

IV

LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y LOS DERECHOS REALES

I.	Las obligaciones personales	156
A.	Uniformidad del concepto en la doctrina	156
B.	Esencia de las obligaciones personales	158
a)	La obligación personal es un derecho	158
b)	Clase de actividades que atribuye la obligación personal	158
c)	Forma de la atribución	159
C.	Nacimiento de las obligaciones personales	163
D.	Resumen	166
II.	Distinción entre los derechos reales y las obligaciones personales	167
A.	Distinción entre la obligación personal y el deber jurídico	167
B.	Distinción entre derecho de crédito y los demás derechos	168
C.	Derechos absolutos y derechos relativos	169
D.	Distinción entre los derechos reales y las obligaciones personales	177
III.	Comparación entre el usufructo oneroso y el arrendamiento	183

LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y LOS
DERECHOS REALES

I. LAS OBLIGACIONES PERSONALES

A. Uniformidad del concepto en la doctrina. Todos los autores hacen consistir la obligación personal en la facultad que tiene una persona, llamada sujeto activo o acreedor, de exigir a otra persona determinada, llamada sujeto pasivo o deudor, determinada prestación consistente en actividades de hacer o no hacer.

Así como al tratar de los derechos reales encontramos multitud de teorías y de contradicciones en la doctrina, al estudiar la doctrina de las obligaciones personales debemos esperar una perfecta armonía supuesto que todos están conformes con la definición adoptada, con atribuir a la obligación personal un ser único e indiscutible. Parece que la esencia de la obligación personal ha sido descubierta en forma definitiva.

Sin embargo, pronto veremos que la doctrina nos proporciona solamente una descripción fiel, pero parcial. De aquí se deriva la circunstancia de que a pesar de la uniformidad de la definición, por ser ésta solamente una descripción y por ser descripción parcial, de un aspecto del ser, de su manifestación o manera de comportarse exteriormente el objeto estudiado, no descubrimos su esencia ni podemos resolver muchos problemas que se presentan en derecho positivo y que para ser resueltos requieren el conocimiento de la esencia y no la descripción de su manifestación exterior.

La mejor manera de comprobar que se trata de una simple descripción exterior y no de la formulación de una esencia consiste en enfrentar esta llamada definición de la obligación personal con otras situaciones que se manifiestan en idéntica forma y que sin embargo no son obligaciones personales. Por ejemplo, la obligación de votar es la facultad otorgada a una persona determinada (funcionario público) de exigir a otra persona, determinada prestación, consistente en hacer algo. La persona facultada a exigir la actividad ajena es sujeto activo de la relación y la persona obligada a hacer es sujeto pasivo.¹ Aquí tenemos una descripción idéntica a la que proporcio-

¹ Por supuesto que el ciudadano tiene el derecho de votar, pero su derecho está fundado en un deber.

na la doctrina al definir la obligación personal y sin embargo no tenemos una obligación personal. En el mismo caso se encuentran las obligaciones de servir de testigo, de denunciar delitos, de dar alimentos, de educar a los hijos, de inscribirse, etc. Las obligaciones negativas, de abstención, consignadas por el Código Penal, constituyen obligaciones de no hacer a cargo de las personas, acompañadas de la facultad correlativa de prevenir los delitos y de castigarlos en su caso, otorgada a personas determinadas. Aquí tampoco encontramos la obligación personal a que se refiere la doctrina al proporcionarnos su descripción uniforme.

Ahora procede enfocar nuestra atención sobre otros casos que la doctrina define como obligaciones personales y que sin embargo no consisten esencial o únicamente en la facultad de exigir la conducta ajena (hacer o no hacer). El arrendamiento se define como la obligación a cargo del arrendador de conceder el uso o goce temporal de una cosa a cambio de la obligación a cargo del arrendatario de pagar un precio cierto (art. 2398, Código Civil). Sin embargo, cuando ambas partes cumplen con sus respectivas obligaciones no desaparece la obligación personal por el cumplimiento, como pasa cuando se paga una deuda. Sigue existiendo la obligación personal a pesar de que el arrendatario no puede exigir ni la entrega ni el uso o goce porque la cosa ya fue entregada y la está usando o gozando. Naturalmente que existe la posibilidad jurídica de que ambas partes se exijan sus respectivas prestaciones en caso de incumplimiento, pero el ejercicio o goce del derecho de arrendamiento por parte del inquilino consiste no solamente en exigir la entrega sino en usar y disfrutar de la cosa una vez que le ha sido entregada por el arrendador. Entonces el arrendamiento es por un lado una *facultas exigendi* recíproca y por otro lado una *facultas agendi* a favor del inquilino, la facultad temporal de usar y disfrutar de una cosa ajena, facultad que la ley considera como obligación personal o derecho de crédito y no como un derecho real. *Aquí tenemos un derecho de crédito que consiste en el derecho a la propia conducta, a usar y disfrutar en forma directa, inmediata y exclusiva de una cosa ajena.* Este aspecto fundamental del derecho de arrendamiento no constituye la facultad otorgada a un sujeto activo de exigir determinada prestación a un sujeto pasivo. Precisamente esta falla de la descripción de la doctrina ha inclinado a algunos autores a considerar al arrendamiento como derecho real, con lo cual logran

la uniformidad deseada en toda teoría, al definir al derecho real como el derecho a la propia conducta cuando recae sobre las cosas y la obligación personal como el derecho de exigir la conducta ajena. Sin embargo, nosotros no podemos en México lograr esta uniformidad doctrinal haciendo del arrendamiento, aparcería, comodato, depósito, etc., derechos reales, mientras que aún con esta medida nos quedarían muchos casos de *facultas exigendi* que no son derechos de crédito, según lo vimos al analizar los deberes jurídicos. Nosotros estamos obligados a incluir entre los derechos personales estos derechos que se refieren a la propia conducta y también a excluir de las obligaciones personales multitud de relaciones jurídicas que consagran una *facultas exigendi* sin ser obligaciones personales (los deberes jurídicos). Es decir, estamos obligados a concluir que la llamada definición de la obligación personal que nos proporciona la doctrina no es científica: no proporciona la esencia del objeto.

B. Esencia de las obligaciones personales. a) *La obligación personal es un derecho.* Una definición general del derecho incluye necesariamente los derechos de crédito u obligaciones personales. Así como la norma objetiva de derecho atribuye actividades en forma abstracta, la obligación personal es la atribución de actividades en forma concreta: es la norma individual de derecho que rige una relación jurídica concreta. Esto es evidente independientemente de que aceptemos o no en su integridad la concepción kelseniana de la jerarquía de las normas en sus aspectos de creación y de aplicación del derecho. En efecto, la obligación personal creada en un contrato o en cualquier acto jurídico es la formulación de una norma que rige la conducta humana en forma bilateral; es una norma de derecho individual que rige las relaciones entre uno o varios sujetos activos y uno o varios sujetos pasivos determinados.

b) *Clase de actividades que atribuye la obligación personal.* Como todo derecho, el de crédito es también necesariamente la atribución de actividades. Al tratar de descubrir la clase de actividades que atribuye el derecho de crédito, lo primero que descubrimos es que no atribuye ninguna de las actividades declaradas como obligatorias por el derecho objetivo. No podemos ni hacer lo prohibido ni dejar de hacer lo ordenado por el derecho objetivo. Por lo tanto, las obligaciones personales se refieren necesariamente a las actividades potestativas atribuidas por el derecho. Si todo el derecho

se agota en la atribución de actividades obligatorias (prohibidas u ordenadas) y potestativas y si la obligación personal no se refiere a los deberes jurídicos (a las actividades obligatorias atribuidas por el derecho objetivo) necesariamente se refiere a las actividades potestativas, supuesto que la obligación personal o derecho de crédito es derecho. El artículo 8 del Código Civil consagra esta doctrina al disponer: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas (hacer lo prohibido) o de interés público (no hacer lo exigido) serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." Confirma esta tesis el artículo 6 del mismo Código: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero." Por lo expuesto, las prestaciones (hacer o no hacer) que son el objeto de las obligaciones personales, consistirán siempre en actividades potestativas y jamás en actividades que son el contenido de los deberes jurídicos consagrados por el derecho objetivo.

c) *Forma de la atribución.* Ya hemos visto que los derechos subjetivos en sentido estricto, inclusive los derechos reales, son invariablemente la atribución de actividades potestativas relativas a la propia conducta, una *facultas agendi* acompañada siempre de la *facultas exigendi* a favor del titular del derecho que le permite exigir la abstención de los demás. Aquí el objeto del derecho es la propia conducta y el objeto del deber correlativo es la abstención de los demás. A la atribución de la actividad la hemos llamado facultad fundante y hemos visto que por tratarse de una facultad fundante, de ella se deriva otro derecho o facultad fundada, el derecho de libertad jurídica, consistente en la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad atribuida. Ahora bien, si un sujeto de determinado derecho subjetivo, digamos un propietario, transmite su facultad fundante, deja de ser sujeto activo de este derecho subjetivo, el cual pasa al adquirente. De este dato se desprende la afirmación de que el derecho de crédito u obligación personal jamás es la transmisión de una facultad fundante. Cuando la facultad fundante se refiere a la propia conducta que no recae sobre las cosas, su enajenación está prohibida. No podemos enajenar nuestra facultad fundante consistente en expresar nuestras ideas, en salir o entrar del territorio, en tener determinadas creencias religiosas, en dedicar-

nos al trabajo que queramos, etc., pero sí podemos prestar temporalmente nuestra propia conducta; es decir, podemos limitar temporalmente nuestra facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio al obligarnos temporalmente a hacer lo que antes podíamos no hacer o a no hacer lo que antes podíamos hacer. Cuando la facultad se refiere a actividades que recaen sobre los bienes la ley permite tanto su enajenación como su prestación temporal. De aquí nace la posibilidad de que existan los derechos reales y así mismo las obligaciones personales tratándose de actividades potestativas que recaen sobre los bienes.

Hemos descubierto, en primer lugar, que la obligación personal es siempre la prestación de actividades potestativas y jamás lo es de actividades obligatorias. En segundo lugar, que la obligación personal es la prestación temporal de nuestra facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de actividades potestativas y que jamás es la enajenación de facultades fundantes. Entonces la obligación personal es siempre la limitación de nuestra libertad jurídica cuando se hace en forma temporal y cuando recae sobre determinadas actividades.

Se podría objetar diciendo que esta distinción entre la enajenación de la facultad fundante —transmisión de un derecho real— y la prestación temporal de nuestra libertad jurídica o facultad fundada es artificiosa y sólo tiene por objeto encontrar a todo trance una distinción precisa entre las obligaciones personales y los derechos reales. Sin embargo, bastará con un ejemplo para poner de manifiesto que se trata de una distinción radical y necesaria. Nos resistimos a considerar como evidente y necesaria la diferencia entre transmitir la facultad fundante y prestar temporalmente la facultad fundada consistente en la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio cuando pensamos en el arrendamiento frente al usufructo, por ejemplo, pero si pensamos por un solo momento en cualquiera de los derechos subjetivos que se refieren a la propia conducta cuando ésta no recae sobre los bienes, entonces, por el contrario, nos resistimos a identificar ambas situaciones. En efecto, todos estamos de acuerdo en que si una persona se obliga a pronunciar un discurso (expresión de ideas) o a trabajar para otro (actividades físicas) en ambos casos es evidente que ha limitado su libertad de no hacer y que ha convertido *el ejercicio* de una actividad, de potestativo, en obligatorio, pues la obligación personal contraída lo obli-

ga a hacer lo que antes podía no hacer. Sin embargo, nadie diría que el obligado ha enajenado su derecho en sí y todos convendrán en que sigue siendo titular de su facultad fundante, de su derecho a expresar sus ideas y a trabajar. Vemos aquí claramente que la obligación personal se reduce a una simple limitación temporal del derecho de libertad en relación con las actividades determinadas a que se refiere la prestación. Si no existiera diferencia entre la prestación temporal del derecho de libertad y la enajenación del derecho subjetivo fundante, no habría forma de distinguir entre la enajenación de nuestras garantías individuales (derechos subjetivos) y la simple obligación personal o limitación de la facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio; no habría manera de distinguir entre la esclavitud y la prestación de servicios. De la misma manera y por idénticos motivos o fundamentos, existe una diferencia radical entre la enajenación de la facultad fundante que se refiere a nuestras actividades cuando recaen sobre los bienes y la simple limitación de nuestra libertad jurídica que nace de una obligación personal. En el primer caso decimos que se trata de la enajenación del derecho de propiedad o de la creación de un derecho real que limita el contenido de nuestra propiedad y no simplemente de la prestación temporal de la facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio; en el segundo caso se trata del arrendamiento, del depósito, del comodato, de la aparcería, etc., de la limitación temporal de la libertad jurídica. En todos los casos la obligación personal es la prestación temporal de nuestra libertad jurídica relativa a determinadas actividades que constituyen el contenido de la prestación prometida.

Varios ejemplos aclararán nuestra definición al agotar todas las clases de obligaciones personales y al descubrir en cada una de ellas la diferencia específica apuntada. Si me obligo a prestar mis servicios a otra persona, he creado una obligación personal que se puede describir diciendo que es la facultad que tiene una persona, llamada sujeto activo o acreedor, de exigir a otra persona, llamada sujeto pasivo o deudor, determinada prestación, pero la obligación personal consiste en haberme obligado a hacer lo que antes podía no hacer. En resumen, la obligación personal consiste en haber limitado mi libertad jurídica relativa a determinadas actividades potestativas.

Es idéntico el caso anterior (prestación de servicios) al de la obligación de pagar una deuda o a cualquiera de las obligaciones

de dar: la obligación consiste en haberse obligado el deudor a hacer lo que antes podía optar por no hacer.

Para que exista una obligación personal no es necesario que se preste la propia conducta en forma positiva (hacer) pues también existe tal obligación cuando nos obligamos a no hacer (usar, disfrutar, etc.), por haber facultado a otro a usar y disfrutar de una cosa que nos pertenece. Aquí el deudor permite a otro que ejercite su propia actividad sobre determinado bien que corresponde al deudor y otra vez vuelve a presentarse la obligación personal como limitación o prestación temporal del derecho de libertad sobre determinada actividad. En todos los casos se trata de la conversión de actividades potestativas en actividades obligatorias. En efecto, al prestar el uso o disfrute he limitado mi facultad de usar o disfrutar yo mismo, a lo cual tenía derecho antes de obligarme; me he obligado a no usar y a no disfrutar, al permitir que otro lo haga. Sin embargo, no podemos decir que la relación jurídica se agote en la obligación negativa del deudor, pues desde el punto de vista del crédito, el sujeto activo es el que tiene derecho a usar y disfrutar de la cosa ajena. No se agota la norma creada al decir que consiste en el derecho del acreedor de exigir la abstención del deudor, pues es necesario agregar que la norma también atribuye el derecho del acreedor a actuar sobre un bien ajeno. Tampoco se agota la obligación de hacer cuando decimos que el acreedor tiene la facultad de exigir la prestación, ya que también tiene la facultad de gozar de la conducta ajena en caso de cumplimiento.

No podemos decir que el derecho de crédito sea solamente la prestación del *ejercicio* de las actividades potestativas del deudor, supuesto que el acreedor puede optar por ejercitar o no ejercitar las actividades que le fueron prestadas temporalmente, ya sea que se trate de exigir la conducta del deudor o de la conducta del acreedor relativa al uso y disfrute de los bienes del deudor. El deudor sigue siendo el titular de la facultad fundante, pero no de la facultad fundada. Mientras subsista su obligación *no puede optar* por el ejercicio o no ejercicio de sus derechos absolutos. La facultad de optar le corresponde al acreedor el cual no es titular del derecho fundante, sino del derecho fundado y cuando opta solamente puede optar por el *ejercicio* o *no ejercicio* y no por el derecho mismo. Por este motivo no puede enajenar el derecho en sí sino simplemente ejercitarlo o no ejercitarlo.

Siempre que existe una obligación personal encontramos a un titular de un derecho subjetivo absoluto y potestativo (fundante), que en vez de enajenar su derecho subjetivo se ha limitado a prestar (permitir) temporalmente su facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio. En estos casos descubrimos *siempre* la siguiente situación:

1. Que el deudor sigue siendo el titular o sujeto activo de su derecho subjetivo absoluto (de su derecho a trabajar, a expresar sus ideas, de su propiedad, etc.);

2. Que mientras subsiste su obligación está incapacitado para optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad prometida o permitida al acreedor, a pesar de que sigue siendo titular de su derecho subjetivo: ha convertido su actividad potestativa en obligatoria. Es temporalmente titular de una facultad obligatoria;

3. Que el acreedor es ahora el que puede gozar de la actividad prestada;

4. Que el acreedor está facultado (tiene derecho) a optar por el ejercicio o no ejercicio de su derecho de crédito y para exigirlo o no exigirlo.

C. *Nacimiento de las obligaciones personales.* Desde el punto de vista del sujeto pasivo *la obligación personal es la conversión de actividades potestativas en actividades obligatorias.* Sin embargo, es importante no confundir las actividades a que se refiere la prestación de una obligación personal con las actividades ordenadas o prohibidas por el derecho objetivo, ya que estas últimas jamás pueden ser el objeto de obligaciones lícitas (art. 8, Código Civil). Un sujeto no puede obligarse a hacer lo prohibido o a no hacer lo ordenado por el derecho objetivo. Por este motivo la clasificación del derecho en derechos subjetivos potestativos, derechos reales y obligaciones personales, no abarca a todo el derecho objetivo, ya que no incluye las actividades ordenadas y prohibidas por el derecho objetivo, no incluye a los deberes jurídicos creados por el derecho objetivo. De acuerdo con este principio el artículo 1827-II del Código Civil exige que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, sea lícito; esto es, que sea una actividad potestativa y no una actividad exigida o prohibida, la cual no podemos prestar. El artículo 1830 dispone: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres." Por ser la obligación per-

sonal una limitación de nuestra libertad jurídica, la ley exige que se limite libremente cuando ha sido pactada, cuando aparece como autolimitación de nuestra libertad jurídica. Para confirmar esta doctrina el artículo 1812 dispone: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo." Los principios anteriores son aplicables, dentro de lo posible, no solamente a los contratos, sino a todos los actos jurídicos.

El artículo 5 de la Constitución es fundamental en relación con la creación de las obligaciones personales. En primer lugar, prohíbe la enajenación de la libertad personal. Esto significa que el hombre no puede enajenar sus derechos subjetivos cuando éstos se refieren a su propia conducta y cuando ésta no recae sobre objetos exteriores a su persona. Por otro lado, la posibilidad jurídica de enajenar nuestros derechos subjetivos relativos a los bienes, hace posible la existencia y transmisión de los derechos reales.

Así como está prohibida la enajenación de los derechos subjetivos relativos a la propia conducta, la Constitución permite su prestación temporal. De aquí nace la posibilidad jurídica de que existan las obligaciones personales. Esto es necesario, pues de lo contrario sería imposible la convivencia y cooperación entre los hombres. En relación con el trabajo, la citada garantía individual permite que un hombre se obligue a trabajar para otro siempre que reciba en cambio una justa retribución y otorgue su pleno consentimiento por un plazo máximo de un año. El mismo precepto prohíbe el pacto que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Prohíbe el convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercitar determinada profesión, industria o comercio. Tratándose de actividades relativas a nuestra propia conducta solamente podemos prestarlas en forma *temporal, voluntaria y recíproca*. Tratándose de actividades que recaen sobre los objetos exteriores (reales o ideales) llamados bienes, nuestra facultad de disposición no tiene límites, pues podemos tanto enajenar nuestros derechos subjetivos mismos como limitar su ejercicio en forma temporal.

De acuerdo con el análisis anterior hemos descubierto que las obligaciones personales tienen por fuente los actos jurídicos y en estos casos nacen de la *autolimitación de la libertad jurídica*. Sin embargo, *las actividades ilícitas, las prohibidas, también dan naci-*

miento a obligaciones personales. Esto no significa que el acto ilícito sea una obligación personal, supuesto que es un acto anti-jurídico, el presupuesto de la sanción, pero también es el hecho generador de un derecho de crédito a favor de la persona perjudicada, de la persona cuyo derecho ha sido violado. Esto se debe al hecho de que una persona ejercita la libertad jurídica de otro sin derecho (viola normas prohibitivas que constituyen el aspecto negativo de la libertad jurídica, lo que no podemos hacer en vista de la libertad de otros) y para conseguir el equilibrio la ley lo convierte en sujeto pasivo de una obligación personal y lo obliga a restituir o a pagar daños y perjuicios como si se tratara del cumplimiento de una obligación personal nacida del mutuo consentimiento. El hecho de que el que sufre el perjuicio no haya dado su consentimiento no modifica las consecuencias: que una persona ha sufrido una limitación en su libertad jurídica y así como tiene derecho a una contraprestación cuando lo pactó voluntariamente, con mayor razón tiene este mismo derecho cuando la limitación de su libertad fue provocada sin su voluntad y por el hecho de un tercero. El mismo resultado se obtiene si decimos que el perjudicado es titular de un derecho subjetivo absoluto; esto es, de una facultad protegida, la cual, al ser violada, da nacimiento a un nuevo derecho, a la facultad de exigir a una persona determinada el pago de daños y perjuicios (derecho relativo).

Del análisis anterior llegamos a la conclusión de que las obligaciones personales no se derivan solamente de los actos jurídicos, de los actos voluntarios, por lo que debemos concluir con la afirmación de que la obligación personal nace de la limitación y no solamente de la autolimitación de la libertad jurídica. Este principio está consagrado por el derecho positivo en todos los casos en que la limitación de la libertad jurídica no es voluntaria: en el enriquecimiento sin causa, en el pago de lo indebido que es el error en el consentimiento, equivalente a falta de voluntad jurídica (arts. 1882 al 1895, Código Civil); en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, en la imprevisión, en los daños causados por terceros que están bajo nuestra dirección, en los daños causados por nuestros animales, etc. (arts. 1910 al 1934, Código Civil). El riesgo profesional es la imputación a un sujeto pasivo de los daños y perjuicios causados a terceros.

Cuando la limitación de la libertad jurídica se refiere a activi-

dades potestativas que recaen sobre los bienes, la ley procura el cumplimiento exacto ya que está permitido aún disponer definitivamente de esta parte de nuestra libertad jurídica; pero cuando el incumplimiento se refiere a actividades personales no es posible obligar al deudor a cumplir la prestación, *ya que la libertad personal sólo puede ser limitada voluntariamente*, por lo que el incumplimiento se convierte en el pago de daños y perjuicios, en la prestación de actividades que recaen sobre los bienes (arts. 2027, 2028 y 2104, Código Civil).

D. *Resumen.* Vimos que la doctrina proporciona una descripción parcial al definir a la obligación personal como la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) determinada prestación. Esta definición es idéntica a la siguiente: el derecho de propiedad es la facultad que tiene una persona llamada propietario de exigir a los demás (deudores indeterminados) determinada prestación negativa (no usar, no disfrutar, etc.). La propiedad sería la obligación que tienen los demás de no usar y de no disfrutar, y la obligación personal sería la obligación que tiene el deudor de hacer o no hacer. Ambas definiciones son exactas en cuanto al elemento que definen, pero ambas son incorrectas porque no proporcionan el contenido de las actividades facultadas al sujeto activo ni la diferencia específica correspondiente a lo definido. En ambos casos se define al derecho por la obligación correlativa y no por su diferencia específica ni por las actividades que otorga al facultado. Se define al derecho por *uno* de los elementos constitutivos *del derecho en general*: la bilateralidad; mejor dicho, por aquella parte de la bilateralidad representada por el deber correlativo a la facultad. Pero este elemento debe quedar sobreentendido siempre que definamos determinado derecho. Al definir determinado derecho debemos mencionar *la facultad y lo facultado* en cada caso, en vez de limitarnos a decir *lo que debe hacer* o no hacer *el obligado*, en todos los derechos. Para definir el derecho es necesario definir el derecho y no la obligación. Por otro lado, la definición de la *obligación personal* uniformemente aceptada por la doctrina solamente toma en cuenta la *facultas exigendi* del acreedor para el caso de incumplimiento. Es el mismo defecto que encontraríamos si definiéramos al hombre diciendo que es un animal susceptible de contraer la viruela o el sarampión. Esta "definición" también es correcta,

pero es incompleta; nos indica un estado patológico del hombre y nos proporciona un elemento genérico de su ser: el ser animal. En la misma forma, al definir la obligación personal en su bilateralidad proporcionamos un elemento genérico de lo definido (de todo el derecho) y al insistir solamente en lo que puede suceder en caso de incumplimiento proporcionamos un elemento perteneciente a la patología del derecho. El derecho de crédito no es solamente la facultad de exigir en caso de incumplimiento. Al decir que es un derecho debe sobreentenderse que existe una obligación correlativa y la facultad de exigirla; no es necesario decirlo en la definición de un derecho particular, salvo que al hacerlo se proporcione la forma específica en que aparece la bilateralidad.

Por lo expuesto, la esencia de la obligación personal consiste en la prestación temporal de la libertad jurídica del deudor a favor del acreedor, en relación con determinadas actividades. Esta definición agota todos los elementos de este nuevo ser, en su carácter de ser distinto de cualquier otro ser. En efecto, distingue la obligación correlativa del crédito, de cualquiera otra obligación correlativa y distingue la facultad de cualquiera facultad correspondiente a otros derechos.

II. DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LAS OBLIGACIONES PERSONALES

A. *Distinción entre la obligación personal y el deber jurídico.* La primera es la creación de una relación jurídica concreta fundada en una norma jurídica individual; el segundo se deriva de la norma objetiva de derecho y es a cargo de sujetos pasivos *indeterminados*. Tratándose de las actividades que son *objeto* de la obligación personal, siempre nos encontramos con actividades potestativas otorgadas al deudor como facultad fundante (por la norma objetiva) y prohibidas a los demás. La facultad potestativa se prohíbe a todo el mundo con el fin de permitirle al sujeto activo. Entonces la obligación personal invariablemente se refiere a actividades potestativas del deudor convertidas en obligatorias a favor del acreedor, mientras que el objeto del deber jurídico es invariablemente el aspecto negativo de la libertad jurídica: las actividades ordenadas o prohibidas por la norma objetiva de derecho. Tanto el deber como la obligación se identifican en cuanto son la regulación de la conducta ajena en for-

ma obligatoria. Por ajena quiero decir que no es la conducta del facultado sino la conducta que puede exigir el facultado *a otro*. La actividad atribuída tanto por el deber jurídico como por la obligación personal constituye una obligación para el sujeto actuante, para la persona cuya conducta se regula y no una facultad fundante. Ambos otorgan al sujeto pasivo el derecho de cumplir con su deber.

En vista de lo anterior, podemos comparar y decir: *obligación personal pública* (deber jurídico) vs. *obligación personal privada*; *obligación personal abstracta* o *indeterminada* vs. *obligación personal concreta* o *individualizada*. El deber jurídico se deriva de una norma objetiva, regula situaciones abstractas, a cargo de las personas en general, personas indeterminadas; la obligación personal se deriva de una norma individual, crea una relación jurídica concreta y es a cargo de persona determinada. A la inversa, podemos comparar y decir: *deber jurídico abstracto, público* o *general* vs. *deber jurídico concreto, individual* o *privado* (obligación personal). La distinción entre *público* vs. *privado* es fundamental porque las actividades del deber jurídico son irrenunciables y obligatorias, actividades prohibidas u ordenadas por la norma objetiva de derecho, mientras que las de la obligación personal son parte del contenido de las actividades potestativas del deudor y nacen de una norma jurídica individual en la cual las partes son legisladoras, creadoras de la norma. La distinción entre *público* vs. *privado* está fundada en la distinción que existe entre norma objetiva vs. norma individual de derecho; entre lo obligatorio vs. lo potestativo.

B. *Distinción entre derecho de crédito y los demás derechos.* A reserva de hacer una comparación detallada del derecho real con la obligación personal, por lo pronto ya podemos indicar los elementos específicos del derecho de crédito. El derecho absoluto fundante es un derecho subjetivo potestativo; el de crédito es un derecho subjetivo relativo fundado (la libertad jurídica) y potestativo. Por ser relativo es obligatorio para un sujeto pasivo determinado.¹ El primero se deriva de una norma objetiva de derecho y es fundante; el segundo se deriva de una norma individual de derecho y se funda en la facultad fundante del deudor. El primero prevé relaciones jurídicas en abstracto;

¹ En seguida se hará un análisis de los conceptos *absoluto* y *relativo* aplicados al derecho.

el segundo crea relaciones jurídicas concretas o individualizadas. El primero es facultad fundante; el segundo es siempre facultad fundada, la prestación temporal de la libertad jurídica del deudor, la prestación del *ejercicio* en forma potestativa. Por lo expuesto, la definición no se limita a mencionar la *facultas exigendi* del acreedor (elemento que existe en todo el derecho) sino que proporciona la esencia específica del derecho definido, lo que siempre es el derecho de crédito y lo que no son jamás los demás derechos: prestación de la libertad jurídica del deudor a favor del acreedor, prestación del *ejercicio o goce* del derecho en forma potestativa y temporal. La definición no se limita a decir lo que puede suceder en caso de incumplimiento (que el acreedor puede exigir la conducta del deudor, lo cual es característico de *todo* derecho) sino lo que es exclusivamente y en todos los momentos el derecho de crédito: la limitación o cesión temporal de la libertad jurídica del deudor en relación con determinadas actividades. De esta prestación limitada, determinada y temporal de la libertad jurídica del deudor nace el *derecho* del acreedor a *gozar* de la prestación, de las actividades prestadas, y a *exigir* en caso de incumplimiento.

C. *Derechos absolutos y derechos relativos.* Al estudiar los derechos reales rechazamos todas las características enumeradas por la doctrina. Vimos que no son las cosas ni las relaciones de hecho entre el hombre y las cosas, elementos constitutivos del derecho real. Para distinguir al derecho real de la obligación personal nos queda por estudiar un elemento que parece ser característico del derecho real, el aspecto absoluto, el cual parece no corresponder jamás al derecho de crédito. Por otro lado el derecho de crédito es considerado invariablemente como derecho relativo. Aunque ninguno de estos elementos sirve para definir en toda su esencia a cada uno de estos derechos, en cambio serviría para diferenciarlos, junto con otros elementos específicos de cada uno de ellos. A la doctrina sólo le queda la distinción entre lo absoluto y lo relativo, supuesto que las demás características que invoca resultaron ser apariencia sensorial, engañosa y falsa.

Hasta este momento se ha aceptado, en el curso de este libro, el siguiente principio que parece axiomático: que todo el derecho debe ser respetado por todas las personas, ya sea que se trate del derecho público como del privado, del derecho real como del derecho de cré-

dito. Sin embargo, esta afirmación entraña una contradicción. Si el derecho de crédito tiene que ser *cumplido* solamente por el deudor, es un derecho relativo; si el mismo derecho tiene que ser *respetado* por todo el mundo, entonces es a la vez un derecho absoluto. En consecuencia, el derecho de crédito sería absoluto y relativo al mismo tiempo.

Aparece la misma contradicción respecto del derecho absoluto. Si alguien viola el derecho de propiedad, por ejemplo, el propietario tiene derecho a exigir daños y perjuicios y la devolución de la cosa (si se trata de despojo) a un sujeto pasivo determinado. Aquí el derecho de propiedad es relativo al sujeto pasivo determinado que lo violó y absoluto respecto del resto de las personas que no lo han violado y que están obligadas a respetarlo. Aparentemente vuelve a aparecer aquí el derecho como absoluto y relativo al mismo tiempo. Sin embargo, este último caso (el derecho absoluto que también es relativo) en realidad no entraña contradicción. El propietario es titular de un derecho absoluto, correlativo de la obligación de respeto impuesta a los demás. Al ser violado el derecho absoluto, el hecho de la violación funge como supuesto jurídico para el nacimiento de un nuevo derecho a favor del titular, de un derecho subjetivo relativo. Descubrimos que el derecho absoluto es supuesto fundante que junto con el hecho de la violación, supuesto fundado, da nacimiento a un nuevo derecho subjetivo relativo. Este nuevo derecho no es la facultad de usar, disfrutar, disponer, etc., sino un nuevo derecho que tiene un objeto distinto, la facultad de exigir al tercero (persona determinada) los daños y perjuicios. Por lo expuesto, el derecho absoluto jamás es relativo.

Sin embargo, nos queda por resolver el problema más grave: probar que el derecho relativo jamás es absoluto. Para lograr nuestro objeto será necesario probar que no es cierto que todo el mundo esté obligado a respetar al derecho de crédito. Si no logramos establecer este extremo será necesario concluir que la distinción entre derechos absolutos y relativos es falsa, supuesto que una cosa no puede ser absoluta y relativa al mismo tiempo.

Sin embargo, existe otra solución: probar que la contradicción es simplemente verbal; que la contradicción está en las palabras que se usan (absoluto vs. relativo) y no en el significado que tienen. En efecto, no hay contradicción en decir que un derecho debe ser respetado por todo el mundo y cumplido solamente por persona deter-

minada. En este último caso será necesario desechar los vocablos *absoluto* y *relativo* o recordar siempre el significado que tienen cuando se aplican al derecho. Entonces llegaríamos a la conclusión de que este último reducto en que se funda la doctrina para distinguir a los derechos reales de los personales es falso.

a) *Análisis*. En primer lugar, es indispensable descubrir *qué* deben respetar los terceros cuando afirmamos que deben respetar al derecho.

1. Por derecho entendemos muchas cosas, aún en el campo del derecho. Se entiende que la norma objetiva jurídica es derecho; se entiende que también lo es la facultad otorgada por la norma, pues a ésta llamamos *derecho subjetivo*. Es *objeto del derecho* lo facultado y finalmente es *ejercicio del derecho* el hecho autorizado.

Las personas obligadas a respetar el derecho de los demás no pueden violar *directamente*, con hechos, ni la norma, ni la facultad autorizada por la norma, ni lo facultado, por tratarse, en estos tres casos, de objetos ideales que son intocables en sí. Si el derecho atribuye solamente la conducta exterior de los hombres, no es posible respetar o dejar de respetar los citados objetos ideales porque se encuentran más allá de la conducta humana, más allá del tiempo y del espacio. Evidentemente, el derecho puede violarse únicamente realizando actividades contrarias a las prescritas por la norma. El derecho solamente puede cumplirse o violarse mediante el *ejercicio actual* de actividades. Aunque critiquemos a la norma y a la facultad derivada de la norma y a lo facultado; aunque quememos el Código en donde se manifiesta la norma y aunque pidamos al Congreso su modificación o derogación, el derecho objetivo y sus derivados (derecho subjetivo y objeto del derecho) quedarán inviolados. Por ello sería un absurdo hablar de respetar a estos objetos, pues no puede respetarse lo que no puede violarse. Solamente podemos violar al derecho mediante la conducta contraria a la prescrita por él. En resumen, por respeto al derecho debe entenderse la conducta exterior, la actividad actual exterior (negativa o positiva), los hechos. El derecho sólo puede violarse cuando se *hace* algo contrario al derecho.

2. De la conclusión anterior parece desprenderse una crítica muy seria en contra del concepto de libertad jurídica expuesto por el Lic. Eduardo García Maynez, varias veces citado en este libro. El derecho de libertad es la *facultad de optar* por el ejercicio o no ejercicio de nuestros derechos potestativos. El hecho de haber optado es un

fenómeno interior, psicológico, que está fuera de la posibilidad de estorbarlo, de respetarlo o de no respetarlo. Es cierto que podemos oponernos a la manifestación exterior de lo optado y al hacerlo, naturalmente estaremos actuando en contra de lo dispuesto por la norma, estaremos impidiendo la realización exterior de la norma; pero jamás podremos evitar que se opte, como no podemos evitar que siga existiendo, intocada, la norma, la facultad derivada de la norma y lo facultado por ella. El derecho de libertad me recuerda el siguiente diálogo del *Quijote*, el cual servirá para poner de manifiesto la esencia de la obligación de respeto, aún tratándose de la libertad jurídica:

—Señor gobernador, este mancebo venía hacia nosotros, y cuando columbró la justicia, volvió las espaldas y comenzó a correr como un gamo, señal que debe de ser algún delincuente; yo partí tras él, y si no fuera porque tropezó y cayó, no le alcanzara jamás.

—¿Por qué huías, hombre? —preguntó Sancho.

A lo que el mozo respondió:

—Señor, por excusar de responder a las muchas preguntas que las justicias hacen.

—¿Qué oficio tienes?

—Tejedor.

—Y ¿qué tejes?

—Hierros de lanzas, con licencia buena de vuesa merced.

—¿Graciosico me sois? ¿De chocarrero os picáis? Está bien: ¿Y adónde ibades ahora?

—Señor, a tomar el aire.

—¿Y adónde se toma el aire en esta ínsula?

—Adonde sopla.

—Bueno: respondéis muy a propósito; discreto sois, mancebo; pero haced cuenta que yo soy el aire, y que os soplo en popa, y os encamino a la cárcel. ¡Asidle, hola y llevadle, que yo haré que duerma allí sin aire esta noche!

—Por Dios —dijo el mozo—, así me haga vuesa merced dormir en la cárcel como hacerme rey!

—¿Pues por qué no te haré yo dormir en la cárcel? —respondió Sancho—. ¿No tengo yo poder para prenderte y soltarte cada y cuando que quisiere?

—Por más poder que vuesa merced tenga —dijo el mozo—, no será bastante para hacerme dormir en la cárcel.

—¿Cómo que no? —replicó Sancho—: llevadle luego donde verá

por sus ojos el desengaño, aunque más el alcaide quiera usar con él de su interesada liberalidad; que yo le pondré pena de dos mil ducados si te deja salir un paso de la cárcel.

—Todo eso es cosa de risa —respondió el mozo—: el caso es que no me harán dormir en la cárcel cuantos hoy viven.

—Dime, demonio —dijo Sancho—, ¿tienes algún ángel que te saque y que te quite los grillos que te pienso mandar echar?

Ahora, señor gobernador —respondió el mozo con muy buen donaire—, estemos a razón y vengamos al punto. Presuponga vuesa merced que me manda llevar a la cárcel y que en ella me echa grillos y cadenas, y que me meten en un calabozo, y se le ponen al alcaide graves penas si me deja salir, y que él lo cumple como se le manda: con todo esto, si yo no quiero dormir, y estarme despierto toda la noche sin pegar pestaña, ¿será vuesa merced bastante con todo su poder para hacerme dormir, si yo no quiero?"¹

Este regocijado trozo del *Quijote* nos demuestra que la esfera de validez del derecho se reduce a la conducta exterior del hombre y no afecta directamente ni a los objetos ideales creados por el hombre, el pensamiento, ni a los fenómenos psicológicos interiores (al acto de pensar), mientras que no se traduzca en conducta exterior. En relación con la facultad de optar descubrimos que los terceros no pueden jamás hacer nada que impida el *ejercicio* de la facultad de optar en su aspecto interior, en su carácter de libre albedrío. Desde este punto de vista se podría criticar al derecho de libertad diciendo que no es un verdadero derecho supuesto que se refiere a una actividad interior del hombre, extraña al derecho. Si la crítica fuera correcta diríamos que no existe la libertad como derecho supuesto que se funda en una norma interior y no exterior, unilateral y no bilateral. Sin embargo, la crítica es infundada. El derecho de libertad otorga una facultad *jurídica* derivada de una norma *jurídica*. Esto lo descubrimos con fundamento en la distinción que hicimos para descubrir en que consiste el deber universal de respeto. El respeto del derecho, impuesto a todos (excepto al titular) se refiere siempre a la *manifestación exterior* de las actividades del hombre. En este sentido jurídico, el único sentido aceptable para descubrir lo jurídico, decimos que puede ser violado el derecho de libertad cuando se impide que el sujeto lo ejercite en su manifestación exterior en las actividades opta-

¹ Segunda parte, cap. XLIX.

das. Esta manera de impedir o de no impedir es la única manera jurídica de violar el derecho y para juzgar al derecho de libertad o a cualquier derecho es indispensable hacerlo con criterio, valores, medidas y argumentos jurídicos. Naturalmente que si decimos que el derecho de libertad es el libre albedrío (fenómeno interior) tendremos que concluir que no es un derecho; pero semejante criterio no es jurídico. Naturalmente que el derecho de libertad es la protección del libre albedrío pero lo es mediante la protección de los actos exteriores (positivos o negativos) que son la manifestación de la libre voluntad del hombre.

Esta manera de proteger los sentimientos, deseos e ideales del hombre no es típica del derecho de libertad sino que la encontramos en todos los derechos. El de propiedad protege el deseo de seguridad y tantos otros deseos sintetizados a través del goce y posesión de las cosas. Todo el derecho es protección de valores, cuyo sentido es jurídico cuando se manifiesta a través de actividades exteriores del hombre atribuidas por la norma.

La importancia real de contar o no contar con el derecho de libertad es evidente. Es la diferencia que existe entre estar obligado a hacer algo o entre hacerlo cuando tenemos la fuerza física frente a los demás para poder hacerlo y finalmente en tener la facultad jurídica de optar por hacerlo o no hacerlo. En el primer caso no existe la libertad jurídica sino un deber jurídico; en el segundo no existe la libertad jurídica sino la libertad natural, la libertad como poder; en el último caso existe la libertad jurídica derivada de una norma que regula la conducta externa del hombre en forma bilateral.¹

b) Volvamos a nuestro problema inicial. Procede determinar si todo el mundo está obligado a respetar el derecho de crédito y la obligación personal correlativa. Observamos ya que la violación de un derecho absoluto es el supuesto jurídico para el nacimiento de una obligación personal y que no existe contradicción entre lo absoluto y lo relativo supuesto que uno es el derecho absoluto y otro nuevo y distinto el relativo. El problema es distinto cuando se averigua si los terceros pueden violar tanto el derecho de crédito como la obligación personal, pues entonces tendríamos que decir que la clasificación de los derechos en absolutos y relativos no es científica, ya que el mismo derecho sería entonces absoluto y relativo; esto es, sería exigible a

¹ Eduardo García Maynez, *La libertad como Poder y como Derecho*.

una persona determinada y tendría que ser respetado por todos los demás. Pero ya descubrimos que para que el derecho tenga que ser respetado es indispensable que pueda ser violado. También vimos que el derecho en sí no puede ser violado directamente, sino a través de su manifestación, mediante actos exteriores que impidan su manifestación.

Si enfocamos nuestra atención hacia la obligación personal vemos que ésta se manifiesta con la conducta del deudor. Ahora bien, el cumplimiento de la obligación es la realización de actos lícitos. Ya vimos con anterioridad que el objeto de la obligación personal no debe consistir en actos prohibidos u ordenados. Si un tercero impide el cumplimiento del deudor, está violando el respeto de los derechos absolutos del deudor, su facultad de hacer o no hacer todo lo permitido por el derecho. Cuando el deudor reclama al tercero no invoca la falta de respeto a su obligación personal, ya que ésta es asunto que solamente existe entre el deudor y el acreedor, es *res inter alios acta* frente al tercero. El deudor, ante el impedimento de tercero invoca el derecho a su propia conducta facultada por la ley. La obligación del deudor tiene un objeto ideal, la actividad prometida, la cual no puede ser respetada ni violada por terceros. Frente a terceros todas las actividades del deudor son el ejercicio de la libertad jurídica del deudor y la falta de respeto por parte del tercero es la violación de un derecho del deudor y no de la obligación que prometió al acreedor. Por ejemplo, si un tercero despoja al propietario de un bien arrendado, dicho propietario dirá (en el interdicto) que fue despojado de su posesión jurídica, la cual le corresponde como propietario; pero jamás dirá que se faltó al respeto de su obligación de arrendador. Esta obligación personal a cargo del arrendador jamás podrá ser invocada por él frente a la violación de sus derechos por parte de los terceros.

Desde el punto de vista del acreedor la situación es idéntica. El acreedor tiene derecho al respeto de sus actividades lícitas y a exigir su crédito. Su derecho de crédito no puede ser violado directamente en su carácter de facultad por tratarse de un ser ideal. El ejercicio y goce de su derecho se deriva de la obligación del deudor, pero cuando un tercero se lo impide, también encontramos que dicho tercero está violando el derecho de libertad del acreedor mediante actos que impiden la manifestación de dicho derecho. En el caso del arrendamiento, por ejemplo, si el arrendatario es despojado, no invoca su derecho de arrendamiento más que como antecedente para probar

que tiene derecho a la posesión y fundará la protección de su derecho en el interdicto, alegando que es titular del derecho de posesión. El arrendatario está obligado a protegerse y tiene derecho a hacerlo, en contra de las vías de hecho, sin recurrir al arrendador, porque es poseedor por su propio derecho, del derecho de posesión. Este derecho del arrendatario (posesión) es absoluto, según se comprobó en el Capítulo Segundo. El tercero no puede violar el derecho de arrendamiento supuesto que no está obligado a hacer o no hacer nada en relación con dicho derecho. El único que está obligado a hacer o no hacer es el arrendador y por este motivo el único derecho que puede oponer el arrendatario al tercero es su derecho absoluto de posesión. El arrendatario no puede exigir a terceros que le proporcionen el uso y disfrute o que no lo estorben, supuesto que se trata de una obligación del arrendador exclusivamente y la única forma en que los terceros pueden estorbar el uso y disfrute es estorbando la posesión. Si el arrendatario no es poseedor, no puede usar ni disfrutar de la cosa y en consecuencia nadie puede, excepto el arrendador, estorbar su uso y disfrute. Si el inquilino pierde la posesión por haber dejado de poseer por más de un año después del despojo, no podrá reclamar la devolución del uso ni de los frutos, porque ya no es poseedor, porque se le despojó del único derecho que tenía frente a terceros. Solamente el propietario, invocando su derecho absoluto de usar y disfrutar, podrá reclamar mediante la reivindicatoria. Ahora imaginemos un conflicto entre dos arrendatarios. El primero en fecha no puede alegar que el segundo no le respetó su derecho, ya que no tenía obligación de hacerlo. El primero pedirá al Juez la preferencia que le otorga la ley y aunque el segundo sea de buena fe el Juez dará la preferencia al primero en fecha, y la acción ejercitada por el primer arrendatario será en contra del arrendador y éste será el único obligado a entregar al inquilino el uso y disfrute. En esta controversia para nada se tomó en cuenta la buena o la mala fe del segundo inquilino, por la sencilla razón de que su conducta es indiferente. La violación la cometió el propietario, el sujeto pasivo determinado del derecho de arrendamiento.

Finalmente, supongamos que alguien falsifica la firma del acreedor y cobra un crédito. Parece que aquí el tercero violó el derecho de crédito. Sin embargo, ningún acreedor apelaría al Juez manifestando que fué violado su derecho de crédito, sino que acusará al falsificador de haber cometido un delito, de haber violado su derecho a su

nombre y sus garantías individuales, sus derechos absolutos. El falsificador será castigado por el delito de falsificación y no por haber violado un derecho de crédito, el cual servirá solamente de antecedente para comprobar el cuerpo del delito.

Por lo expuesto, debemos decir que los derechos relativos no deben respetarse por terceros en vista de que no pueden violarse por ellos. Esto se debe a que el *objeto* de la obligación y del crédito es un objeto ideal, que se refiere a las partes, mientras que la conducta del acreedor y la del deudor es la manifestación de sus facultades fundantes. Cuando el tercero viola actividades de las partes crea un nuevo vínculo jurídico en que el acreedor o el deudor son acreedores y el tercero deudor, pero no de la obligación anterior, la cual es únicamente a cargo del deudor, sino de una nueva obligación a cargo del tercero, derivada del derecho del acreedor o del deudor a exigir que los terceros respeten *sus propias actividades* y no las actividades de los demás. Para el acreedor la obligación personal es el derecho a exigir la actividad ajena; para el deudor su obligación es prestar su actividad a otro. Para el tercero el deber de respeto recae sobre la actividad propia de los demás.

En caso de que el análisis anterior sea correcto y haya agotado todos los casos posibles o a través de ellos haya fundamentado la esencia del principio, estamos autorizados para afirmar que el derecho relativo jamás es absoluto y que el derecho absoluto jamás es relativo.

Distinción entre los derechos reales y las obligaciones personales. El derecho real consiste en la atribución de cierta actividad a un sujeto a realizar, no por otras personas, sino por el mismo titular del derecho con motivo de un bien determinado. La atribución es siempre de actividades potestativas que autorizan al titular a sacar de la cosa toda la utilidad que pueda proporcionarle dentro de los límites establecidos por la naturaleza de la cosa y por la ley. El derecho real no tiene por objeto inmediato la abstención de los demás, ya que dicha abstención es característica de todos los derechos absolutos y no constituye el objeto de la facultad sino del deber correlativo; su objeto inmediato, *lo que lo define* como derecho específico es la *actividad del mismo titular* facultada por la norma.

Cuando una cosa es mía lo que me interesa es que yo puedo directamente hacer o dejar de hacer con ella todo lo que me permite

la ley y la naturaleza de la cosa, mientras que cuando tengo un derecho de crédito, lo que me interesa es que yo puedo gozar de la actividad ajena o exigirla. Si el derecho de crédito recae sobre bienes, lo que me interesa es que yo puedo usarlos o disfrutarlos porque su titular está obligado a proporcionármelos.

Desde el punto de vista del acreedor, la obligación personal es la prestación a su favor de la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de las facultades potestativas que pertenecen al deudor, ya sea que se trate de servicios (conversión de las actividades potestativas del deudor en obligatorias), de abstención (limitación de lo que puede hacer el deudor) de prestar el uso y disfrute de las cosas (limitación de la facultad de actuar sobre las cosas), mientras que el derecho real es el otorgamiento o enajenación de la facultad fundante misma.¹

La violación del derecho subjetivo absoluto por un tercero es la violación de una actividad que corresponde al titular de dicho derecho; la violación de una obligación personal por el deudor sería el ejercicio de su propio derecho subjetivo si no lo hubiese limitado con la prestación prometida.

La distinción interna invariable entre el derecho subjetivo absoluto (real) y la obligación personal, consiste en que el primero es el otorgamiento de actividades potestativas a su titular y la segunda es la limitación de la libertad jurídica del titular de un derecho subjetivo absoluto y su prestación temporal al acreedor.²

He aquí los elementos *necesarios* y *exclusivos* del derecho real, por un lado, y de la obligación personal por el otro. En el primero el sujeto activo está siempre determinado individualmente (por tratarse de una facultad otorgada a persona determinada) y el sujeto pasivo es siempre indeterminado, pero determinable en el momento de la violación, mientras que en la segunda el sujeto activo puede

¹ Capítulo I.

² Recuérdese que Planiol insiste exclusivamente en el aspecto externo del derecho real, en la abstención universal, mientras que acepta a todos los demás tratadistas al decir que el objeto inmediato del derecho es la cosa (aspecto interno). Por otro lado, toda la doctrina insiste en que la obligación personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) determinada prestación. Ya vimos que esta definición es incompleta supuesto que enfoca el problema desde el punto de vista de su sanción, hace sobresalir un solo aspecto del derecho, el externo, la violación, la exigibilidad.

ser indeterminado¹ y el sujeto pasivo está siempre determinado individualmente por ser sujeto de un deber jurídico concreto y determinado. En otras palabras, en el primero la *atribución* de la actividad es siempre directa (al titular) y en la segunda la *atribución* es siempre indirecta (al titular); en el primero se faculta la conducta propia; en la segunda se exige la conducta ajena; en el primero el objeto se atribuye *directamente* al titular porque es la autorización de su propia conducta y en la segunda el objeto se atribuye al deudor porque es siempre una actividad que se obliga a hacer o una abstención que se obliga a no hacer.

En el derecho real el objeto del derecho es la propia actividad atribuída como facultad fundante; en la obligación personal el objeto del derecho es la actividad ajena (del deudor) impuesta como deber concreto. Por este motivo es exacto decir que cuando la actividad obligatoria impuesta a una persona determinada tiene su origen inmediatamente en la norma general de derecho, nos encontramos con una obligación personal pública; esto es, con una obligación impuesta por el orden público; cuando la actividad obligatoria tiene su origen en la conversión de las actividades potestativas del deudor en actividades obligatorias (limitación de la libertad personal) nos encontramos con una obligación, también personal, pero de carácter privado.

Por esto, con buen sentido común se dice *derecho* real y *obligación* personal, porque en el primer caso se atribuye directamente un derecho, mientras que en la segunda se asume directamente una obligación.

El derecho real no tiene sujeto pasivo determinado porque la atribución de la actividad, *del objeto del derecho*, se hace directamente al titular, por la sencilla razón de que el derecho real es siempre el otorgamiento de una actividad potestativa relativa a la propia conducta y para proteger la propia conducta jurídicamente es nece-

¹ Como el caso del ofrecimiento al público (1860 al 1867, Código Civil) y la estipulación a favor de tercero en que la relación jurídica nace al perfeccionarse el contrato, cuando el tercero manifiesta su voluntad de quererla aprovechar, aceptando el carácter de sujeto activo (1868 al 1872, Código Civil). Aquí puede estar determinado el *nombre* del sujeto activo desde un principio, pero la persona designada determinará si acepta o no la estipulación. El documento al portador tiene sujeto activo indeterminado (1873-1881, Código Civil).

sario y suficiente imponer su respeto a los demás, sujetos indeterminados. No podemos llamar sujeto pasivo a secas a todas las demás personas, a los no titulares, supuesto que la obligación pasiva no disminuye sus derechos fundantes, no hay una *prestación* en su contra, sino la obligación de respetar los derechos de otro. Por el contrario, la obligación personal es siempre la limitación temporal del ejercicio de los derechos fundantes. Es importante aclarar que esto no significa que la relación entre el titular del derecho real y todas las demás personas no tenga fuerza jurídica, ya que en el momento de la violación se determina el sujeto pasivo y el titular del derecho puede exigirle *directamente* el respeto de su derecho: mientras no hay violación, la relación jurídica es abstracta. En el momento de la violación surge una obligación idéntica a la del derecho de crédito, desde el punto de vista de su fuerza jurídica; más aún, *la violación de un derecho real* da nacimiento a una relación jurídica existente entre dos sujetos (pasivo y activo), *da nacimiento a una obligación personal* que tiene por objeto la indemnización que reclama el titular del derecho real (sujeto activo) al tercero que violó su derecho (sujeto pasivo), pero esta relación determinada, individualizada, no existe al nacer el derecho real sino al violarse.

La obligación personal es *relativa* a la actividad del deudor; el derecho subjetivo potestativo es absoluto en el respeto que impone a todo el mundo y es *relativo* a la actividad del titular. Esto solamente equivale a decir que el derecho absoluto tiene sujeto pasivo *indeterminado*, pero *determinable* en el momento de la violación, mientras que la obligación personal tiene siempre sujeto pasivo determinado.

La diferencia entre el derecho real y la obligación personal es de esencia y de contornos precisos; en la obligación personal el deudor convierte una facultad potestativa en obligatoria, *pero sigue siendo titular de su facultad* (convertida en obligatoria). En cambio, el que enajena un derecho real deja de ser titular de su facultad. El derecho de crédito es fundado y relativo (exigible a sujeto pasivo determinado); el real es fundante y absoluto (carente de sujeto pasivo determinado).

Resumen. Para que el lector pueda apreciar los elementos constitutivos del derecho real y de la obligación personal y sus diferencias de esencia, tendrá que recordar las descripciones sensoriales e irrelevantes de la doctrina. Para la doctrina el objeto inmediato del derecho real es la cosa; para mí, jamás es la cosa objeto inmediato de

ningún derecho y tampoco es la actividad actual. El objeto de todos los derechos es la actividad humana como posibilidad de conducta autorizada por la norma. El objeto del derecho es siempre un objeto ideal. Para determinada escuela de la doctrina el derecho real es el que faculta a exigir el respeto de los demás; para mí, el respeto al derecho impuesto a los demás no es jamás el objeto del derecho real (o de ningún derecho) sino el objeto de un deber jurídico. La atribución de una actividad obligatoria es siempre objeto inmediato de un deber jurídico, del cual se deriva siempre el derecho a cumplir con el deber. Por lo expuesto, la autorización de actividades potestativas es siempre creadora de derechos subjetivos fundantes, mientras que la atribución de actividades obligatorias es siempre creadora de deberes jurídicos y de derechos subjetivos *fundados* en deberes.

Para la doctrina el derecho real es absoluto y tiene por objeto la cosa; para mí, el derecho real es absoluto, pero lo que lo define como derecho específico no es su aspecto de absoluto sino la circunstancia de que su objeto inmediato son las actividades que recaen sobre los objetos (reales o ideales) exteriores al hombre.

Para la doctrina la obligación personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) determinada prestación. Yo sostengo que ésta es una descripción incompleta y no una definición científica. Por este motivo la llamada definición de la obligación personal se confunde con los deberes jurídicos y no proporciona un elemento esencial de los derechos de crédito: la facultad que otorgan al acreedor de gozar de los derechos del deudor. Por ejemplo, la facultad de usar y disfrutar otorgada al arrendatario. Para mí, la obligación personal es siempre la limitación de la libertad jurídica del deudor y la facultad correlativa (derecho de crédito) es siempre el derecho a gozar del ejercicio de los derechos del deudor y el derecho a exigir la conducta del deudor en caso de incumplimiento.

Del análisis anterior se desprenden los siguientes principios:

1. De la norma objetiva de derecho se deriva el derecho subjetivo absoluto y potestativo que autoriza la propia conducta del titular e impone el deber correlativo de respeto a todos los demás, sujetos pasivos *indeterminados*. Desde el punto de vista del sujeto pasivo, el derecho absoluto (y en consecuencia el derecho real) crea relaciones jurídicas *abstractas*. Por el contrario, la obligación personal se deriva inmediatamente de una norma individual de conducta que

regula relaciones jurídicas *concretas*. El derecho real tiene siempre sujeto pasivo *indeterminado* y la obligación personal tiene siempre sujeto pasivo *determinado*.

Desde el punto de vista de la bilateralidad diremos que el derecho real (y todos los derechos absolutos) rige relaciones jurídicas abstractas y la obligación personal (derecho de crédito) rige relaciones jurídicas concretas.

2. El derecho real faculta la propia conducta; la obligación personal otorga derecho a la conducta ajena. Aunque en ambos casos existe una obligación correlativa de la facultad (bilateralidad) el derecho real (y todos los derechos absolutos) es, *en su carácter de derecho*, la autorización de la propia conducta, mientras que el de crédito es la autorización de la conducta ajena, el derecho a la conducta ajena.

3. El *objeto* del derecho real es siempre actividad potestativa; el *objeto* de la obligación personal es siempre actividad potestativa convertida en actividad obligatoria para el deudor.

4. El derecho real (y todos los derechos potestativos absolutos) es siempre la autorización de la propia conducta y como tal el aumento del contenido de la libertad jurídica, mientras que la obligación personal es siempre la limitación de la libertad jurídica del deudor.

5. El titular de un derecho real que enajena su derecho pierde una facultad potestativa fundante; el deudor de una obligación personal convierte temporalmente su facultad potestativa fundante en deber jurídico concreto al obligarse a hacer lo que antes podía no hacer y a no hacer lo que antes podía hacer.

6. El derecho real es siempre absoluto; la obligación personal es siempre relativa.

7. El derecho real es siempre fundante; la obligación personal es siempre fundada.

8. Finalmente, el derecho real se distingue:

a) De otros derechos absolutos potestativos y fundantes porque es el único que atribuye actividades referidas a objetos exteriores al hombre. Estos objetos pueden ser reales o ideales;

b) De otros derechos subjetivos absolutos: por ser una facultad fundante mientras que el derecho a cumplir con el deber está fundado en el deber y la libertad jurídica fundada en las facultades fundantes. El derecho real es absoluto, fundante y potestativo; el derecho de crédito es un derecho subjetivo, relativo, fundado y potestativo.

III. COMPARACION ENTRE EL USUFRUCTO ONEROSO Y EL ARRENDAMIENTO

Cuando enfrentamos¹ usufructo y arrendamiento nos fue imposible diferenciarlos de acuerdo con el derecho positivo. Vimos que tampoco nos fue posible distinguirlos de acuerdo con la doctrina imperante. Ambos derechos pueden recaer sobre un inmueble; otorgan el derecho a usarlo y disfrutarlo por tiempo limitado; ambos se manifiestan por el poder de hecho que se ejerce sobre la cosa, ambos otorgan el derecho al ejercicio del poder de hecho, el derecho de posesión; y ambos derechos pueden cederse. Tanto el Código como la doctrina nos dicen que uno es un derecho real y otro un derecho personal, pero no nos dicen por qué razón, ya que el contenido de cada uno, lo mismo que su ejercicio y las protecciones exteriores concedidas, son idénticos. La doctrina nos dice que el arrendatario usa y goza de la cosa porque lo permite el propietario, pero también el usufructuario que adquiere del propietario usa y goza de la cosa porque el propietario lo permite: tanto la adquisición del usufructo como del arrendamiento permiten, dan derecho, al uso y disfrute de la cosa. Nos dicen que una vez nacido el usufructo ya no necesita el usufructuario del nudo propietario, mientras que el arrendatario sigue teniendo relaciones jurídicas con el arrendador. Esto no es cierto, pues el usufructo oneroso práctica y jurídicamente se confunde con el arrendamiento respecto de los derechos y obligaciones recíprocos entre el nudo propietario y el usufructuario (conservación, reparaciones, pago del precio, etc.) durante toda la duración del usufructo. Finalmente, el elemento formal de los derechos reales, la escritura pública y el elemento exterior, la inscripción en el Registro, también pueden existir tratándose del arrendamiento. Todos y cada uno de los elementos constitutivos de los derechos reales enumerados por la doctrina pueden presentarse en el arrendamiento: el inmueble, el derecho a usarlo y disfrutarlo y a aprehenderlo, la inmediatez entre el titular y la cosa, la cual es el objeto inmediato del derecho, según la doctrina; el ejercicio del poder de hecho en forma directa, inmediata y exclusiva, y la atribución directa del ejercicio del poder de hecho, el derecho de posesión, según lo hemos visto. El arrendatario puede oponer su derecho a todo el mundo a través de su

¹ Capítulo I.

derecho absoluto de posesión y su contrato tiene preferencia frente a cualquier contrato de arrendamiento posterior al suyo. En resumen, de acuerdo con la doctrina, tendríamos que decir, no que el arrendamiento es un derecho personal que se asemeja al usufructo, sino que es totalmente un derecho real. Lo que pasa es que la doctrina no ha construido jamás una teoría de los derechos reales sino que solamente se ha limitado a formular una sintomática jurídica. En efecto, en vez de construir *a priori* una hipótesis que después se verifique frente a cada uno de los preceptos del derecho positivo y frente a la realidad de las cosas, se limita a describir las diversas manifestaciones que presenta el derecho real en la vida del derecho y cuando aparecen todas juntas, como en la propiedad (plena), nos dice que estamos frente a un derecho real, mientras que tratándose del arrendamiento se ve obligada a confesar que aun siendo un derecho personal (porque así lo dispone la ley) se asemeja a un derecho real. Es idéntico el caso al del médico que cuenta con varios síntomas para diagnosticar una enfermedad. Cuando los encuentra todos, asegura que existe la enfermedad; pero cuando solamente encuentra varios, nos dice que es posible que exista la enfermedad buscada o nos dirá que se asemeja a dicha enfermedad, o que puede confundirse con otra. En esta misma forma sintomática es como la doctrina diagnostica la existencia de los derechos reales, precisamente porque no cuenta con una hipótesis que explique las múltiples manifestaciones que le presenta el derecho positivo. Lo peor del caso es que esta sintomática jurídica es falsa supuesto que en el arrendamiento se presentan todos los síntomas que caracterizan al derecho real, mientras que en el usufructo oneroso se presentan síntomas típicos de las obligaciones personales.

Aunque la comparación entre el usufructo y el arrendamiento nos llevara fatalmente a identificar estos derechos entre sí, no nos será posible cambiar ninguna de las características que hemos encontrado tanto en el usufructo como en el arrendamiento, ya que todas ellas se derivan del derecho positivo y de la descripción de los hechos. Que estas características identifiquen al arrendamiento con el usufructo no es culpa del derecho positivo ni de la realidad, sino culpa de la doctrina que no contiene un concepto científico para diferenciarlos. Esto significa que la prueba crítica de mi teoría radica precisamente en la comparación del usufructo oneroso con el arrendamiento. La doctrina no resistió dicha prueba, ya que cada uno y todos los ele-

mentos constitutivos del derecho real llamado usufructo oneroso, enumerados por la doctrina, los encontramos en el arrendamiento, mientras que aquél vino a identificarse con éste también desde el punto de vista de las obligaciones recíprocas existentes entre el nudo propietario y el usufructuario. Sin embargo, me propongo no solamente establecer la diferencia específica existente invariablemente entre el usufructo y el arrendamiento, sino que intentaré una prueba que no es posible de acuerdo con la doctrina; esto es, consideraré al arrendamiento, primero como derecho personal y luego como derecho real, y precisaré en cada caso la diferencia exacta, única e invariable que los diferencia, según que el legislador declare que el arrendamiento es un derecho personal o un derecho real. En otras palabras, en ambos casos encontraremos cada uno y todos los elementos en que la doctrina hace consistir los derechos reales o las obligaciones personales —los cuales se derivan del derecho positivo, de la naturaleza de las cosas y de la descripción de los hechos —pero por declarar el legislador que en un caso se trata de un derecho personal, será el arrendamiento exclusivamente un derecho personal, y por declarar el legislador en otro caso que el arrendamiento es un derecho real, será el arrendamiento exclusivamente un derecho real. Este experimento no es posible para la doctrina, supuesto que para ella el arrendamiento siempre se confunde con el usufructo oneroso, ya que hace consistir estos derechos en la descripción de los hechos. Para la doctrina el derecho real es la enunciación que hace el Código de una ley natural. Es como si el Código se limitara a “disponer” (igual a informar) que los cuerpos caen a una velocidad proporcional a su peso.

El arrendamiento es en México un derecho personal que permite el uso y disfrute de una cosa ajena, la cual corresponde al arrendador. Para comprender la naturaleza del arrendamiento es necesario recordar primero las facultades que otorga el derecho de propiedad.

El propietario es el sujeto activo de una atribución directa que comprende varias actividades distintas; esto es, a pesar de que usamos una sola palabra, *propiedad*, para designar este derecho, hemos visto¹ que en realidad se le atribuyen al propietario diversas actividades, *varios derechos*. En efecto, se le atribuyen las facultades de usar, disfrutar y disponer de la cosa; también se le atribuye la facultad de

optar por ejercitar o no ejercitar las anteriores actividades, un derecho subjetivo de segundo grado, el derecho de libertad. Por tratarse de derechos absolutos se le atribuye directamente al propietario el derecho a exigir el respeto de los demás y finalmente, por tratarse del uso de una cosa *material* se le atribuye el derecho al ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, el derecho de posesión. Ya hemos visto que el propietario tiene estos derechos aunque no los ejercite y aunque otro esté ejercitándolos sin derecho.

Ahora bien, cuando el propietario de la cosa la da en usufructo, *transmite, enajena*, temporalmente su *facultad fundante* de usar y disfrutar la cosa. Esta facultad ya no le pertenece por todo el tiempo que dure el usufructo, mientras que el usufructuario es sujeto activo directo de la atribución, se convierte en titular de la facultad fundante, de un derecho subjetivo fundante y absoluto. El usufructuario también se convierte en sujeto activo directo del derecho a optar por ejercitar o no ejercitar su actividad fundante. Esto significa que al haber atribuído el propietario al usufructuario la facultad fundante, necesariamente atribuyó, al mismo tiempo, la facultad fundada, supuesto que le atribuyó una facultad potestativa. Ya no puede el propietario optar por ejercitar o no ejercitar el uso y disfrute de la cosa, porque ya no le corresponde la actividad misma por todo el tiempo que dure el usufructo. De aquí se deriva un teorema jurídico necesario: la transmisión o atribución directa de la facultad fundante implica necesariamente la transmisión o atribución directa de la facultad fundada.¹ En otras palabras, la atribución de la facultad fundante a un sujeto implica necesariamente la atribución de la facultad fundada al mismo sujeto.

Tanto el propietario (cuando no ha dado la cosa en usufructo) como el usufructuario, tienen la facultad de usar y disfrutar de la cosa y también tienen derecho, *sin dejar de ser titulares de esta facultad, de permitir a otro, llamado arrendatario, la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad*, cuyo ejercicio o no ejercicio tiene por causa y fundamento la existencia del derecho, de la facultad fundante, *que sigue en el patrimonio del arrendador*. Es un caso

¹ Esto se debe al hecho de "que el de libertad no es un derecho dotado de vida propia, sino una facultad fundada en otro derecho". Eduardo García Maynez, "La Axiomática Jurídica y el Derecho de Libertad", *Universidad de San Carlos*, II, 1946, Guatemala, pp. 217 ss.

idéntico al de prestación de servicios, en que el titular del derecho subjetivo absoluto se obliga a *prestar su ejercicio sin enajenar su facultad fundante*. El arrendamiento no es un derecho real exclusivamente porque el arrendador no transmite su facultad fundante como lo hace el propietario tratándose del usufructo. El arrendamiento (derecho relativo) se rige por una norma individual de conducta y por tanto se refiere a una relación jurídica concreta. El usufructo (en cuanto tal y no en lo relativo a las obligaciones personales conexas) se rige por una norma general de conducta y por tanto se refiere a una relación jurídica abstracta. En el primero la bilateralidad se refiere a sujeto pasivo determinado; en el segundo a sujeto pasivo indeterminado. El arrendamiento es un derecho personal porque un sujeto (arrendador) se obliga a proporcionar y a permitir a otro sujeto (arrendatario) el uso y disfrute de la cosa; el titular no transmite su facultad fundante sino que presta temporalmente su facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio, convirtiendo sus facultades potestativas en deberes (obligatorios). Temporalmente el arrendador limita su derecho de libertad correspondiente al uso y disfrute de la cosa, ya que esta facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad se ha obligado a proporcionarla a otro; el arrendador se ha hecho sujeto pasivo de actividades obligatorias positivas (entregar la cosa, conservar la cosa en el estado convenido haciendo las reparaciones correspondientes, etc.) y de actividades obligatorias negativas (abstenerse de usar y disfrutar). Por su lado el arrendatario puede optar por el ejercicio o no ejercicio del uso y disfrute, es temporalmente el sujeto activo de la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio, de un derecho de segundo grado, en la misma forma en que lo es el acreedor en un contrato de mutuo o de prestación de servicios. De aquí se deriva un segundo teorema jurídico necesario: que puede haber falta de coincidencia entre el sujeto activo de la facultad fundante y el sujeto activo temporal de la facultad fundada, del derecho de libertad fundado en determinadas actividades facultadas por la norma. Este teorema está enteramente de acuerdo con los hechos y con el derecho positivo, según se comprueba en el arrendamiento, aparcería, comodato y en todos los demás derechos de crédito. Por otro lado esta falta de coincidencia entre el sujeto de la facultad fundante y el sujeto de la facultad fundada no es el único caso de falta de coincidencia que se presenta en el derecho, pues lo vemos en la repre-

sentación, en que existe también falta de coincidencia entre el sujeto del interés (sujeto activo de la facultad) y el sujeto de voluntad (que ejercita el derecho a nombre de otro). Esta falta de coincidencia que explica el caso del arrendamiento y similares es evidente conceptualmente, pues equivale simplemente a darle carácter jurídico a este hecho: que una persona es titular de un derecho (facultad fundante) y otra persona distinta es la facultada a optar por su ejercicio o no ejercicio. Se le da carácter jurídico al hecho cuando el que *ejercita* la facultad tiene derecho a hacerlo, aunque la facultad en sí (fundante) siga perteneciendo a otra persona. El arrendatario no adquiere la facultad fundante, no es el titular directo de la atribución de las actividades de uso y disfrute, sino que es el sujeto activo a quien el arrendador está obligado a proporcionarle el ejercicio del uso y disfrute. Por este motivo el arrendador (sujeto pasivo) está obligado a entregar la cosa, obligación de hacer (art. 2412-I, Código Civil), pero no a transmitir sus derechos al uso y disfrute, sino simplemente a permitir que los *ejercite* el inquilino. El arrendador está obligado a conservar la cosa en el mismo estado y a *hacer* todas las reparaciones necesarias (art. 2412-II); a no estorbar ni embarazar el uso de la cosa, obligación de no hacer (2412-III); mientras que esta obligación pasiva es a cargo de todo el mundo tratándose del usufructo; el arrendador está obligado a garantizar el uso o goce pacífico de la cosa, otra obligación de hacer (2412-IV); a responder de los daños y perjuicios por defectos o vicios ocultos de la cosa (2412-V). Si el arrendador no hace la reparación, el arrendatario puede rescindir el contrato u *obligar* al arrendador a hacerla (2416). Si por caso fortuito o de fuerza mayor se impide totalmente al inquilino el uso de la cosa, no está obligado a pagar la renta (2431) supuesto que el uso y disfrute que le permite el arrendador nacen de una obligación personal recíproca, existente entre un sujeto pasivo y un sujeto activo. En el mismo caso, si se impide el uso parcial, habrá reducción de la renta (2432). Igual cosa sucede cuando se impide el uso por reparaciones (2435). Tratándose del arrendamiento de animales, de los cuales se permite el uso, los frutos pertenecen al dueño, salvo pacto en contrario (2471), pues se entiende que el propietario ha prestado el uso y no el disfrute. Por no ser al arrendamiento la transmisión de la facultad fundante, el arrendatario no puede subarrendar, salvo con consentimiento del dueño (2480) y

cuando el dueño aprueba expresamente el subarrendo, se crea un nuevo vínculo entre el arrendador y el subarrendatario, desapareciendo el primer vínculo (2482). Tratándose del usufructo, el usufructuario no necesita del consentimiento del nudo propietario para enajenar su derecho. En caso de expropiación se rescinde el contrato de arrendamiento y no por no ser el inquilino titular del derecho a usar y gozar de la cosa, sino por tener solamente el derecho al ejercicio, el propietario sólo tiene la obligación de devolver las rentas adelantadas y las mejoras que hubiere efectuado (2410 en relación con el 2423 y el 2424). *Este dato es vital cuando se trata de proteger la riqueza nacional. Por este motivo es importante determinar si la concesión minera otorga derechos reales o simplemente un derecho de crédito.*

Así como el propietario en el caso del usufructo transmite su atribución directa relativa al uso y disfrute de la cosa, su facultad fundante, y al hacerlo deja de ser titular de esta facultad; así como el arrendador no transmite su facultad fundante sino que solamente proporciona temporalmente su ejercicio al arrendatario, tenemos un tercer matiz en que el propietario pierde el ejercicio del poder de hecho y el derecho a dicho ejercicio, esto es, el derecho de posesión, tratándose del despojo pacífico, público y por más de un año. Este es un caso en el cual el propietario ni transmite su facultad fundante de usar y disfrutar (como lo hace tratándose del usufructo) ni permite a otro el *ejercicio* o no ejercicio de ella (como lo hace tratándose del arrendamiento), sino que pierde otro de sus derechos, el derecho al ejercicio del poder de hecho, lo cual provoca un impedimento para el ejercicio de su facultad de usar y disfrutar.

El usufructo, como transmisión de la facultad de usar y disfrutar, constituye una limitación o disminución del contenido del derecho de propiedad, mientras que el arrendamiento es simplemente una limitación a la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio del derecho, supuesto que es la prestación temporal de dicha facultad fundada. Por este motivo, el Código define el usufructo como "el derecho *real* y temporal de disfrutar de los bienes ajenos" (art. 980). Al otorgarse el usufructo sigue existiendo el derecho de propiedad, pero disminuído en su contenido, *nudo*. Por ser el usufructuario el sujeto activo de la atribución directa de usar y disfrutar de la cosa, en caso de expropiación el nudo propietario sustituirá la cosa expropiada por otra o abonará los réditos que produzca la indemnización,

cuyo disfrute total corresponde al usufructuario por todo el tiempo que dure el usufructo (1043), supuesto que el usufructuario es el titular directo de la facultad fundante. Finalmente, todas las abstenciones a cargo del nudo propietario constituyen limitaciones a su derecho de propiedad, mientras que los derechos y obligaciones existentes entre el nudo propietario y el usufructuario no son "obligaciones reales" como las llaman algunos autores; *son derechos personales típicos* (existentes entre un sujeto frente a otro) *conexos a un derecho real*. En la misma forma el derecho de posesión que le corresponde al arrendatario, como atribución directa, como derecho subjetivo absoluto, es un *derecho absoluto conexo a un derecho personal*, al derecho de arrendamiento y a todos los derechos que facultan el uso, disfrute o aprehensión de las cosas materiales.

No podemos eludir el hecho de que tratándose de cosas nuestra actividad se ejerce *directamente sobre ellas*. Por este motivo, tratándose del arrendamiento también ejecutamos actos en forma exclusiva, directa e inmediata sobre la cosa, pero la diferencia radica en que *el arrendamiento es un derecho real* cuando nuestra actividad se ejerce *directamente* sobre la cosa, por tener el titular una *atribución directa* de la facultad fundante (como la tiene el usufructuario), de la facultad de hacer o no hacer, y *es el arrendamiento un derecho personal* cuando el arrendatario ejerce su actividad *también directamente* sobre la cosa, pero en virtud de una *atribución indirecta*, en virtud de la prestación que está obligado a proporcionarle el arrendador, en virtud de que tiene *el derecho al ejercicio o no ejercicio*, en virtud de que tiene *una facultad fundada*. De aquí se deduce que el uso o goce de la cosa no es un derecho sino un hecho sancionado por el derecho en diversas formas y por tal motivo no podemos encontrar la esencia del derecho real en el poder de hecho que los hombre ejercen *directamente* sobre las cosas. Repetimos, cuando esta facultad de gozar de la cosa la atribuye la ley directamente al titular, éste tiene un derecho real y cuando simplemente el ejercicio o no ejercicio de la actividad lo proporciona el titular a otro llamado arrendatario, este último tiene un derecho personal. Una es la enajenación de la facultad fundante (derecho real) y otra la prestación temporal de la facultad fundada (derecho de crédito). Decir que no existe diferencia entre la prestación temporal de la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio y la enajenación de la facultad fundante, equivale a decir que una persona ha enajenado

su derecho subjetivo consagrado por la garantía constitucional de libertad de trabajo, cuando simplemente ha limitado su facultad de optar por el no ejercicio al obligarse a prestar servicios. La diferencia entre la enajenación de la facultad fundante y la simple prestación de la facultad fundada, es de trascendencia, pues es la misma diferencia que existe entre convertirse en esclavo u *objeto* del derecho y trabajar simplemente para otro como hombre libre.

En el caso de las obligaciones de dar, vemos nacer al derecho real cuando una vez cumplida la prestación por el sujeto pasivo (art. 2011, Código Civil) ya no necesita *jurídicamente* de él el sujeto activo para desarrollar directamente su actividad sobre la cosa, porque es propietario o titular de un derecho real. En el caso del arrendamiento, cuando éste es un derecho personal, nace mediante la formación de un vínculo obligacional (de sujeto a sujeto) y durante toda su existencia o vigencia sigue siendo exclusivamente una obligación personal o sea la atribución del ejercicio de actividades por un sujeto a otro. De acuerdo con mi diferenciación entre los derechos reales y las obligaciones, no decimos que el arrendamiento es una especie de derecho real o que se asemeja a tal derecho. El arrendamiento es clara y exclusivamente un derecho personal en México. Si nuestra ley lo considerara hoy como derecho real, sería clara y exclusivamente un derecho real: un derecho absoluto, fundante y potestativo en vez de ser un derecho relativo, fundado y potestativo. En el arrendamiento (cuando es un derecho de crédito) el arrendador es sujeto pasivo determinado, mientras que en el usufructo el nudo propietario no lo es respecto del derecho de usufructo, sino respecto de las obligaciones personales conexas. Por este motivo están en un error los Ministros de la Corte¹ y los escritores que afirman enfáticamente que la concesión minera es un derecho real porque se identifica un sólido del globo terráqueo (se identifica la cosa, como en el arrendamiento), porque se usa y disfruta directamente una cosa (como en el arrendamiento), porque se ejerce un poder de hecho sobre un inmueble (como en el arrendamiento), porque tiene preferencia al primero en fecha (como en el arrendamiento), porque el titular tiene posesión derivada y puede defenderla directamente (como en el arrendamiento) ya que no analizan lo único que puede resolver de qué clase de derecho se trata, quién es el titular de la facultad fundante y absoluta.

¹ Tesis sustentada por el Sr. Ministro Medina. Ver *infra*, apéndice.

Para precisar definitivamente por qué el arrendamiento es exclusivamente un derecho personal que no se asemeja en nada a los derechos reales, volveré a compararlo con el usufructo. En el usufructo el propietario *transmite* y el usufructuario *adquiere* temporalmente las facultades que atribuyen el uso y el goce de la cosa, la facultad fundante absoluta y potestativa. De acuerdo con el primer teorema, el usufructuario también adquiere la facultad fundada, el derecho de libertad. En el arrendamiento el propietario no transmite al arrendatario las facultades que le fueron atribuidas directamente sino que simplemente limita su libertad jurídica relativa a la cosa, al permitir que durante la vigencia del contrato sea el arrendatario el que pueda optar por el ejercicio o no ejercicio de las actividades sobre la cosa; el arrendador se obliga a proporcionar (hacer vs. dar) temporalmente la facultad fundada. En el caso del usufructo el derecho de propiedad queda disminuído en su contenido por haberse atribuído directamente al usufructuario parte de las facultades contenidas en la propiedad plena; en el arrendamiento queda intacto todo el contenido del derecho de propiedad, supuesto que la *facultad* de usar y gozar se le sigue atribuyendo al propietario, el cual no transmite su facultad fundante sino que transmite temporalmente otra facultad, *otro derecho distinto*, su facultad fundada. El arrendatario adquiere un derecho nuevo que no tenía antes, el de arrendamiento, consistente en el derecho al *ejercicio* o *no ejercicio* de una actividad (usar y gozar); mientras tanto el propietario no tiene derecho al ejercicio del derecho, no puede ni debe jurídicamente usar y disfrutar de la cosa porque ha limitado su facultad jurídica correspondiente.

Quizá la siguiente comparación nos sirva para aclarar la diferencia entre derecho real y obligación personal: el propietario que no es poseedor no *puede* usar y disfrutar, pero tiene derecho a exigir el uso y disfrute. El arrendador no puede usar y disfrutar ni debe hacerlo, porque cedió su ejercicio, pero sigue siendo titular de la facultad en que se funda el ejercicio concedido al inquilino. El nudo propietario ni puede ni debe usar ni es titular de la facultad fundante: solamente es titular del *jus abutendi*.

No podemos decir que determinado título, por referirse al uso o disfrute de un inmueble, es fatalmente el derecho de propiedad o un derecho real, supuesto que la cosa no es un derecho; tampoco

lo es su aprehensión ni su uso o disfrute en sí. Si la aprehensión directa de la cosa y su uso y disfrute de hecho dieran lugar fatalmente a la creación de un derecho real, entonces llegaríamos a la conclusión de que el ladrón que ejerce sobre una cosa un poder de hecho directo, inmediato y exclusivo, es propietario de ella o tiene un derecho real. Estos hechos no otorgan ningún derecho al ladrón por la sencilla razón de que la norma no se los atribuye como derecho. En la misma forma, llegaríamos a la conclusión de que una persona condenada a trabajos forzados en una cantera tiene derechos reales. De igual modo estos hechos no otorgan un derecho real al inquilino porque en México dicho derecho es del propietario y el inquilino tiene derecho al hecho (uso y disfrute) porque el arrendador lo permite y está obligado a proporcionárselo. Repetimos, el derecho real sanciona elementos reales prácticamente invariables —la llamada naturaleza de las cosas o sean las cosas y el poder de hecho que los hombres ejercen sobre ellas —pero éstos son solamente *elementos reales*, los cuales vienen a integrar los *derechos reales* solamente cuando la norma jurídica atribuye estas actividades sobre la cosa *directamente a una persona determinada*, mientras que cuando esta persona, el titular, proporciona su *ejercicio o no ejercicio* a otro, tenemos un derecho de crédito.

Partiendo de los mismos elementos reales que son necesarios para integrar un derecho real la ley niega al ladrón este derecho y así tenemos una cosa real y un hecho real que no sirven para integrar un derecho real. Partiendo asimismo de dichos elementos reales tenemos el caso en que la norma no atribuye las actividades sobre la cosa directamente a una persona determinada (arrendatario) sino por el contrario, se las atribuye a otra persona distinta, al arrendador.

La relación obligacional personal respecto de las cosas puede tener otras manifestaciones además del arrendamiento, tales como el comodato y la aparcería. Por otro lado, existen obligaciones personales que no se refieren a las cosas y que sin embargo pueden motivar legalmente su aprehensión o su uso y disfrute, tales como las actividades de los sirvientes, empleados, familiares, administradores y representantes (art. 793 del Código Civil). La aportación del uso de una cosa a una sociedad no se deriva de un contrato de arrendamiento y tampoco es un derecho real.

En todos los ejemplos anteriores existe: a) el inmueble; b) el poder de hecho o el uso y disfrute exclusivo, directo e inmediato, pero

c) no existe un derecho real, por la sencilla razón de que este poder de hecho sobre la cosa se ejerce en virtud de vínculos personales y no en virtud de una atribución directa. En el caso de la prestación de cosa por otro (art. 2011, Código Civil) tenemos un derecho personal que da al sujeto activo la expectativa de llegar a ser sujeto de una atribución directa, titular de un derecho real.