

III

LOS DERECHOS REALES EN PARTICULAR

I. La propiedad intelectual	127
II. Los títulos de crédito	138
III. Las servidumbres	144
IV. La prenda y la hipoteca	148

LOS DERECHOS REALES EN PARTICULAR

I. LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Originalmente los derechos reales, principalmente el derecho de propiedad, no solamente se refiere a las cosas materiales sino que se confunden con ellas (Rigaud, cap. 1), pero ya desde el derecho romano se conciben cosas incorpóreas desprovistas de realidad física, los derechos.

El derecho considera a las manifestaciones exteriores de la inteligencia como "cosas incorpóreas" por la necesidad de atribuir estas manifestaciones directamente a sus creadores, a los inventores, autores, etc. A pesar de que estas manifestaciones no son cosas desde el punto de vista físico, el legislador se vió obligado a crear una ficción jurídica, *contraria a la realidad*, para poder otorgar a estas actividades la máxima protección, la protección de que gozan los propietarios mismos. Pero es indiferente que a un fenómeno se le llame *A* o *B* con tal de que sepamos la naturaleza del objeto designado por la palabra. Las palabras son representaciones y basta con que sepamos *de qué*; no nos importa su contenido gráfico o auditivo; no importa la palabra en sí sino lo que ésta representa. Por este motivo, no vemos que exista *a priori* la necesidad de rechazar el símbolo, las palabras "cosa incorpórea". Nos limitaremos a determinar su naturaleza.

La cosa jurídica puede existir o no existir en el espacio. Tiene existencia espacial si se trata de una cosa material; no la tiene cuando se trata de una idea objetivada: una invención, una obra literaria, etc. Aquí la cosa no es el objeto concreto fabricado de acuerdo con la invención o el objeto material llamado libro o composición musical o artística. El objeto mediato del derecho es simplemente la manifestación de la idea a través de un medio físico, pero ésta puede seguir reproduciéndose, independientemente de la cosa material en que se manifestó por primera vez, y lo que el derecho llama *cosa incorpórea* no es su encarnación en un objeto físico, sino la idea en sí. Entonces, la cosa incorpórea en derecho es *la manifestación externa de una actividad intelectual*. Precisemos más el concepto:

a) Si una persona manifiesta (exterioriza) sus ideas, no siempre nace la cosa en el mundo jurídico. Cuando una persona pronuncia

un discurso en público, el discurso en sí es el ejercicio de su libertad personal, el ejercicio de un derecho subjetivo (art. 6 de la Constitución) que el titular a quien se le atribuye directamente por la ley puede ejercitar o dejar de ejercitar. Estamos frente a un derecho subjetivo absoluto y potestativo, frente a su manifestación exterior, el ejercicio de la libertad personal. Aquí hay exteriorización de la idea, pero no hay cosa en sentido jurídico.

b) La misma persona está cumpliendo con una obligación personal, prestación de servicios, cuando pronuncia el mismo discurso en virtud de que fue contratada para el efecto. Aquí otra vez tenemos la manifestación exterior de ideas y no tenemos la cosa desde el punto de vista jurídico.

c) En el mismo ejemplo anterior el discurso se publica en forma de libro (art. 7 de la Constitución). Otra vez tenemos exteriorización de actividades intelectuales y aún no tenemos la cosa desde el punto de vista jurídico, sino el ejercicio de un derecho subjetivo.

d) La cosa nace: 1.—Cuando su manifestación externa se ha incorporado en un medio físico, en un libro, en una composición musical escrita, en un dibujo, etc.; 2.—cuando existe una norma jurídica que atribuye esta manifestación exterior a su creador, siempre que cumpla con otros requisitos legales que son supuestos jurídicos para el nacimiento del derecho; 3.—cuando el creador, en ejercicio de la atribución que hace la norma objetiva, manifiesta su voluntad de que se le atribuya a él, registrando su obra en la Secretaría de Educación Pública o en el Departamento de Patentes (arts. 1189 y 1244 del Código Civil y Ley de Patentes y Marcas).

Puede existir la manifestación externa de la idea, su incorporación en un medio físico, y no existir el derecho de propiedad, pues para que éste nazca se requiere, además, la norma objetiva que lo atribuya, y la manifestación de la voluntad del autor, quien se convierte en sujeto activo del derecho de propiedad en el momento de manifestar su voluntad en la forma prescrita por la ley.

En la misma forma el derecho de propiedad sobre cosas corpóreas no nace de la existencia de la cosa en sí, ni del poder de hecho que sobre ella se ejerza, sino que se requiere la atribución directa de las actividades sobre las cosas, y que en concreto una persona determinada, mediante los diversos medios de adquisición de la propiedad, se convierta en titular de esta atribución directa.

En ambos casos el derecho de propiedad es la atribución de la actividad como facultad, recayendo esta actividad sobre una cosa material unas veces y otras veces, sin necesidad de que exista la cosa material, se atribuye la actividad cuando recae sobre un objeto ideal. En ambos casos y en todos los casos el objeto inmediato del derecho es la actividad y nunca es la cosa material o la llamada cosa incorpórea. Los objetos exteriores (cosas corpóreas u objetos ideales) *nunca* son el objeto inmediato del derecho de propiedad, sino que lo son las actividades humanas (conducta) *referidas a dichos objetos*.

De todo lo anterior se desprende que para que exista el derecho de propiedad no es necesario que exista ninguna cosa corporal y en otros no basta con que exista una cosa material a pesar de que se ejerza un poder de hecho sobre ella, si ésta no se atribuye directamente porque está fuera del comercio o porque se trate de una atribución indirecta, como sucede con el arrendamiento, por ejemplo. Por otro lado, la atribución de actividades materiales o intelectuales en sí no es suficiente para que nazca el derecho de propiedad. Ya vimos en el caso del discurso, que la actividad intelectual puede ser la manifestación de un derecho subjetivo; puede ser la prestación de un servicio (obligación personal) y, finalmente, puede ser la atribución del derecho de propiedad. Tratándose de las cosas materiales, nace el derecho de propiedad cuando se atribuyen actividades sobre una cosa determinada; tratándose de actividades intelectuales, nace el derecho de propiedad cuando se atribuyen actividades sobre un objeto ideal, una vez exteriorizado o encarnado en un medio físico.

La cosa material en sí no es el objeto inmediato del derecho y si se atribuyen actividades sobre una cosa determinada a una persona determinada es porque la ley no la coloca fuera del comercio, porque es susceptible de apropiación por una persona determinada y porque de ella se deriva un beneficio económico, porque es un bien. Lo mismo sucede tratándose de las llamadas cosas incorpóreas, pues aunque éstas no existan en la naturaleza, aunque no tengan existencia real, han sido atribuidas porque el legislador no las ha puesto fuera del comercio y porque de ellas se deriva un beneficio económico, porque son bienes. Ahora bien, un concepto general de bien no debe limitarse a la existencia de una cosa física. Un bien en derecho es la atribución de actividades cuando recaen sobre objetos (reales o ideales) que tienen un valor económico y que existen

como objetos (reales o ideales) exteriores al hombre. La actividad intelectual, cuando es el ejercicio del derecho subjetivo consignado en los artículos 6 y 7 de la Constitución, no es un bien sobre el cual recae el derecho de propiedad. Se convierte en tal cuando se manifiesta en forma exterior y se le atribuye a la persona como objeto mediato, independientemente de ella, e independientemente del derecho subjetivo consignado por los artículos 6 y 7 de la Constitución y de los vínculos obligacionales que puedan nacer de la actividad intelectual.

La doctrina asimila la propiedad incorpórea a la material diciendo que es un derecho que es oponible a todos, que impone a todo el mundo una abstención, que es exclusivo y absoluto. Veamos si estas características se derivan de la construcción llamada cosa incorpórea. Todas las características anteriores, menos la de exclusividad, las encontramos en las garantías individuales enumeradas en la Constitución. Estas características no son la consecuencia de que el objeto inmediato del derecho sea una cosa —supuesto que jamás lo es— mientras que tratándose de las garantías constitucionales no existe la cosa como objeto mediato —excepto cuando la garantía individual se refiere a la conducta humana que se manifiesta sobre los objetos exteriores. Las mencionadas características aparecen invariablemente en toda atribución de facultades fundantes, mientras que la exclusividad no es característica peculiar de los derechos reales. El arrendamiento también otorga el uso exclusivo de la cosa. Llegamos a la conclusión de que *la ficción de cosa incorpórea no es necesaria* como objeto inmediato del derecho, en la misma forma que no lo es la cosa física. Veamos ahora si es *posible jurídicamente*; esto es, veamos si se comporta como cosa en la vida del derecho. “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho...” (art. 790, Código Civil). Es *imposible* la atribución del ejercicio del poder de hecho sobre una idea. La idea no puede ser *entregada* en el caso previsto por el artículo 791 del Código Civil y en todos los demás casos en que la ley exige la entrega de la cosa. *No es posible el despojo* previsto en los artículos 792, 804 y demás relativos. Tampoco es posible que la cosa esté *en poder* de las personas a que se refiere el 793. La presunción de propiedad a favor del poseedor de la cosa es *imposible* tratándose de una idea (art. 798, Código Civil). La cosa incorpórea *no puede perderse* en el sentido del artículo 799. En fin, no son posibles las presunciones ni las defensas que otorga

la ley al poseedor de las cosas materiales, cuando se trata de cosas incorpóreas. La doctrina no resuelve el problema diciendo que la cosa incorpórea es un derecho, supuesto que previamente nos informó que los derechos patrimoniales son reales y de obligación, y que los primeros recaen sobre las cosas. Ya hemos visto que para definir la propiedad intelectual no es necesaria la cosa, mientras que ahora vemos que tratándose de la posesión no es posible concebirla como cosa jurídicamente. Tampoco se comporta la idea como cosa en el resto de sus manifestaciones jurídicas. Veamos cómo puede el propietario de una idea gozar y disponer de ella (art. 830, Código Civil). Tratándose de una cosa material solamente puede el propietario gozarla en forma exclusiva y apoderándose de ella físicamente, mientras que tratándose de la propiedad intelectual, se puede gozar y disponer de la idea en forma simultánea por diversas personas y sin que sea posible apoderarse de ella. La idea se puede reproducir, gozar, un número infinito de veces. Puede el propietario gozar de su idea y al mismo tiempo permitir a otros el uso o explotación simultáneo; puede disponer de sus derechos simultáneamente, vendiéndolos para determinado país y conservándolos para otros.¹

Por lo antes expuesto, *no es posible* aplicar a los objetos ideales las disposiciones legales que se refieren a las cosas. No se puede tratar jurídicamente a la cosa incorpórea como si fuera una cosa real por la sencilla razón de que no lo es. Bastará con algunos ejemplos para demostrar esta afirmación. Casi no le son aplicables ninguna de las disposiciones que norman al usufructo, al uso, a la habitación o a las servidumbres. Tratándose del arrendamiento de una idea, ¿por qué tiempo se puede celebrar el contrato? La ley permite diez años para fincas destinadas a habitación, etc. (art. 2398, Código Civil). El arrendador está obligado a *entregar la cosa* al arrendatario (art. 2412-I, Código Civil), a *conservar la cosa y a hacer las reparaciones* necesarias (art. 2412-II, Código Civil). Si la misma cosa se da en arrendamiento a varias personas separadamente prevalecerá el arrendamiento primero en fecha, y si no fuese posible, prevalece el arrendamiento del que tiene en *su poder la cosa* (art. 2446, Código Civil). La resolución de estos problemas es dis-

¹ Esto confirma la aserción de que la propiedad como derecho no recae sobre la materia en donde aparece objetivada la idea, sino que es la atribución de la idea. Una cosa es ser propietario de un objeto construido de acuerdo con la idea y otra muy distinta es serlo de la idea en sí, del objeto ideal.

tinta tratándose de una cosa incorpórea, ya que es *imposible*, en caso de que la fecha no sea determinable, preferir al poseedor (art. 2446, Código Civil), mientras que sí es posible rentar las cosas incorpóreas separadamente a varias personas. Si el propietario de la cosa incorpórea la tiene arrendada a varias personas separadamente y una de ellas se convierte en propietario, el resto de los arrendatarios sigue usando la cosa y no hay extinción del arrendamiento por confusión (art. 2483-IV, Código Civil). No es posible aplicar al arrendamiento de cosa incorpórea la parte final del artículo 2485, que dice: "Quedan exceptuados de la obligación de prorrogar el contrato de arrendamiento, los propietarios que quieran habitar la casa..." ya que la continuación del uso por parte del arrendatario no excluye el del propietario, necesariamente.

Se puede objetar mi crítica diciendo que todos los preceptos citados se refieren a cosas materiales y que no son aplicables a las cosas incorpóreas. Esto es, precisamente, lo que quiero demostrar —que la cosa incorpórea no solamente no existe en la naturaleza sino que tampoco existe jurídicamente. El legislador creó la ficción de cosa incorpórea para darle a la idea la protección máxima en derecho —la propiedad— obsesionado por el prejuicio de que el objeto inmediato de este derecho, como el de todos los derechos reales, es la cosa. Construyó la ficción de cosa incorpórea con el exclusivo fin de hacerla objeto inmediato del derecho de propiedad, a pesar de que no le eran aplicables las disposiciones relativas a las cosas, sin darse cuenta de que la ficción era innecesaria para el objeto previsto, ya que el objeto inmediato del derecho real jamás es la cosa.¹ Hay ficciones jurídicas útiles —como la de la persona moral— pero la de la cosa incorpórea no solamente es inútil, sino que es ineficaz. Esta ficción es indispensable para los que se preguntan ¿sobre qué cosa recae el derecho de propiedad? Se ven obligados a contestar: sobre

¹ Desde ahora es necesario advertir que la ficción no radica en las palabras *cosa incorpórea*, ya que está perfectamente justificado el término como sinónimo de *objeto ideal*, de ser irreal que tiene existencia objetiva fuera de nosotros, pero que no tiene cuerpo. La ficción radica en querer aplicar a este objeto los atributos de lo corpóreo, como lo hace la doctrina al hablar de la posesión del derecho de propiedad intelectual, según lo vimos en el capítulo II. Por otro lado, la doctrina comete el mismo error cuando nos habla de la posesión del derecho de propiedad de las cosas, supuesto que el derecho (cualquier derecho) es tan incorpóreo e ideal como la idea objetivada a que se refiere la propiedad intelectual.

una cosa incorpórea. Es inútil la ficción para los que nos preguntamos ¿qué actividad se atribuye como facultad al propietario?

Quizá se me pueda objetar que este concepto de la propiedad de las ideas es demasiado formal y abstracto, que no da una idea clara de la propiedad, del contenido del derecho, del disfrute que proporciona, de las protecciones que le otorga la ley, y de los actos jurídicos que se pueden celebrar en relación con él. En otras palabras, es necesario demostrar cómo nace, qué es, qué ventajas proporciona y qué se puede hacer con él.

En primer lugar, si no nos despojamos del concepto inútil de cosa nos veremos obligados a pensar en la exclusividad del objeto, en su unicidad existencial y atributiva; en el poder de hecho y señorío sobre la cosa, en la posesión física, en su aprehensión, en la reivindicación, en el despojo, en la conservación y en las reparaciones, en la entrega y en la devolución, en el seguro contra incendio, en los terremotos, etc., etc. Pero yo no me refiero a las cosas "donde el orín y la polilla las consume, y donde los ladrones las desentierran y roban"; tampoco me refiero a aquella casa donde "cayeron las lluvias y vinieron avenidas de ríos y soplaron los vientos y dieron con ímpetu contra aquella casa, la cual se desplomó y su ruina fue grande".¹ Me refiero a la idea, a los intereses creadores que no tienen necesidad de cobijarse en la materia para alumbrar al mundo y para ser reconocidos por el derecho.

Para que el derecho los proteja nos preguntamos: ¿qué atribuye directamente la norma? Actividades humanas, las cuales son el objeto inmediato de la facultad. Estas actividades recaen sobre una idea objetivada que constituye el objeto mediato del derecho de propiedad intelectual. Pues bien, dada la naturaleza de la atribución, es necesario que el objeto mediato se exteriorice a través de un medio cualquiera para que quede identificado y determinado y para que no se confunda con los derechos subjetivos consagrados en el artículo 6 de la Constitución. Luego es necesario que el autor de la idea manifieste su voluntad de convertirse en propietario mediante el registro correspondiente. Esto se debe a que estamos frente a una atribución que hace la ley originalmente y para que el Estado pueda proteger la atribución es necesario un acto de autenticación y de constitución. He aquí la propiedad de la idea. Ahora, conforme a la natura-

¹ San Mateo, VI, 14 y VII, 27.

leza de la atribución, decimos: ¿en qué consiste la protección derivada de la atribución? Tratándose de una idea no es posible ejercer un poder de hecho que permita el uso o el goce, pero esto ni nos preocupa ni nos interesa. Lo importante es que el propietario de la idea saque de ella todas las ventajas económicas que pueda proporcionarle; éstas se resumen en la *reproducción* de la idea. Pues bien, la atribución de la facultad se hace exclusiva a favor del propietario y correlativamente se establece una abstención para todo el mundo. Nadie, excepto el propietario, podrá reproducir la idea. Finalmente, como todo propietario, podrá disponer total o parcialmente de su derecho o simplemente permitir su uso en todas las formas lícitas posibles. Podrá enajenar su derecho, darlo en usufructo, en prenda (bien mueble), en arrendamiento, etc. Dada su naturaleza de bien que puede gozarse separadamente por un número infinito de personas, podrá venderlo o arrendarlo a varias personas a la vez.

He ahí la naturaleza del derecho de propiedad de las ideas, su contenido, sus protecciones y sus manifestaciones dentro de la vida del derecho. Para nada hubo necesidad ni posibilidad jurídica de apelar al lastre que acompaña a la cosa incorpórea.

La construcción jurídica llamada cosa incorpórea es hija del prejuicio que confunde el derecho de propiedad con la cosa o que hace de la cosa el objeto inmediato del derecho. Es el mismo prejuicio que hace del señorío sobre la cosa, de la inmediatez entre el titular y la cosa, el elemento necesario y exclusivo de los derechos reales.

Este prejuicio sigue persistiendo a través de los milenios a pesar de su falsedad, en virtud de que el hombre gusta de la expresión materialista; en virtud de que el hombre tiene el temor innato de que desaparezcan sus bienes terrenales si admite que el derecho todo sea una manifestación exclusiva del ser ideal y no una mezcla espuria confundida con la materia. Este prejuicio es el tributo que paga el espíritu para que el hombre se sienta seguro de la materia y de sí mismo. Los responsables de esta supervivencia neolítica son los juristas, herederos del materialismo romano y enemigos consagrados de la despreocupación de Cristo por los bienes materiales. Los juristas están atrasados varios milenios en filosofía, pues no han podido emanciparse del error de equiparar lo objetivo con lo material.

El derecho de propiedad de las ideas puede existir precisamente porque no tiene por objeto inmediato una cosa; esto es, no nos fue posible encontrar la cosa ni como fenómeno natural ni en la vida

del derecho cuando hicimos de la cosa incorpórea el objeto inmediato del derecho. Nosotros descubrimos al derecho plenamente integrado porque lo único que necesitamos es que una idea (actividad intelectual objetivada) adquiera vida propia, independiente de la persona, mediante su exteriorización a través de un medio cualquiera, para que la ley la atribuya directamente a una persona determinada.

La comparación del derecho de propiedad intelectual con algunos aspectos del derecho de propiedad material y de la posesión servirá para aclarar aún más la esencia de la propiedad intelectual. El derecho de propiedad material es la facultad de hacer sobre las cosas materiales, aunque jamás se haga y aunque jamás se haya hecho en el pasado. Sin embargo, se hace la atribución porque generalmente se actúa sobre las cosas. Este *porque* es de carácter metajurídico y expresa la existencia de un fenómeno social, real, amparado por el derecho. La propiedad intelectual, por el contrario, tiene como presupuesto condicionante de su existencia la realización del hecho natural, del acto de pensar, pues es imposible atribuir una idea si no ha sido pensada previamente. Es primero el acto de pensar y después es la objetivización del pensamiento pensado, pero lo que el derecho atribuye es el pensamiento como objeto mediato. Tratándose de la propiedad intelectual así como de la material, se atribuye la actividad sobre el objeto como posibilidad de conducta y no como ejercicio o hecho natural. Finalmente, el ejercicio del derecho de propiedad intelectual, igual que el de todos los derechos que otorgan el uso y disfrute de los objetos o bienes es un hecho natural que se realiza en el tiempo y en el espacio.

Podría refutarse el análisis anterior diciendo que los derechos de autor, los del inventor, etc., no pueden equipararse al derecho de propiedad; que basta con considerar que se trata de determinados derechos otorgados por el Estado a los inventores, autores, etc., para comprender su contenido y alcance, sin necesidad de introducir conceptos extraños a la materia, como lo es el de propiedad. Este temor a llamar propietarios de sus inventos a los inventores y de sus obras a los autores, ya se ha hecho sentir en nuestra reciente legislación y en la doctrina. Ya no se habla de propiedad literaria sino de derechos de autor; ya no se habla de propiedad del inventor sino de derechos del inventor, etc.

Convengo en aceptar que no existe ningún inconveniente y mu-

cho menos contradicción en adoptar un nuevo nombre para designar un objeto. Lo importante es saber a qué objeto se refiere el nombre y en qué consiste el objeto.

Ahora bien, hemos comprobado que estos derechos son derechos subjetivos absolutos y potestativos *que otorgan actividades que recaen sobre objetos exteriores al hombre*. De acuerdo con la nomenclatura convencional se trata, indiscutiblemente, de derechos reales. Son derechos subjetivos objetivos.¹ Además se trata del derecho real que otorga el máximo de facultades, de acuerdo con la naturaleza del objeto exterior atribuido como objeto mediato del derecho. Es evidente que se trata del derecho de propiedad.

Poseción de la propiedad intelectual. De acuerdo con la tesis sustentada en el capítulo anterior, el derecho de posesión tiene por ámbito material de validez o aplicación los objetos materiales exteriores al hombre; mejor dicho, las actividades humanas cuando recaen o se ejercen sobre los objetos materiales exteriores al hombre. El objeto del derecho de posesión es el ejercicio de actividades que recaen sobre objetos materiales. La atribución se hace como posibilidad normativa, no porque se estén ejercitando las actividades sino porque deben ejercitarse.

Por ser la propiedad intelectual la atribución mediata de un objeto ideal no es posible poseer el objeto y en tal virtud no existe la posesión de estos objetos. Sin embargo, es perfectamente correcta la disposición del artículo 1239 del Código Civil, que dispone: "Los que obtengan a su nombre los derechos de autor sin que lo sean en realidad, adquirirán por prescripción, esos derechos, por el transcurso de cinco años, contados desde que obtuvieron el privilegio. El plazo será de tres años para adquirir el derecho de representación de obras dramáticas o de ejecución de obras musicales". Este artículo confirma la tesis de que los derechos de autor son una verdadera propiedad, la propiedad de un bien y también confirma mi teoría sobre la prescripción en cuanto afirma que la prescripción no tiene a la posesión como supuesto jurídico.

Derechos del autor antes del registro. ¿Qué derechos tiene el autor antes de registrar su obra? Con anterioridad afirmé que el registro es un supuesto necesario para el nacimiento del derecho de propiedad intelectual. El artículo 1181 del Código Civil dispone: "Los

¹ Ver la justificación *supra*, cap. 1.

autores de obras científicas que *llenen los requisitos de que habla este título*, gozan por cincuenta años del privilegio exclusivo de publicarlas, traducirlas y reproducirlas por cualquier medio." *Contrario sensu*, los autores que no llenen los requisitos no tendrán este privilegio. En el mismo sentido disponen los artículos siguientes en relación con las obras literarias, artísticas, etc. El artículo 1184 otorga el privilegio en relación con el título o cabeza de un periódico *a los que hayan hecho el depósito correspondiente*, y el artículo 1192 protege a los autores de artículos en los periódicos, "*llenando los requisitos legales...*"

En contra de los argumentos anteriores se podría contestar diciendo que el autor es dueño de su obra desde que la concibe o desde que la publica; que la propiedad, *lo mío y lo tuyo*, es anterior a la norma objetiva, la cual se limita a *reconocerla* y no a *crearla* u otorgarla. La primera parte de la objeción es correcta en cuanto afirma que la idea cuando se concibe y antes de que se publique (exteriorice), es de su autor. El derecho no atribuye las actividades *interiores* del hombre. La segunda parte es falsa y expresa un buen deseo de los que creen que para conservar sus intereses es necesario colocarlos antes y por encima del derecho. Para lograr este milagro sostienen que tales intereses son la manifestación de una ley natural que ni el mismo legislador *puede* violar. De tanto decirlo, el legislador con frecuencia ha llegado a convencerse de que no *debe* hacerlo. Es necesario convencernos de que para conservar nuestros derechos hay que merecerlos y frecuentemente hay que defenderlos. Pero regresemos al Código para que resuelva este problema.

La prueba antes mencionada (arts. 1181, 1184, 1192 y demás relativos del Código Civil) se confirma a través del concepto de falsificación adoptado por nuestro Código. El artículo 1255 del Código Civil considera que la falta de consentimiento *del que obtuvo el privilegio* hace que la reproducción de su obra por terceros sea falsificación. Luego, no hay falsificación si el autor no obtuvo el privilegio. Confirma esta interpretación *expresamente* el artículo 1259-VI que dice que no es falsificación la publicación, reproducción, traducción de obras de autor *que no haya obtenido el privilegio conforme a la ley*. Lo más interesante del caso es que *el mismo autor es considerado como falsificador* cuando, sin haber obtenido el privilegio, induzca a error acerca de haber llenado los requisitos, mediante alguna frase puesta en sus obras (art. 1256, Código Civil).

Por lo expuesto, debemos concluir afirmando que el registro es un supuesto jurídico o condición indispensable para el nacimiento de los derechos de autor, etc.

Sin embargo, la afirmación anterior no resuelve el problema planteado; no nos dice qué derechos tiene el autor desde el momento en que exterioriza su idea y hasta el momento del registro. El autor tiene el derecho a pedir al Gobierno que registre su obra. Hemos visto que el registro es un acto constitutivo del derecho de propiedad intelectual, pero también lo es el hecho de ser autor. Este hecho es el supuesto jurídico de otro derecho distinto del de propiedad, derecho otorgado al autor por el *hecho* de serlo. Se trata de un derecho subjetivo *relativo* existente a favor del autor y frente al Gobierno, el cual tiene el *deber* de prestar el registro. Es un derecho parecido al derecho de acción. Este derecho prescribe y se extingue en el plazo fijado por ley, en cada caso. El artículo 1189 del Código Civil otorga al autor tres años a partir de la publicación de su obra para hacer el registro. Al concluir este término, la obra entra al dominio público; ya no es objeto de ningún derecho por haberse extinguido el derecho subjetivo relativo en virtud de no haberse ejercitado.

II. LOS TITULOS DE CREDITO

Hemos visto que la apropiación de las cosas por el hombre es un hecho, el cual se convierte en ejercicio o manifestación de derecho cuando la actividad, independientemente de su ejercicio, se atribuye como facultad a una persona determinada sobre una cosa determinada.

La actividad intelectual es también un hecho y no un derecho. Adquiere significado jurídico cuando este acto intelectual, convertido en pensamiento objetivo y exteriorizado, se atribuye como objeto mediato de actividades a una persona determinada. Es acto intelectual el nacimiento de la idea; acto material su reproducción a través de los diversos medios posibles, y actos jurídicos las operaciones que se realizan con motivo de la idea, pero es *derecho* solamente la autorización de actividades con motivo de la idea objetivada.

En ambos casos (propiedad material e intelectual) las actividades atribuidas tienen valor económico, son bienes. Todos los bienes se refieren a actividades con valor económico, atribuidas como facultades a una persona determinada.

Veamos ahora a qué categoría jurídica pertenecen los títulos de crédito. Son *cosas* mercantiles según lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Aquí el título no es el medio de probar la existencia de una obligación y de los sujetos que la integran, como lo es tratándose de los boletos, contraseñas, fichas, etc. (art. 6), sino que es el documento *necesario* para ejercitar el derecho *literal* que en ellos se consigna. Por eso es necesaria la *exhibición* del documento para exigir el pago y su *entrega* al efectuarse dicho pago (art. 17). El secuestro o cualesquiera otros vínculos sobre el derecho consignado en el título o sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efectos si no comprende al título mismo (art. 20). Tratándose del título de crédito, no es la obligación personal en sí la que constituye la cosa, sino la incorporación de esta obligación en el papel. Una vez hecha la incorporación, la obligación puede vivir independientemente del negocio causal y por estar incorporada en una cosa física su titular será propietario de una cosa y poseedor de ella. Parece que aquí nos encontramos con una construcción jurídica eficaz. A esta cosa sí le son aplicables todas las disposiciones legales relativas a las cosas: la aprehensión de la cosa, el poder de hecho sobre ella, la reivindicación, las acciones posesorias, la conservación, la entrega y la devolución, etc., etc. Parece que aquí se nos presenta una construcción jurídica de una cosa que es posible jurídicamente y que además es necesaria y útil.

Sin embargo, no podemos engañarnos afirmando que la propiedad del papel otorga la propiedad del crédito o que el papel sea el crédito, supuesto que éste es una obligación personal exigible por un sujeto (activo) a otro sujeto (pasivo). El papel es un medio físico que sirve para hacer constar el crédito, para facilitar su circulación, su independencia, etc. Decir que el crédito está incorporado en el papel, está bien como metáfora, de la cual se derivan las consecuencias establecidas por la ley; pero tomar esta ficción como realidad, es un error. Si yo soy propietario de una pintura, mi propiedad toda está contenida en la cosa, la cual es el objeto mediato de mi derecho. Si se destruye mi pintura, desaparece mi derecho porque desaparece su objeto mediato. Es cierto que la pintura no vale como lienzo o papel sino por el valor estético que se manifiesta en la materia, pero al destruirse la materia desaparece la manifestación del valor estético encarnado en ella. Si fuera cierto que el papel es el crédito, la propiedad de éste desaparecería al destruirse el papel, como sucede

en el caso de la pintura y no existiría la posibilidad de cancelar el crédito y de conseguir el pago independientemente del papel (arts. 42 al 68, 74 y 75). Decir que el crédito se ha vuelto una cosa física y jurídica porque su contenido se expresa en el papel y porque dicho papel es necesario para exigir la obligación, es una simple ficción de los que necesitan de la cosa para integrar el derecho de propiedad. No se puede ni física ni lógicamente incorporar una obligación a favor de una persona y a cargo de otra en un papel, como si se tratara de los alimentos que asimila el cuerpo, respecto de los cuales sí podemos decir que han sido incorporados al cuerpo. El hecho de que el papel en sí sea una cosa no quiere decir que el crédito se vuelva parte del papel por la magia de la palabra "incorporación".

No se puede negar que desde el punto de vista jurídico la construcción es práctica, pero no es cierto que la propiedad a que se refiere la ley sea el papel mismo o que realmente se haya incorporado el crédito en el papel, según lo hemos visto en caso de robo o extravío y según se descubre con evidencia en el momento que nos despojamos del prejuicio consagrado por la doctrina. Es cierto que el tenedor es propietario del papel, pero éste no tiene ningún interés desde el punto de vista de su valor intrínseco, como cuando se trata de un papel que cuesta cinco centavos y que contiene una letra de cambio por un millón de pesos. El millón de pesos no es el papel ni está guardado o contenido o incorporado en el papel. Lo que existe es el derecho del tenedor a exigir el millón de pesos al deudor; lo que existe en una obligación personal que se hace constar en el papel.

A la doctrina no le es posible otorgar la propiedad de un crédito a su titular porque necesita de la cosa para hacerla objeto del derecho de propiedad. Naturalmente que lo puede hacer y lo hace el legislador, pero la doctrina no puede *explicar* este fenómeno, supuesto que tiene forzosamente que apelar a la cosa para decir que el titular es propietario de ella. Por ser evidente que el tenedor es propietario de la cosa, del cuerpo físico (papel), creyó la doctrina que le bastaba con decir que el crédito se había incorporado en el papel y que así como el titular era dueño de éste, ahora también lo era del crédito. Sin embargo, la doctrina nunca conseguirá que una idea, la obligación personal prometida por el deudor, pueda ser el papel. Lo más que puede explicar la doctrina es que el papel hace constar que el sujeto pasivo adeuda determinada cantidad al sujeto activo.

Para que un derecho de crédito, una atribución indirecta (facultad correlativa del deber del deudor) pueda ser objeto inmediato de una atribución directa, del derecho de propiedad, podemos decir "*a priori*" que tendrá que referirse a una actividad potestativa, supuesto que ya hemos visto que el derecho de propiedad y todos los derechos reales, sin excepción, se refieren a actividades potestativas, o sea a aquellas actividades que el titular puede ejercitar o dejar de ejercitar a su antojo. No podrá recaer el derecho de propiedad a que se refiere el título de crédito sobre actividades ordenadas o prohibidas. Ahora bien, todas las obligaciones personales se refieren a prestaciones de hacer o de no hacer y constituyen *obligaciones* a cargo del deudor, que no puede dejar de ejercitar. En consecuencia, *no podemos lógicamente atribuir una obligación personal* directamente porque todas las atribuciones de facultades directas lo son de actividades potestativas y la obligación personal se refiere a actividades obligatorias. Tampoco es posible atribuir en propiedad la conducta ajena.

Hemos visto que no puede atribuírse la obligación directamente al acreedor en cuanto ésta representa actividades ordenadas o prohibidas o bien conducta ajena. Ahora bien, ¿en qué consiste la prestación de la obligación consignada en un título de crédito? No hay problema tratándose de títulos representativos de mercancías, supuesto que conforme a la ley (art. 229 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito) éstas son la atribución directa (la propiedad) a favor del que aparece como tenedor del título. Aquí no existe una obligación personal. El papel es el medio necesario para probar a quién se le atribuye la propiedad de las mercancías. Igual cosa sucede tratándose de las acciones, las cuales tampoco hacen constar la existencia de una obligación personal, sino la participación social del titular de la acción. Surge el problema tratándose de una letra de cambio, de un pagaré, etc. Estos últimos títulos hacen constar una obligación de dar. Desde el punto de vista del sujeto activo, el título no sólo es la manifestación de una atribución indirecta, de una obligación personal, sino que es también y al mismo tiempo el título que expresa el derecho de llegar a ser propietario de una cosa (dinero) y no de un servicio o de una abstención. En vista de que la ley expresamente atribuye al tenedor del título la propiedad de algo y este algo no puede referirse a la obligación personal en sí (conducta ajena) forzosamente se refiere a *la atribución directa*

de la facultad de exigir el pago de la suma de dinero consignada en el papel; es la atribución de una actividad potestativa; se atribuye en propiedad el derecho del acreedor, su *facultas exigendi*, su crédito. La *facultas exigendi* es conducta propia del acreedor encaminada a exigir la conducta ajena; pero la conducta ajena es el deber correlativo de la facultad (conducta autorizada) del acreedor. El sujeto activo es propietario de este derecho y al mismo tiempo es el sujeto activo de una obligación personal. Respecto de la primera atribución, podemos decir que el tenedor del título para nada necesita del deudor al disponer o gravar su derecho de propiedad, supuesto que la atribución se refiere a la propia conducta del acreedor. Se trata de un derecho subjetivo absoluto. Este derecho no debe confundirse con las garantías individuales consagradas por la Constitución, que se refieren a la conducta personal del sujeto. Este derecho es el derecho de propiedad porque atribuye actividades que recaen sobre una cosa, el papel. La verdadera naturaleza del fenómeno no es la *incorporación*, ficción insostenible, sino la *conversión*. El papel —con su contenido intelectual, ha sido *convertido* en objeto *mediato* del derecho de propiedad.¹

En vista de que el titular no es propietario del dinero sino de la facultad de exigirlo, para llegar a serlo tendrá que exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Entonces la atribución directa (el derecho de propiedad) se limita a la facultad de disponer (endosar, gravar, etc.) de lo que le es propio, su *facultas exigendi*, pero no de la conducta del deudor la cual no puede ser objeto mediato de un derecho, excepto en la esclavitud.

La propiedad intelectual es la atribución de actividades relativas o referidas al objeto ideal del derecho; la propiedad del título de crédito es la atribución de la *facultas exigendi* (también objeto ideal, supuesto que es la posibilidad de actuar facultada al acreedor). La propiedad intelectual tiene por objeto todas las actividades que hacen posible y aseguran la *reproducción* de la idea como facultad exclusiva del titular. El título de crédito autoriza todas las actividades que hacen posible la *conservación* y *transmisión* de la *facultas exigendi* manifestada literalmente en el papel (arts. 2, 6, 17, 20 y demás relativos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

¹ Aquí vuelve a aparecer el eterno culto a las cosas, a los cuerpos; la necesidad que el hombre siente de encarcelar sus intereses dentro de algo muerto y rígido, la materia.

El titular es *poseedor* de una cosa, en la cual está redactada la atribución directa del crédito, y a esta cosa le son aplicables todos los preceptos relativos a la posesión de las cosas. Sin embargo, como a pesar de la doctrina, el papel es solamente un medio para hacer constar la atribución directa y la atribución indirecta, en caso de que se extravíe o se destruya el papel, podrá de todas maneras el titular exigir sus derechos, los cuales le han sido atribuídos directa e indirectamente, según lo hemos visto. El tenedor no solamente posee el papel sino que es titular de su derecho. No podrá el deudor oponer al tenedor las excepciones personales que tiene en contra del primero o posteriores beneficiarios, porque éstos no le han hecho al tenedor una cesión de una obligación personal simplemente, sino la transmisión de una atribución directa.¹ El último tenedor, para poder transformar en propiedad su derecho a llegar a ser propietario, lo hará exigiendo el cumplimiento de una obligación de dar, derivada de la exigibilidad de la obligación.

Ya hemos visto que la propiedad del papel no es necesaria para la existencia del derecho. Tampoco lo es el hecho de que el tenedor del título no tenga en su poder la cosa (el dinero) o que el deudor no le haya otorgado un derecho real sobre una cosa determinada de su patrimonio, supuesto que el tenedor del título no es propietario de una parte determinada del patrimonio del deudor, sino que es propietario del crédito, por habersele atribuído directamente por la ley. Aquí nos encontramos con el mismo fenómeno que tratándose de la propiedad intelectual, en que el libro, el dibujo, el medio físico, es solamente el instrumento necesario para poder exteriorizar, fijar e identificar la idea en sí, la cual es objeto mediato del derecho de propiedad. El papel es el instrumento necesario para hacer la atribución del derecho de propiedad, pero no es ni el derecho de propiedad ni el objeto inmediato del derecho: es el medio físico necesario (mientras no se destruye o desaparece) para hacer aparecer el objeto mediato (ideal) de la atribución directa.

Si tomamos en cuenta que el tenedor del título es al mismo tiempo propietario de la atribución directa y sujeto activo de una obligación personal, será fácil explicar en forma armónica cada una y todas las disposiciones de la Ley de Títulos y Operaciones de

¹ La facultad que tiene el acreedor de exigir al deudor, pero no la facultad del deudor de oponer excepciones personales al primer acreedor: estas últimas no constan en el papel y no se transmiten con él.

Crédito y asimismo el hecho, inexplicable para la doctrina, de que el titular pueda exigir el pago aun extraviándose o destruyéndose el papel. Bastará aplicar estas ideas para descubrir con qué armonía se desenvuelve toda la vida jurídica de estos documentos cuando tomamos en cuenta, de un lado, la atribución directa, el derecho de propiedad, y del otro la atribución indirecta, la obligación personal.

La ventaja de esta construcción jurídica es evidente, pues otorga al crédito un medio de circulación, tanto de carácter económico como jurídico, ya que su transmisión, conservación, etc., etc., por disposición de la ley, se realizan exclusivamente a través del papel (mientras exista) en donde se ha hecho constar la existencia del crédito y de la atribución directa y solamente en el momento de exigirse vuelve a aparecer la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, para desaparecer en el momento de su cumplimiento, momento en el cual también el derecho de llegar a ser propietario se transforma en derecho de propiedad sobre la suma adeudada. Esta construcción jurídica nos permite, mientras tanto, olvidar la atribución indirecta y hacer que funcione la atribución directa mencionada en el papel como si se tratara de la propiedad de un bien mueble, mejor dicho, se trata de la propiedad de un bien mueble, y por este motivo los actos jurídicos que se realicen no requieren el consentimiento o la intervención de los sujetos que no intervienen en cada acto y que figuran en el documento. Pero la propiedad atribuida no recae solamente sobre la cosa corpórea llamada papel sino que es la atribución directa de la facultad de disponer del crédito, facultad de carácter potestativo atribuida directamente al tenedor, el cual es propietario del papel y también lo es de la atribución directa, independientemente de que exista o no el papel. El papel desempeña la misma función que un libro o que el objeto en donde se aplica un invento: es el medio físico en donde se manifiesta la idea objetivada —el objeto ideal que es objeto mediato del derecho de propiedad intelectual.

III. LAS SERVIDUMBRES

Son gravámenes reales a favor del fundo dominante y en contra del fundo sirviente (art. 1057). Constituyen una atribución directa de actividades a favor del titular y consecuentemente un gravamen o disminución del contenido o alcance del derecho de propie-

dad del fundo gravado, ya que obligan al propietario a no hacer o a tolerar (art. 1058), disminuyendo así su facultad de hacer, de usar y gozar. Cuando el propietario del fundo sirviente dispone de su propiedad, se ve obligado a transmitir un derecho con un contenido menor.

“Para que al dueño del predio sirviente pueda exigirse *la ejecución de un hecho*, es necesario que esté expresamente determinado por la ley, o en el acto en que se constituyó la servidumbre” (art. 1058). Hasta este momento hemos visto que las limitaciones y los gravámenes del derecho de propiedad resultaban en una disminución de su contenido; estas limitaciones y gravámenes nos indicaban lo que no estaba contenido dentro del derecho, lo que no es el derecho, su aspecto negativo, y por ello la violación es violación de deberes negativos a cargo del propietario y no violación del derecho de propiedad; son deberes que se reducen a no hacer, *porque no se tiene derecho*. Ahora (art. 1058, Código Civil) nos encontramos con una obligación de hacer a cargo del propietario del fundo sirviente —como parte del contenido del *derecho* real de servidumbre, según parece; pero de acuerdo con nuestra teoría decimos que se trata de una *obligación personal conexa a un derecho real*. Se trata de una atribución indirecta al titular del derecho real a exigir a otra persona determinada (propietario del fundo sirviente). En caso de cambio de propietario del fundo sirviente, debe entenderse que el nuevo propietario acepta el pacto existente —la prestación de hacer— al adquirir el fundo. El hecho de que pueda abandonar la propiedad para evadir esta obligación (art. 1121, Código Civil) no cambia la naturaleza de la obligación, pues lo que pasa es que se extingue dicha obligación personal por mandato de la ley. En caso de cambio de propietario del fundo dominante, el nuevo propietario adquiere un derecho de crédito: la facultad de exigir una prestación de hacer a una persona determinada, al propietario del fundo sirviente. Este es un derecho subjetivo relativo en la misma forma que lo es el derecho de acción. Tratándose del derecho de acción no hablamos de obligación real o de derecho absoluto, por la circunstancia de que no se conozca al juez o porque cambie la persona del juez.

Como el propietario del fundo dominante es asimismo acreedor o sujeto activo, al vender estará haciendo una cesión de derechos (art. 2029, Código Civil) y no tendrá necesidad del consentimiento del sujeto pasivo (art. 2030, Código Civil). Desde el punto de

vista del adquirente del fundo sirviente, existe una cesión de deuda u obligación personal (arts. 2051 a 2057, Código Civil) y de antemano saben los propietarios de ambos fundos que la prestación de hacer está ligada a la persona solamente cuando tiene la calidad de propietario. En consecuencia, debe entenderse que la sustitución no requiere el consentimiento del sujeto activo (art. 2051, Código Civil) porque se presume que ya lo dió de antemano de acuerdo con la ley que permite que sea una persona determinada, precisamente la persona del nuevo propietario; debe entenderse que exonera al propietario anterior del fundo gravado (art. 2053, Código Civil) porque de antemano sabe el propietario del fundo dominante que es acreedor de una obligación personal conexas a un derecho real y ambos propietarios saben que el nuevo propietario del fundo sirviente queda obligado en los términos en que estaba el propietario anterior (art. 2055, Código Civil), porque saben que ha asumido una obligación conexas a un derecho real.¹ Creo que así eliminamos las discusiones acerca de los derechos reales "in faciendo" y de las "obligaciones reales". A mí me parece más satisfactoria esta explicación que la que da Luis Rigaud, cuando sostiene que el propietario del fundo gravado es como representante de dicho fundo, con lo cual convierte al fundo en sujeto pasivo.² No veo la

¹ La asimilación de la obligación de hacer en la servidumbre con la cesión de créditos y cesión de deudas tiene por objeto fundamentar esta obligación personal conexas a un derecho real, de acuerdo con instituciones conocidas. Pero esto no es necesario. Es suficiente con descubrir que se trata de una obligación personal a cargo del propietario del fundo sirviente para reconocerla como tal y otorgarle las consecuencias derivadas de su naturaleza y de la ley.

² Luis Rigaud (*El Derecho Real*, p. 302), autor que ha hecho un estudio agotante de los derechos reales, al referirse a las servidumbres con cargas de hacer, dice: "Pero, si el 'pati' y el 'facere' no pueden realizarse más que por el propietario o el detentador del feudo sirviente, no dejan de aparecer por esto como una carga del inmueble, y no como una obligación de la persona, ya que ésta puede escapar a ella por abandono. Tanto en un caso como en otro, la persona no aparece más que como un representante del fundo sirviente." Se ve obligado a llamar representante del fundo al propietario del fundo sirviente, como única forma de evitar que se le escape toda la distinción que ha elaborado entre los derechos reales y las obligaciones personales. En toda su obra distingue claramente lo que es la obligación personal: la atribución de una prestación a favor del sujeto activo y en contra del sujeto pasivo, pero obsesionado con la cosa, tratándose de los derechos reales, milagrosamente deja de ser sujeto pasivo el propietario del

necesidad de torcer la realidad para imponer una teoría cuya única justificación radicaría en explicar y armonizar los fenómenos de la realidad y del derecho positivo. De acuerdo con nuestra teoría este problema —como todos los demás que han surgido hasta este momento— es muy sencillo. Primero, no es posible jurídicamente que una persona preste servicios a una cosa; segundo, siempre que una persona determinada está obligada a hacer algo a favor de otra nos encontramos con una obligación personal, con una disminución de la libertad jurídica del obligado. Jamás existen obligaciones a cargo de las cosas ni facultades a favor de las cosas.

En resumen, *siempre* que se atribuye la propia conducta como facultad tenemos un derecho absoluto, el cual es un derecho real cuando se refiere a actividades que recaen sobre los objetos exteriores al hombre (reales o ideales). *Siempre* que se faculta a una persona para gozar de los derechos de otro y para exigir la conducta de otro, tenemos un derecho de crédito y correlativamente una obligación personal. Jamás tenemos *derechos mixtos* porque ello equivaldría a aceptar que el mismo derecho es absoluto y relativo. Existen derechos reales que son el supuesto para el nacimiento de derechos de crédito y viceversa. Finalmente, jamás existen obligaciones reales si por ello entendemos que la cosa se convierte en sujeto y el propietario en representante de ella; tampoco existen tales obligaciones si por ello entendemos que se trata de *derechos mixtos* por constituir tales derechos una contradicción. Naturalmente que puede existir un derecho que sea el supuesto jurídico de un deber jurídico o de una obligación personal y a esto se reduce científicamente el famoso problema de la obligación real, de los derechos mixtos y de los gravámenes (obligaciones) a cargo de las cosas.

La circunstancia de que el sujeto activo y el sujeto pasivo de la servidumbre se encuentren en el propietario del fundo dominante y del fundo sirviente, respectivamente, no significa que los fundos sean sujetos del derecho o que existan obligaciones reales, pues en fundo sirviente, para convertirse en “representante” de dicho fundo. Para salvar la “realidad” de su derecho prefiere convertir al fundo en sujeto. Esto es lo que sucede fatalmente con los autores que consideran a la cosa como objeto inmediato del derecho, ya que al aparecer una obligación de hacer conexas al derecho real para hacerla “real” la convierten en *obligación de la cosa*. Por el pequeño detalle consistente en haber colocado fuera de lugar la atribución del derecho, se ven obligados a acuñar verdaderas monstruosidades jurídicas, lo cual *puede hacerse pero no debe hacerse*.

este caso, tampoco la obligación de hacer constituye un derecho real a favor del propietario del fondo dominante. Lo que pasa es que ambos fundos han sido convertidos en puntos de imputación a través de los cuales se otorga el crédito al propietario del fondo dominante y se impone la obligación al propietario del fondo sirviente. La adquisición del fondo dominante por una persona es el supuesto jurídico para la atribución del crédito a la misma persona; y la adquisición del fondo sirviente por una persona es el supuesto jurídico para la imposición de una obligación personal a cargo de dicha persona.

IV. LA PRENDA Y LA HIPOTECA

“La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago” (art. 2856, Código Civil). “La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que dan derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley” (art. 2893, Código Civil).

De acuerdo con la teoría clásica que insiste en la inmediatez entre el titular y la cosa, en el poder de hecho sobre la cosa, se dificulta explicar la hipoteca, porque el titular no está facultado para ejercer un poder independiente y directo sobre el cuerpo de la cosa, salvo en caso de incumplimiento de la obligación personal. Para la teoría clásica la esencia del derecho real consiste en el señorío sobre la cosa, y en la hipoteca el titular no tiene ninguna participación directa sobre la cosa. Por este motivo varios autores llegan a ver en la prenda y en la hipoteca una “obligación real”, una obligación del propietario de la cosa dada en prenda o hipoteca. Con esta nueva frase (obligación real), solamente se consigue ocultar el problema y contribuir a que no se resuelva nunca o a eliminar la diferencia que existe entre el derecho real y la obligación personal. Los que aceptan que existe diferencia entre el derecho real y la obligación personal, se ven obligados a decir que por ser la hipoteca un derecho real de *garantía*, no hay aprehensión de la cosa, cuando momentos antes definieron al derecho real por el poder de hecho que ejerce el titular sobre la cosa, por la inmediación entre el titular y la cosa.

De acuerdo con nuestra teoría, al propietario de la cosa gravada se le atribuyen directamente abstenciones, correspondientes al gravamen que disminuye su derecho de propiedad, y al titular de la hipoteca se le atribuyen directamente actividades potestativas, de acuerdo con su derecho, mientras que las actividades positivas que se le atribuyen al propietario del fundo gravado son obligaciones personales conexas a un derecho real. La hipoteca es un derecho real sencillamente porque al propietario del fundo gravado se le deducen facultades que limitan el contenido de su derecho de propiedad y al acreedor hipotecario se le facultan actividades relativas a la cosa: todas las que sean convenientes y necesarias para conseguir la preferencia en el pago. Al titular del derecho real como tal no se le otorga ninguna *facultas exigendi* contra el deudor sino una *facultas agendi* relativa a la cosa. No se le permite ejercitar el poder de hecho ni usar ni disfrutar porque no se necesita, ya que el objeto de su derecho es otorgar la preferencia en el pago. En resumen, la hipoteca es una facultad fundante otorgada al titular, como lo es la de todos los derechos reales, pero el *contenido* de este derecho es sencillamente el apropiado para conseguir la preferencia en el pago y nada más ni menos.

Analicemos primeramente el caso de la prenda. "Para que esta prenda surta sus efectos contra tercero, necesita inscribirse en el Registro Público" (arts. 2857 y 2861). Tenemos aquí una atribución directa al titular, que lo faculta a inscribir, a poner a salvo su derecho frente a terceros. "El que dé los frutos en prenda se considerará como depositario de ellos..." (art. 2857). He aquí una obligación a cargo del propietario, idéntica a las restricciones y cargas que constituyen las diversas modalidades de la propiedad y que son atribuciones directas a cargo del propietario en cuanto imponen una abstención y que constituyen una obligación personal conexas a un derecho real en cuanto lo obligan a hacer. En la misma forma se explican las atribuciones directas a cargo del acreedor, de conservar la cosa empeñada, etc. (art. 2876). En nuestra teoría no es de esencia la entrega o aprehensión de la cosa ni la inmediatez real o figurada (como aquélla que nos habla del derecho adherido a la cosa), por lo cual podemos admirablemente explicar que la entrega sea real o simplemente jurídica (arts. 2858 y 2859) y que el deudor pueda usar de la prenda que queda en su poder (art. 2859). También tratándose de la prenda como de la propiedad y de todos los

demás derechos reales, existen obligaciones conexas de carácter indirecto que ayudan a complementar la finalidad práctica, pero no a definir al derecho real (arts. 2864, 2874, 2877, 2878 y demás relativos del Código Civil). El derecho del acreedor a exigir que se le entregue la prenda prometida, es una obligación típica de dar, una prestación indirecta que nada tiene que ver con la definición o con la integración del derecho real de prenda (art. 2871). El derecho de persecución y de preferencia, consagrados por los artículos 2856, 2873, 2879 y demás relativos del Código Civil, constituyen atribuciones directas oponibles a terceros: son parte del derecho absoluto concedido al acreedor prendario.

La hipoteca otorga preferencia en el pago al acreedor hipotecario. El propietario que acepta la hipoteca ha gravado su bien en tal forma que este gravamen tiene primacía, independientemente del monto de la hipoteca o del valor del inmueble gravado. La hipoteca voluntaria nace mediante un acto jurídico celebrado entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor hipotecario), pero una vez creada, ¿por qué decimos que es un derecho real? Precisamente porque la existencia misma del deudor y no solamente su calidad, son indiferentes económica y jurídicamente en relación con el derecho real. En caso de incumplimiento, la preferencia en el pago se establece sobre el bien hipotecado y por eso el titular está facultado para actuar aunque el bien hipotecado haya pasado a manos de tercero. Por ser un derecho real se otorga el derecho de preferencia y de persecución de la cosa. Es la atribución directa¹ al acreedor hipotecario, de las actividades que constituyen la preferencia y la persecución, independientemente del importe del crédito o del valor del bien hipotecado o del poseedor o propietario de la cosa. No es una especie de copropiedad por el monto del crédito, como dicen algunos autores, sino que es simplemente una actividad atribuida directamente al acreedor sobre toda la cosa, no sobre la parte correspondiente al crédito. Naturalmente que cuando se extingue la obligación principal, se extingue la hipoteca, y esto es lo que sucede cuando se paga el monto del crédito; pero mientras tanto, el gravamen pesa sobre la totalidad de la cosa. El objeto inmediato del derecho es la atribución de todas las actividades que constituyen la

¹ Repito que por *atribución directa* quiero decir que el titular de la atribución puede *hacer* sin recurrir a un tercero (deudor), en dondequiera que se encuentre la cosa y aunque no *toque* la cosa.

preferencia y por tratarse de una atribución directa existe el derecho a perseguir la cosa.¹ Cuando el deudor hipotecario cede su propiedad, la transmite en forma limitada, o sea con el gravamen impuesto directamente por el derecho real de hipoteca: la cede con menos facultades fundantes, las cuales fueron sustraídas de su derecho y otorgadas al acreedor.

No es un derecho real la hipoteca porque exista señorío o un poder de hecho sobre la cosa, sino exclusivamente porque las actividades a que se refiere la hipoteca han sido atribuidas al acreedor y han sido atribuidas directamente, no frente al deudor (*facultas exigendi*) sino al acreedor (*facultas agendi*) sobre la cosa. La hipoteca, como todos los derechos reales, es la atribución de facultades fundantes, de actividades que recaen sobre la cosa hipotecada, y no es un derecho de crédito porque no atribuye la facultad de exigir la conducta ajena.

Para la doctrina no hay un criterio de uniformidad que abarque a la hipoteca y a los demás derechos reales, los que se hacen consistir en la aprehensión, en el poder de hecho, en la inmediatez entre el titular y la cosa, en el uso y goce de la cosa, etc., y aún cuando la doctrina da un paso decisivo hacia adelante y descubre el carácter absoluto del derecho real nos está dando el contenido del deber correlativo y no lo que nos interesa: el contenido del *derecho*. Para que exista un derecho real es necesario y suficiente con que exista, con el carácter de objeto inmediato, la atribución directa de facultades fundantes relativas a actividades que recaen sobre cosas o bienes determinados. La distinción de los diversos derechos reales no radica en la cosa sino en las diversas actividades atribuidas directamente al titular de cada derecho real, como conducta propia que recae sobre las cosas.²

La preferencia en el pago, característica específica de la hipoteca, no existe tratándose del derecho de propiedad, supuesto que el

¹ Sencillamente, el otorgamiento de un derecho real de garantía significa la autorización (facultad fundante) de actuar sobre la cosa en la forma necesaria para lograr la preferencia en el pago. Esto es muy sencillo comprenderlo porque es la verdad, lo que realmente pasa; mientras que es muy difícil digerir la idea del derecho adherido a la cosa, la idea de una especie de copropiedad por el monto del crédito (copropiedad que no lo es en ningún aspecto supuesto que no otorga posesión de la cosa ni su uso y disfrute).

² No es necesario que estas actividades sean actos de apoderamiento, pues puede tratarse de actos exteriores intelectuales, de actos jurídicos, etc.

propietario, cuando lo es, no tiene por qué pedir preferencia frente a nadie. Su propiedad nunca se ve sometida a este dilema, mientras que si se trata de la adquisición de la propiedad de un inmueble arrendado, tiene preferencia el arrendatario y también tiene preferencia el acreedor hipotecario frente a cualquier propietario del bien gravado. Cuando el problema consiste en determinar quién es propietario de una cosa, no se suscita el problema de la preferencia, pues se prefiere siempre al que resulte propietario; pero no consiste en este dato el derecho de preferencia, ya que entonces dicho fenómeno se nos presenta en toda clase de derechos y se prefiere al poseedor frente al que no lo es; al arrendatario frente al que no lo es; al que tiene un derecho frente al que no lo tiene, etc. En resumen, el único elemento específico de la hipoteca, lo que la define, es el derecho de preferencia, el cual surte efectos aún frente a los propietarios o a los titulares de otros derechos reales.

Bonnecase (*Supplement*, tomo v, núms. 104-106) dice que no existe el derecho de preferencia y de persecución más que en el caso de la hipoteca y de los demás privilegios reales. De acuerdo con la acepción estricta y correcta adoptada por este autor, podría decirse que el titular de un derecho real principal no necesita de esta prerrogativa (derecho de preferencia), supuesto que si se enfrenta al propietario con el no propietario, aquél tiene preferencia porque es propietario y éste no lo es, mientras que el propietario puede recuperar la cosa de cualquier detentador. Naturalmente, el que no tiene derecho no tiene preferencia frente al que lo tiene; el propietario no puede ser preferido en el uso y disfrute frente al usufructuario porque no tiene por lo pronto derecho a usar y disfrutar, mientras que es preferido el primer usufructuario frente al segundo, el primer arrendatario frente al segundo o frente al propietario mismo. El derecho de perseguir la cosa en contra del que no tiene derecho a usarla o disfrutarla, lo tiene en el mismo grado el propietario y el usufructuario así como el arrendatario. Estos elementos no son exclusivos de los derechos reales, sino que se otorgan a todos los derechos, cuando es posible. Puede concebirse el derecho de persecución y el derecho de preferencia de acuerdo con Bonnecase, en un sentido estricto, a favor del que no está en contacto con la cosa; pero al afirmar Bonnecase que estos derechos los tiene solamente el titular de derechos reales accesorios nos da la razón de que dichos derechos de preferencia y persecución (en su acepción más

amplia) no son exclusivos del derecho real y no son necesarios (en su acepción estricta) tratándose de todos los derechos reales. Ahora bien, el contacto con la cosa tampoco es necesario, supuesto que existe en cualquier derecho, sea real o personal, cuando permite el uso, el disfrute o la retención de la cosa: existe en la plena propiedad, en el usufructo, en el derecho de uso y habitación, en el arrendamiento, en la aparcería, en el comodato, en la sociedad, en el depósito y en la concesión minera y no existe en la nuda propiedad ni en la hipoteca. También existe tratándose de los sirvientes, empleados y de un delincuente condenado a trabajos forzados que trabaje en una cantera, por ejemplo. Este delincuente tiene la obligación de cumplir con su condena y el derecho a cumplir con su deber.

Veamos ahora si la definición de la hipoteca, de acuerdo con la fórmula general de la teoría —la atribución de actividades sobre una cosa— nos da la esencia y todo el contenido de dicho derecho.

Si un determinado deudor se compromete a pagar una suma de dinero y a no gravar sus bienes o determinados bienes mientras subsiste la obligación, nos encontramos exclusivamente y a pesar de este compromiso, con una obligación personal típica. El cumplimiento depende totalmente del deudor, ya que el acreedor cuenta solamente con una atribución indirecta, cuyo cumplimiento no depende de su conducta sino de la de otro; tiene una *facultas exigendi* y ninguna *facultas agendi*. No solamente depende exclusivamente del deudor el cumplimiento de la obligación sino el hecho de que grave o no grave, enajene o no enajene el bien que se comprometió a reservar en garantía. Nace el derecho real cuando el gravamen sobre la cosa se atribuye directamente al acreedor hipotecario, cuando éste ya no necesita del deudor para hacer o no hacer.

Hasta aquí hemos visto que la teoría se comporta en forma armónica y uniforme tratándose de cualquier derecho real, ya sea la propiedad o los derechos reales principales. Procedamos ahora a determinar el contenido de las actividades atribuidas directamente al acreedor hipotecario. El acreedor ha sido autorizado directamente a ejercitar todas las actividades sobre una cosa *que son necesarias para proporcionarle la preferencia en el pago de una cantidad determinada*. Por tratarse de una atribución directa, el gravamen subsiste aunque la cosa pase a poder de un tercero (art. 1894); el acreedor puede perseguir la cosa en donde quiera que se encuentre, supuesto

que se le atribuyó directamente una actividad sobre la cosa y no la facultad de exigir la conducta ajena. Para que esta actividad atribuída directamente pueda ser directa, es necesario saber de antemano sobre qué cosa recae, y por eso el artículo 2895 exige que la cosa esté expresamente determinada. La atribución recae sobre toda la cosa gravada y no sobre la parte que represente el importe del crédito. Repetimos, no se trata de una especie de copropiedad por el importe del bien, como lo quieren algunos autores, sino de una atribución de preferencia sobre la totalidad de la cosa. En consecuencia, el gravamen incluye toda la cosa, sus accesiones, las mejoras, los muebles incorporados permanentemente, las nuevas construcciones que el propietario haga sobre la cosa, ya que todo lo anterior debe considerarse como parte del inmueble (arts. 2896 y 750 del Código Civil). En vista de que la atribución de actividades no incluye el uso y disfrute de la cosa, el acreedor hipotecario no tiene derecho ni a los frutos ni a las rentas (art. 2897 del Código Civil): la hipoteca no es una especie de copropiedad. Se ve claramente por qué la doctrina ha caído en contradicciones al decir que los derechos reales nos dan el señorío sobre la cosa, pues en este caso no existe tal señorío, ni aprehensión de la cosa, ni el uso o el goce de ella. La ley permite una segunda hipoteca, supuesto que la preferencia se va estableciendo cronológicamente, a partir de la fecha de cada inscripción (art. 1901, Código Civil). Por ser la hipoteca una atribución directa de actividades sobre la cosa, es indiferente la calidad del deudor y puede otorgarla un tercero (art. 2904). Por ser la hipoteca una atribución directa, constituye una limitación o reducción del valor económico de la cosa hipotecada y una reducción del contenido jurídico del derecho hipotecado; por este motivo la ley considera que el otorgamiento de una hipoteca es un acto de disposición y que sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar y que sólo pueden hipotecarse los bienes enajenables (art. 1906). No puede hipotecar un menor ni un representante que no tenga poder para actos de dominio; no puede hipotecarse el patrimonio de familia, porque es inalienable. Se le atribuyen al acreedor, como actividades conexas, las consistentes en exigir que se mejore la hipoteca cuando el bien hipotecado no es suficiente (art. 1908); la actividad consistente en pedir que se le entregue el importe del seguro en caso de incendio, si la hipoteca ya venció, y la imposición de su importe, si aún no ha vencido. Estos dos casos son similares a los correspondientes en el

usufructo; igual cosa sucede cuando el bien hipotecado es expropiado o vendido judicialmente. En vista de que es indiferente la calidad del propietario del bien hipotecado, la cosa puede ser dividida y el gravamen repartido equitativamente entre las diversas fracciones (art. 2913); y en todos los casos anteriores tiene derecho el acreedor a intervenir para la protección de sus derechos, supuesto que su atribución es directa. Por el mismo motivo interviene el acreedor tratándose del arrendamiento (art. 2914). La atribución de la preferencia prescribe a los diez años, a partir de la fecha en que es exigible (arts. 2918 y 2927). Por ser la hipoteca una atribución directa, la ley exige que sea expresa y nunca tácita ni general y sólo puede oponerse a terceros cuando se registra (arts. 2919, 2921 y 2940).

Ya hemos visto que todos, absolutamente todos los derechos derivados de la hipoteca, se traducen en actividades atribuidas directamente al acreedor sobre una cosa determinada, no para que la use o disfrute ni para que la posea, sino para que asegure y consiga la preferencia en el pago; esto es, la hipoteca es la atribución directa de todas las actividades necesarias y convenientes, sobre una cosa determinada, para lograr la preferencia en el pago de una cantidad determinada. La existencia del crédito garantizado con la hipoteca no afecta a la naturaleza jurídica del gravamen real, pero sí a su existencia; el gravamen real es un derecho real accesorio, cuya existencia depende de la existencia del crédito que garantiza. El gravamen real no es un derecho real solamente porque tenga por objeto una cosa, ya que en el arrendamiento, en el comodato, en la aparcería y en la posesión, las actividades también recaen sobre una cosa; tampoco es un derecho real porque exista inmediatez entre el titular y la cosa o un poder de hecho sobre la cosa, supuesto que el acreedor jamás aprehende la cosa. Es un derecho real porque como todos los derechos reales y solamente los derechos reales, atribuye al titular actividades directas (facultades fundantes) sobre un bien determinado.