitucionales.

⁹⁰ *Supra*, Nota 5.

⁹¹ *Digesto* 20,1,5 "Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal" (versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y V. Burillo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972).

desplazamiento, que sería imposible de diferenciar de una hipoteca sobre bienes-muebles.

Por otra parte, la intención del legislador de permitir la hipoteca de bienes-muebles,⁹² ha quedado totalmente frustrada por la falta de regulación de la figura, pues prácticamente todas las disposiciones relativas a la hipoteca se refieren expresa o implícitamente a inmuebles, y por falta de disposiciones que prevean y regulen su registro en el cual no se prevé ningún libro en que puedan registrarse hipotecas sobre bienes-muebles.

Al admitirse la hipoteca sobre muebles y la prenda sin desplazamiento, la diferenciación entre prenda e hipoteca se esfuma totalmente.

A la confusión anterior, hay que agregarle la creada por figuras tales como la prenda mercantil sin desplazamiento, en los casos de créditos de habilitación o avío o refaccionarios, con los cuales el deslinde de figuras se vuelve imposible.

Las hipotecas generales, cuya supresión se había considerado un gran adelanto, han resurgido en la figura peculiar de la hipoteca "industrial", que a la falta de regulación adecuada aúna el discutible mérito de sólo poder constituirse a favor de instituciones de crédito.

Pero el colmo de la confusión deriva de la espuria figura de la "prenda sobre facturas", en donde olvidándose de la naturaleza de tal tipo de documentos, se permite constituir una garantía real también deficientemente regulada, que sólo puede constituirse a favor de instituciones de crédito y que desafía toda técnica jurídica.

Al panorama anterior habría que agregar la nueva exigencia de registro de las prendas sobre acciones y partes sociales, cuando se constituyen a favor de extranjeros; la hipoteca naval —que también recae sobre una universalidad de hecho: la industrial— y la totalmente carente de regulación, prenda sobre embarcaciones, para darse cuenta del caos que reina en la materia.

Lo peor es que ni con todos los elementos anteriores se tendría un panorama completo, pues en diversas leyes existen disposiciones que regulan prendas o hipotecas de diversa manera. Para citar un ejemplo, baste referirse a la Ley de Vías Generales de Comunicación que contiene diversas disposiciones regulando prendas e hipotecas.⁹³

La situación, por demás caótica, hace pensar que hace años hemos entrado a una nueva etapa de "dispersión normativa", que se caracteriza por la coexistencia de una MULTITUD desordenada de ordenamientos, incongruentes entre sí, que regulan en forma diversa las mismas figuras jurídicas, creando un casuismo de complejidad tal, que dificultan su aplicación clara.

¿No sería posible abandonar ese casuismo caótico, delimitando ambas figuras claramente?

Todo parece indicar que todas las diversidades pueden reducirse a dos situaciones

⁹² En la comunicación de 30 de agosto de 1928 al secretario de Gobernación, la Comisión Redactora, al explicar las modificaciones hechas al proyecto, claramente se dice respecto a la hipoteca, que: "se modificó la definición en la parte que exigía que la hipoteca se constituyera precisamente sobre bienes inmuebles, pues actualmente varios Códigos de las naciones más adelantadas y nuestro Código de Comercio autorizan que algunos bienes-muebles pueden hipotecarse...", en García Téllez, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, segunda edición. México, Editorial Porrúa, 1965, p. 116.

⁹³ Véanse, por ejemplo, los artículos 6 y 18 de la ley mencionada.

específicas: las garantías reales con desplazamiento y las garantías reales sin desplazamiento; la diferenciación entre muebles e inmuebles históricamente ha resultado inoperante, y en la actualidad es inoperante para caracterizar a la prenda frente a la hipoteca.⁹⁴

A partir de lo anterior, podría lograrse la uniformidad a través de un principio bastante claro: considerar prenda a las garantías reales con desplazamiento, e hipoteca a las garantías reales sin desplazamiento.

Posiblemente se objete que lo anterior permitiría el resurgimiento de garantías reales sobre inmuebles con desplazamiento, que por motivos pocos claros —en la historia de nuestro derecho— se consideran indeseables; pero tal consideración olvida que tales garantías pueden constituirse, hoy en día, a través del fideicomiso.

De aceptarse tal principio, podrían resolverse con facilidad muchas de las incongruencias y de los errores que se han ido infiltrando por doquier, y entre las cuales quizás merezcan el lugar de honor la "prenda sobre facturas" y la "prenda sobre embarcaciones".⁹⁵

La idea, totalmente carente de instrumentación adecuada, de permitir la hipoteca sobre muebles, como pretendía el legislador civil de 1928,⁹⁶ y la eliminación de las prendas sin desplazamiento serían el punto de partida de la sistematización, que podría llevar a una uniformidad de figuras en materia civil, mercantil y bancaria, cuya conveniencia es evidente.

La tarea de unificación —a partir del principio mencionado— ha sido sin duda de complementarse con un adecuado deslinde entre la prenda, la hipoteca y otras figuras que tienen caracteres específicos y que han demostrado su gran utilidad, como lo son las garantías propias de los créditos de habilitación y de los refaccionarios.

La vieja idea, de que la hipoteca ha de afectar bienes específicamente determinados, debe aceptar dos excepciones que la experiencia ha hecho recomendables: la relativa a la hipoteca naval y la de la hipoteca industrial.

En favor de la seguridad jurídica, y a fin de evitar errores ya superados, debe restringirse la hipoteca de bienes-muebles a los frutos futuros y pendientes y a los muebles identificables, exigiendo para la oponibilidad de la misma el registro correspondiente. En bien de la claridad, deben eliminarse las "prendas" sin desplazamiento real.

Lo anterior permitiría aprovechar todo lo que de aprovechable tienen las diversas

⁹⁴ A pesar de la falta de reglamentación, debe considerarse legalmente posible la hipoteca de muebles al amparo del Código Civil del Distrito, y conforme a regulación expresa del mismo ordenamiento (artículo 2857 y ss), la prenda sin desplazamiento, al menos en algunos casos. En materia mercantil, se prevé claramente la prenda sin desplazamiento en el caso de créditos refaccionarios y de habilitación o avío (artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); por su parte, la hipoteca "industrial" abarca muebles e inmuebles, la hipoteca naval recae sobre un mueble, y la "prenda sobre facturas", es una prenda sin desplazamiento, que recae sobre "bienes de consumo duradero" (artículo 111 bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares), concepto bajo el cual caen muebles claramente —que en la mayoría de los casos son inmuebles por destino—, pero que es de una amplitud tal, que resulta aplicable a inmuebles.

⁹⁵ La primera, por la confusión que implica respecto a la naturaleza de las facturas, la segunda porque, como se apuntó arriba (inciso 5.2.3.4.), se menciona, pero no se regula por la ley de la materia.

⁹⁶ *Supra*, nota 92.

figuras que han ido surgiendo a lo largo y ancho de nuestro derecho,⁹⁷ pero sin incurrir en las incongruencias y contradicciones existentes.

A cincuenta años de distancia de la publicación del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal, que ha visto restringido su ámbito en lo común a tan sólo el Distrito,⁹⁸ podemos ver cómo la semilla de confusión derivada de la prenda sin desplazamiento, ha ido fructificando en otros ordenamientos, y cómo, una idea acertada —pero carente de instrumentación adecuada— del mismo legislador —la hipoteca sobre muebles— podría ser el inicio de una resistematización unificadora de gran provecho, no sólo sistemáticamente, sino también por la gran riqueza de soluciones que proporcionaría.

En una época que parece más interesada en la producción de nuevas leyes que en la búsqueda de UN ORDEN JURÍDICO, tal vez este artículo sea una voz discordante: pero quien quiera que haya incursionado en el estudio de épocas en que se ha padecido el daño de la “dispersión normativa” se dará cuenta de que las labores de ordenación y sistematización son más importantes de lo que aparentan.

Un sistema legislativo se convierte en una trampa de hilos confusos no por difíciles de ubicar menos oprimentes, si en lugar de buenas leyes —en el fondo y la forma— hay muchas leyes.⁹⁹

⁹⁷ A través de su historia y su situación actual, valga la metáfora.

⁹⁸ Véase reforma publicada en el *Diario Oficial*.

⁹⁹ La vieja voz de Isócrates resulta hoy tan actual, como el principio de supremacía constitucional, también esbozado por él mismo (cfr. Jacqueline de Romilly, *La Loi dans la Pensée Grecque, des origines à Aristote*. Paris, Société D'Édition "Les Belles Lettres", 1971, pp. 203 ss y p. 233, respectivamente). Ambas ideas parecen sucumbir hoy en día en nuestro país, aquejado por una “legislativitis galopante”, y por una falta de respeto a la Constitución francamente grosera.