

PARA UNA DETERMINACION DEL CONCEPTO DE DERECHO REAL

I.—INTRODUCCION

EL problema de la determinación del concepto de derecho real debe ser resuelto a través de una investigación fraccionada en dos etapas, cada una de las cuales tiene que corresponderse con uno u otro de los dos aspectos que en ese concepto, como en el de cualquier institución jurídica, podemos distinguir, el formal y el material.

Dicha investigación revestirá, según la etapa en que se encuentre, características distintas. Pasará del campo jurídico filosófico al jurídico positivo. Porque si bien la tarea de establecer conceptos formales de las instituciones jurídicas es propia de la Filosofía del Derecho, el contenido material de esos conceptos sólo lo podemos obtener del estudio del Derecho positivo.

II.—CONCEPTO FORMAL DE DERECHO REAL

Siendo dos las fundamentales especies de derechos subjetivos privados —la de los derechos reales y la de los derechos de crédito— han de ser definidas la una en contraposición a la otra. La definición del derecho real estará integrada, pues, por su género próximo y su última diferencia

respecto al derecho de crédito. El género próximo nos lo da el análisis del derecho subjetivo, pues ambos tipos de derechos tienen en común su naturaleza de tales. En torno a la cuestión de determinar cuál sea la última diferencia que separa el derecho real del de crédito, se han constituido diversas teorías, sin que falten las posiciones negativas de los que, desesperando de hallar una solución aceptable a esta cuestión, se consuelan desconociendo su importancia.

Dejemos ese consuelo para los que lo necesiten, y entremos nosotros en el estudio de las teorías positivas. Estas pueden agruparse según tres concepciones: la realista, la personalista y la intermedia o armónica. Según la concepción realista del derecho real, la característica específica de éste estriba en la inmediatividad de la relación que determina entre la persona que es su sujeto y la cosa que es su objeto. Según la concepción personalista u obligacionista del derecho real, dicha característica radica en la universalidad e indeterminación del sujeto pasivo con el que el titular del derecho real mantiene la relación que lo constituye. Finalmente, en la concepción armónica se comprende el derecho real como integrado por dos relaciones heterogéneas: una real -entre el titular y una cosa-, y otra personal -entre el titular y el sujeto pasivo universal-.

La concepción realista del derecho real es la clásica. Es empírica. Parte de la observación de la realidad jurídica que nos presenta a los titulares de los derechos reales ejerciendo una compleja actividad sobre las cosas existentes en esa realidad. Esa actividad sólo se explica jurídicamente si entendemos que el Derecho objetivo ha concedido a los que la realizan, la facultad de llevarla a cabo. Pues bien, el derecho real no es sino esa facultad de actuar sobre una cosa y supone, por tanto, una relación entre esta cosa y su titular.

La concepción personalista se ha formulado como crítica a la realista. No desconoce la experiencia en que ésta se basa, pero encuentra otra explicación para ella. Es lógica más que empírica. Podemos recrearla así: No puede prescindirse en una definición del derecho real de las personas que no son sus titulares. Sin esas personas aquel derecho no existiría. En un mundo de cosas en que únicamente

viviera una persona, cabría que ésta desarrollara una actividad económico real, pero nunca jurídico real. Los derechos sólo existen para ser exigidos frente a otro, y no tiene sentido hablar de ellos si no existe ese otro frente al que formular su exigencia. Esas otras personas que no son titulares del derecho real, y de las que no puede prescindirse en una definición del mismo, se encuentran frente a su titular en una misma situación jurídica: éste puede exigirles que se abstengan de interferir el desenvolvimiento de la actividad que supone el ejercicio de su derecho, y ellas deben abstenerse de realizar tal interferencia. Puede hablarse del deber general de abstención o del sujeto pasivo universal. Los límites físicos de la cosa constituyen así fronteras jurídicas para todos aquellos que no tengan derechos sobre ella. Pero no se crea por lo expuesto que la concepción realista del derecho real sólo necesita para su validez el ser completada con una referencia al deber general de abstención porque es innecesario y absurdo hablar de facultad jurídica, como ella hace, para explicar la actividad del titular del derecho real sobre una cosa. Es innecesario ya que esa actividad queda suficientemente aclarada si decimos que el que la realiza está exento del deber de abstención. Debemos suponer siempre lo menos, no lo más, y lo menos en este caso es suponer que si el titular del derecho real actúa sobre una cosa no es por que esté facultado para actuar, sino porque no se le ha prohibido no actuar. Al mismo tiempo que innecesario, el referirse a una facultad jurídica sobre una cosa es absurdo. Esa facultad nos lleva a establecer una relación entre personas y cosas, y es sabido que una persona mantiene su vida de relación con otras personas, nunca con una cosa.

La concepción armónica o intermedia recoge el punto de vista obligacionista, pero se separa de él en cuanto constituye crítica del realista. Intenta recoger en su concepción del derecho real los dos datos destacados por realistas y obligacionistas: la actividad sobre las cosas y el deber de abstención del sujeto universal. En Rigaud la relación personal sólo se concibe como añadido de la real, para su sanción o garantía estando fuera del contenido específico del

derecho real. En Barassi esa relación personal constituye ya uno de los dos elementos, el elemento externo, que integran el mencionado contenido específico del derecho real. Pero siempre destacan los armónicos esa circunstancia de que el derecho real provoque dos relaciones de diversa naturaleza, real, la una, y personal, la otra.

El mérito principal de los armónicos ha estado en su defensa de la posibilidad de hablar de una relación real sin incurrir en absurdo, y de la conveniencia e, incluso, necesidad, de considerar ínsita en el derecho real una relación de esa clase. Nosotros podemos hacer una defensa análoga en la siguiente forma: No es absurdo el hablar de una relación real. Las críticas de los obligacionistas a este respecto no son científicas, sino sentimentales. Tienen su causa en el sentimiento de la personalidad. Su inconsistencia se advierte claramente si advertimos que este mismo sentimiento de la personalidad puede llevarnos a negar la construcción obligacionista del derecho personal por excelencia, que es el derecho de crédito. Entendiendo, en efecto, que no puede admitirse vínculo alguno entre personas como opuestos que son, a su libertad, se llega a desconocer en el derecho de crédito su elemento personal característico — la deuda — para centrar la atención en su elemento real — la responsabilidad —. De aquí a configurar esa responsabilidad como un derecho real, como una prenda, por ejemplo, no hay más que un paso, y éste se ha dado ya en determinado sector de la doctrina. Ahora bien, si nos es posible hablar de relación real, debemos hablar de ella cuando se trata de definir el derecho real: es conveniente y es necesario. Es conveniente porque una concepción del derecho real que prescindiera de la relación con la cosa que es su objeto, carece de toda expresividad, resultando *prima facie* ininteligible. Es necesario porque la exención del deber general de abstención, al ser exoneración de una limitación absoluta, supone una libertad absoluta, y el titular del derecho real nunca goza de una libertad de esa índole, ya que sus facultades sufren siempre limitaciones relativas que forman parte de la entraña de su derecho, de modo que la definición de éste sólo puede hacer referencia a dichas limitaciones relativas

si incluimos en ella una mención a la facultad sobre que recaen o a la relación real que modulan.

La concepción armónica ha sido sostenida por notables tratadistas. A ella responde la definición que Sohn nos da del derecho real como «derecho privado que atribuye a su titular un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a cualquiera», y que presenta un curioso sabor político eliminado por De Buen, siempre siguiendo la línea armónica, en su concepción del derecho real como aquél que «autoriza a su titular a obtener ciertas ventajas económicas de una cosa, dentro de las posibilidades de la misma, frente a cualquiera que lo desconozca». Pero, pese a su casi universal aceptación, la tesis armónica es, a su vez, criticable. No por su defensa del criterio realista, sino por su respeto hacia el obligacionista.

En la crítica de la teoría armónica e intermedia empezamos por sentar la afirmación de que el deber general de abstención no constituye característica específica del derecho real. Un deber análogo puede predicarse del derecho de crédito. El sujeto pasivo universal no puede impedir la realización del crédito, vedándosele todo acto que impida que el deudor pague o que el acreedor cobre. Sin embargo, en ninguna definición del derecho de crédito se hace entrar este deber general de abstención. Esto indica que si sucede lo contrario en las definiciones del derecho real es, indudablemente, porque sin el deber general de abstención sería imposible dar a éste una configuración personal, siendo la exigencia de esta configuración, como sabemos, no científica, sino sentimental.

Pero es que tampoco el deber general de abstención forma parte del género próximo del derecho real. El deber de respetar el derecho real, como el deber de respetar el derecho de crédito, no son sino manifestaciones del más amplio deber de respetar todos los derechos adquiridos, dicho de otro modo —pasando de lo subjetivo a lo objetivo—, del deber de respetar el derecho objetivo. Este deber de respetar el orden jurídico, que se establece lógicamente —me refiero a la lógica kelseniana— antes de determinar el contenido de ese mismo orden, es previo a este orden, no siendo,

por ello un deber jurídico privado, sino jurídico público. No se corresponde con ningún derecho privado adquirido, sino con el derecho público a adquirir. La concesión de este derecho a adquirir y la imposición de aquel deber de respetar las adquisiciones son actos simultáneos, pues el uno no tiene sentido sin el otro. Como el derecho a adquirir no es jurídico privado sino público, también por aquí llegamos a la consecuencia de que el deber de respetar las adquisiciones ha de tener naturaleza pública.

Esta tesis es difícilmente controvertible en el Derecho español, cuyo Código penal presenta un título dedicado específicamente a los delitos contra la propiedad, que son considerados, en principio, delitos públicos. El propietario no decide a su arbitrio del castigo del ladrón. Y el hecho es que debiera tener esa decisión si se considerara que el ladrón había lesionado su propiedad, porque él tiene la disposición de este derecho. En la propiedad, como en cualquier otro derecho real, va ínsito predominantemente, un interés privado, y su tutela debiera encomendarse a un sistema de acciones privadas. La acción pública demuestra que la infracción del deber general de abstención respecto al derecho real no supone, propiamente, ataque a un interés privado, sino al interés público. Si el ladrón ha debido respetar la propiedad ajena no ha sido en atención a esta propiedad civil, sino al derecho de propiedad natural, que no es un derecho sobre cosa alguna, sino el que se tiene a adquirir cualquiera. El que lesiona la propiedad natural sólo lo puede hacer quebrantando la integridad personal o patrimonial de algún ciudadano, no su propiedad civil, y esa integridad debe ser mantenida en atención al valor de la personalidad, el cual es, normalmente, uno de los fundamentales valores públicos.

Si de examinar la situación del titular del derecho real y del Estado pasamos a considerar la del sujeto pasivo universal, encontramos nuevos argumentos a nuestra opinión de que el deber de abstención que se refiere a éste, tiene carácter jurídico público. Ese deber no supone merma alguna en el nivel de la posición jurídico privada de su sujeto, debiendo ocurrir lo contrario si tuviera naturaleza privada. Termina donde empieza el derecho propio. Al contrario del de-

ber jurídico privado, que marca límites al propio derecho. El deber general de abstención no supone intromisión en la esfera jurídica del sujeto sobre que recae, sino que representa, en definitiva, como consecuencia de su misma generalidad, la consagración de la independencia de esa esfera. Porque si bien es cierto que uno debe abstenerse de impedir el ejercicio de los derechos ajenos, no lo es menos que los titulares de éstos deben abstenerse de interferir el ejercicio de los derechos de uno. El deber general de abstención no es sino el antiguo principio «alterum non laedere», pero este principio tuvo siempre su correctivo en el correlativo de «qui jure suo utitur neminem laedit». En esta función de delimitación de esferas jurídicas ya se ve que el deber general de abstención comporta una finalidad política o constituyente.

Ahora podemos ver claramente cómo la concepción personalista —y la armónica en cuanto la recoge— se equivoca tanto al indicar la naturaleza del deber general de abstención cuanto al señalar la estructura de la relación que lo determina. El deber general de abstención tiene carácter público y no privado, de donde resulta que no puede formar parte del contenido de un derecho que como el real es de índole privada. Por otra parte, al ser público este deber de abstención, la relación que lo ocasiona, no puede establecerse entre el sujeto pasivo universal y el titular del derecho real, pues ambos son entes privados, sino entre dicho sujeto universal y el ente público por excelencia y por esencia que es el Estado. Lo que sí puede afirmarse es que el sujeto pasivo universal mantiene también una relación con la cosa objeto del derecho real. Sobre una misma cosa gravitarían, pues, dos relaciones: una, positiva, con el titular del derecho real constituido sobre ella, y negativa la otra, con el sujeto pasivo universal. Pero la convergencia de estas dos relaciones no autoriza a incluirlas en un mismo derecho, y mucho menos si pensamos que la relación negativa con el sujeto universal no es sino la expresión de la relación pública por la que éste se une con el Estado.

Sin embargo de estas críticas a la concepción obligacionista y a la armónica o intermedia, no anclamos en la solución realista. Esta es, desde luego, verdadera, pero es tan-

bién, a un mismo tiempo, incompleta. Ha de ser completada en un cierto sentido personalista, no en el que supone admitir como integrante del derecho real al deber general de abstención, sino en el que representa dar entrada en el concepto de ese derecho a otros deberes jurídicos, de abstención unas veces, de acción, otras, y que se distinguen del general de abstención por la singularidad de su contenido y de su sujeto.

La situación jurídica provocada por la aparición de un derecho real no queda, en efecto, suficientemente explicada, refiriéndonos sólo a la facultad sobre la cosa y al deber general de abstención. Así lo entiende Roca cuando incluye en los derechos reales limitados o desmembrados «un pati o un non facere, y posiblemente unido un facere», como dice él, o un non facere y posiblemente un facere que suponen un pati, como preferimos decir nosotros en consideración a la circunstancia de que también el deber general de abstención supone un non facere pero un non facere tal que no representa un pati para el sujeto a que se refiere.

Caso clásico de derecho real limitado que determina un facere es el de la *servitus oneris ferendi*. Por suficientemente conocido resulta superflua toda explicación. Interesa destacar, no obstante, que este facere, a diferencia del non facere representado por el deber general de abstención, supone necesariamente un pati.

Supuestos como el de la *servitus oneris ferendi* en que el derecho real limitado ocasiona un facere son, ciertamente excepcionales. Normales son, en cambio, aquellos otros en que un derecho de ese tipo es causa de un non facere singularizado que, como aquel facere y a diferencia del deber general de abstención, significa un pati. Ponemos por caso, escogido entre muchos, el de la *servidumbre de paso*. El deber general de abstención se refiere también al dueño del predio sirviente, pues forma parte del sujeto pasivo universal. El dueño del predio sirviente, como cualquier otra persona, por ejemplo, no debe detener físicamente al dueño del predio dominante cuando intente ejercer su derecho de paso. Pero este deber general de abstención no supone merma jurídica en la posición del dueño del predio sirviente. Podrá resultar incó-

moda la servidumbre de paso, pero esta incomodidad no tiene, en principio, relevancia jurídica. También para el ladrón resulta muy incómodo el derecho de propiedad, y a nadie se le ocurrirá decir que ese derecho le minore los suyos. La ilusión que puede darse, de considerar que la servidumbre perjudica jurídicamente el derecho del propietario, nace de pensar el el derecho de propiedad, por ella modificado, como en un derecho pleno. Lo cierto es que la servidumbre representó una pérdida jurídica en el acto de su constitución, pero no puede representar esa pérdida en los actos de su ejercicio, porque éstos se realizan ya frente a un derecho de propiedad limitado o reducido. Sin embargo, sobre el dueño del predio sirviente pesa un non facere específico, el cual sí que constituye un pati, un sufrir, una minoración en sus facultades. Pensemos que el dueño del predio sirviente no puede cercar su finca de manera que cierre el paso exigido por la servidumbre. Su situación a este respecto no puede identificarse con la de los terceros. Ciertamente que éstos tampoco pueden cercar la finca gravada con la servidumbre de paso, pero esa imposibilidad jurídica en que se encuentran, existía antes de que hubiera nacido dicha servidumbre, y tiene como causa el derecho de propiedad. Ellos no pueden cercar porque no son propietarios, porque no tienen la facultad de cercar la cosa. Pero el dueño del predio sirviente conserva esta facultad. Estrictamente, la única facultad sobre su finca que comparte con el propietario de la dominante es la de paso. La facultad de cerrar su finca continúa íntegra en él, pues el dueño del predio dominante no puede cercar el sirviente **ni total, ni parcialmente**, ni puede tampoco cercar **el camino que habitualmente** utilice para su paso. Pero no cabe duda de que tampoco el dueño del predio **sirviente puede cercar totalmente** éste —en nuestro Derecho por imperativo del art. 388 C. c.—, teniendo que admitir esta imposibilidad, este non facere singularizado, como resultado de una **obligación impuesta** al dueño del predio sirviente, que supone una minoración en facultades que aún conserva y, por tanto, un pati.

Pues bien, estas relaciones personales singulares, distintas del deber general de abstención, y que pueden impo-

ser concebidas como parte del derecho real que las ocasiona. *ner*, ya un *facere*, ya un *non facere*, forman parte o pueden. Para asegurar la eficacia de este derecho real se han establecido, no para garantizar ningún derecho a adquirir. violación del deber que determinan, constituye un típico delito civil. Son privadas, pues, siendo sus sujetos, de un lado, la persona a quien se impone el *facere* o el *non facere*, de o el *non facere*, de otro, la persona titular del derecho real en cuya atención se verifica esa imposición. Desde luego que se pueden explicar como obligaciones independientes del derecho real que garantizan, pero una consideración finalista de las instituciones jurídicas nos moverá a agrupar en una sola estas relaciones personales y las reales que son características del derecho de este nombre. Ambas, en efecto, se imponen por un mismo motivo, el de facilitar a una persona el goce económico de una cosa.

III.—CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO REAL

Tomémos como punto de partida en esta segunda fase de nuestra investigación el resultado a que hemos llegado en la primera. Esta nos ha llevado a una idea del derecho real, según la cual, dicho derecho se halla integrado fundamentalmente por una relación real pero ocurriendo en ocasiones que esta relación, para garantía de su efectividad, determina el nacimiento de una relación personal. Podríamos intentar concretar esta idea en una definición, diciendo, por ejemplo, que derecho real es aquel que supone para su titular la facultad de realizar una determinada actividad sobre una cosa y que puede suponer para los no titulares, con objeto de asegurar el resultado económico de aquella actividad, determinadas limitaciones en sus facultades jurídicas, consistentes en obligaciones negativas o positivas, en un *non facere* o un *facere* que implican un *pati*.

Pero esta definición constituye una fórmula vacía, a la que hemos de dar contenido. Porque, ¿en qué consiste ese *non facere* o ese *facere* que puede determinar el derecho real a través de una relación personal? Y, ¿qué actividad permite desarrollar respecto a la cosa, la facultad que es consecuencia de la relación que con esa cosa mantiene el titular del derecho real?

La última cuestión es particularmente importante, pues según se conciba en forma más o menos rigurosa la relación real, se reducirá o ampliará el ámbito de los derechos reales sobre el correspondiente a los de crédito, excluyendo o incluyendo en aquéllos los derechos de garantía sobre cosas, y pudiendo llegar, incluso, a considerar el derecho de crédito como un derecho real por el procedimiento de estructurarlo como uno de esos derechos de garantía.

Pero tanto ésta como la precedente son cuestiones cuya solución sólo puede venir del Derecho positivo, y como éste es vario, del singular Derecho positivo que destaquemos dentro de esa pluralidad, en nuestro caso, del Derecho positivo español. Proceder de otra manera significaría un apriorismo material e implicaría gravísimas consecuencias, entre ellas, la de desenfocar el planteamiento de la mayoría de los problemas suscitados por el estudio de la materia legal a considerar y la de desconocer la posible virtualidad que en orden a la solución de aquellos problemas posea la sistemática con que se ordene esa materia. Sólo el apriorismo formal, por otra parte, puede ser característico del científico. La labor creadora de éste termina con el establecimiento de un concepto formal de las instituciones. El dar a ese concepto un contenido material es una labor política y, por tanto, oportunista, que se orientará en uno u otro sentido, según las circunstancias lo aconsejen. Es evidente que el científico puede prestar a sus conceptos formales un contenido material, criticando así indirectamente el que les asigne el Derecho positivo, pero en cuanto tal haga, en tanto hará obra política y no jurídica, en tanto procederá *lege ferenda* y no *lege lata*, en tanto ese contenido material a priori será interesante para el estadista pero inútil para el jurista.

En un defecto de apriorismo material incurren los que,

entre los numerosos defectos de sistema que se achacan al Código civil español, incluyen el de que regule en el lib. IV la prenda y la hipoteca, que como derechos reales que, se asegura, son, debieran haber tenido su regulación en el lib. II. Equivocación de tanta monta, que es fácilmente apreciable por cualquiera que se inicie en el estudio del Derecho, no es sensato pensar hubiera podido ser cometida por aquellos conspicuos juristas que se sintieron capaces de acometer la ardua tarea de codificar nuestro Derecho civil. Es preferible pensar que si el Código civil no incluye la prenda e hipoteca en el lib. II, dedicado específicamente a la consideración de los derechos reales, es porque tiene un concepto de éstos en el que no pueden comprenderse los derechos de garantía sobre cosas. Las críticas al Código civil no podrían ser, pues, críticas de sistema, sino de de conceptos.

Pero entremos en el estudio del Código civil español para intentar obtener ese concepto específico que hemos supuesto tiene, de los derechos reales. El primer dato importante que nos presenta este estudio es el de que la materia de los derechos reales aparece regulada en los libros II y III, pero no con esta denominación. Digo que este dato es importante porque la diversidad de términos permite sospechar una diferencia de conceptos. Ciertamente que no se prescinde de la antigua nomenclatura pero el uso de ésta —núm. 10 del art. 334 y art. 1.623, por ej. — sólo tiene lugar de modo esporádico y más que nada como obsequio a la tradición o como prueba de la imposibilidad de liberarse absolutamente de ella.

Estudiemos las denominaciones de los libros II y III del Código civil.

El libro II porta la denominación «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones». Este libro se ocupa, en realidad, de los bienes, de la propiedad, de las propiedades especiales, de la posesión y de los derechos de usufructo, uso, habitación y servidumbres. Si queremos que la denominación de este libro responda a su contenido, habremos de considerar que los derechos de usufructo, uso, habitación y servidumbre constituyen modificaciones de la propiedad. Destaquemos que esos derechos son los típicos derechos reales.

El libro III lleva la denominación «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Pero esta denominación resulta estrecha para la materia a que se refiere. La disposición preliminar contenida en el art. 609 nos indica, en efecto, que este libro no sólo se va a ocupar de la adquisición de la propiedad sino de la de los demás derechos sobre los bienes. ¿Qué explicación buscar para esta incongruencia del Código civil? Porque la labor del intérprete ha de ser fundamentalmente interpretar los textos de manera que desaparezca todo absurdo que pueda verse en ellos. Creo que la única explicación está en admitir que esos derechos sobre los bienes son las modificaciones de la propiedad a que hace referencia el lib. II, pues, esto admitido, puede decirse que si la denominación del lib. III habla únicamente de propiedad, no mencionando específicamente a los restantes derechos sobre los bienes, es porque incluye estos derechos, en cuanto modificaciones de aquella propiedad, en un concepto genérico o lato de la misma, el cual es, precisamente, el utilizado por el lib. III en su denominación. Esta interpretación, por otra parte, estaría de acuerdo con la circunstancia de que el lib. III es como una continuación del II, por lo que ha de versar sobre los mismos derechos considerados en éste.

Resumiendo los resultados de este estudio, podemos decir que en nuestro Código civil existen unos derechos sobre los bienes, y que éstos son el derecho de propiedad y otros otros derechos —usufructo, uso, habitación y servidumbre— que constituyen modificaciones de esa propiedad. Añadamos ahora que tales derechos se corresponden legalmente con los reales. No sólo porque las expresiones derechos sobre los bienes y derechos reales o jura in re son sinónimas, sino también porque la equivalencia está expresada en el núm. 10 del art. 334 al considerar la servidumbre, que es modificación de la propiedad, como derecho real.

Centrada así la cuestión podemos preguntarnos: ¿qué facultades integran en el Código civil el derecho de propiedad? ¿qué otras facultades son las características de los restantes derechos sobre los bienes?

El contenido material de la propiedad, en cuanto a su

relación real, lo obtenemos del art. 348 C. c. que dice: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Dos facultades integran, pues, el derecho de propiedad: una facultad de goce y otra de disposición. Pero esta última facultad no recae, propiamente, sobre la cosa, sino sobre aquella otra facultad de goce. Constituye un derecho sobre derecho, y de carácter más político que civil. Esta facultad de disposición de la cosa no es sino una manifestación del derecho a disponer de los derechos adquiridos, derecho que es correlativo con el que se tiene a adquirir estos derechos y que ya sabemos posee naturaleza pública.

Los otros derechos sobre los bienes, por constituir modificaciones de la propiedad así entendida, han de significar una expropiación parcial de las facultades que la integran. Ahora bien, si es cierto que la facultad de disponer puede ser modificada — piénsese en las prohibiciones de disponer — no lo es menos que la facultad de amparar el interés propio tras esas prohibiciones no constituye una facultad cuyo ejercicio se realice sobre los bienes a que dichas prohibiciones se refieran. Esta facultad, como la de disponer, no atañe a la cosa sino al derecho de propiedad constituido sobre ella, y no modifica este derecho de propiedad sino el derecho a disponer del mismo. Se comprende por esto cómo el codificador español ha procedido correctamente al no incluir las prohibiciones de disponer entre las modificaciones de la propiedad. Estas modificaciones sólo representan participaciones en la facultad de goce.

Se comprende también por qué el codificador no ha considerado la prenda y la hipoteca como derechos sobre bienes. Por la prenda y la hipoteca no se modifica el derecho de propiedad. El dueño de la finca hipotecada continúa en el goce de la misma. El dueño de la cosa pignorada no continúa en el goce, pero esto no significa que ese goce haya pasado al acreedor pignoraticio, como demuestra el art. 1.870; lo que indica que ese acreedor no tiene derecho sobre la cosa, sino el derecho personal que deriva de un depósito, como autoriza a pensar el mismo art. 1.870 que establece, en realidad, un cambio meramente subjetivo en la persona del deposti-

tante. La prenda y la hipoteca no son más que garantías contractuales de la responsabilidad por una deuda consistentes en afectar a ella una cosa específica. Alcanzan su eficacia dentro de un proceso público, sea judicial o notarial. Y esto es también así porque la facultad sobre una cosa refiere a cosas, sino a derechos. La facultad sobre una cosa puede ser ejercitada personalmente por su titular, pero el interés público exige que la alteración en la situación de los derechos, provocada por el uso de las facultades que, como la prenda e hipoteca, se tengan sobre ellos, sea definida por un funcionario del Estado. Ciertamente que la prenda supone contacto con la cosa pignorada, y que este contacto es realizado personalmente por el acreedor, pero debemos tener en cuenta que no significa ninguna facultad, que no modifica la propiedad, sino únicamente la posesión, y que se da como garantía de la facultad sobre derechos que constituye propiamente la prenda. El depósito pignoraticio que asegura la ejecución de la prenda no constituye por sí derecho real, como tampoco lo constituye la inscripción que garantiza la hipoteca.

El Código civil considera como derechos reales, el usufructo, uso, habitación y servidumbres. La enumeración, por la amplitud con que están concebidos los tipos, agota de tal manera las posibilidades que puede ofrecer la realidad o que puede exigir el interés de los particulares, que impide todo planteamiento del problema del *numerus clausus* o *aper-tus* de los derechos reales. Las modificaciones en la facultad de goce pueden significar la privación de esa facultad o una limitación consistente en la necesidad de compartirla con otra persona. Las modificaciones que consisten en privación de la facultad de goce están representadas por el usufructo, derecho que puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, indistintamente. El usufructo ha de ser esencialmente temporal, pues consistiendo esencialmente la propiedad en la facultad de goce y privándose de ésta el propietario en beneficio del usufructuario, de otro modo su establecimiento equivaldría a un desplazamiento subjetivo de la propiedad. Las modificaciones de la propiedad que no suponen una privación de la facultad de goce, sino una li-

mitación a la misma, son más características de bienes inmuebles que de muebles, ya que el goce de los bienes parece exigir la posesión que permita el uso y éste puede ser ejercido por varios simultáneamente sobre un inmueble, pero respecto a un mueble el uso de uno excluye el uso de otro. Por esta consideración, las modificaciones relativas son reguladas ampliamente en el Código respecto a los inmuebles. Esas modificaciones constituyen las servidumbres, ya reales, ya personales. El derecho de habitación es una servidumbre personal considerada especialmente quizás porque puede constituir una limitación absoluta o privación de la facultad de goce si ésta es exigida por las necesidades del habitacionista. El derecho de uso es otra modificación del derecho de propiedad que puede suponer una limitación relativa o absoluta, según lo requieran las necesidades del usuario. Este derecho de uso puede referirse a muebles, a condición de que éstos produzcan frutos, porque, si bien su posesión real permanece exclusivamente en el usuario, el propietario ejercita algún derecho respecto al goce a través de una participación en los frutos. Si no tuviera el usuario esa posesión, su derecho de uso, que no merecería tal nombre, no sería derecho sobre los bienes, sino derecho de crédito a sus frutos. Pero esta misma consideración hace que veamos el derecho al goce que aún conserva el propietario como un derecho personal, si bien se le dé una eficacia real, de donde resulta que el derecho de uso supone, en realidad, una limitación absoluta, como necesidad y no como posibilidad, del derecho de propiedad. Por esto resulta doblemente acertada respecto al derecho de uso la norma del artículo 529 que establece su duración limitada, mientras que a las modificaciones relativas les permite, en principio, una duración indefinida. Señalemos que respecto al derecho de habitación la norma del artículo 529 tiene su única razón en la posibilidad de que este derecho llegue a suponer una limitación absoluta.

Queda con lo dicho analizado, si bien someramente, el contenido de la relación real en nuestro Derecho. Resta ahora determinar cuál es el *facere* o el *non facere* que puede determinar esa relación real para garantía de su efectividad.

La primera observación que podemos hacer es la de que las relaciones personales no sólo garantizan los derechos reales limitados, sino el mismo derecho de propiedad. La verdad de esta observación la podemos comprobar con el examen de las servidumbres. El derecho de propiedad ha sido concebido como un derecho absoluto, que no sufre ninguna limitación en las facultades que lo integran, y como un derecho independiente, que no necesita para su efectividad ninguna limitación en las facultades que corresponden a otros. Pero este doble carácter, absoluto e independiente, del derecho de propiedad, necesitaba sufrir en la práctica, por imperativos de la realidad, un correctivo, el cual, no pudiendo incluirse en el mismo derecho, se concibió como un derecho de servidumbre autónomo. Hay servidumbres, efectivamente, que son verdaderos *jura in re aliena* porque permiten a su titular el goce de un fundo ajeno, siquiera sea parcialmente. Pero existen otras servidumbres que no cumplen esa finalidad de atribuir una facultad de goce sobre la finca de otro, sino la de restringir el sentido absoluto del derecho de propiedad en el predio sirviente o la de evitar los inconvenientes de una excesiva independencia del derecho de propiedad en el predio dominante. Las primeras de estas otras servidumbres que no pueden ser *jura in re aliena*, se imponen en consideración al derecho de propiedad del predio sirviente y forman parte integrante de ese mismo derecho. Las segundas, que son las que nos interesan, no se establecen en atención al derecho de propiedad del predio sirviente, sino teniendo en cuenta el derecho de propiedad del predio dominante. Son obligaciones impuestas al dueño del predio sirviente para garantizar el valor económico de la propiedad del predio dominante debiendo incluirse en esta última propiedad.

Pero, sin embargo de esta frecuencia con que en el Derecho español la relación real ocasionan una relación personal, el *facere* o el *non facere* que son resultado de tal relación personal, no presentan un contenido único, como lo presenta el deber general de abstención. Esto es así porque la cuestión de determinar en qué medida los derechos de una persona han de ser limitados por un *facere* o un

non facere impuesto a la misma a fin de garantizar los derechos de otra, es susceptible de diversas soluciones según los casos y los derechos de que en cada uno de ellos se trate, pues no está implicado en ella un valor de Justicia, como el que realiza el deber general de abstención, sino un valor de Seguridad.

No obstante intentaremos sistematizar esta cuestión:

a) *El facere o el non facere se impone al titular del derecho real de propiedad en beneficio del derecho real que ha sido desmembrado del mismo.* El titular del derecho real debe abstenerse de realizar cualquier actividad que imposibilite el ejercicio del derecho real limitado. De otro modo la constitución de este último derecho sería un acto ilusorio que atentaría a la buena fé. Si la actividad del titular del derecho real pleno dificulta simplemente el ejercicio del derecho real limitado, hay que distinguir según que responda a un interés de ese titular o no. En el último caso, rige la doctrina del abuso del derecho. En el primero, la solución ha de ser dada por una norma específica.

b) *Casos no comprendidos en el apartado anterior.* Ya imposibilite, ya dificulte el ejercicio de un derecho, la actividad del titular de otro derecho en el ejercicio del suyo, si no hay abuso por parte de éste, la solución ha de ser dada por una norma específica.

Nada impide que esa norma específica a que nos hemos referido en los dos apartados anteriores, sea impuesta por contrato. Pero la eficacia de la norma contractual no puede ser idéntica a la propia de la norma legal. Esta última impone un facere que o un non facere que tienen eficacia real. Pero las obligaciones contractuales sólo pueden tener, en principio, eficacia obligacional. No se diga que la libertad jurídico privada se opone a este criterio, porque tal libertad está sólo expresamente establecida respecto a los derechos de crédito, pero en materia de derechos reales no se encuentra una norma análoga a la del art. 1.255 C. c. La voluntad privada no puede dotar a una obligación de eficacia real, como no puede convertir en derecho real la relación que por naturaleza es derecho personal. La esencia de las instituciones señala límites a la voluntad de los par-

ticulares, y esto ocurre también en el campo de las obligaciones, pues si bien los interesados pueden crearlas libremente, no pueden modificar la naturaleza de los tipos contractuales en que se agrupan. Véase, por ejemplo, el artículo 1.741 C. c., según el cual, si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato, aunque las partes quieran que lo siga siendo.

IV.—CONCLUSION

Estamos ya en condiciones de formular una definición de derecho real que concrete su contenido en la legislación española. Pero debemos huir de una materialización excesiva, ya que, dada la diversidad casuística del *non facere* o el *facere* que puede determinar el derecho real, una definición descriptiva resultaría excesivamente prolija. Por esto sugerimos como tal definición, la siguiente: *derechos reales son aquellos que suponen para la persona que sea su titular, una facultad de goce de una cosa, ejercitable sobre ella, y para otras personas, limitaciones en sus respectivas facultades jurídicas, impuestas para garantizar el ejercicio efectivo de aquella facultad de goce a la persona que sea titular del derecho que la determine, y consistentes en obligaciones negativas o positivas, en un non facere o un facere que implican un pati.* Los derechos reales pueden atribuir una facultad de goce pleno —caso de la propiedad— o de goce limitado —caso de los demás derechos sobre los bienes que constituyen modificaciones en la propiedad—.