

PRIMERA PARTE  
LOS DERECHOS REALES

I

*LOS DERECHOS REALES*

I.	Introducción .....	9
II.	Búsqueda en el Código. Comparación del usufructo con el arrendamiento .....	9
	A. Las cosas como objetos de apropiación .....	9
	B. Los inmuebles y los muebles .....	9
	C. Los bienes según las personas a quienes pertenecen. ....	10
	D. Comparación del usufructo con el arrendamiento ..	10
III.	Doctrina .....	12
	A. El derecho de propiedad en la doctrina .....	12
	B. Crítica .....	13
	C. Distinción entre los derechos reales y las obligaciones personales en la doctrina .....	14
	D. Crítica de la doctrina .....	17
IV.	Teoría de los derechos reales .....	22
	A. Derecho objetivo. Derecho subjetivo y deber jurídico .....	22
	B. Bilateralidad del derecho .....	26
	C. El derecho como atribución de actividades humanas exteriores .....	27
	D. Objeto del derecho vs. ejercicio del derecho .....	28
	E. Esencia de los derechos reales .....	31
	F. Posibilidad de que el derecho real atribuya deberes jurídicos a su titular .....	34
	G. Realidad del derecho real .....	40
	H. Validez científica de la teoría de los derechos reales .....	44

**PRIMERA PARTE**

**LOS DERECHOS REALES**

## LOS DERECHOS REALES

## I. INTRODUCCION

Si tratamos de determinar la naturaleza jurídica de los derechos reales conforme a la doctrina, nos encontraremos con todos los matices posibles, desde la interpretación material y primitiva que confunde el derecho con la cosa, hasta el extremo opuesto que considera que no existe diferencia específica entre los derechos reales y los personales. Es necesario adoptar una orientación que permita seleccionar de entre todas las teorías posibles aquélla que coincida con nuestro derecho positivo y que mejor lo explique en forma armónica y científica. No importan las consecuencias a que lleguemos, inclusive si nos vemos obligados a concluir que no existe diferencia entre el derecho real y la obligación personal, o que nuestro legislador, en lo relativo al subsuelo minero y petrolero, está normando en el vacío cuando no toma en cuenta que los derechos reales existen en la naturaleza de las cosas.

## II. BUSQUEDA EN EL CODIGO. COMPARACION DEL USUFRUCTO CON EL ARRENDAMIENTO

A. *Las cosas como objetos de apropiación.* Son objeto de apropiación las cosas no excluidas del comercio por naturaleza o por disposición de la ley (artículos 747 y 748 del Código Civil). Están excluidas del comercio por naturaleza las cosas que no pueden ser poseídas exclusivamente y por ley las que ésta declara irreductibles a propiedad particular (749).

B. *Los inmuebles y los muebles.* Estas cosas son los inmuebles enumerados en el artículo 750 del Código Civil, y los derechos reales sobre inmuebles; los muebles por naturaleza o sean los cuerpos que pueden transportarse de un lugar a otro (753) y los muebles por determinación de la ley, que son las obligaciones, los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (754); así como los derechos de autor (758), los inmuebles por destino cuando el propietario los separa

del inmueble (751), y en general todos los no considerados por ley como inmuebles (759).

La propiedad y los derechos reales recaen tanto sobre inmuebles como sobre muebles y estos últimos no sólo se refieren a los cuerpos sino que incluyen a los derechos personales. De aquí que el derecho real es inmobiliario cuando recae sobre un inmueble y mobiliario cuando recae sobre un mueble, la prenda, por ejemplo. Pero si el concepto de bien mueble incluye tanto a las obligaciones personales como a las cosas, no estamos autorizados para afirmar que los derechos reales se refieren exclusivamente a las cosas o si pueden recaer sobre el resto de los bienes muebles, los derechos personales.

C. *Los bienes según las personas a quienes pertenecen.* Tampoco nos da ningún criterio para determinar la naturaleza de los derechos reales, la clasificación de los bienes según las personas a quienes pertenecen. El Código Civil, sin embargo, confirma la acepción que invariablemente tiene en México la palabra "dominio" como equivalente de propiedad, al declarar que los bienes son del dominio del poder público o de propiedad particular (764). Los primeros pertenecen a la Federación, Estados o Municipios (765) en pleno dominio (770). Son de propiedad particular las cosas cuyo *dominio* pertenece a los particulares (772). He aquí la identificación de dominio y propiedad. Conforme al Código Civil, el territorio nacional es propiedad plena, ya sea del Estado o de los particulares y en tal virtud no es jurídica en nuestro derecho —sobre todo a partir del 17— la confusión del dominio eminente con el dominio, pues cuando éste se refiere a los bienes, invariablemente significa propiedad plena.

D. *Comparación del usufructo con el arrendamiento.* De todo lo anterior no se desprende ningún dato que nos permita reconocer la naturaleza de los derechos reales. Quizá la comparación del usufructo y del arrendamiento nos dé la clave, por tratarse de un derecho real típico y de un derecho personal indiscutible en México, que proporcionan el uso y disfrute temporal de una cosa ajena (arts. 986 y 2398 del Código Civil). El arrendamiento nace de un vínculo obligacional, mediante el cual una parte concede el goce de la cosa y la otra se obliga a pagar un precio cierto (art. 2398, Código Civil). El usufructo también puede nacer de un contrato

(art. 981, Código Civil) y puede ser oneroso (arts. 1010, 1017 y 1021, Código Civil). El usufructo, por regla general, se refiere a cosas que no se consumen por el uso, ya que no da derecho a disponer de la cosa, pero puede recaer sobre cosas que se consumen, siempre que el usufructuario las sustituya al terminar el usufructo (art. 994, Código Civil), salvo cuando se trate de un bosque talar o de una mina, en que los productos devienen propiedad del usufructuario (arts. 997 y 1001, Código Civil). También el arrendamiento se refiere a cosas que pueden usarse sin consumirse (art. 2400 del Código Civil), pero la explotación de un bosque o de una mina permite disponer de los productos, servirse de la cosa para el uso convenido y conforme a su naturaleza y destino (art. 2425-III' Código Civil), y ya sea que este contrato se llame de explotación o de arrendamiento, no confiere derechos reales en relación con el inmueble. Tanto el arrendatario como el usufructuario tienen derecho a la posesión derivada, a ejercer un poder de hecho sobre la cosa y pueden defender y perseguir la cosa directamente (arts. 791, 989, 803, 804, 2418 y 2419 del Código Civil y 16 y 17 del Código de Procedimientos Civiles). El usufructuario puede gravar, ceder o arrendar sus derechos (art. 1002, Código Civil), pero el arrendatario también puede subarrendar o ceder sus derechos cuando se lo permite el arrendador (arts. 2480 al 2482 del Código Civil). Es cierto que existen obligaciones y derechos entre el arrendador y el arrendatario, durante toda la duración del contrato (arts. 2412 al 2424 y 2425 al 2447, del Código Civil), pero también existen entre el usufructuario y el nudo propietario (arts. 1006, 1010, 1013, 1016, 1017, 1019, 1021, 1022 y 1023, Código Civil).

Lo único que hemos conseguido con esta comparación es aumentar nuestra confusión, ya que el arrendamiento (derecho personal) se asemeja al usufructo (derecho real). En efecto, puede recaer sobre un inmueble, el cual es el objeto inmediato del contrato, conforme a la doctrina. Otorga al inquilino el poder de hecho sobre la cosa, su aprehensión y sobre todo le otorga *directamente* el *derecho* al ejercicio del poder de hecho —esto es, el inquilino es poseedor en derecho (arts. 791, 803, Código Civil y 16 y 17 del Código de Procedimientos Civiles) y no necesita del propietario para ejercitar las acciones posesorias y rechazar las invasiones de terceros *o del mismo propietario* (arts. 2418 y 2419 del Código Civil y 16 y 17 del Código de Procedimientos Civiles).

Si nos mantenemos fieles al precepto del artículo 14 de la Constitución y aplicamos la letra de la ley o su interpretación jurídica, no podremos encontrar en el derecho positivo la naturaleza jurídica de los derechos reales y la diferencia entre éstos y las obligaciones personales. Nos vemos obligados a apelar a la doctrina para encontrar lo que buscamos.

### III. DOCTRINA

No perderemos el tiempo con rodeos inútiles. ¿En qué se hace consistir la esencia y la necesidad de los derechos reales? Desde el punto de vista interno del derecho se hace consistir la esencia principalmente en la inmediatez de la cosa con su titular, en el sometimiento directo del objeto del derecho, de la cosa y en el derecho al sometimiento directo de la cosa.

A. *El derecho de propiedad en la doctrina.* Para descubrir este elemento en su máximo vigor, lo buscaremos en el derecho real por excelencia, en el derecho de propiedad. Planiol (*Traité*, I, n<sup>o</sup> 2329) campeón en Francia de la teoría personalista, en este punto acepta al más puro de los autores relativamente modernos de la teoría clásica, a Aubry y Rau (Tomo II-190) al decir que la propiedad es “el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la acción y a la voluntad de una persona”. Esta definición coincide en esencia con las que nos brindan todos los demás autores.

Stolfi (*Diritto Civile*, Tomo II-1, p. 210 y siguiente), primero nos previene en contra del error que podemos sufrir si no comprendemos la posesión a la cual define (n<sup>o</sup> 5, p. 8 del tomo citado) como “el señorío que la persona tiene sobre una cosa, o mejor dicho, el ejercicio efectivo, la actuación de un derecho”. Según él, es necesario que tal ejercicio esté tutelado por la ley, sin preocuparnos si el derecho del cual la posesión es la actuación, existe o no. Acepta a Coviello cuando dice: “una relación de hecho de la persona sobre la cosa, con lo cual se revela el ejercicio de un derecho, la cual relación está tutelada por la ley, prescindiendo de la existencia misma del derecho”. La posesión es el ejercicio de un derecho tutelado en sí mismo, independientemente de que exista o no el derecho: es una actividad de hecho. La propiedad representa una potestad jurídica,

el derecho al señorío pleno sobre la cosa. Según este autor la posesión es un derecho real en cuanto impone una relación inmediata entre la persona y la cosa, derecho real distinto de los demás por tener que ceder ante el mejor derecho del propietario (Tomo citado, nº 9. p. 13).

Todas las definiciones anteriores hacen de la cosa el objeto inmediato del derecho, ya que hacen consistir el derecho en la potestad jurídica sobre la cosa o en su sometimiento directo y exclusivo a nuestra acción y voluntad.

B. *Crítica.* a) En el caso del ladrón, una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y a la voluntad de una persona que no tiene el derecho de propiedad. b) En el mismo caso el propietario no tiene la cosa sometida a su acción y voluntad, pero sigue siendo propietario. He aquí casos en que existe el derecho de propiedad, pero le falta todo el contenido de la definición: el sometimiento de la cosa; en que existe el sometimiento y falta nada menos que el derecho de propiedad. Parece que la doctrina no puede explicar un caso tan contradictorio como el anterior y aunque cuando en el caso de que la cosa robada (títulos al portador o dinero) que pasa a un tercero de buena fe (art. 800 del Código Civil) la doctrina parece ser congruente, supuesto que el tercero de buena fe se convierte en propietario, esto no se debe a la bondad del concepto doctrinal, sino a la protección a la buena fe que es uno de los pilares del derecho. c) Naturalmente que de acuerdo con las definiciones anteriores se dice que el propietario sigue siéndolo en caso de robo, mientras que el ladrón no tiene derecho. Esto es, cuando aplican la definición a los diversos casos con que se enfrenta, la hacen decir lo que no dice, pues nos obligan a aceptar que hay sometimiento sin derecho y derecho sin sometimiento, a pesar de que se hizo consistir el derecho de propiedad en el sometimiento directo y exclusivo de la cosa. Sin embargo, no está justificado dar a las definiciones de la doctrina una interpretación literal, ya que no podemos desconocer que Planiol y todos los tratadistas comprenden que el derecho real es la *facultad* que tiene el titular de obtener directamente de la cosa todas o parte de las ventajas que ésta pueda procurar, facultad que puede no estarse *ejercitando* por el titular, porque otro lo hace sin derecho, como en el caso del ladrón reconocido por Planiol. Pero lo importante es que aún reconociendo que

el derecho no es el sometimiento de hecho sino la *facultad de sometimiento*, ninguno de los autores deriva de este dato las consecuencias lógicas que los hubieran llevado a formular una doctrina científica de los derechos reales, pues finalmente todos nos dicen que la cosa es el objeto inmediato del derecho real y que la inmediatez entre el titular y la cosa es la característica esencial que distingue al derecho real de la obligación, desde el punto de vista interno de la definición.

*C. Distinción entre los derechos reales y las obligaciones personales en la doctrina.* Veamos si es posible, a través de los demás derechos reales, precisar este poder de hecho sobre las cosas, el principio de la inmediatez, mediante la distinción que hacen los autores entre las obligaciones y los derechos reales.

Stolfi, en la obra citada, (I-2, Nos. 545 a 552, pp. 429 a 439), acepta que la obligación es un vínculo jurídico entre dos personas en virtud del cual una de ellas (acreedor) tiene derecho a exigir a la otra (deudor) el cumplimiento de una obligación. Por otro lado el derecho real es aquél que atribuye a su titular un señorío inmediato y directo sobre la cosa. Tal derecho se opone a todos y por eso se llama absoluto.

El dato distintivo entre el derecho de obligación y el derecho real, lo encuentran en la relación inmediata en que se encuentra el sujeto con el objeto inmediato del derecho (cosa), reconocida en el derecho real, mientras que falta en la obligación, en la cual debe intervenir otra persona (deudor) para procurar la utilidad que constituye el objeto de la obligación. Si soy propietario o usufructuario de una cosa, tengo el derecho de cultivar el fundo, de habitar la casa. Si soy inquilino es cierto que detento la cosa, pero en virtud de que me lo permite el propietario o el usufructuario y son ellos los obligados a asegurarme el goce, en cumplimiento del contrato de arrendamiento. En el primer caso, nos dicen, hay una relación inmediata y directa entre el sujeto del derecho y el objeto; en el segundo existe otra persona obligada a proporcionármelo. Ahora sí parece congruente la doctrina: la característica del derecho real no radica en el contacto del titular con la cosa, sino en la facultad de ejercer actividades sobre las cosas. Por este motivo el hecho —inmediatez, relación directa y exclusiva con la cosa, etc.— es indiferente, no otorga ningún derecho frente al ladrón.

Volvamos a Planiol para ver en qué hace consistir la diferen-

cia entre los derechos reales y los personales. Para él la definición de los derechos personales es idéntica a la de todos los demás autores: "Es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas —llamada acreedor— tiene derecho de exigir determinado hecho o abstención, a otra —llamada deudor" (*Traité*, I, N<sup>o</sup> 2155). Refiriéndose al derecho real dice que la definición usual hace aparecer al derecho cuando una cosa se entiende sometida completa o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata (con la cosa) oponible a todos. Se refiere a la definición de Aubry y Rau (Tomo II-172). Planiol reconoce que la definición anterior satisface las necesidades de la práctica, pero que solamente toma en cuenta la apariencia del fenómeno. En efecto —dice—, esta relación directa entre una persona y una cosa es un hecho y tiene un nombre, la posesión,<sup>1</sup> pero una relación jurídica solamente puede existir entre personas. El derecho no puede existir a favor de una persona si al mismo tiempo no existe en contra de otra persona capaz de soportarlo como sujeto pasivo. Por eso el derecho real, como todos los derechos, tiene un sujeto activo y un sujeto pasivo, y un objeto. (Nos. 2158 y 2159). Veamos, nos dice (N<sup>o</sup> 2160), el derecho de propiedad: tenemos el sujeto activo (propietario) y el objeto (la cosa). No es difícil encontrar al sujeto pasivo: todo el mundo menos el propietario mismo. Esta relación con todo el mundo es de orden obligatorio, *de la misma naturaleza que la de las obligaciones personales*, pero la obligación impuesta a todo el mundo es de carácter negativo; consiste en abstenerse de molestar la posesión pacífica del sujeto activo. Esto distingue, dice, al propietario del fundo, del ladrón, a quien nadie está obligado a respetarle su posesión. Esta obligación universal deviene visible cuando se viola, lo cual no sucedería si no existiera un vínculo obligacional entre el titular y el resto de las personas. Sin embargo, dice (N<sup>o</sup> 2160 bis), esta obligación pasiva universal no basta para caracterizar al derecho. En efecto, el titular tiene un poder jurídico conferido por la ley, el cual no queda explicado simplemente por la posesión. Este poder le permite sacarle a la cosa las ventajas que es susceptible de proporcionar, de acuerdo con cada derecho y con la naturaleza de la cosa. Por otro

<sup>1</sup> Después, capítulo segundo, probaremos que aún esta afirmación es incorrecta, ya que la posesión jurídica no es un hecho sino exclusivamente un derecho que para nada se confunde con esta relación directa de hecho que puede existir entre una persona y una cosa.

lado, los derechos reales no son las únicas relaciones obligatorias que engendran obligaciones a cargo de todos los hombres como sujetos pasivos. Tenemos, dice (Nº 2161), la obligación de respetar la vida, el honor, etc., en que cada uno de nosotros es acreedor y el resto son deudores. Se trata de otros derechos absolutos que como los derechos reales son oponibles a todos, mientras que la obligación personal es oponible solamente a determinada persona. Tanto la obligación personal como los derechos reales provocan relaciones obligatorias entre los hombres, pero se diferencian por el número de sujetos pasivos y por el objeto de la obligación (Nº 2163). El derecho personal siempre existe contra persona limitativamente determinada; el derecho real es oponible a todo el mundo. El derecho real impone una simple abstención, mientras que es más enérgica la obligación que vincula al deudor, tratándose de la obligación personal, ya que permite al acreedor exigirle un hecho positivo, una prestación, aún cuando es trate de abstención, mientras que la impuesta por el derecho real no disminuye las facultades naturales o legales de otras personas; sólo les exige abstenerse y por eso sus derechos propios quedan intactos, mientras que tratándose de la obligación personal la abstención disminuye las facultades legales del deudor, su obligación le impide hacer una cosa que le sería permitida por el derecho común. En este caso la abstención es siempre una carga excepcional para el deudor, un elemento del pasivo en su patrimonio, mientras que la abstención del derecho real debe considerarse como un estado normal. Los derechos reales figuran solamente como elementos del activo del titular. El objeto del derecho real es una cosa determinada; el de la obligación personal puede estar determinado solamente en género o en cantidad. Esto explica por qué el derecho real garantiza el hecho de la posesión, el cual es necesariamente concreto (Nº 2164).<sup>1</sup> Para aclararnos más la diferencia, Planiol nos hace una comparación práctica (Nº 2165). El derecho real es oponible a todos. En caso de quiebra ningún acreedor tiene preferencia, mientras que este derecho de preferencia lo tiene el titular del derecho real, el cual también tiene el derecho de perseguir la cosa, de reivindicarla en donde quiera que se encuentre. Derecho de persecución y derecho de preferencia, he ahí la realidad del derecho real. Para Planiol (Nº 2160) un derecho real es una relación jurídica

<sup>1</sup> También el arrendamiento, comodato, aparcería, están garantizados por el hecho y por el derecho de posesión (art. 791 del Código Civil).

establecida entre una persona como sujeto activo y todo el resto de las personas como sujetos pasivos, con motivo de una cosa, *la cual es el objeto inmediato del derecho.*

Para los autores modernos que aceptan la teoría clásica, el derecho real es un derecho que recae directa e inmediatamente sobre una cosa determinada, de la cual permite obtener, sin que precise que sirva de intermediaria una persona obligada (sujeto pasivo), la utilidad total o parcial y que exige de todos un respeto igual, pero puramente pasivo. Esta es la definición que nos da Rigaud (*Derecho Real*, p. 85).

*D. Crítica de la doctrina.* Veamos, en caso de duda, quién es propietario tratándose de una venta. En nuestro derecho no es necesaria la entrega de la cosa. Nos referiremos a una venta en la cual el comprador entregó el precio cierto y en dinero, y el vendedor transfirió la propiedad de una cosa perfectamente determinada; además, la cosa será un inmueble, para que no se nos escape de las manos (art. 2248, Código Civil). Por último, en nuestro ejemplo, el vendedor entregó la cosa (arts. 2283-I y 2284, Código Civil), pero la venta no se registró. Inmediatamente después el vendedor transfiere su propiedad a otra persona, la cual registra su adquisición. Este segundo comprador es el propietario y tiene preferencia aún sobre el comprador poseedor (arts. 2265 y 2266, Código Civil). En este caso la inmediatez del titular con la cosa no existe y no es necesaria, pues nos encontramos con una "inmediatez" en el tiempo, en cuanto al registro, y no con la cosa, supuesto que es propietario no el que compró primero, aún a pesar de que es el poseedor (el que tiene inmediatez con la cosa) sino el que primero inscribió. En resumen, ni el poder de hecho que ejercemos sobre una cosa, ni el derecho al ejercicio del poder de hecho, ni la proximidad con la cosa, son elementos esenciales, necesarios ni exclusivos de los derechos reales. Con estas características no podemos científicamente diferenciar los derechos reales de otros derechos. Lo que pasa es que este poder de hecho que ejercemos sobre una cosa no es un derecho. Puede ser permitido o prohibido por la ley; pero a pesar de la prohibición el ladrón y el invasor ejercen este poder de hecho y están colocados en forma inmediata en relación con la cosa y pueden provocar, mediante la posesión de mala fe, la transformación de este hecho en el derecho de propiedad. El mismo invasor puede oponer

el hecho de la posesión a terceros que no tengan ningún derecho. En el ejemplo anterior el primer comprador que recibió la cosa no solamente ejerce el poder de hecho sino que tiene derecho a hacerlo: es poseedor jurídico y de buena fe (806-808, Código Civil). Si el segundo adquirente pretendiera recuperar la cosa con el carácter de poseedor jurídico; esto es, mediante los interdictos, perdería el juicio por la sencilla razón de que no es poseedor jurídico y jamás lo fue en el pasado; jamás fue despojado (arts. 17-18 del Código de Procedimientos Civiles). Se vería obligado a recurrir a la reivindicatoria o a la publiciana (arts. 4 y 9 del Código de Procedimientos Civiles) por la sencilla razón de que no es poseedor jurídico, sino propietario, mientras que el primer adquirente no es propietario sino que es poseedor jurídico. Este ejemplo pone en evidencia la siguiente situación: *a)* que el propietario tiene derecho a la posesión por ser propietario (derecho a usar, disfrutar y disponer) pero no tiene derecho de posesión por no ser poseedor jurídico; esto es, no tiene el ejercicio del poder de hecho *ni el derecho al ejercicio*. Aquí existe con toda plenitud el derecho de propiedad sin el ejercicio del poder de hecho y sin el derecho al ejercicio del poder de hecho; *b)* el primer adquirente no es propietario, pero tiene el ejercicio del poder de hecho y el derecho al ejercicio, exclusivamente con su carácter de poseedor jurídico y no de propietario. Jamás podrá desposeerlo el segundo adquirente ni tendrá derecho a hacerlo mientras pretenda hacerlo como poseedor jurídico y no triunfará el segundo adquirente hasta que consiga (mediante la reivindicatoria o la publiciana) que se declare extinguido el derecho de posesión del primer adquirente.

En resumen, en México no es necesaria la inmediatez entre el titular y la cosa, ni el ejercicio del poder de hecho; no es necesaria ninguna relación de hecho entre el titular y la cosa, para que exista el derecho de propiedad. Tampoco es necesario el derecho al hecho para la existencia del derecho de propiedad; esto es, no es necesario el derecho al ejercicio del poder de hecho.

No puede objetarse mi crítica diciendo que este señorío sobre la cosa caracteriza al derecho real cuando está amparado por el derecho. Ya hemos visto que el arrendatario tiene posesión derivada, posesión amparada por el derecho, el poder de hecho inmediato y directo sobre la cosa. Además, en México el arrendatario tiene la posesión por su propio derecho y directamente, ya que es poseedor en derecho (arts. 791, 803, 2418 y 2419 del Código Civil y 16 y 17

del Código de Procedimientos Civiles). Se nos contestará que lo tiene en virtud de que se lo permite el propietario o el usufructuario, pero esto no es correcto, supuesto que es poseedor, según lo comprobaré hasta la evidencia posteriormente y según lo establece el artículo 791 en relación con los 803 y 2419, tratándose del arrendamiento. En el ejemplo anterior el primer adquirente es el único que tiene derecho al ejercicio del poder de hecho: es el que está apropiándose la cosa y el único que tiene derecho a apropiársela, mientras no se destruya su derecho de posesión mediante la acción publiciana o la reivindicatoria. En el caso del primer adquirente nadie podrá decirnos que está poseyendo en nombre del segundo adquirente.

La intermediación encontrada en el arrendamiento no es simplemente un juego de palabras. No basta con que se nos diga que el arrendatario goza y disfruta de la cosa porque se lo permite el arrendador. Su uso y disfrute es inmediato y directo sobre la cosa, como en el caso del usufructuario. El arrendatario, directa e inmediatamente usa y disfruta la cosa y la cosa es usada y disfrutada por él en forma directa e inmediata. No solamente tiene el poder de hecho sino el derecho al poder de hecho y al uso y disfrute de la cosa. Por eso no se puede decir que mi crítica a las definiciones de la doctrina es infantil, advirtiéndose que no debo interpretar dichas definiciones en forma literal. Si nos dicen que en el caso del ladrón debe entenderse que el derecho de propiedad no es el sometimiento de la cosa, sino el derecho al sometimiento lo que constituye el derecho, entonces sí resulta claro que el ladrón no es propietario, porque aunque tiene la cosa sometida a su poder, no tiene derecho al sometimiento, pero el propietario sigue siendo propietario, porque tiene derecho al dicho sometimiento. Pero a pesar de esta modificación a la doctrina no encontramos la diferencia específica, porque el arrendatario y el primer adquirente cuando es poseedor, tienen el sometimiento directo y el derecho al sometimiento directo, mientras que tratándose de la hipoteca (y en algunos casos de la prenda), —no existe ni el sometimiento ni el derecho al sometimiento a favor de los titulares de derechos reales. El nudo propietario no tiene ni el sometimiento ni el derecho al sometimiento mientras dure el usufructo. Vemos, pues, que el derecho real máximo, la propiedad, no se caracteriza por la inmediatez entre el titular y la cosa ni por ningún hecho o atribución de hechos.

De todo lo anterior resulta que este hecho, la inmediatez, el

poder de hecho directo e inmediato, se presenta: a) como manifestación de los derechos reales, *pero no de todos ellos*; b) algunas veces como manifestación de los derechos personales, y c) como manifestación de un simple hecho sin derecho o en violación al derecho. Por este motivo *este hecho* no define al derecho real.

Tratándose de la hipoteca, para poner en evidencia que se trata de un derecho real, Stolfi (*ob. cit.*, II-3, n<sup>o</sup> 464, p. 200) acepta la explicación de Chirioni al afirmar que se trata de una enajenación parcial del valor del fundo. Para este autor el acreedor hipotecario es nada menos que el propietario de parte del valor del fundo, digamos una especie de copropietario, que en vez de representar una parte alícuota del derecho, representa una cantidad determinada en pesos. De lo anterior se nos informa que de allí se deriva que la hipoteca sea un derecho real (n<sup>o</sup> 466). En efecto, se dice, la hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes del deudor o de un tercero, el cual se adhiere al bien y lo sigue frente a cualquier poseedor; da al acreedor el derecho a ser preferido, a pagarse y a hacer vender la cosa y a impedir que el deudor modifique o disminuya su valor. Nos encontramos, en vista de la ausencia del poder de hecho directo, inmediato, con que la hipoteca es un derecho real porque es un derecho adherido a la cosa que otorga al acreedor preferencia frente a terceros. Pero esta preferencia frente a terceros no es exclusiva del derecho real, pues la tiene el primer arrendatario frente al segundo o posteriores y aún frente al adquirente del bien arrendado; mientras que esta especie de estampilla (derecho adherido a la cosa) no la entiendo, porque no tiene sentido, ni jurídico ni lógico.

Finalmente, tratándose de propiedad de cosas incorpóreas, parece que la doctrina clásica y la personalista no logran una explicación científica. La cosa incorpórea —la idea objetivada— no es una cosa desde el punto de vista real, sino una ficción jurídica que viola el concepto natural de cosa. En vista de que la doctrina considera la cosa incorpórea como objeto inmediato del derecho de propiedad, podemos afirmar que no existen en este caso ninguno de los elementos intrínsecos en que se hace consistir el derecho de propiedad. No hay inmediatez entre el titular y la cosa supuesto que ésta (la idea objetivada) no existe en el espacio; no hay señorío o poder de hecho porque no existe la cosa. Sin embargo, existe el derecho de propiedad

intelectual. Lo que pasa es que la doctrina no nos sirve para explicar esta clase de propiedad.

Desde el punto de vista interno de las definiciones doctrinales, llegamos a la conclusión de que el poder de hecho directo sobre la cosa, la inmediatez del titular con la cosa, el derecho al sometimiento de la cosa, no son elementos ni necesarios ni exclusivos de los derechos reales y muchas veces no son *posibles* por no existir la cosa en el espacio (propiedad intelectual) o por tratarse de metáforas anti-jurídicas e ilógicas como aquélla del derecho adherido a la cosa. Desde el punto de vista externo hemos visto también que la protección exterior frente a terceros no es exclusiva de los derechos reales, pues el legislador la ha otorgado tratándose de derechos personales. En tal virtud, nos vemos obligados a abandonar a la doctrina y a continuar buscando la diferencia específica que comprenda a todos los derechos reales; esto es, elementos necesarios que siempre existan en los derechos reales y que al mismo tiempo no aparezcan en ninguno de los derechos personales, que sean, asimismo, elementos exclusivos y posibles.<sup>1</sup> Solamente así podremos integrar una teoría científica de los derechos reales. Si no lo conseguimos, llegaremos a la conclusión de que se trata de una institución vaga, poco científica, que no es necesaria o fatal, aunque tenga un abolengo distinguido y consecuencias prácticas de importancia. Llegaremos a la conclusión de que el caso de los derechos reales es como el de la electricidad, en que no se conoce su esencia (qué es) sino sus manifestaciones.

No pretendo haber conseguido producir en el lector la certidumbre de que la doctrina no nos proporciona una teoría científica de los derechos reales. Me conformo, por lo pronto, con haber provocado la desconfianza ante las contradicciones innegables que la doctrina no resuelve. Cuando menos hemos demostrado que ni el sometimiento de la cosa ni el derecho al sometimiento constituyen el objeto o la esencia del derecho real. Ni las cosas ni las actividades *actuales* que recaen sobre las cosas representan el *objeto* de los derechos reales. Al aplicar mi teoría a cada uno de los preceptos del de-

<sup>1</sup> No he querido abrumar al lector con más citas de autores, ya que los citados en el texto son representativos de las varias tendencias que existen sobre este problema. El que quiera ver repetidas las ideas de la doctrina, puede consultar la bibliografía citada en la monografía de Rigaud o la copiosa bibliografía de los traductores de Windscheid, t. iv, n. 38.

recho positivo probaré hasta la evidencia que no existe en la doctrina una teoría científica de los derechos reales.

#### IV. TEORIA DE LOS DERECHOS REALES

Me veo obligado, con verdadero temor, a buscar, si no una nueva *teoría de los derechos reales*, cuando menos una descripción satisfactoria. Naturalmente que no podré cumplir mi promesa de describir solamente lo que pasa en la realidad, supuesto que esto es lo que ha pretendido hacer la doctrina, sin lograrlo. La doctrina ha cometido el error de querer integrar una teoría de los derechos reales exclusivamente con los datos que nos dan los sentidos: la cosa, la aprehensión de la cosa, el señorío sobre la cosa, el poder de hecho que se ejerce sobre la cosa, la inmediatez entre el titular y la cosa, el derecho adherido a la cosa, la cosa incorpórea; siempre la cosa y los hechos físicos que se ejercen sobre ella. Por este lado no podremos explicar jamás ni lo que es el derecho en general, ni lo que son los derechos reales en particular. Para formular una teoría, cualquiera teoría, tenemos que emanciparnos de Locke y de Hume y formular una hipótesis cuya validez dependerá de que esté conforme con la lógica y explique y armonice cada uno y todos los preceptos del derecho positivo y los datos de la realidad misma.

A. *Derecho objetivo. Derecho subjetivo y deber jurídico.* El derecho objetivo consiste en normas que regulan la conducta humana mediante la atribución de las actividades del hombre en forma bilateral; esto es, mediante el otorgamiento de facultades y la imposición de deberes correlativos. Estas actividades son de hacer o no hacer. Las abstenciones tienen importancia jurídica en cuanto son la prohibición de *actividades* ilícitas. Todo el derecho es atribución de actividades humanas.

Es derecho subjetivo la *facultad* de hacer o no hacer derivada de una norma objetiva de derecho. Es deber jurídico la imposición de una actividad *obligatoria* de hacer o no hacer. La persona a quien se otorga la facultad o se impone el deber se llama *sujeto* del derecho o del deber respectivamente y es *objeto* del derecho o del deber lo que se le atribuye, la actividad o la abstención. Es importante advertir desde ahora que yo no entiendo por *objeto* del derecho la facultad atribuida por la norma, pues ésta es para mí el

derecho subjetivo; esto es, el objeto es lo que se faculta, la actividad y no la facultad o autorización. El derecho subjetivo es facultad o autorización derivada de la norma; el *contenido* de la facultad o autorización es el objeto directo o inmediato del derecho.

Es criticable definir al derecho como normas de hacer o de no hacer porque esto es igual a decir que el derecho es a veces un hacer y a veces es todo lo contrario, un no hacer. No podemos decir que el derecho sea *A* y no-*A*; ni siquiera podemos decir que el derecho sea *A* o *B*, salvo que *A* y *B* sean distintos nombres para designar al mismo objeto, como por ejemplo Londres y London, casa y habitación. En resumen, no podemos decir que el derecho es una orden o prohibición o una autorización o permiso. Estamos obligados a definir al derecho por sus elementos constitutivos y universales, lo que es exclusiva e invariablemente. Ahora bien, el derecho es siempre la norma que atribuye actividades exteriores humanas en forma bilateral. El derecho como permiso, obligación o prohibición nos proporciona la base para una clasificación de los diversos derechos subjetivos y deberes jurídicos y no para una definición del derecho objetivo en general.

Aparentemente existe una contradicción al considerar que la atribución de no hacer, de una abstención, es una facultad o derecho subjetivo. En efecto, toda atribución de actividades negativas constituye una prohibición, un *deber* y no una facultad jurídica. La misma crítica es aplicable a la atribución de actividades positivas, de hacer, cuando la atribución se hace en forma imperativa o exigida, pues también en este caso la atribución constituye una obligación y no un derecho, un deber y no una facultad. En ambos casos la persona que está obligada a hacer o no hacer no es sujeto de un derecho subjetivo potestativo sino de un deber jurídico.

Cuando la norma atribuye una actividad en forma obligatoria (prohibida o exigida) es *fundante* de un deber jurídico. La persona a quien se le atribuye la actividad obligatoria es sujeto pasivo, tiene el deber jurídico de hacer o no hacer, *pero al mismo tiempo tiene el derecho de cumplir con su deber*. Si se trata de una actividad prohibida (un delito, por ejemplo) tiene el derecho de no hacer lo prohibido y de exigir que no se le obligue a hacerlo, mientras que si se trata de una obligación positiva tiene el derecho de cumplirla (por ejemplo, tiene el deber y el derecho de votar, el deber y el derecho de pagar, etc.). En ambos casos su derecho o facultad es derivada, se

funda en un deber. Por esto en semejantes casos se habla del derecho del obligado, de facultades fundadas en deberes, de derechos de segundo grado fundados en deberes.<sup>1</sup>

Cuando la norma atribuye facultades potestativas es fundante de derechos subjetivos en sentido estricto, en el sentido de que la norma atribuye al sujeto directa e inmediatamente una *facultad* y no un deber. Cuando la atribución de la facultad está fundada en un deber, es indirecta, mediata, fundada o derivada. La facultad fundante no se funda en ningún deber, sino que es correlativa de deberes a cargo de los demás y jamás a cargo del titular del derecho.

A mí me parece un poco artificioso afirmar que el derecho sanciona deberes primordialmente y que si tenemos un derecho es porque existe el deber de los demás de respetarlo como si el deber fuera la causa o fundamento del derecho. Digo que esto es artificioso porque es el "arte" de que se valen las personas que tienen la idea preconcebida de que el fin del derecho es establecer deberes únicamente.<sup>2</sup> Es cierto que a todo derecho va unido un deber correlativo, pero éste no es la causa de aquél ni es el deber la norma primaria y la facultad la norma secundaria. Es necesario distinguir en cada caso. Es evidente que el derecho no protege la conducta humana (garantías individuales, derecho de propiedad, etc.) por darse el gusto de imponer a los demás el deber de respetarla. Lo cierto es que hay normas que tienen por finalidad primordial proteger la propia conducta y para lograrlo imponen a los demás el deber de respeto. Por otro lado, hay normas que atribuyen actividades obligatorias y para lograr su objeto facultan a determinadas personas para exigir la conducta obligatoria. Por lo expuesto podemos clasificar al derecho objetivo en dos categorías. Es cierto que todo el derecho objetivo tiene por objeto atribuir actividades, pero se divide en normas que *facultan* actividades y normas que *imponen* actividades

<sup>1</sup> El fundamento de la facultad del obligado está admirablemente expuesto por Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1944, p. 196: "Si la ley no concediese a las personas a quienes impone obligaciones, el derecho de cumplirlas, sería contradictoria, ya que ordenaría y prohibiría al propio tiempo una misma conducta... en todo deber jurídico se halla *fundido* el derecho de acatarlo." El derecho del obligado está consagrado expresamente por nuestro Código Civil en el caso del ofrecimiento de pago y de la consignación.

<sup>2</sup> Este punto de vista es típico de Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pp. 59, 76, 85, 89.

positivas o negativas. Estas últimas a su vez se dividen en normas que prohíben y normas que ordenan o exigen actividades. Naturalmente que la norma que faculta actividades impone deberes correlativos y la que impone deberes otorga facultades correlativas —pues de otra manera la norma no sería bilateral, no sería derecho.

Así como el deber es fundante de una facultad fundada, la facultad fundante (que no se funda en ningún deber) es fundante de otro derecho o facultad que no tiene por contenido ninguna actividad sino que se refiere al modo o forma de ejercicio de la actividad. En efecto, la norma autoriza determinada actividad (por ejemplo, las llamadas libertades personales) y al mismo tiempo faculta al sujeto a *optar* por su ejercicio o no ejercicio. Es evidente que se trata de un derecho subjetivo pues es una *facultad* derivada de la norma y otorgada a un sujeto. Este nuevo derecho está fundado en la actividad atribuída (facultad fundante) y no puede existir sin ella, supuesto que no es la actividad atribuída sino la facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio. A esta facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de nuestros derechos subjetivos potestativos es a lo que E. García Maynez ha llamado derecho de libertad.<sup>1</sup>

En resumen, el derecho objetivo es la atribución de actividades, no porque se estén realizando (lo cual sería una descripción de lo que es) sino porque se deben realizar: el derecho objetivo regula la conducta humana como posibilidad normativa.<sup>2</sup> El derecho se divide en: *a*) normas que atribuyen actividades positivas como *facultades* o autorizaciones potestativas. Estas normas que atribuyen derechos subjetivos en sentido estricto, como facultades fundantes, son el fundamento de un nuevo derecho subjetivo fundado en el anterior y derivado de él, el derecho de optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad atribuída. Por esto el derecho subjetivo en sentido estricto es fundante del derecho subjetivo de libertad jurídica; *b*) normas que atribuyen actividades obligatorias, *deberes jurídicos*. Estas se dividen en deberes de abstención que atribuyen prohibiciones (actividades de no hacer) y deberes de hacer que permiten actividades, pero no el derecho de optar por su ejercicio o no ejerci-

<sup>1</sup> *La Libertad como Poder y como Derecho*. Constantemente se verá en mi libro la importancia que tiene el concepto de la libertad jurídica para descubrir la distinción esencial entre derechos reales y obligaciones personales.

<sup>2</sup> García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, nº 106, p. 191.

cio. Por ser normas que atribuyen deberes, en su caso *el ejercicio de la actividad es obligatoria*. Así como el derecho subjetivo fundante de facultades da nacimiento a otro derecho subjetivo fundado, el derecho de libertad jurídica, también el deber jurídico es fundante de derechos subjetivos fundados, del derecho a cumplir con el deber atribuido por la norma.

*B. Bilateralidad del derecho.* El derecho es el conjunto de normas que atribuyen actividades en forma bilateral. En efecto, para que una norma que regula la conducta externa del hombre sea jurídica es necesario que al atribuir una facultad atribuya también la obligación de que sea respetada por los demás, a quienes la misma norma impone el deber de respetarla. De otra manera no tendríamos una norma de derecho sino un simple consejo u otra clase de normas, tales como las normas técnicas, morales o los convencionalismos sociales. *Esta característica del derecho no tiene excepción.* Cuando la norma atribuye una facultad impone a los demás el deber de respetarla como deber jurídico correlativo. Todas las actividades que son objeto de derechos lo son por existir el deber correlativo de respeto y el derecho a exigir dicho respeto de parte del titular de la facultad. En la misma forma, toda actividad obligatoria atribuida por la norma constituye el objeto de un deber jurídico porque existe la facultad correlativa otorgada a determinados sujetos de exigir que se cumpla o de castigar el incumplimiento.

*Deber o facultad correlativos no significa identidad de actividades atribuidas al mismo tiempo como facultad y como deber.* El otorgamiento de una facultad está acompañado de la imposición del deber que se considera suficiente para la protección de la facultad otorgada. En la misma forma, cuando la norma es fundante de un deber jurídico, la facultad correlativa es la necesaria para que el sujeto de ella pueda exigir la conducta impuesta por el deber o para castigar su incumplimiento. Por ejemplo, no se prohíbe el delito (deber) para permitir a otro que lo cometa, sino que se faculta a otro para exigir que no se cometa o castigar el incumplimiento de la norma (facultad correlativa).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Es muy importante de aquí en adelante que se sobreentienda la bilateralidad, aunque al analizar el aspecto de la facultad no insista expresamente en el deber o vice-versa. Categóricamente manifiesto que considero la bilateralidad como esencial en la norma jurídica.

*C. El derecho como atribución de actividades humanas exteriores.*

No solamente se ha creado el derecho para el bien o para el mal de los hombres, sino que solamente a través de ellos puede surtir efectos sobre los animales y sobre las cosas. Aún los fenómenos de la naturaleza y las actividades de los animales caen en la esfera jurídica a través de la actividad o de la abstención humana y en vista de los intereses humanos traducidos en actos o abstenciones humanas.<sup>1</sup> Por

<sup>1</sup> Con el objeto de evitar desde un principio una falsa impresión en el lector, debo manifestar que al mencionar los intereses humanos como finalidad del derecho no quiero significar con ello que el *interés* de los sujetos sea un elemento constitutivo de los derechos subjetivos. Al contrario, para mí es evidente que el interés es irrelevante jurídicamente, ya que se atribuye un derecho o un deber aunque los sujetos facultados u obligados no tengan ningún interés en ellos. Tengo el derecho a expresar mis ideas, a moverme, a asociarme, etc., aunque no tenga ningún interés en él. Generalmente no se tiene ningún interés en estos derechos hasta el momento en que se han perdido, por lo que en vez de decir que el derecho es un interés del sujeto protegido más bien deberíamos decir que mientras que el interés está protegido no se tiene interés en él y que en el momento en que no está protegido, en el momento en que no existe como derecho, entonces nace el interés en la actividad no protegida. En consecuencia, no me refiero al interés subjetivo del sujeto de la protección o del deber sino a un elemento metajurídico que nada tiene que ver ni con el contenido ni con la esencia del derecho, sino con los móviles psicológicos del legislador, interés que influye en la creación de la norma (legislativa o consuetudinaria). El único interés que podemos encontrar no lo encontramos en el derecho sino en relación con el derecho, en su creación o génesis psicológica. No radica ni en el contenido ni en la esencia de la norma una vez creada. De aquí se deriva la conclusión evidente que no encontraremos la esencia de la norma a través del interés. Tampoco aparecen los intereses humanos frente al legislador como valores absolutos o como leyes naturales que se impongan con necesidad lógica o real. Es decir, no existe un interés objetivo que obligue al legislador a dar a la norma determinado contenido y no otro. El contenido de lo que debe ser no es la formulación de lo que es; no es un interés humano objetivo en el mundo real o ideal. Desde luego que el contenido escogido por el legislador es el que más se aproxima a la realización del valor ideal que trata de realizar a través de la norma, pero al tratar de encarnar un valor en la conducta solamente logra el legislador una aproximación imperfecta y muchas veces fugaz. Sólo logra expresar lo que más le interesa en determinado momento y lugar. Por ejemplo, no creo que exista ninguna ley natural que establezca que la apropiación de los bienes debe atribuirse en la forma en que lo ha hecho el derecho a través de la historia, a una minoría. Tampoco he descubierto ningún valor ético absoluto que establezca semejante atribución. Finalmente, tampoco se ha hecho el esfuerzo, jamás en la historia, por encontrar el interés objetivo mediante el simple procedimiento de consultar a todos los hombres

ejemplo, no se protege al perro por él mismo o porque se le considere sujeto de derechos, sino porque los hombres lo consideran digno de protección, convirtiéndose esta protección en autorización o prohibición de actividades humanas.

El derecho es de las personas, para ellas y se realiza por ellas. No es una cosa material, como lo es una mesa, por ejemplo; no es un fenómeno psicológico, como lo es el acto de pensar, sino que es una actividad humana objetivada; *no es pensar, sino pensamiento*. No es todo lo pensado por los hombres sino aquello que tiene por objeto exclusivo regular las actividades humanas; es la norma que regula la conducta humana exterior en forma bilateral.

El derecho no puede consistir en hacer algo para o por la cosa supuesto que todo el derecho otorga facultades o impone deberes a los hombres. Esto ya lo han dicho muchos autores, pero lo han olvidado inmediatamente ante el hipnotismo que les produce la "realidad" de las cosas o la realidad del hecho actual, según lo comprobamos al exponer la doctrina.

*D. Objeto del derecho vs. ejercicio del derecho.* Ya parece haberse aclarado el concepto de que el objeto del derecho es la actividad humana y jamás es la cosa. Este descubrimiento ya ha sido hecho por muchos juristas, pero no había sido llevado a sus últimas consecuencias por la sencilla razón de que consideraban que la actividad humana atribuida en forma bilateral era el derecho y que la norma estaba completamente integrada al formular la hipótesis en que se fundarían las relaciones jurídicas, sin necesidad de decir que precisamente las actividades atribuidas eran el objeto del derecho. En esta forma aceptaban la bilateralidad, pero quedaban en libertad de decir que el objeto era la cosa.

para que digan si tienen interés en que se atribuyan los bienes a una minoría o para que decidan si prefieren que se repartan todos para que les toquen unos cuantos pesos a cada uno. Naturalmente que los hombres saben con frecuencia lo que les interesa y de la lucha de todos estos intereses a través de la historia es como el legislador o la costumbre han ido haciendo y modificando la atribución de los bienes. Indudablemente que el legislador encuentra el contenido del derecho escogiendo de entre todos los contenidos posibles aquél que más le interesa y solamente en este sentido el derecho es la protección de intereses humanos, intereses de un grupo, intereses variables, pero siempre intereses humanos que determinan la regulación bilateral de la conducta externa del hombre, el contenido de la norma jurídica.

Su razonamiento tenía bastante apariencia: si el derecho es actividad bilateral (facultad y deber correlativo), aún queda por descubrir el contenido o aspecto interno del derecho, supuesto que la bilateralidad es solamente el vínculo en que se funda la relación jurídica. Tratándose de los derechos reales, razonaban, el objeto del derecho es el objeto (la cosa) sobre la cual recaen estas actividades atribuidas por la norma como facultades y deberes correlativos. La lógica contribuyó a confirmar este razonamiento, pues si decimos que el objeto del derecho es el objeto sobre el cual recaen las actividades, estamos expresando algo tan evidente como cuando afirmamos que  $A$  es  $A$ . Si pensamos en algo, este algo es el objeto de lo pensado. Lo que ha pasado es que los tratadistas han estado pensando en las cosas y en los hechos relacionados con ellas, pero no han estado pensando en el derecho, en su naturaleza o esencia.

Aún admitiendo que el objeto del derecho es la actividad, es necesario descubrir en qué sentido es la actividad objeto del derecho, pues de lo contrario caeremos en el mismo error en que se cayó al considerar que la cosa era el objeto del derecho; estaremos emancipándonos de la cosa para caer en el hecho como fenómeno natural. Apelaré a un ejemplo para descubrir este nuevo dato que necesitamos.

Analicemos cualquier derecho subjetivo fundante. Yo tengo el derecho subjetivo que me faculta a expresar mis ideas en forma verbal o escrita (arts. 6 y 7 de la Constitución). También tengo la facultad de optar por su ejercicio o no ejercicio y mientras que no esté ejercitando mi derecho sigo siendo titular de él. De aquí se deriva la conclusión necesaria de que la *actividad actual* (el ejercicio) no es el objeto del derecho. El derecho subjetivo es atribución, autorización o facultad; lo que se tribuye, autoriza o faculta, la actividad, es el objeto del derecho, mientras que el hecho de estar ejercitando la actividad es manifestación o ejercicio del derecho: aparición del objeto del derecho en el tiempo y en el espacio.

Se puede descubrir el mismo dato por otro lado y ésta es otra prueba de su existencia, pues por cualquier lado que se le vea será el mismo. Para todos es evidente que la inexistencia del objeto trae consigo *necesariamente* la extinción del derecho supuesto que no hay derecho sin objeto. Por ejemplo, si se destruye la cosa desaparece el derecho de propiedad correspondiente. Para la doctrina esto significa que se extingue el derecho porque se destruye la cosa que

es el objeto del derecho de propiedad, mientras que yo también diría que se extinguió el derecho porque se extinguió el objeto, pero para mí el objeto extinguido es la posibilidad de ejercer la actividad atribuida, la cual recae sobre la cosa. Si entendemos que la actividad *actual*, el fenómeno natural y no la posibilidad de realizarlo, es el objeto del derecho, tenemos que decir que al no estarse ejercitando el derecho de expresar las ideas se ha extinguido por inexistencia del objeto. Por este lado llegamos a la misma conclusión evidente: *que el objeto del derecho jamás es la actividad en ejercicio sino la actividad como posibilidad de acción*. El hecho actual es la aparición o manifestación del objeto en el tiempo y en el espacio, pero solamente es la manifestación del derecho cuando el que lo realiza está facultado para hacerlo. De aquí se deriva la conclusión de que los hechos actuales no sirven por sí solos para descubrir cuándo existe un *derecho* ni de qué derecho se trata. El *mismo hecho* puede ser ejercicio de un derecho subjetivo absoluto (la facultad de expresar las ideas, por ejemplo), cumplimiento de una obligación personal (prestación de servicios, como cuando doy una clase porque me pagan para hacerlo) o violación de un deber jurídico (difamación, por ejemplo).

Tampoco debe confundirse la posibilidad de hacer o de no hacer ni el ejercicio de actividades, con el derecho de libertad, pues éste no tiene por objeto ni la actividad ni su ejercicio, sino la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio. Los derechos subjetivos, con excepción del de libertad, facultan para hacer o no hacer (contenido u objeto del derecho) y *el de libertad faculta a optar* (por el ejercicio o no ejercicio). Sin embargo, también el derecho de libertad, como todos los derechos, se refiere a las actividades humanas, pero no para atribuírlas sino para facultar a optar por su ejercicio o no ejercicio. Por este motivo, cuando se atribuye una actividad en forma obligatoria se tiene el derecho de realizarla (facultad fundada en un deber) pero no se tiene la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio. La facultad fundada en un deber no es fundante del derecho de libertad.<sup>1</sup> Cuando se ejercita el deber es porque se está obligado a hacerlo y no porque se optó por hacerlo.

Tratándose de los deberes tampoco es el hecho el objeto del deber sino su posibilidad de realización atribuida en forma obliga-

<sup>1</sup> E. García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, nº 119, p. 215.

toria. Mientras se está realizando la actividad decimos que se está manifestando el deber, que se está cumpliendo con el deber impuesto por la norma. Cuando no se está realizando pueden presentarse dos situaciones distintas: a) que se esté violando el deber jurídico; b) que no ha llegado el momento de realizar el deber de acuerdo con la norma, sin que en este caso exista incumplimiento. Por ejemplo, tenemos los ciudadanos el deber jurídico de votar antes de que estemos votando, pero solamente tenemos la obligación de realizar la actividad en el momento de votar. Sin embargo, desde antes e independientemente de la realización de la actividad impuesta por la norma, existe el deber jurídico. Por lo expuesto, el hecho actual tampoco es objeto del deber jurídico.

Tratándose de actividades prohibidas tampoco es el hecho actual el objeto del deber. Existe el deber y estoy cumpliendo con él mientras no realice la actividad prohibida, pero si la estoy realizando no por esto desaparece el objeto, sino que simplemente estoy violando mi deber jurídico, ya que aquí el no ejercicio es obligatorio.

En resumen, el objeto del derecho subjetivo fundante es la actividad positiva atribuida como posibilidad de conducta, mientras que su manifestación actual es un hecho que constituye al mismo tiempo que un hecho (fenómeno natural), la exteriorización, manifestación o ejercicio de un derecho: es un hecho que al mismo tiempo es la manifestación de un valor jurídico. *El objeto del derecho es siempre un objeto ideal y no es jamás un objeto o hecho real* (ni una cosa, ni una actividad actual).

*E. Esencia de los derechos reales.* Tratándose de derechos reales el derecho también sanciona actividades y abstenciones humanas correlativas, *con motivo de las cosas*, con el fin de regular la conducta en cuanto el hombre ejerce un poder sobre las cosas para sacarles la utilidad que son capaces de proporcionarle. También aquí se limita el derecho a sancionar actividades humanas: hacer y no hacer correlativos. Esto es natural, pues el derecho no puede ordenar o permitir nada a la cosa ni siquiera hacerla su objeto inmediato, ya que, como hemos visto, el objeto directo o inmediato del derecho es siempre una actividad o abstención humana. De aquí no se sigue que el derecho real tenga por objeto la abstención de los demás o que pueda definirse por el respeto universal que impone. Este es el error implícito de la teoría personalista. En efecto, la teo-

ría personalista nos dice que el derecho real es la facultad que tiene el titular de exigir el respeto de los demás. No se da cuenta de la contradicción en que cae cuando después nos dice que desde el punto de vista interno el derecho real es la facultad que tiene el titular de actuar sobre las cosas, las cuales son el objeto del derecho. *El derecho real tiene por objeto inmediato precisamente la actividad de su titular; es el derecho a la propia conducta cuando se refiere a las cosas y tiene por deber jurídico correlativo el deber de abstención impuesto a los demás sujetos dentro de cada orden jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que la bilateralidad no significa identidad de actividades atribuidas como facultad y deber correlativos, según lo vimos en su oportunidad. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa; este es el error de la teoría clásica. Tiene por objeto inmediato las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas.*

En el momento en que nos dice la teoría personalista que al sujeto pasivo del derecho real (todo el mundo) se le impone una obligación que es de la misma naturaleza que la de las obligaciones personales,<sup>1</sup> acepta necesariamente esta consecuencia: *por ser el sujeto pasivo el obligado a prestar el objeto resulta que su abstención es el objeto del derecho real.* En efecto, buscar el *objeto inmediato* es preguntarse *qué se va a hacer o dejar de hacer*; buscar el *sujeto pasivo* es preguntarse *quién tiene la obligación de hacer o no hacer*. Por este motivo se vió obligada la doctrina personalista a decir que desde el punto de vista interno el objeto del derecho es la cosa. Lo que pasa es que tratándose de los derechos absolutos el objeto del derecho es la propia conducta, mientras que el objeto del deber correlativo de abstención es la conducta ajena. En relación con los derechos reales, tanto la facultad como el deber correlativo se refieren a actividades relacionadas con la misma cosa o sea la cosa sobre la cual debe hacer el titular del derecho y sobre la cual no debe hacer el sujeto del deber: he aquí por qué la doctrina no ha resistido la tentación de decir que esta cosa a que se refiere el derecho tanto desde el punto de vista de la facultad como desde el punto de vista de la abstención es el objeto del derecho. En otras palabras, a todo trance ha querido la doctrina que el objeto del interés subjetivo humano, la cosa, los bienes, constituyan el objeto del derecho. El razonamiento ha sido de sentido común, mejor dicho, de contrasentido común. Se ha empleado el siguiente razonamiento: si los hombres se pelean

<sup>1</sup> Planiol, n<sup>o</sup> 2160.

por las cosas y las desean con toda el alma, procede hacer de la cosa el objeto del derecho: el derecho tiene por objeto atribuir las cosas. Aquí objeto significa la finalidad social o política que persigue el legislador: regular la apropiación de las cosas. Fue muy sencillo pasar el mismo significado de objeto como finalidad metajurídica al tratar del objeto del derecho. Pero he aquí que el derecho es autorización, facultad o prohibición y su objeto es *lo que* se autoriza, facultada o prohíbe y sólo pueden autorizarse, facultarse o prohibirse *actividades humanas*, pues si se le ordena algo a una cosa permanecerá completamente indiferente y si no se burla de los juristas que lo han hecho es porque no sólo no puede obedecer la orden sino que tampoco puede burlarse del que se la dió.

El derecho real tiene por objeto inmediato la actividad de su titular, pero éste tiene también la facultad de ejercitar o no ejercitar la actividad; se le ha atribuido un derecho subjetivo (a su favor) y no una norma que prohíba u ordene. Por este motivo, tratándose del titular de un derecho real, no nos preguntamos *quién tiene la obligación* (actividades prohibidas u ordenadas) sino *quién tiene la facultad* de ejercitar o de no ejercitar su actividad, y nos encontramos con el *sujeto activo* a quien se le ha atribuido directamente el objeto porque tratándose de derechos reales el objeto inmediato es invariablemente la atribución de actividades potestativas, mientras que tratándose de una obligación personal o de un deber jurídico el objeto inmediato es siempre una obligación, la de hacer o no hacer, a cargo del sujeto del deber jurídico o del deudor.

En el momento en que se viola el derecho real surge un *obligado determinado*, aparece el sujeto pasivo individualizado. El derecho real no tiene, al nacer, un sujeto pasivo *determinado* y para distinguirlo del sujeto pasivo de la obligación personal, diremos que el derecho real tiene *siempre* y desde que nace, un sujeto pasivo *indeterminado* (confirmación de la bilateralidad de todo derecho) mientras que la obligación personal tiene *siempre* un sujeto pasivo *determinado*, la persona que se ha obligado a hacer o no hacer.

En el derecho real el sujeto pasivo es indeterminado precisamente porque el *objeto* del derecho subjetivo potestativo es una actividad que se atribuye *directamente* al sujeto activo, por ser un derecho fundante de facultades, mientras que el deber correlativo es fundado, tiene por objeto proteger la conducta facultada y para lograrlo, *necesariamente* se atribuye a todos los que están sujetos al orden jurídico,

menos al titular del derecho; esto es, *necesariamente* se atribuye a sujetos *indeterminados* supuesto que tratándose de derechos subjetivos potestativos se faculta la propia conducta. Si se facultara la conducta ajena entonces sería necesario atribuir la conducta a personas *determinadas*.<sup>1</sup> En la obligación personal el sujeto pasivo está determinado individualmente, porque a él se le atribuye la prestación del objeto, de la actividad, ya que aquél es siempre una *obligación de hacer o no hacer*.

En resumen, los derechos reales son la atribución de actividades de hacer cuando recaen sobre los bienes, facultades atribuidas en forma potestativa. El *sujeto activo* es la persona facultada a realizar su propia conducta; el *objeto* del derecho es la *actividad* (usar o disfrutar, disponer, etc.); el *sujeto pasivo* lo constituyen todas las personas sujetas al orden jurídico de donde se deriva el derecho. El *objeto* no es el fenómeno actual sino la posibilidad de realizarlo: el objeto del derecho es ideal. El sujeto activo del derecho real es siempre determinado y el sujeto pasivo es siempre indeterminado.<sup>2</sup>

F. *Posibilidad de que el derecho real atribuya deberes jurídicos a su titular.* Procede ahora determinar si el derecho real es siempre

<sup>1</sup> Cuando la norma otorga una facultad potestativa al sujeto activo no se necesita de la conducta ajena para la *realización* del derecho y para protegerlo basta con imponer su *respeto* al resto de las personas. Por el contrario la obligación personal invariablemente requiere la conducta ajena *para realizarse*: la obligación personal es la prestación a favor del acreedor de la conducta de otro. De aquí que no sea idéntica la obligación de abstención universal correlativa del derecho absoluto y la obligación personal correlativa del derecho de crédito, en contra de lo que opina Planiol (nº 2160).

<sup>2</sup> He demostrado que la doctrina considera que la cosa es el objeto de los derechos reales, pero debo advertir que las ideas expuestas por mí ya fueron desde hace tiempo descubiertas por los escritores dedicados a la filosofía del derecho. Que nos sirva de ejemplo lo que dice sobre el particular el Lic. García Maynez (*Introducción al Estudio del Derecho*, Nº 117, p. 205): "La concepción del derecho real como un vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho, es enteramente falsa. Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes; por ende, una cosa no puede formar parte de ella. Derecho y deberes los tienen solamente las personas". Sin embargo, repito una vez más, que hasta hoy no habíanse aplicado estos descubrimientos por los tratadistas de derecho civil. Ya terminada mi obra (en octubre de 1946) recibí la grata sorpresa de ver que existe un civilista que se ha emancipado de la cosa como objeto de los derechos. Me refiero al señor Lic. Rafael Rojina Villegas, *Teoría General de los Derechos Reales*, México, 1947.

y exclusivamente atribución de actividades potestativas, de facultades fundantes, o si también incluye actividades ordenadas o prohibidas, atribuidas directamente al titular como una carga u obligación. Esta duda debe resolverla, en primer lugar, el derecho positivo.

Existe para todos los habitantes del país la obligación de respetar el derecho mediante las abstenciones que son necesarias para no violarlo, lo mismo si se trata del derecho público como del derecho privado, del derecho real como del derecho de crédito. Esta es una norma universal de convivencia humana ("el respeto al derecho ajeno es la paz") y es la base del derecho. Esta obligación pasiva universal es, pues, característica de todo el derecho y no define a ninguno en particular.

Cuando una persona determinada ejecuta cualquier acto prohibido da nacimiento a una relación de obligación personal si su actividad viola derechos subjetivos privados; a una relación de derecho público si su actividad viola el derecho público (penal, amparo, etc.). Así, el que recibe una cosa que no tenía derecho a exigir (porque no era sujeto activo) y que por error ha sido indebidamente pagada, tiene la obligación de restituirla: dió nacimiento a una obligación personal (art. 1883 del Código Civil); responderá de los menoscabos que sufra la cosa que recibió indebidamente (arts. 1883 y 1884 del Código Civil) y esta responsabilidad es personal aunque se refiera a una cosa. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, esto es, da nacimiento a una obligación personal (art. 1910, Código Civil). El propietario o poseedor o sus empleados o representantes que hacen mal uso de las cosas y causan daño a otro, dan nacimiento a una obligación personal (arts. 1913, 1916, 1918, 1919, 1921, 1924, 1925, 1926, 1929, 1931, 1932 y 1933 del Código Civil). Ahora bien, todas estas normas constituyen restricciones o modalidades relativas a nuestra propiedad o a nuestros derechos, pero no los definen, no proporcionan su contenido. El contenido del derecho de propiedad está en gozar y disponer de una cosa y el límite del mismo derecho está en las prohibiciones legales (art. 830 del Código Civil). Tratándose de cosas únicas y representativas de la cultura nacional, la propiedad está aún más limitada, pues no puede el propietario enajenarlas, gravarlas, ni alterarlas, sin consentimiento del Gobierno (arts. 834 y 835 del Código Civil). La violación de esta norma da lugar a una relación personal y no constituye el ejercicio del dere-

cho de propiedad. El mal uso de nuestra propiedad en perjuicio del vecino da nacimiento a una obligación personal, pues no es el ejercicio de un derecho real o del de propiedad, sino la violación de una norma prohibitiva (art. 837, Código Civil): da nacimiento a una relación personal porque el vecino (sujeto activo) puede exigir al propietario que hace mal uso de su cosa, determinadas prestaciones, no porque sea propietario sino porque viola una norma que consagra una actividad prohibida. El vecino puede impedir al propietario que haga excavaciones o construcciones cuando hacen perder el sostén necesario al suelo de su fundo, puede exigirle que haga las obras de consolidación indispensables (art. 839, Código Civil): nace una obligación personal porque el propietario responsable no ha ejercitado sus derechos de propiedad sino que ha violado una norma prohibitiva que limita el contenido de su derecho.

“Todo propietario tiene el derecho a deslindar su propiedad”: he aquí parte del contenido de su derecho, “. . . y hacer o exigir el amojonamiento de la misma” (art. 841, Código Civil): he aquí una limitación al derecho de propiedad del vecino, consistente en el deber de tolerar el amojonamiento; da nacimiento a una relación personal, entre el sujeto que exige el amojonamiento y los vecinos. Existe el derecho y la obligación de cerrar o cercar la propiedad (art. 842, Código Civil). Esta obligación de hacer da nacimiento a una obligación personal, pues constituye el cumplimiento de una obligación que marca un límite al derecho de propiedad, mientras que si el propietario cerca voluntariamente su propiedad, sin oposición de tercero, está ejercitando su derecho de propiedad.

Las prohibiciones de los artículos siguientes (843 al 853 del Código Civil) son otras tantas limitaciones al derecho de propiedad, cuya violación da lugar a relaciones personales, violaciones que no constituyen ni el ejercicio ni la violación del derecho de propiedad.

*Otra limitación importante al contenido del derecho de propiedad la constituyen los derechos reales*, ya que todas las actividades que se ordenan o prohíben al propietario del fundo gravado no son parte de su derecho de propiedad, sino disminución de su contenido; su violación da nacimiento a relaciones personales supuesto que no constituyen el ejercicio del derecho de propiedad, sino la violación de sus límites.

De todas las limitaciones impuestas al derecho de propiedad con motivo de los derechos del vecino o de terceros, con motivo de los

derechos reales que reducen o limitan su contenido, no podemos sacar la diferencia específica que caracteriza a los derechos reales y solamente podemos decir que el derecho de propiedad y los derechos reales tienen limitaciones cuya violación da nacimiento a obligaciones o responsabilidades de carácter personal. La única diferencia apreciable entre estas obligaciones y los derechos de crédito radica en el hecho de que aquéllas se concretan siempre en los propietarios o titulares de derechos reales, no por ser sujetos pasivos determinados, sino por ser propietarios o titulares de derechos reales; no nacen con motivo de su calidad personal (como cuando se trata de un derecho de crédito) sino en vista de que son propietarios o titulares de un derecho real. Pero toda norma de derecho obligatorio (que contiene órdenes o prohibiciones) es una hipótesis que identifica a los sujetos pasivos en concreto cuando alguien deja de hacer lo ordenado o hace lo prohibido. El hecho de que se determine el sujeto pasivo en el propietario del fundo sirviente o del fundo hipotecado, no tiene nada de excepcional o misterioso que nos obligue a llamar a esta situación una obligación real, como lo hace la doctrina. Estamos frente a una obligación personal como cualquiera otra y si se concreta invariablemente el sujeto pasivo en los propietarios es que nos estamos refiriendo invariablemente a la violación de los límites de sus derechos y no al contenido de ellos. Es idéntico este caso al del robo, por ejemplo, que siempre se atribuye al ladrón, al caso del amparo en que el acto reclamado se atribuye a la autoridad responsable, etc.

Con el objeto de aplicar todas las disposiciones de nuestro derecho positivo a la teoría aceptada por mí, aunque aparezcan contradicciones que la puedan invalidar, voy a referirme al interesante precepto de nuestro derecho, consagrado por los artículos 840 y 1912 del Código Civil. El primero dice: "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario." El segundo dispone: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho." Aunque esta norma es simplemente platónica, como aquella de que "El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios..." (art. 1928, Código Civil), sin embargo, no se puede evadir el problema que plantea el

derecho positivo. En efecto, he afirmado que la propiedad y los derechos reales son exclusivamente la atribución de actividades potestativas. Los artículos antes citados contradicen esta afirmación al atribuirle al propietario determinadas abstenciones. La prohibición no se limita al derecho de propiedad, sino que se refiere a todos los derechos, reales y personales, públicos y privados. Pero esta prohibición no nos proporciona el contenido de ningún derecho sino una limitación al contenido de todos los derechos, la cual puede formularse así: Todas las actividades potestativas atribuidas a una persona se limitan a los casos en que no perjudiquen a otro cuando no reportan ninguna utilidad a su titular.

Se ve claramente que no podemos definir el derecho de propiedad o los derechos reales a través de las actividades ordenadas o prohibidas por la ley, ya que constituyen los límites de dichos derechos y no su contenido; la violación de estas normas da nacimiento a relaciones personales o penales y no a derechos reales. Su violación coloca al propietario en la categoría de cualquier tercero que viola el derecho de otro. El análisis anterior nos ha permitido distinguir con pulcritud lo que es el derecho y su contenido y lo que no es el derecho sino limitación o disminución de su contenido. Sin embargo, el análisis anterior no agota todas las posibilidades teóricas, y lo peor del caso es que tampoco agota las disposiciones expresas de nuestro derecho positivo. Cuando el propietario o el titular de un derecho subjetivo es al mismo tiempo sujeto de una obligación de hacer, ya no podemos decir que su derecho es potestativo. Por ejemplo, las cosas que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, no podrán ser enajenadas, gravadas o alteradas, en forma que pierdan sus características, sin autorización del Presidente de la República (arts. 834 y 835, Código Civil). Aquí la facultad de usar y disfrutar es potestativa en el sentido de poder optar por su ejercicio o no ejercicio, pero está limitada su intensidad a aquel ejercicio que no altere la cosa, mientras que la facultad de disponer existe como derecho subjetivo público y relativo. Consiste en la facultad que tiene el propietario de pedir al Gobierno la autorización correspondiente. Se nos presenta otra modalidad de los derechos absolutos en relación con los derechos de autor —“Todos los autores, traductores y editores deben poner en las portadas de los libros o composiciones musicales, al calce de las estampas y en la base u otra parte visible de las demás obras artísticas, la fecha de la publi-

cación o de la ejecución de la obra y la advertencia de gozar del privilegio por haber hecho el depósito que previene este Código" (art. 1253, Código Civil). El artículo siguiente dispone: "El que no cumpla lo dispuesto en el artículo anterior, no podrá ejercitar los derechos que se le conceden en este título." Tenemos una obligación de hacer de cuyo cumplimiento depende nada menos que la existencia del derecho subjetivo absoluto. No obstante, el derecho del autor es potestativo, supuesto que puede optar por su ejercicio o no ejercicio. La obligación anterior es relativa al nacimiento del derecho y constituye un deber jurídico anexo al derecho que tiene el carácter de supuesto jurídico.

Se puede presentar el caso en que la norma obliga al propietario a cultivar su predio.<sup>1</sup> El propietario puede optar por disfrutar o no disfrutar y por disponer o no disponer, pero no puede optar por usar o no usar. El *jus utendi* se ha convertido en deber jurídico. Aquí nos encontramos con el fenómeno de la fusión recíproca de dos supuestos jurídicos.

Los dos supuestos son absolutamente dependientes. Al realizarse la hipótesis, al convertirse una persona determinada en sujeto de la facultad el mismo sujeto se convierte en sujeto pasivo del deber anexo. Al realizarse la hipótesis nacen las consecuencias jurídicas establecidas por las normas, consistentes en el nacimiento de facultades y deberes atribuidos al mismo sujeto.<sup>2</sup> El análisis anterior no nos autoriza a decir que la propiedad se ha convertido en deber jurídico. El derecho de propiedad sigue siendo fundamentalmente una facultad potestativa, pero acompañada de o fundida con un deber jurídico que transforma únicamente el *jus utendi* en *deber jurídico*. El resto de los derechos, *jus fruendi* y *abutendi*, de que se compone el derecho de propiedad, sigue siendo atribución de facultades potestativas. Además, el *jus utendi* sigue siendo un derecho subjetivo absoluto, pero fundado; esto es, el propietario tiene el derecho de usar, pero no puede optar por no usar; está obligado a usar.

Por último, se puede presentar el caso en que el objeto de un derecho lo es al mismo tiempo de un deber jurídico. El derecho de voto es, al mismo tiempo, deber jurídico de votar. De acuerdo con

<sup>1</sup> Código Civil de Morelos, art. 937.

<sup>2</sup> En relación con el supuesto jurídico y su función, véase *Introducción al Estudio del Derecho*, Eduardo García Maynez, Nos. 88 y 92, pp. 166 y 171.

la teoría democrática se podría sostener que lo primordial es el derecho. Sin embargo, esta tesis sería aplicable en todo caso al aspecto político o genético del derecho, diciendo que primero es —políticamente hablando— el derecho de los ciudadanos a votar y ser votados y después la obligación de votar. Se podría argumentar que la soberanía radica en el pueblo y por tal motivo es anterior a cualquier deber correlativo el derecho que tiene el pueblo de constituir el Estado y elegir a los funcionarios. Pero desde el punto de vista jurídico nos encontramos con que el ciudadano no tiene el derecho a optar por votar o no votar, sino que su derecho es de ejercicio obligatorio; es una facultad fundada en un deber. No por este motivo deja de ser un derecho subjetivo público y relativo. Es relativo porque es exigible a determinado órgano del Estado y no a todo el mundo. De dicho derecho no se deriva el de libertad porque se trata de una facultad fundada en un deber y no de una facultad potestativa.

*G. Realidad del derecho real.* Ya vimos que es posible definir el derecho real por lo que es en sí mismo, por su diferencia específica. Hemos encontrado que tiene su ser específico que lo distingue de todos los demás seres. En su carácter de derecho es idéntico a todos los derechos. En su género jurídico más remoto es una norma objetiva de derecho que atribuye actividades humanas externas en forma bilateral. Lo que tiene de específico, de ser distinto de todos los demás seres de su clase (derechos) no es ni el dato de ser norma atributiva de actividades externas, ni su bilateralidad, ya que estas son las características de todo el derecho. Hemos descubierto que su género próximo consiste en ser invariablemente un derecho subjetivo potestativo, una facultad fundante. Es la atribución de facultades potestativas y jamás de actividades obligatorias. Las abstenciones obligatorias que hemos descubierto *en relación* con los derechos reales y no en los derechos reales mismos, tienen por objeto señalar el límite del contenido del derecho real y por tal motivo dichas limitaciones nos dicen lo que no es dicho derecho. Dichas abstenciones son el contenido de deberes jurídicos. En la misma forma, las obligaciones de hacer que hemos encontrado en relación con los derechos reales son el contenido de deberes jurídicos fundidos en o anexos a la facultad como parte integrante de la hipótesis de la norma. De aquí se deriva la conclusión de que la misma norma puede ser atributiva de facultades fundantes y al mismo tiempo de deberes jurídicos,

pero el contenido de la facultad, su objeto, es siempre distinto del contenido u objeto del deber jurídico. Cuando el objeto es el mismo se trata de un deber jurídico fundante y de una facultad fundada en el deber.

Finalmente, descubrimos la diferencia específica, el dato que distingue al derecho real de cualquier otro derecho subjetivo fundante. Encontramos que la diferencia específica radica en el dato siguiente: Los derechos reales se refieren exclusiva e invariablemente a las actividades que recaen sobre los bienes, atribuidas como derecho a la propia conducta del titular. Como se ve, la diferencia específica descubierta no es una descripción sensorial ni una cosa, ni un hecho, ni una ficción, sino un dato independiente, exclusivo e inconfundible que identifica al derecho real como derecho distinto de cualquier otro derecho. Hemos visto que la cosa y el hecho como fenómenos naturales son extraños a la esencia del derecho y también hemos descubierto que la abstención de los demás, el deber correlativo de toda facultad no es un dato específico del derecho real sino un dato que caracteriza a todos los derechos subjetivos. También descubrimos que las protecciones exteriores otorgadas al titular del derecho real se encuentran en otros derechos y aún en los personales, cuando es posible, y por tal motivo no es la preferencia del primero en fecha o en registro, ni el derecho a perseguir la cosa, ni la acción directa, un dato específico del derecho real, pues se otorgan estas protecciones a los poseedores, inclusive al arrendatario y a otros titulares de derechos de crédito. De acuerdo con nuestra teoría, si vemos que alguien usa, disfruta o se apodera de una cosa, no podemos jamás confundirnos, porque ya no nos fundamos en exterioridades. Ahora ya no nos preocupa el hecho ni la cosa, pues sabemos que no radica en estos fenómenos naturales la esencia del derecho real. La persona que realiza semejantes actividades podrá ser un sirviente, un familiar, un depositario o arrendatario, un titular de un derecho real y también podrá ser el sujeto pasivo de un deber jurídico, por ejemplo el condenado a trabajos forzados. Que se trata de un derecho y de qué derecho, o que se trata de un deber y de qué deber se trata, lo descubrimos a través del derecho, exclusivamente, y no con fundamento en semejantes hechos. Si vemos que una persona es titular de la facultad de ejercitar sus propias actividades cuando recaen sobre un bien determinado, diremos que es titular de un derecho real; si descubrimos que otro (el titular del

derecho real) le prestó su facultad en forma temporal, diremos que no es titular de un derecho real sino arrendatario, aparcerero, depositario, sirviente, familiar, etc. La naturaleza de la actividad o de la cosa es absolutamente independiente y extraña a la esencia del derecho real o de cualquier derecho.

No hemos encontrado la diferencia específica en los hechos ni en las cosas, por la sencilla razón de que la esencia o naturaleza de un objeto de conocimiento, de un dato independiente, de una cosa o de un objeto cualquiera corporal (real) o ideal, se encuentra en ella misma y no fuera de ella. Esta razón es evidente, pues si pretendo descubrir, definir o identificar un objeto determinado, distinto de cualquier otro objeto, es lógico que no voy a dedicarme a describir otros objetos distintos. Sin embargo, esto es lo que ha hecho la doctrina a través de los siglos, definir el derecho real por lo que son otros objetos distintos de conocimiento. En primer lugar, ha tratado la doctrina de definir el derecho real por la descripción de objetos que no pertenecen al mundo del derecho, por la descripción de fenómenos naturales, de hechos, de cosas reales, olvidando que el género próximo de su objeto era el ser derecho y no el ser cosa o hecho.

Se podría objetar mi teoría diciendo que se aleja mucho de la realidad cuando afirma que una persona es propietaria de una cosa por estar facultada para ejercitar actividades sobre ella y no porque tenga contacto directo, exclusivo e inmediato con la cosa, ni porque esté ejercitando sus actividades sobre ella. Estamos acostumbrados a decir que una cosa es nuestra porque la tenemos en nuestro poder y podemos sacar de ella todas las ventajas que nos proporciona y no porque la norma objetiva nos haya atribuido actividades que recaen sobre la cosa. Parece artificioso decir que si enajenamos nuestra propiedad es porque transmitimos las actividades potestativas que nos ha atribuido la norma objetiva de derecho. Es más sencillo y realista decir simplemente que al vender nuestra cosa la entregamos al comprador, quien es ahora propietario, pues puede hacer con ella lo que quiera.<sup>1</sup> Precisamente en esto consiste su propiedad, *en deber*

<sup>1</sup> Sin embargo, ya vimos antes que el primer comprador a quien entregamos la cosa no es propietario frente al segundo que no recibió la cosa, pero la inscribió y este segundo es el propietario a pesar de que no puede hacer nada con la cosa mientras no destruya el derecho de posesión del primer adquirente.

*jurídicamente hacer con la cosa lo que quiera.* Esto prueba que el derecho de propiedad no es la cosa ni el contacto con ella *sino la facultad de actuar sobre ella, la atribución de actividades humanas cuando recaen sobre las cosas.* Es lo único que pretende la teoría y lo que ha quedado establecido en forma plena, que el derecho real faculta la propia conducta cuando recae sobre las cosas. Si vendo mi casa ya no debo habitarla, usarla o disfrutarla, ni disponer de ella, pero puedo hacerlo; ya no debo ejecutar actividades sobre ella porque he transmitido mi facultad de hacerlo. La cosa no se cambia de lugar por sí sola ni se conmueve por el fenómeno jurídico de la transmisión; el que debe cambiarse de lugar soy yo, ya que no debo jurídicamente actuar sobre la cosa, mientras que si los bienes muebles cambian de lugar es porque generalmente pueden trasladarse de un lugar a otro, pero la transmisión de la propiedad sobre ellos también significa que las actividades humanas que actúan sobre el cuerpo inerte de la cosa *deben* sufrir un cambio de sujeto actuante. Las acciones humanas que recaen sobre las cosas y el movimiento y la transformación de las cosas; esto es, la manifestación del poder del hombre sobre la cosa no es en sí manifestación de un derecho real sino hasta el momento en que dicha actividad sobre la cosa representa el ejercicio de actividades comprendidas en la atribución que la norma objetiva hace a favor del sujeto que actúa. Cuando existe una norma objetiva que atribuye la facultad de actuar sobre la cosa descubrimos que la actividad humana ejercitada sobre la cosa tiene un doble carácter: *a)* es la aparición de un hecho natural, es el efecto que tiene por causa la voluntad humana, y *b)* es al mismo tiempo un fenómeno natural dotado de significado o sentido ideal: es el ejercicio o manifestación de un derecho. El hecho tiene significado jurídico cuando es la actuación o ejercicio de un derecho; cuando es lo que debe ser, sin dejar de ser al mismo tiempo un hecho natural, la voluntad humana actuando sobre la cosa. El derecho no radica en el fenómeno natural que nace en el fenómeno subjetivo del pensar, el cual pasa a la voluntad y termina con la acción humana actuando sobre la cosa. Lo que pasa es que el derecho le da a este hecho o proceso un nuevo significado que no es el real sino un significado o sentido jurídico. En resumen, no somos propietarios de la cosa porque podamos físicamente actuar sobre ella, sino porque debemos hacerlo en virtud de que una norma de derecho nos lo permite; en virtud de que el hecho es manifestación del derecho, con lo cual

coinciden este poder hacer o estar haciendo con el deber hacer. No olvidemos, nunca, que este deber hacer como facultad de hacer es jurídico porque es correlativo de un deber jurídico de respeto impuesto a los demás.

Respecto de la realidad del derecho real resulta ahora evidente que jamás es real ni el derecho real ni derecho alguno. Todos los derechos son seres ideales. El derecho real se distingue de los demás derechos subjetivos absolutos por el dato de que faculta actividades que recaen sobre las cosas, generalmente. Tratándose de la propiedad intelectual,<sup>1</sup> atribuye actividades que recaen sobre objetos que tienen su ser objetivo fuera de nosotros, pero que no son objetos reales. Por este motivo sería mejor decir que los derechos reales son derechos subjetivos objetivos o exteriores, porque atribuyen las actividades que recaen sobre seres objetivos o exteriores al sujeto, mientras que los demás derechos subjetivos atribuyen actividades relativas a la propia conducta del titular cuando no recaen sobre objetos exteriores; son la atribución de la propia conducta. En este sentido podemos decir que los derechos subjetivos que se refieren a la propia conducta del sujeto son derechos subjetivos subjetivos, mientras que los derechos reales son derechos subjetivos objetivos. Lo importante no es el término que se use sino el conocimiento de la diferencia que existe entre ambas clases de derechos subjetivos.

*H. Validez científica de la teoría de los derechos reales.* Para verificar la validez científica de la teoría será necesario que resuelva todas las contradicciones que hemos encontrado en la doctrina y que no provoque a su vez nuevas contradicciones. Será necesario que se adapte y explique en forma armónica a cada uno de los derechos reales en particular y finalmente será necesario que distinga claramente cada uno de los derechos reales, como seres específicos, frente a cada una de las obligaciones personales. Al comparar los derechos reales con las obligaciones personales deberemos encontrar una distinción de esencia y no aproximaciones sensorias, pues ya hemos visto que éstas provocan multitud de contradicciones y la plena confusión entre el usufructo oneroso y el arrendamiento.

En el capítulo siguiente trataremos, desde luego, del derecho de propiedad y del derecho de posesión, cuya esencia es indispensable

<sup>1</sup> *Infra*, cap. III.

encontrar para poder descubrir posteriormente con claridad y facilidad la esencia específica de los demás derechos reales. Al enfrentar al derecho de propiedad con la posesión descubriremos nuevas esencias que aún no han sido descubiertas ni por los tratadistas ni por los filósofos del derecho. Los primeros no han descubierto estas esencias porque se han estado dedicando a describir a las cosas y a los hechos a través del derecho; mientras que los segundos aún no agotan el estudio detallado de las diversas ramas del derecho positivo. En el último capítulo se hará la comparación de los derechos reales con las obligaciones personales, para encontrar la diferencia que existe invariablemente entre ellos.