

Propuesta metodológica para el estudio y crítica romanística del libro de bienes del Código Civil. Aplicación del método al concepto de propiedad

Methodological proposal for the study and criticism from a Roman law perspective of the property section of the Civil Code and its application to the concept of ownerships

Jorge Adame Goddard*

RDP

Cuarta Época,
Año I, Núm. 2,
Julio-Diciembre
de 2012

RESUMEN

El autor realiza una propuesta metodológica para el estudio y crítica romanística del libro de bienes del Código Civil, atinente a la aplicación del método al concepto de propiedad. Al efecto, aporta el concepto y contenido tanto del derecho de propiedad en el derecho romano clásico, como del derecho de propiedad en el Código Civil Federal mexicano. A la vez, comenta la posición de la doctrina civilística mexicana respecto del concepto y contenido del derecho de propiedad, así como la realización de un juicio comparativo entre dichas concepciones y contenidos; aportando en sus conclusiones una explicación histórica de las diferencias y una noción sumaria del derecho de propiedad y de su contenido.

PALABRAS CLAVE: propiedad, concepto, contenido y método, Roma y México.

ABSTRACT

The author develops a methodological proposal for the study and criticism from a Roman law perspective of the property section of the Civil Code, and its application to the concept of ownership. Simultaneously he surveys the concept and content of property rights both in the classical Roman law,

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

and under the Mexican Federal Civil Code. At the same time, he comments on Mexican civil doctrine and on the concept and content of property rights, carrying out comparative judgments, and providing in his conclusions a historical explanation of the differences and a summary notion of ownership rights and its content.

KEY WORDS: property rights, concept, content and method, Rome and Mexico.

Sumario

1. Introducción
2. Propuesta metodológica
3. Concepto y contenido del derecho de propiedad en el derecho romano clásico
4. Concepto y contenido del derecho de propiedad en el Código Civil Federal mexicano
5. Posición de la doctrina civilística mexicana respecto del concepto y contenido del derecho de propiedad
6. Juicio comparativo
 - A. *Comparación del derecho clásico con el código*
 - B. *Comparación del derecho clásico con la doctrina expuesta*
7. Conclusiones: explicación histórica de las diferencias y noción sumaria del derecho de propiedad y de su contenido
 - A. *Explicación histórica*
 - B. *Noción sumaria del derecho de propiedad*

1. Introducción

El Código Civil es una síntesis, y en ese sentido también una simplificación de la doctrina jurídica privatística elaborada por los juristas, conservada en las universidades, a partir del estudio y comentario, principalmente, del *Corpus Iuris Civilis*, pero también de otras fuentes. Esa doctrina, que Wieacker ha denominado la “Ciencia Europea del Derecho Privado”, es la que proporciona el contenido de los códigos civiles, especialmente en las partes relativas a bienes, obligaciones, contratos y sucesiones. Los códigos civiles son fruto, o como ha dicho Guzmán Brito, “fijaciones” o condensaciones de la doctrina jurídica. El código no constituye por sí mismo un progreso en cuanto al contenido de la doctrina, ya que lo único que aporta como novedad es una reorganización sistemática, y a la vez simplificadora, de esa doctrina.

Los códigos civiles tienen también la característica, o más bien desgracia, de haber sido publicados como leyes, esto es, como mandatos imperativos provenientes de la potestad política, que por lo mismo, deben ser obedecidos. De esta manera, la doctrina jurídica recogida en el código se convierte en mandato imperativo, y por lo tanto se presenta como una materia que no está sujeta a discusión, si acaso sólo a la interpretación que tienda a descubrir cuál fue realmente la intención del legislador.

La doctrina civilística moderna se ha construido a partir de la consideración de que el Código Civil es su fuente principal, que es además una ley que debe ser obedecida por los ciudadanos y los jueces, por lo que fácilmente ha derivado en diversas formas de positivismo jurídico, que llevan implícita la idea de que el contenido del código es lo que determina el legislador. De este modo, la ciencia del derecho civil queda reducida a la explicación de la voluntad, siempre cambiante del legislador.

Desde la perspectiva romanista, el código es una expresión más, no la única ni la mejor, de la tradición jurídica multiseccular que tiene su punto de partida en los juristas romanos, su fuente principal en el *Corpus Iuris Civilis*. Y desde esta perspectiva, el romanista tiene una visión más amplia que le permite acercarse al código para comprenderlo y explicarlo desde esa tradición a la que pertenece, pero también para criticarlo y valorarlo en cuanto signifique un desarrollo o una regresión de esa misma tradición.

Con esta perspectiva, intento perfilar un método de estudio del código civil, por el que pueda valorarse, explicarse y superarse su contenido desde la perspectiva de la tradición romanista. Después de la descripción del método haré un ensayo de aplicación del mismo al concepto y contenido del derecho de propiedad.

2. Propuesta metodológica

Se parte del supuesto de que el código, y la doctrina en torno a él, es un momento final de una tradición jurídica que tiene su primer momento, y su momento clásico, es decir, ejemplar, en el derecho romano. El código y el derecho romano clásico son dos momentos de una misma tradición, y por eso son comparables.

El método consiste en comparar la doctrina del derecho romano clásico, respecto de una determinada materia, con la regulación correspondiente a la misma materia del Código Civil, así como con la doctrina civilística elaborada en torno al código. El resultado de esta comparación será la indicación de semejanzas y diferencias, y luego el juicio de si constituyen un avance o un retroceso respecto del derecho clásico.

El método presupone que la doctrina jurídica, el *ius*, elaborado por los juristas romanos en la época clásica, tiene un valor ejemplar, de modo que, en principio, aquello que contradice la tradición clásica se valorará como regresión, y lo que es conforme a ella, aunque sea diferente, como progreso.

Podría objetarse que el tomar como medida del juicio comparativo la tradición clásica y no otra, por ejemplo la escuela del derecho racionalista, es una decisión subjetiva, una mera preferencia personal, que no puede sostenerse en un análisis científico. Cabe responder, por una parte, que el valor ejemplar del derecho romano está atestiguado en la historia del derecho de occidente, en la que las doctrinas jurídicas más influyentes se han formado en el estudio del derecho romano; de modo que, dentro de la tradición jurídica romano-germánica, e igualmente en la tradición jurídica latinoamericana, el derecho romano ha sido no sólo el punto de partida de esa tradición, sino también el centro de la misma, por lo que nada más razonable, en el seno de esa tradición, que considerar el derecho romano como paradigma o medida de su evolución.

Por otra parte, advierto que la medida final de los conceptos, reglas y soluciones jurídicas, es decir, de la doctrina jurídica, no puede ser otra que la misma medida común a todas las ciencias: la realidad de las cosas, que en la ciencia jurídica (me refiero exclusivamente al derecho privado) es la realidad constituida por las relaciones entre personas en torno al aprovechamiento de las cosas, es decir, las relaciones patrimoniales. Esas relaciones, presentan una estructura propia, a la que deben ajustarse las nociones, reglas y juicios jurídicos, que consiste en conductas personales (o actos) recíprocamente referidos, que se manifiestan en ciertas formas constantes o tipos permanentes,¹ como relaciones de intercambio de bienes (contratos), de preferencia respecto de cosas (propiedad), de tenencia de cosas (posesión), etcétera. Y también la misma naturaleza física

¹ Que son el objeto de lo que D.Ors llama la “metahistoria jurídica”.

de las cosas sobre las que versan las relaciones patrimoniales tiene sus propias exigencias que el derecho debe considerar.

Una vez hecho el juicio valorativo podrá hacerse una explicación histórica de esas diferencias, que las mostrará como consecuencias de las circunstancias sociales, de las formas de organización política y especialmente de la organización judicial, o del sistema de fuentes jurídicas o de nuevas concepciones doctrinales.

Pero la explicación histórica de las diferencias no es el objeto final de la comparación, sino la construcción de una nueva doctrina jurídica, a partir de esa referencia a la realidad de las relaciones patrimoniales y las cosas, junto con la consideración de la doctrina clásica y los desarrollos de la tradición contenidos en los códigos civiles y la doctrina jurídica contemporánea. Desde esta perspectiva, propongo analizar el libro de bienes de los distintos códigos civiles latinoamericanos. Es un trabajo amplio de largo alcance, que puede realizarse paulatinamente por muchas personas interesadas.

A manera de un primer intento de aplicación de este método, presento aquí un análisis del concepto y contenido del derecho de propiedad en el derecho romano clásico en comparación con el del Código Civil Federal mexicano y el de una parte representativa de la doctrina mexicana. Iniciaré con la presentación del concepto y contenido de la propiedad en el derecho clásico; continuaré con la exposición del contenido respectivo del código, la determinación de sus semejanzas y diferencias, así como el juicio valorativo del mismo; proseguiré, de la misma manera, con un autor representativo de la doctrina civilística mexicana, para concluir en los dos sentidos arriba apuntados: ensayando una explicación histórica de las diferencias y proponiendo una noción sumaria del concepto y contenido del derecho de propiedad.

3. Concepto y contenido del derecho de propiedad en el derecho romano clásico

En la perspectiva de esta tradición, la propiedad es la plena pertenencia de una cosa a una persona, plena pertenencia que se manifiesta en que

el propietario tiene la acción reivindicatoria para recuperar la cosa de cualquier otra persona que la poseyera, y en que además de poseerla, por sí o por medio de otros, puede usarla, disfrutarla (esto es percibir sus frutos) y disponer de ella física o jurídicamente.

Es sabido que los juristas romanos no dieron una definición de la propiedad, pero es también cierto que consideraban propietario a quien tenía la acción reivindicatoria, es decir, a quien podía recuperar la cosa objeto de su propiedad de cualquier poseedor que la tuviera. Por eso se afirma que no es propietario quien no puede reivindicar la cosa (*non videtur suum esse quod vindicari non possit* D 34,2,27,2). Del hecho de que esta acción era una acción que se dirigía contra quien poseyera la cosa, independientemente de cualquier otra consideración, es decir, que era una *actio in rem*, la doctrina posterior concluyó que la propiedad, así como otros derechos sancionados por acción *in rem*, era un derecho real.

Es también conocido que los juristas distinguieron como contenido peculiar del derecho de propiedad el *uti, frui,² habere, possidere*, es decir, el uso, disfrute, disposición y la posesión, esto es, la posibilidad de defender, mediante los interdictos, la tenencia de hecho. Cicerón refleja esta terminología jurídica en *de re publ.* 1,17,27, donde dice que la propiedad comprende el fruto, el uso, la disposición y la posesión (*fructus, usus, dominatus [= habere], possessio*).

Los juristas reconocieron que el propietario podía ceder a otras personas, temporal o permanentemente, el uso y el disfrute e incluso la posesión, sin dejar de ser propietario, esto es, sin dejar de tener la acción reivindicatoria. A esta posibilidad de cesión parcial de un derecho sobre la cosa se le llamó el “desmembramiento” del derecho de propiedad. Asimismo, reconocieron que el propietario, en cuanto se extinguieran esas cesiones del uso o el disfrute, recuperaba la plenitud de su derecho, a lo cual se llamó posteriormente “elasticidad de la propiedad”.

Para defender la propiedad, el propietario, además de la acción reivindicatoria (complementada con la *a. exhibitoria* y el *int. quem fundum*, contra quien dolosamente ha dejado de poseer) y los interdictos poseso-

² Respecto del usar y disfrutar, se considera el contenido propio del usufructo: Paulo D 7,1,1: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. El *habere* consiste propiamente en tener la acción real para recuperar la cosa, como Ulpiano D50,16,143: *Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem* la posibilidad de recuperar

rios, tiene otros recursos para defender su propiedad, como la acción de deslinde (*actio finium regundorum*) para fijar los límites de un inmueble; diversas acciones, agrupadas en general con el nombre de “acción negatoria” para declarar la inexistencia de derechos reales sobre la cosa objeto de su propiedad; la acción de contención de agua pluvial con el objeto de deshacer las obras que modifican el curso natural de las aguas pluviales, así como diversos interdictos: para que se le permita recoger frutos en campo vecino (*int. de glande legenda*), para cortar las ramas o las raíces del árbol sembrado en campo ajeno que se extiende sobre su fundo (*de arboribus caedendis*) o para demoler la obra que se haya hecho en su campo sin su consentimiento (*int. quod vi aut clam*); tiene además la posibilidad de exigir que se le de una garantía, *la cautio damni infecti*, que le asegure una indemnización en caso de sufrir un daño a causa de las obras o derrumbes en el fundo vecino. Además cuenta con las acciones penales de robo (*actio furti*) y daño (*actio legis Aquiliae*).

El derecho clásico reconoció diversas limitaciones al derecho de propiedad. Las constituidas voluntariamente, que implican la cesión del uso o del uso y el disfrute en favor de otras personas de manera temporal o permanente (usufructo, servidumbres, arrendamientos), que limitan el derecho del propietario a ser simplemente el titular de la acción reivindicatoria (“nudo propietario”). Y también las limitaciones legales impuestas a la propiedad, principalmente inmueble, por razones urbanísticas o de interés común. Conoció también la posibilidad de la expropiación por razón del bien público, aunque los juristas no elaboraron una teoría al respecto.

4. Concepto y contenido del derecho de propiedad en el Código Civil Federal mexicano

En este código, la propiedad es la materia del Título Cuarto del Libro de Bienes. Este título comprende ciento cincuenta artículos (830-979),³ divididos en seis capítulos: 1. Disposiciones generales. 2 De la apropiación

³ Haré las referencias a los artículos de este título cuarto colocando entre paréntesis el número del artículo, sin ninguna otra indicación por ejemplo (831).

de los animales. 3. De los tesoros. 4. Del derecho de accesión. 5. Del dominio de aguas. 6. De la copropiedad.

Analizaré únicamente el primer capítulo, titulado “Disposiciones generales”, que contiene 24 artículos en los que se trata principalmente de describir el alcance y límites del derecho del propietario.

En cuanto a la noción y contenido de la propiedad, el código da una noción y contenido que parece muy restringido: “Artículo 830. El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”.

El texto original de 1870 (artículo 827) definía la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijen las leyes”. El texto actual se introdujo en 1928, y en lugar de definir la propiedad como un derecho, habla de las facultades del propietario, que son “gozar y disponer”.

Llama la atención el uso del verbo “gozar”, que parece ser una traducción del código francés, en lugar de usar y disfrutar. En tema de usufructo, el código usa la palabra “disfrutar”. El hecho de que no mencione el uso como parte del contenido del derecho de propiedad parece algo sintomático, como si para el legislador el uso fuera algo poco importante que no necesitara ser mencionado expresamente. Tampoco lo menciona en tema de usufructo, donde dice que éste es un derecho real de “disfrutar” bienes ajenos. Ni siquiera, y esto es lo más sorprendente, lo menciona en tema de servidumbres, las cuales consisten propiamente en un derecho de uso, y la define simplemente (1057) como un “gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro”. En cambio, en tema de arrendamiento se dice que al arrendador se obliga a conceder “el uso o goce temporal”, de donde quizá pueda inferirse que “goce” implica el uso y el disfrute.

El código no explica en qué consiste la facultad de disponer, la que en el derecho clásico se expresaba con la palabra *habere*, y que consistía principalmente en la posibilidad de recuperar la cosa por la acción reivindicatoria de cualquier persona, de lo cual derivaba el poder de hacer actos de disposición física o jurídica. No afirma expresamente el código que la propiedad sea un derecho real, como sí lo dice del usufructo y de la servidumbre, ni declara que el propietario puede recuperar la cosa de cualquier poseedor.

Lo más aproximado al reconocimiento del derecho del propietario de recuperar la cosa de cualquier poseedor es el artículo 831 que dice: “La

propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

El Código de 1870 (artículo 828) comenzaba afirmando que la propiedad es “inviolable”, y luego admitía que podía ser “ocupada”, es decir, expropiada por causa de utilidad pública y “previa indemnización”. En la redacción actual se elimina la declaración de inviolabilidad de la propiedad y el requisito de que la indemnización debe ser “previa” a la ocupación”, es decir, a la expropiación. Es otro defecto que el artículo no use el término “expropiar”, sino el de “ocupar”, que tiene la connotación técnica de adquisición de la propiedad de una cosa que no tiene dueño, y en este artículo se trata de privar de la propiedad a un dueño.

De esa afirmación de que la propiedad “no puede ser ocupada” contra la voluntad del dueño se podría inferir que si alguien “ocupa” una propiedad ajena sin consentimiento del dueño, éste tendrá alguna acción para recuperar la cosa de su propiedad en contra de quien la ha “ocupado”. De hecho, en el Código de Procedimientos Civiles (artículos 4-7) complementario de este código se contempla la acción reivindicatoria, con el mismo régimen que en el derecho clásico: una acción de quien alega ser propietario en contra del poseedor de la cosa. Es interesante notar que el Código Civil no hace referencia al código de procedimientos, por lo que la propiedad contemplada exclusivamente en el Código Civil carece de acción judicial.

Respecto de la facultad del propietario de poseer la cosa y defenderla con los interdictos posesorios no hay algún artículo en el título sobre propiedad, pero sí en el título tercero que trata de la posesión; ahí se dice (artículo 791) que el propietario es poseedor, al que se califica incluso como “poseedor originario”, mientras que quien recibe la posesión de él, como un arrendatario o usufructuario, es considerado “poseedor derivado”, de modo que, como lo admite expresamente el código, puede haber dos poseedores, uno originario y otro derivado, respecto de una misma cosa. Al propietario, en tanto poseedor, se le reconoce el derecho (803) a “ser mantenido y restituido en la posesión” respecto de quienes no tienen “mejor derecho para poseer”.

Una tendencia peculiar de este código, que la doctrina destacará, es la de poner limitaciones al derecho del propietario, el cual está expresamente constreñido a “gozar y disponer” de la cosa “con las limitaciones y

modalidades que fijen las leyes” (830). En varios artículos de este título se contienen limitaciones específicas: *i*) la posibilidad de ser expropiado por causa de utilidad pública (831, 832 y 836), o *ii*) porque la propiedad versa sobre cosas (mueble o inmuebles) que son representativas de la cultura nacional (833); *iii*) la limitación de enajenar, gravar o alterar cosas que son representativas de la cultura nacional (834), lo cual se considera un delito (835); *iv*) la declaración de que el propietario de un predio no tiene la propiedad de los minerales e hidrocarburos señalados en el artículo 27 constitucional, que se consideran bienes de la nación (838); *v*) la prohibición de hacer obras que afecten la propiedad vecina (839), o *vi*) la de hacer obras que, sin ser útiles para el propietario, causen un perjuicio a cualquier otra persona (840); *vii*) la prohibición de edificar o plantar cerca de instalaciones militares o edificios públicos (843); *viii*) la de respetar las servidumbres (844); *ix*) la de hacer obras o instalaciones cerca de la propiedad contigua, sin cumplir los requisitos establecidos (845); *x*) la de plantar árboles cerca de la propiedad ajena, sin guardar la distancia debida (846); *xi*) la de tener ventanas, balcones o techos voladizos que se asomen o proyecten sobre la propiedad del vecino, salvo en las distancias permitidas (851 y 852), y *xii*) el deber que tiene de construir sus tejados y azoteas de modo que el agua pluvial no caiga sobre el suelo o el edificio vecino (853).

Por otra parte, además del derecho del propietario de que su propiedad “no pueda ser ocupada” por otro (831), derecho que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, este capítulo del código señala otros derechos del propietario: *i*) el de ejercer las acciones para impedir que por el mal uso de la propiedad del vecino se le causen daños en la suya (837); *ii*) el de pedir el deslinde de su propiedad (841); *iii*) el de cercarla (842); *iiii*) el de pedir que se arranquen los árboles plantados cercanos a su predio, pero a menor distancia de la permitida (847); *iv*) el derecho a cortar las ramas o raíces del árbol vecino que se extiende sobre su propiedad (848); *v*) el derecho a abrir ventanas en una pared contigua a otra finca, respetando ciertos límites (849), o *vi*) a construir una pared contigua a la pared del vecino (850).

El código no indica con qué recursos procesales podrán hacerse efectivos estos derechos, aunque hay algunos que tienen un recurso específico reconocido en el Código de Procedimientos Civiles, como la acción para pedir la suspensión de una obra que lesiona su derecho (artículo 19), o la

acción para pedir garantías de indemnización o la demolición de una obra peligrosa (artículo 20), o el recurso de “jurisdicción voluntaria” de apeo y deslinde de un fundo (artículos 932 y ss.).

El contenido del código parece en general un retroceso respecto de la doctrina clásica: no da una noción del derecho de propiedad, omite mencionar que el uso es contenido del derecho de propiedad, no vincula el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria ni con los demás recursos procesales, usa incorrectamente la palabra “ocupar”, que tiene un sentido técnico propio, incorrectamente para designar expropiar, y no aporta nada nuevo.

5. Posición de la doctrina civilística mexicana respecto del concepto y contenido del derecho de propiedad

Analizaré la obra de Rafael Rojina Villegas, quien fue el primer gran comentarista del Código Civil de 1928 (actualmente Código Civil Federal), quien, entre 1944 y 1952, hace la primera edición de su *Derecho civil mexicano*, obra en V tomos y 9 volúmenes, que será la referencia obligada y punto de partida de los autores posteriores,⁴ por lo que puede considerarse la obra más representativa de la doctrina civilística mexicana.

El tomo tercero del *Derecho civil mexicano* se titula “Bienes, Derechos Reales y Posesión”.⁵ La obra es de un marcado carácter abstracto, como lo deja ver el índice: el título primero se refiere a “El patrimonio, los derechos y las obligaciones reales”, el que trata diversas teorías sobre el patri-

⁴ *Derecho civil mexicano*, t. I: Personas y familia, en dos vols. (Antigua Librería Robredo, 2a. ed., 1949); t. II: Contratos, en dos vols. (Editorial Jus, 1944); t. III: Bienes, derechos reales y posesión (Antigua Librería Robredo, 2a. ed., 1949); t. IV: Derecho hereditario (Antigua Librería Robredo, 2a. ed., 1949); t. V: Obligaciones, en tres vols. (1951-1952). Hubo otras ediciones (Cárdenas Editores, 1969-1972, Porrúa, 1975-1977, que la ha seguido reimprimiendo) en las que se cambió la distribución de tomos y volúmenes, lo cual hace difícil corroborar las citas. En 1963 se hizo una edición abreviada con el nombre de *Compendio de derecho civil*, en cuatro tomos, e igual número de volúmenes, que en 1994 ya contaba con 25 ediciones (reimpresiones).

⁵ Citaré la 2a. ed., corregida y aumentada, del *Derecho civil mexicano*, t. III, México, Antigua Librería Robredo, 1949. En las sucesivas notas: *Op. cit.*, e indicaré solamente el número de página.

monio, otras sobre la distinción entre derechos reales y personales, y una teoría general de las “obligaciones reales”. El segundo título lleva la rúbrica “Teoría general de los derechos reales”, el que se ocupa de la fuente, transmisión, efectos y extinción de los derechos reales. Un tercer título, muy breve, se ocupa de los bienes y su clasificación, y el cuarto de los “Derechos reales en particular”, donde trata la propiedad, la copropiedad, el usufructo, las servidumbres y los derechos de autor, cuyo tratamiento lo hacía el Código Civil en el Libro de Bienes, en un título especial, que sólo podía considerarse como parte del libro de bienes, porque el artículo 758 declaraba que “los derechos de autor se consideran bienes muebles”.

Para comprender el concepto de propiedad que propone este autor es necesario entender lo que concibe como derecho real, ya que la propiedad es para él una especie de derecho real.

Respecto de la naturaleza del derecho real, en general, el autor hace una referencia a la discusión que había en la civilística en este tema, distinguiendo tres grandes corrientes: una “dualista”, que postula la separación absoluta entre derecho real y derecho personal (la escuela exegetica francesa: Aubry y Rau, Baudry Lacantinerie, y luego Bonnetcase); otra “monista” que considera que los derechos reales son asimilables a los derechos personales (Ortolan, Planiol), o que los derechos personales son asimilables a los derechos reales (Gaudemet, Saleilles); finalmente una “escuela ecléctica” (Planiol y Ripert) que, distinguiendo dos aspectos en los derechos, uno interno y otro externo, afirma que los derechos reales y personales son iguales en su aspecto externo (respeto universal) y diferentes en su aspecto interno (contenido del derecho).⁶

La definición de derecho real que da como propia de esta escuela ecléctica es la que el autor asume, con algunas críticas, en mi opinión, de poca importancia. Afirma que Planiol y Ripert, en su *Tratado práctica de derecho civil francés*, dicen que el derecho real es “un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado, para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho”.⁷

⁶ *Op cit.*, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 48.

Explica que de conformidad con esa teoría,

se desprende que el derecho real tiene dos manifestaciones principales; a) la relativa al poder jurídico que ejerce el titular sobre un bien determinado, y que se traduce en el conjunto de posibilidades normativas que el derecho objetivo le reconoce para poder realizar válidamente todos los actos jurídicos inherentes al aprovechamiento total o parcial del objeto sometido a su poder, y b) la referente a la relación jurídica que se origina entre el titular y los terceros en general, que consiste en la abstención a efecto de que éstos se abstengan de perturbarlo en el ejercicio o goce de su derecho.⁸

A estas dos manifestaciones del derecho de propiedad también las llama “aspecto interno”, el poder jurídico, y “aspecto externo” o deber de abstención del “sujeto indeterminado”.

No obstante que posteriormente asumirá esta noción de derecho real en su definición de propiedad, la critica porque, según él, “se continúa cometiendo el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales es un poder económico de aprovechamiento o en funciones de garantía”.⁹ Él afirma que el contenido propio es una “facultad jurídica”, porque puede ejercerse o no el aprovechamiento económico de la cosa, pero en todo caso existe la facultad jurídica: “...en verdad no sería la posibilidad económica de carácter contingente, la que constituiría la esencia del derecho real, sino la posibilidad jurídica que se presenta como consecuencia del conjunto de facultades que integran la estructura positiva de esos derechos...”.¹⁰

Desde otro punto de vista, critica las teorías que expone porque consideran que el objeto de los derechos reales es “el bien o la cosa, siendo así que tiene que ser conducta humana”.¹¹ En los derechos reales, dice el objeto debe ser conducta humana del sujeto activo y del sujeto pasivo, y el objeto indirecto es el bien sobre el que recaen.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁹ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

¹¹ *Ibidem*, p. 81.

Como presupone que todo derecho implica una relación entre un sujeto activo (titular del derecho) y otro pasivo (el obligado), explica cuál es el contenido de los derechos reales respecto de uno y otro sujeto. Desde el punto de vista del sujeto activo, el derecho de propiedad consiste en la facultad de usar, gozar, disponer y afectar en garantía un bien, y en los demás derechos reales en usar o usar y gozar.¹² Desde el punto de vista del sujeto pasivo, en el derecho de propiedad, la conducta exigida es el respeto de ese derecho por todas las personas, por lo que habla, siguiendo a Planiol, de un “sujeto pasivo universal”; en los derechos reales diferentes de la propiedad, afirma que la constituyen “una serie de obligaciones reales a cargo del propietario de una cosa gravada, del titular de un derecho real y de los partícipes en las relaciones de copropiedad”, a las que denomina obligaciones *propter rem*. Dice que estas obligaciones reales, a cuyo estudio destina el siguiente capítulo de su obra, son “también formas de conducta que afectan a un sujeto determinado y que constituyen el lado pasivo de los derechos reales”.¹³

En uno de los párrafos finales (§ 18) de este capítulo, en que Rojina Villegas analiza las diversas teorías sobre la naturaleza de los derechos reales, reitera la crítica de que el objeto de los derechos reales sea la cosa, como proponen algunos autores, y no la conducta, como él lo afirma. El párrafo resulta interesante porque da a conocer algunos presupuestos del autor que son los que lo llevan a hacer esta explicación demasiado abstracta de los derechos reales. Dice que si se admitiera que la cosa es el objeto de los derechos reales “sería tanto como afirmar que los derechos reales son los únicos dentro de todo el gran conjunto de los derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes”, mientras que los demás derechos se refieren a una conducta del sujeto activo y otra del sujeto pasivo. Por eso exclama: “evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema”. Agrega que en todo derecho objetivo, derecho subjetivo, deber jurídico o relación jurídica el objeto es la conducta, y que en toda facultad que uno tiene “implica una obligación a cargo del otro”, que en los derechos reales son las obligaciones reales.¹⁴

¹² *Ibidem*, p. 82.

¹³ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

Después de ello, Rojina explica la relación entre los “derechos reales y los derechos subjetivos en general”. Supone, sin discusión, que todo derecho real es un “derecho subjetivo”. El derecho subjetivo dice que es “la facultad jurídica derivada de una norma de derecho objetivo, por virtud de la cual un sujeto está autorizado para interferir lícitamente en la esfera de derecho de otro sujeto, o para impedir que un tercero interfiera en su esfera de derecho o en su conducta”. De acuerdo con esta definición de derecho subjetivo, señala que los derechos reales, cuando son sobre cosa ajena, consisten en una facultad de intervenir en la propiedad de otro, pero también en la facultad de impedir que se les moleste; mientras que el derecho de propiedad consiste básicamente en la facultad de impedir la molestia.¹⁵

Termina este capítulo haciendo un análisis comparativo de los derechos personales con los derechos reales, cuya utilidad se comprende cuando se admite que ambos tienen en común el ser derechos subjetivos.

Al tratar directamente sobre la propiedad (título IV, capítulo I), comienza su disertación sobre el tema proponiendo una definición de la propiedad. Dice:

aplicando la definición de derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y el sujeto.¹⁶

Añade que en los casos de vecindad y colindancia hay “obligaciones” que el código impone a los vecinos y colindantes, con lo cual se generan, además del “sujeto pasivo universal”, “sujetos pasivos especiales”.

Explica su definición de propiedad señalando¹⁷ cuatro notas que obtiene de la comparación del derecho real en general con la propiedad: *i*) la propiedad es un poder jurídico “que se ejerce en forma directa e inmediata”, como los demás derechos reales: *ii*) es un poder jurídico que se ejerce sobre una cosa o bien corporal, pues no hay propiedad sobre bienes in-

¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

¹⁶ *Ibidem*, p. 286.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 286-288.

corporales, aunque puede haber otros derechos reales, como el usufructo o el derecho de uso; *iii*) es un poder jurídico de aprovechamiento total, mientras que en los otros derechos reales es un aprovechamiento parcial; añade que el aprovechamiento total significa la facultad de uso, disfrute y disposición, a lo cual equipara la facultad de “ejecutar todos los actos de dominio o de administración”, y *iv*) que la propiedad implica una “relación jurídica” entre “el propietario.. y un sujeto pasivo universal”, a diferencia de los otros derechos reales que tiene un sujeto pasivo determinado, pero aclara que el sujeto pasivo universal no es toda la humanidad sino “el conjunto de personas que de manera permanente o transitoria integran una comunidad jurídica”.

Una vez explicada la noción y las características del concepto de propiedad, pasa a hacer una exposición de su evolución histórica, en la que distingue cuatro etapas: la primera etapa es la época del derecho romano, en la que la propiedad civil se concibió como “un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa”.¹⁸

La segunda etapa es “desde Justiniano hasta el Código Napoleón”, en la que la propiedad, se refiere sin decirlo a la propiedad inmueble, se convierte en fuente de dominio político; pero esto termina con la Revolución francesa que reduce la propiedad a un derecho real de carácter privado. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 declaró que la propiedad es un derecho natural, derecho subjetivo o del hombre, anterior al Estado, absoluto e inviolable, y con este fundamento filosófico el Código Napoleón elabora un concepto de propiedad “muy semejante al romano” porque considera la propiedad como un derecho absoluto, inviolable, que comprende el *ius utendi, fruendi et abutendi*.¹⁹

La tercera etapa es la que corresponde a los códigos mexicanos de 1870 y 1884, que los valora como iniciadores de un nuevo concepto de propiedad, porque en lugar de decir, como el código francés, que era un derecho absoluto, afirmaron que era un derecho de gozar y disponer, pero con las limitaciones que impusieran las leyes, en lo cual ve este autor el reconocimiento de la posibilidad de “restringir la propiedad cuando existe una razón de orden público”.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, p. 290.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 292 y 293.

²⁰ *Ibidem*, pp. 293 y 294.

La cuarta etapa corresponde a la época actual, que en la historia mexicana se manifiesta en el artículo 27 de la Constitución de 1917 y en el Código Civil de 1928. Considera que la doctrina que priva en esta etapa es la de León Duguit,²¹ quien afirma que el derecho de propiedad no puede ser innato ni anterior a la sociedad, porque el hombre siempre ha vivido en sociedad; no puede considerarse ni como un derecho natural, ni como “un derecho subjetivo anterior al objetivo”. Según Duguit, el ser humano, al vivir en sociedad, “tiene un conjunto de deberes impuestos por la norma jurídica para lograr la solidaridad social”, de modo que los poderes o derechos que se reconocen a los individuos están ordenados a ese fin superior.²²

El fin superior de la solidaridad social impone a los individuos dos deberes fundamentales: el de obrar todo aquello que contribuya a la solidaridad social, y el de evitar lo que la lesiona, lo que aplicado a los propietarios significa que tienen el deber de aprovechar su riqueza para beneficio social. Por eso, dice Rojina Villegas, “el derecho de propiedad en la tesis de Duguit, es una función social²³ y no un derecho subjetivo absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al Estado”.²⁴

El civilista mexicano, siguiendo a Duguit, considera que esta teoría viene a superar la concepción individualista de la propiedad, que según él era propia del derecho romano —lo cual es falso— y del Código francés. Afirma que en “la concepción romana no fue posible que la ley impusiera obligaciones al propietario” y que se “aceptaba más bien la absoluta libertad para dejar hacer o dejar pasar”. Pero, añade, “este aspecto de imposibilidad jurídica para intervenir queda completamente desechado en la teoría de Duguit, que es, en nuestro concepto, la que inspira el artículo 27 constitucional, y que puede servirnos para desarrollar, por lo menos en nuestro derecho, el concepto moderno de propiedad”.²⁵

²¹ El autor se refiere a las conferencias que dictó en la Universidad de Buenos Aires en 1911, y que después se publicaron como libro con el nombre de *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*.

²² *Op. cit.*, pp. 295 y 296.

²³ Dice Rojina (*op. cit.*, p. 298, núm. 1) que esta idea de que la propiedad es una función social la tomó de Comte, en su *Sistema de política positiva*.

²⁴ *Op. cit.*, p. 297.

²⁵ Cabe observar que el artículo 27 constitucional únicamente se refiere a la propiedad de las tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional, que declara que son originaria-

Cabe observar que el artículo 27 constitucional únicamente se refiere a la propiedad de las tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional, que declara que son originariamente propiedad de la nación, la cual puede ceder el dominio a los particulares y constituir la propiedad privada; pero no puede ser punto de partida para hacer una teoría de la propiedad, que comprende muchos otros bienes.

Según el autor, esta nueva teoría de la propiedad, como función social, fue la que permitió el artículo 16 del Código Civil de 1928 que señala la obligación de todas las personas de “usar y disponer de los bienes en forma que no perjudiquen a la colectividad”.

Desde esa perspectiva, de las posibles limitaciones al derecho de propiedad por razón del interés público, va a referirse, de modo muy general e incompleto, a los diversos artículos del código (831 a 853), como si fueran simplemente regulaciones del derecho de propiedad impuestas por el legislador. No hace ningún comentario específico de ellos, ni hace referencia a los recursos procesales correspondientes.

Por otra parte, considera que algunas de esas limitaciones constituyen obligaciones del propietario respecto del propietario del fundo vecino, es decir, que son una categoría de las llamadas obligaciones reales o *propter rem*, sobre las cuales hace una “teoría general de las obligaciones reales”.²⁶

Después de tratar la propiedad en general, el autor analiza los diversos modos de adquirir la propiedad;²⁷ luego²⁸ lo que denomina la “extensión del derecho de propiedad”, en donde analiza el derecho del propietario sobre los frutos, los accesorios, el subsuelo y el espacio aéreo. Posteriormente²⁹ trata de la acción reivindicatoria advirtiendo que el estudio de esta acción “es de fundamental importancia” para el derecho de propiedad. Cita entonces el Código de Procedimientos Civiles aplicable,³⁰ cuyo artícu-

mente propiedad de la nación, la cual puede ceder el dominio a los particulares y constituir la propiedad privada; pero no puede ser punto de partida para hacer una teoría de la propiedad, que comprende muchos otros bienes.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 119 y ss.

²⁷ *Ibidem*, pp. 301 y ss.

²⁸ *Ibidem*, pp. 322-327.

²⁹ *Ibidem*, pp. 327-336.

³⁰ Entonces el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, hoy sería el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; los artículos sobre la

lo 4o. señala que la acción compete al propietario en contra del poseedor de la cosa, que tiene como efectos declarar que el actor es el propietario y condenar al demandado a que entregue la cosa con sus frutos y accesiones; añade que en el artículo 7o. del mismo código se admite, como “excepción”, esa acción en contra del no poseedor que dejó dolosamente de poseer. Luego cita a Planiol³¹ para establecer que la acción reivindicatoria es una acción real, que debe distinguirse de otras acciones restitutorias pero de carácter personal.

Termina el capítulo sobre la propiedad con un inciso sobre lo que denomina “pretensiones derivadas de la propiedad”, en la que sigue a Martin Wolf,³² quien se refiere a tres tipos de pretensiones: *i*) la pretensión del propietario a la entrega de la cosa; *ii*) su pretensión respecto de los frutos, productos y accesorios y de reparación de los daños; *iii*) la pretensión del poseedor al reembolso de los gastos, y *iv*) otras pretensiones del propietario, especialmente la acción negatoria.

6. Juicio comparativo

A. Comparación del derecho clásico con el código

Comparando lo que dice el código acerca de la noción y contenido del derecho de propiedad con la doctrina del derecho romano clásico, se advierte que el código tiene algunas diferencias:

i) No afirma que el derecho de propiedad implica tener una acción real para recuperar la cosa de cualquier poseedor, es decir no manifiesta lo que la doctrina civilística llamó la “exclusividad” del derecho de propiedad, ni siquiera afirma expresamente que sea un derecho real, no obstante que sí lo afirma respecto del usufructo (artículo 980) y de la servidumbre (artículo 1057); el Código de 1870 afirmaba que la propiedad era “inviolable”, lo cual parecía un reflejo de esa exclusividad, pero al ser eliminada esa

acción reivindicatoria no han cambiado.

³¹ Planiol, M., *Tratado elemental de derecho civil*, trad. Por José M. Cajica, Puebla, s. a., p. 208.

³² Ennecerus, Kipp y Wolf, *Tratado de derecho civil III*, vol. 1, pp. 509-548.

palabra en el código actual, se agravó esta deficiencia; ésta se subsana gracias al Código de Procedimientos Civiles que regula la acción reivindicatoria en los mismos términos que el derecho clásico.

ii) El hecho de no indicar específicamente el recurso judicial con que el propietario puede recuperar la cosa de cualquier poseedor, defecto que proviene de esa separación artificial entre un código sustantivo y otro adjetivo, también se sigue en todo lo relativo a los “derechos” y “limitaciones” del propietario, pues el código no indica con qué recursos específicos se pueden hacer valer esos derechos o hacer respetar esas limitaciones, por ejemplo, el derecho a que se arranquen los árboles mal plantados, o la limitación de hacer ciertas construcciones o instalaciones cerca de una pared ajena; en principio, tendría que hacerse valer por medio de un juicio ordinario, lo cual resulta impracticable. Esto hace ver que la mayoría de estos derechos y limitaciones deberían hacerse valer por medio de recursos administrativos sencillos, semejantes a los interdictos, ante autoridades cercanas. El contenido y número de esas limitaciones, casi todas a la propiedad inmobiliaria, son completamente circunstanciales, y no alteran el contenido fundamental del derecho de propiedad.

iii) El código omite mencionar el uso como contenido propio del derecho de propiedad, y tampoco lo menciona cuando se refiere al derecho de usufructo y al de servidumbre.

Me parece que estas diferencias que bien pueden valorarse como retrocesos que empobrecen la noción clásica del derecho de propiedad y de su contenido. Estas deficiencias fueron en parte remediadas por la doctrina.

B. Comparación del derecho clásico con la doctrina expuesta

Una observación preliminar es que la doctrina expuesta no se construye a partir del texto de los artículos del código, no procede a modo de inferencia inductiva a partir del texto o a partir de la relación patrimonial que implica la propiedad, sino que es una doctrina que parte de categorías generales abstractas, que da por supuestas, conforme a las cuales, por medio de un razonamiento deductivo, procura definir la noción y el contenido de la propiedad. El punto de partida es una noción abstracta de “derecho subjetivo”, que comprende los derechos personales y los derechos reales. La propiedad es una especie de derecho real, el cual es una especie del

derecho subjetivo. Por eso, buena parte de la doctrina expuesta es un esfuerzo por establecer una “Teoría general de los derechos reales”, diferenciar los derechos reales de los derechos personales, por lo que al dar la definición de propiedad simplemente se dice que “se aplica” la definición de derecho real al caso de la propiedad.

En concreto, se pueden marcar algunas diferencias y semejanzas:

- i) La noción del derecho de propiedad está embrollada con consideraciones ideológicas, de suerte que a veces se dice que la propiedad es un “derecho subjetivo” o un “derecho natural”, pero que más bien ahora es una “función social”. Toda esta discusión, que puede ser interesante desde el punto de vista de la política social y la política económica, es innecesaria para la consideración propiamente jurídica del derecho de propiedad.
- ii) La definición de la propiedad como un poder, o facultad jurídica de ejercer un poder sobre la cosa, que comprende el uso, disfrute y disposición sobre la misma (contenido que suele expresarse con las palabras latinas *ius utendi, fruendi et abutendi*) coincide con la noción clásica, y en este sentido subsana la deficiencia del código que no hace referencia al uso; pero la doctrina no señala el otro contenido de la propiedad el *possidere*.
- iii) La doctrina hace ver la necesidad de la acción reivindicatoria para que el propietario recupere la cosa de cualquier poseedor, pero al momento de definir el concepto de propiedad, prefiere omitir la mención de la acción, y en lugar de ella habla de un “obligado” a respetar el derecho de propiedad que es un “sujeto pasivo universal”, que luego se tiene que precisar para decir que no es toda la humanidad, sino sólo los individuos de una comunidad o que estén en esa comunidad. Son excesos de abstracción.
- iv) Las limitaciones y derechos del propietario no se consideran en relación con los recursos procesales específicos, que ni siquiera se mencionan, y en cambio se pretenden encuadrar dentro de una abstracta “teoría general de las obligaciones reales”, con lo cual se complica innecesariamente su comprensión y efectivo respeto.

En mi opinión, esta doctrina supone también un retroceso respecto de la tradición clásica, principalmente por dos razones: *i)* por un afán inmoderado de abstracción y sistematización, que complica innecesariamente las nociones jurídicas, y *ii)* por el apartamiento sistemático de las referencias a los recursos procesales específicos para hacer valer los derechos del propietario.

7. Conclusiones: explicación histórica de las diferencias y noción sumaria del derecho de propiedad y de su contenido

Con el breve análisis realizado, reconociendo que es incompleto, se pueden ensayar, a modo de ilustrar el método propuesto, el extraer dos conclusiones: una explicación histórica de las diferencias y una noción sumaria del derecho de propiedad.

A. Explicación histórica

En términos generales, las diferencias entre la doctrina clásica y la regulación del código y la doctrina civilística, podrían explicarse históricamente por los siguientes factores: *i)* la publicación del código como una disposición imperativa, de modo que el concepto de propiedad se ve como algo variable dependiente de las teorías económicas en boga; *ii)* la separación entre derecho sustantivo y derecho adjetivo que produce la publicación de dos códigos, uno sustantivo y otro de procedimientos; *iii)* la dependencia de la doctrina del racionalismo jurídico, que le lleva a preferir las teorías generales y su sitemática, sobre el análisis concreto de las instituciones.

B. Noción sumaria del derecho de propiedad

Desde el punto de vista de la relación que se establece por el derecho de propiedad, se puede decir que consiste en la preferencia que se reconoce socialmente a una persona para tener y aprovechar una cosa, con exclusión de todas las demás.

Esta relación queda bien expresada por la noción clásica de la propiedad: la plena pertenencia de una cosa a un sujeto, que le permite, por medio de la acción reivindicatoria recuperar la cosa de cualquier poseedor que la tuviera. Puede complementarse esa noción con las notas de que la propiedad es un derecho real, o derecho sobre la cosa, oponible a cualquier persona (*erga omnes*).

El contenido del derecho del propietario, además de la posibilidad de recuperar la cosa, consiste en poseerla, usarla y disponer de ella (física o jurídicamente), así como apropiarse de los frutos que produzca. El contenido del derecho de propiedad se especifica según sea el tipo de cosa.

Además de la acción reivindicatoria, el propietario puede tener otros recursos para defender la cosa objeto de su propiedad, particularmente los interdictos posesorios, y algunos más.

El contenido del derecho de propiedad puede limitarse voluntariamente por el propietario cediendo el uso, disfrute y posesión a otras personas, o por disposiciones legales que, muchas veces por razones de vecindad entre predios, limitan el uso, disfrute o disposición de la cosa; puede incluso privarse al propietario de su derecho (expropiación), por razón del bien común.