

LA HIPOTECA Y LA PRENDA

CAPITULO PRIMERO

GARANTIAS REALES

I—Las Normas en la Vida Social.

II—El Derecho.

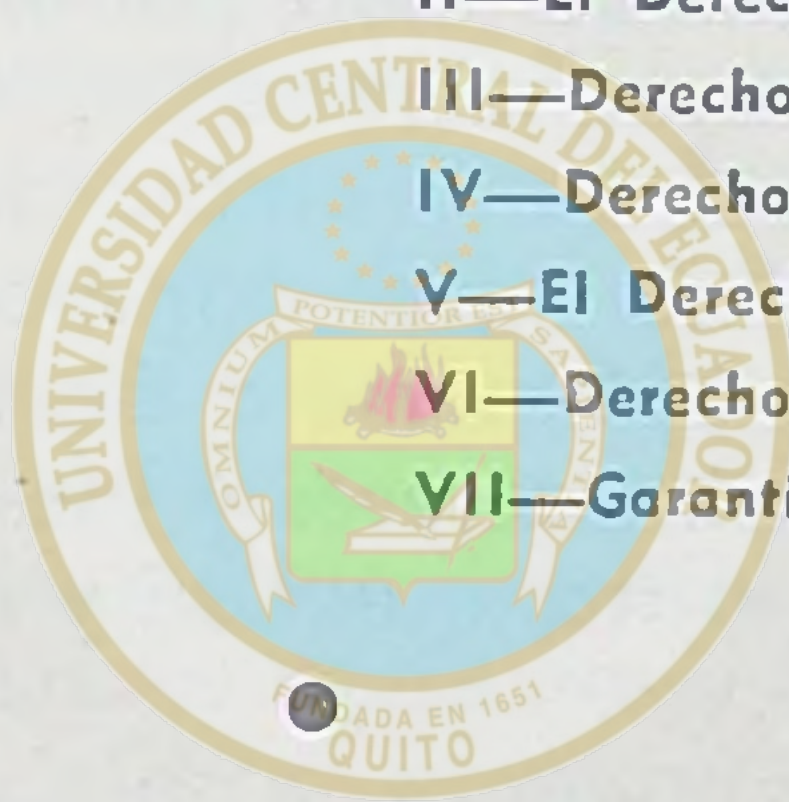
III—Derecho subjetivo y objetivo.

IV—Derecho público y privado.

V—El Derecho Civil.

VI—Derechos Reales.

VII—Garantías Reales.



ÁREA HISTÓRICA CAPITULO PRIMERO

GARANTIAS REALES

I—Las normas en la vida social.

Hay en la vida social muchas normas o series de normas a las que el hombre se halla sometido, que regulan su conducta, ya sea en sus relaciones con los demás hombres o con los grupos mayores o menores en que aquellos se asocian, sea en sus relaciones con los demás seres vivientes o con la divinidad a la que adoran, sea, en fin, fuera de toda relación externa, esto es en la conducta del individuo en sí mismo contemplada frente a su conciencia. Estas normas se clasifican según la finalidad fundamental hacia donde se encaminan: así las hay morales que son las que tienden a la consecución de la virtud, estéticas las que se dirigen al logro de la belleza, religiosas a la relación del hombre con Dios por medio de un culto, las de uso social que satisfacen los senti-

mientos y exigencias que cierto grupo social impone a sus miembros en un determinado momento histórico; tenemos también las normas jurídicas que son las que hacen posible la vida social, o como dice Stamler, la comunidad de hombres libres.

Cuando contemplamos la vida de los hombres en su proyección a través de la historia, los encontramos siempre asociados, siempre viviendo en agrupaciones. Y si bien existen casos aislados de hombres que viven fuera de la sociedad, esto ha sido posible porque el aislamiento se ha producido cuando aquellos individuos estuvieron ya desarrollados, y con todo, de que dado su estado físico y mental adulto podrían subsistir por sí, el aislamiento produjo un desmedro material y espiritual en aquellos hombres.

La naturaleza ha impuesto al hombre la necesidad de vivir en comunidad, y realiza esta forma de vida obedeciendo a un instinto de sociabilidad, por el cual satisface muchas necesidades: defensa, alimentación, relaciones sexuales, desarrollo de la especie, intercambio de ideas, progreso, etc. Pero esa necesidad de vivir en agrupaciones impone al hombre la necesidad de someterse a ciertas reglas de conducta que, armonizando los intereses y las aspiraciones de los individuos, aseguran la tranquilidad y el orden entre ellos.

II—El Derecho.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Estas reglas constituyen el derecho, que puede ser definido, como el conjunto de normas obligatorias que regulan los actos de los hombres que viven en sociedad y a cuya observancia pueden ser estos constreñidos.

La palabra derecho deriva del latín "directum", lo que es recto y que en un sentido figurado designa lo que es conforme a la regla, a la norma, es decir a la ley.

Don Joaquín Escriche dice que: "Derecho es la reunión o conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que viva conforme a la justicia: o el arte de lo equitativo y razonable, esto es, el arte que contiene los preceptos que nos enseñan a distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurren todos los días podamos dar a cada uno lo que es suyo. El Derecho es diferente, continúa Escriche, de la Jurisprudencia y la Justicia: la justicia es una virtud; el derecho es la práctica de esta virtud; y la jurisprudencia la ciencia de este Derecho".

III—Derecho Subjetivo y Objetivo.

Como primeros conceptos jurídicos fundamentales se ofrecen a la reflexión los conceptos de derecho objetivo y subjetivo. Derecho objetivo o derecho en sentido objetivo (norma agendi) es la norma, el precepto de derecho o también el conjunto de los preceptos de Derecho, el ordenamiento jurídico. Derecho subjetivo (facultas agendi) es el derecho que no tiene la capacidad legal. Derecho objetivo y subjetivo son conceptos correlativos, esto es, están en relación de reciprocidad, de tal manera que cada uno de ellos presupone el otro, de la misma manera, v. gr. que hombre y mujer, causa y efecto, materia y forma.

La vida del derecho ofrece el aspecto de innumerables voluntades agitándose y luchando entre sí. Mas ninguna puede extenderse ilimitadamente, cada una está encerrada en límites que le depara la actitud antagónica de las demás voluntades. Frente a la voluntad individual aparece la ordenación jurídica como omnipotente, "la volonté generale", de que habla Rousseau, que determina hasta donde puede llegar a imponerse cada voluntad. Así se define el Derecho subjetivo como "facultad de querer". Mas a esto se objeta, diciendo que la voluntad no es más que la envoltura del concepto de Derecho; uno puede tener Derecho sin tener noticia de ello; ciertos seres, como los imbeciles y los niños menores de edad, que no pueden ejercer ninguna voluntad reconocida legalmente, incapaces de querer, tienen sin embargo garantizado legalmente el disfrute de bienes. La voluntad decisiva la ejerce por ellos su representante legal; y sin embargo nadie dirá que la casa legada al menor o imbecil pertenece a su tutor. En fin, la voluntad es un elemento unilateral formal, susceptible de contener un elemento volitivo, pero en sí desprovisto de contenido, la diferenciación total de derechos, se basa en la de los intereses. Por este camino Ihering viene a sostener que los derechos subjetivos son intereses protegidos legalmente.

Hay intereses protegidos legalmente, y sin embargo, su amenaza o lesión no da derecho alguno a su sujeto, el cual no puede imponerlos por sí mismo, sino que lo hará por él, el Estado; no se trata de ningún derecho subjetivo sino de un reflejo del derecho objetivo; sólo es alcanzado por la definición, la esencia, del bien jurídico, que en este sentido ha sido llamada también reflejo de derecho. El que uno puede hacer valer por sí mismo un derecho, sea personalmente, sea por

medio de un representante, es lo que le imprime el sello de Derecho subjetivo; ambos elementos, el de interés y el de voluntad o poder, son parte integrante del concepto. En este sentido la definición de Jellinek sintetiza el concepto diciendo que "derecho subjetivo es el interés protegido por el reconocimiento del poder volitivo humano", y Oertmann dice que "se habla de un derecho subjetivo de la persona interesada, siempre que un interés se halla protegido jurídicamente y el interesado mismo es autorizado para el ejercicio de esa protección". El mismo profesor alemán dice que "el derecho subjetivo no es, como Ihering afirma, un interés jurídicamente protegido, sino que es la autoprotección del interés", un poder de voluntad, siendo la voluntad del titular decisiva para la conducta de otra u otras personas, pero no a modo de palenque de caprichos infundados, sino únicamente como medio de satisfacción de intereses reales, socialmente reconocidos, de manera que ningún derecho pueda ser ejercido más allá de lo que convenga al fomento de los intereses que está encargado de proteger.

Los derechos son absolutos cuando existen en general contra todos, y son relativos aquellos que existen frente a una persona determinada. La división principal de los derechos subjetivos se ha hecho de acuerdo con la división del orden jurídico en público y privado.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

IV—Derecho Público y Privado.

Derecho privado es aquella parte del orden jurídico que regula los intereses privados. Derecho público es el que regula los de comunidad, según la antigua sentencia de Ulpiano "Publicum Ius est, quod ad statum Rei Romanae Spectat, privatum, quod ad singulos autem utilitatem, sunt enim quaedam utilia quaedam privata". Los sujetos de los intereses privados son las personas y los de los intereses públicos son las entidades públicas llamadas también personas corporativas de Derecho Público. El carácter determinante de estas personas públicas, es que tienen poder soberano, imperium. La defensa de los intereses privados se realiza por los particulares mediante la protección del poder soberano, la de los públicos por los cuerpos públicos mediante el poder soberano. Esta soberanía la tiene el Estado y los demás cuerpos públicos como delegada del Estado.

Relaciones jurídicas de Derecho Público son aquellas en que de alguna manera están representados intereses públi-

cos. Por tanto como los sujetos de los intereses públicos son las entidades públicas, serán relaciones de Derecho público aquellas en que intervenga por lo menos una entidad pública. Sin embargo las entidades públicas pueden presentarse en la esfera del tráfico privado con la toga del ciudadano, para comprar, vender, arrendar, alquilar, pedir préstamos, pignorar, etc. . . . Aunque estos negocios practica en interés de la comunidad, deberán ser considerados como relaciones jurídicas de derecho privado las que surjan en este caso en que se presentase sólo en calidad de persona particular. Se considera pues, relación jurídica de Derecho Público aquella en que interviene por lo menos una entidad pública como tal, o sea, con personalidad dotada de poder soberano.

Se impone pues, una diferencia fundamental entre las relaciones jurídicas públicas y privadas. En las relaciones de Derecho Privado, intervienen personas equiparadas entre sí. En las relaciones de Derecho Público hay una persona dominante y otra dominada, siendo el elemento característico de esta última la sujeción al Imperium de la otra.

Los derechos que en una relación jurídica de Derecho Público tienen la parte sometida frente a la soberana, han sido conferidos por ésta a aquella, los tiene la parte sometida por concesión de la parte contraria (soberana) en la relación jurídica; en la relación de Derecho Privado, las facultades de ambas partes litigantes, se basan en la permisión del poder público que está por encima de ambas. Análogamente, en las relaciones de Derecho Público, las facultades que no tiene la parte sometida deben ser consideradas como negadas por la otra parte; en las relaciones de Derecho Privado, las facultades que una de ellas no tiene, deben ser consideradas como excluidas por la prohibición del acto correspondiente por parte del poder soberano que está por encima de ambas. En el Derecho Público, para todo acto, una parte sólo tiene la capacidad que le concede la otra. Aquello para lo que se me capacita puedo hacerlo, lo que se me permite me es lícito hacerlo; el contraste de lo concedido y negado por una parte, de lo permitido y prohibido por otra parte, puede también expresarse por medio del poder y de la licitud.

El Derecho Público es pues, el Derecho de las personas soberanas (con Imperium), o sea del Estado del cual reciben esta calidad las otras personas del Derecho Público, v. g. los Municipios. Según que las normas de Derecho Público se refieran a la vida interna del Estado o a su vida externa, el De-

recho Público se divide en Nacional o Interno, e Internacional o externo.

El Derecho Nacional comprende: el Derecho constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Procesal. El Derecho Privado Nacional comprende el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho de Minas, el Derecho Industrial y Agrícola, y, en parte, los Derechos de Trabajo y Procesal. Este Derecho Privado Nacional es el que rige las relaciones de particular a particular o las relaciones de los particulares con las personas públicas, en cuanto sean susceptibles de tener simples relaciones de interés privado.

V.—El Derecho Civil.

No todos los tratadistas coinciden en definir el Derecho Civil: para unos regula las relaciones entre particulares o súbditos de un mismo Estado, tal opinan Helfedl, Hopfner, Schilling, en cambio que para otros, el Derecho Civil es el que se refiere a los individuos como sujetos de patrimonio y miembros de familia; entre estos tratadistas tenemos a Thol, Huger, Falcon, Arribas, etc. Según Miraldi tenemos esta evolución histórica: a) los romanos comprendieron primeramente el Derecho Civil, *Ius Civile*, como todo el Derecho Privado de un pueblo, más adelante sólo el derecho positivo mediante un proceso de eliminaciones y sustracciones sucesivas, el Derecho proveniente de las Leyes, Senado Consulto, Constituciones Imperiales como opuesto al Derecho Pretorio, y finalmente el derecho que no tiene denominación especial, el emanado de la autoridad de los jurisconsultos; b) En los pueblos formados sobre la ruina del Imperio Romano, ocurrió que el Derecho Romano fue introducido durante la Edad Media, y habiendo los glosadores dado mayor importancia al Derecho Privado, volvió a surgir nuevamente la confusión entre el Derecho Privado y Civil. Era el Derecho Civil muy general, muy amplio, pero fueron desprendiéndose de él todas las ramas jurídicas: Mercantil, política, penal, procesal, etc., que se codificaron, quedando para el Derecho Civil la regulación del individuo en cuanto sujeto de Patrimonio y miembro de familia. Así, pues, puede definirse al Derecho Civil, diciendo que es el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones jurídicas entre los miembros de una familia y las que existen entre los individuos de una sociedad, para la protección de intereses particulares, añadiendo Miraldi, acaso para

mayor claridad, que son esos intereses concernientes a sus personas y bienes.

Don Luis Claro Solar dice que el Derecho Civil puede ser definido con una enumeración de su contenido, como aquel Derecho que regula los requisitos generales de los actos jurídicos privados, la organización de la familia y de la propiedad privada.

Ahora bien, habíamos indicado que los derechos subjetivos se fundan en los derechos objetivos, y éstos pueden ser públicos y privados. Por lo tanto, los derechos subjetivos pueden ser Derechos Subjetivos Públicos y Derechos Subjetivos Privados. Los derechos subjetivos Públicos no deben ser confundidos con los derechos privados, ya que éstos son sólo una especie de aquellos. Nos interesa a nosotros para el desarrollo de la presente tesis, los Derechos Subjetivos Privados a los cuales los tratadistas los han clasificado en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Derechos patrimoniales son aquellos que tienen por contenido una utilidad económica, que son valuales en dinero, mientras que derechos extrapatrimoniales son los que no contienen una inmediata utilidad económica, no son por ellos valuales en dinero. Entre los derechos extrapatrimoniales, los tratadistas han señalado los derechos de personalidad y los derechos de familia, y así tenemos entre los primeros aquellos que conciernen a la individualidad física y a la individualidad moral: Derecho a la vida, a la fuerza muscular, a la propia imagen, al honor, al buen nombre, al trabajo intelectual, mientras que entre los segundos tendríamos los derechos a que se reconozcan el estado civil, el nombre de familia y los derechos de potestad. Los derechos patrimoniales, son aquellos derechos valuales en dinero que tienen por objeto una ventaja pecuniaria y los podemos clasificar en derechos reales y personales.

VI—Derechos Reales:

Derecho Real es aquel que concede un poder inmediato a su titular, poder que puede ser pleno e ilimitado o menos pleno o limitado; derechos personales son en cambio aquellos que nacen de una relación inmediata entre dos o más personas, una de las cuales está obligada a determinada prestación en favor de la otra, pudiendo pues ejercerse únicamente contra aquella persona que está obligada y no como sucede

con los derechos reales que pueden hacerse valer contra toda persona.

El Código Civil en su Art. 566, dice que Derecho Real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona y en el Inciso 2º, señala que son derechos reales el de Dominio, el de Herencia, los de Usufructo, uso, habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca, indicando además en este inciso que de estos derechos nacen las acciones reales.

Tenemos pues planteado aquí, el tema materia del presente estudio, o sea la Prenda y la Hipoteca:

El derecho real, a más de concepto jurídico, es un concepto histórico, fluctuante, modificable a tenor del pensamiento social y político que impone en el ordenamiento positivo de un Estado determinado. Esta cualidad hace que sea talvez la definición del derecho real la parte del Derecho Civil que más debates ha suscitado, y tanto que los autores han mantenido distintos y hasta opuestos puntos de vista al considerar el carácter y fundamento jurídico del Derecho Real.

La evolución natural del hombre en el ámbito de las ideas jurídicas se inició dentro de una atmósfera de materialismo muy acentuado, la cual fue disolviéndose en el transcurso de los siglos, muy lentamente, hasta dejar paso a las concepciones espirituales, encontrándose entre estas últimas los derechos personales. Esta realidad histórica tiene por tanto en su base a los derechos reales, y de ahí que en los pueblos primitivos que habitan aún la tierra, sean estos derechos los más antiguos, anteriores a los personales. En el primitivo Estado Romano vemos todo el derecho civil moldeado sobre la base conceptual de los derechos reales: la "manus", la tutela y demás instituciones que hoy no son derechos reales. Esto no quiere decir que en la primitiva época del Derecho Romano fuesen desconocidos los derechos personales, sino que éstos estaban muy cerca de los derechos reales que en el sistema de las "legislaciones", una sola acción con una sola fórmula servía para todos los derechos: reales, personales, de familia, sucesorios. Pero, en la época clásica la distinción entre los derechos reales y de obligaciones estaba ya hecha de manera muy clara, a pesar de que ni las leyes ni los jurisconsultos formularon una construcción sistemática abstracta y teórica del derecho real, ni siquiera empleando esta denominación. Ulpiano distinguía claramente bajo el nombre de "Bona" el concepto patrimonial de los bienes, constituido

por las cosas "quae Domini Nostri sunt et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint", aludiéndose en esta frase claramente al dominio, a la posesión, a las desmembraciones del dominio. Cuando Ulpiano se refiere a la "Cautio damni in fecti", distingue entre el dominio y servidumbres; y mucho mejor lo hace Cayo, cuando nos muestra la diferencia, en ejemplos prácticos, entre el dueño o señor del dominio, el acreedor hipotecario, el usufructuario y el superficiario. Donde mejor se aclara la distinción romana de los derechos reales y de obligaciones, es en el procedimiento. La doctrina de las acciones "in rem" y de las acciones "in personum" no da lugar a dudas; ya que las primeras servían para tutelar los derechos reales y solamente se ejercitaban con respecto a las cosas, mientras que las segundas se dirigían contra las personas, contra el deudor. Rigaud, no vacila en afirmar que los Romanos concebían al derecho Real, como un poder sobre las cosas, como una relación directa entre el hombre y la cosa sin mezcla alguna de obligación.

En la Edad Media, los Derechos Reales adquieren un vuelo extraordinario, en atención a que los bienes inmuebles absorbían todo el concepto patrimonial del Derecho Feudal. Se multiplicaron los Derechos Reales, haciéndose de éstos múltiples categorías y hasta admitiendo que los hubiera con la cualidad jurídica de "in faciendo", especie que el Derecho Romano desconocía. Los glosadores del Derecho Romano procedieron a la inversa de los Jurisconsultos de Roma, ya que mientras éstos deducían de un derecho la existencia de una acción aquellos deducían de una acción la existencia de un derecho; de ahí que al encontrarse con acciones "in rem" y con acciones "in personum", dedujeron la existencia de derechos reales y personales, denominación que ha primado hasta nuestros días. Los glosadores como queda dicho, concibieron de manera diferenciada y distinta a los derechos Reales y a los derechos de Obligación, así como a sus acciones respectivas: "Realia" y "Personalia".

Bajo el imperio del Derecho Canónico la distinción se hizo más fecunda; pero los canonistas inventaron una figura jurídica intermedia entre los derechos Reales y Personales: el denominado "ius ad rem", derecho que se aplica a la materia beneficial y trascendió a la legislación feudal procedente de las constituciones pontificias; representa el "ius ad rem", un poder más intenso que el simple derecho de obligaciones, pero algo más débil que el derecho Real. La Influen-

cia canonista en este aspecto, no fue sin embargo importante en las legislaciones positivas, y ni siquiera sirvió a la doctrina científica de los tiempos subsiguientes, pero sirvió para que algunos jurisconsultos llegasen a la conclusión de que no existen derechos reales, y cuántas relaciones conocemos con esta denominación no son otra cosa que derechos personales, y de obligación. También sirvió en parte para que otros autores concibieran como no existentes los derechos de obligación, los cuales, según ellos, no son otra cosa que manifestaciones de los derechos reales.

Las doctrinas sobre los derechos Reales son tres: las que niegan la existencia independiente de los derechos reales considerados como derechos de obligación. La que estima que no hay derechos de obligación, sino que éstos no son más que manifestaciones del derecho real, y aquella que señala que los derechos reales tienen vida jurídica independiente del derecho de obligación.

Feltman, autor de un tratado de Derechos Reales, nos dice que los autores de su tiempo "sostienen muy varias opiniones respecto al concepto del derecho real", al cual define como la potestad legítima que compete a un hombre sobre una cosa por lo que ésta le está sometida y subyugada. Juan Apel había dado antes que Feltman unos conceptos diferenciales entre obligaciones y derechos reales, pero va a ser Winscheid, en quien vamos a encontrar los inicios de la tendencia a considerar que los derechos reales no son otra cosa que derechos de obligaciones, ya que este tratadista afirma que el derecho real consiste en el hecho de que solamente la voluntad del titular es la que origina la norma de conducta que debe ser respetada por los demás con relación a la cosa. Apoyándose en esto Thon subraya más aún el aspecto negativo y de abstención del derecho real frente a los demás hombres, pues dice que "este derecho prohíbe a los demás, pero no al titular", siguiéndole en este aspecto Sholossmann negó realidad al concepto del derecho real, exponiendo que era un simple expediente terminológico, e igual cosa manifiesta Kindel que afirma ser "ilógica la distinción entre derecho real personal", "que niega cualidad de derecho a la propiedad" y Holder que la estima más bien como fuente de derechos, idea esta que ha sido recogida por algunos tratadistas de derecho público contemporáneos como Thaller y Duguit. Los autores franceses exaltaron las teorías de los tratadistas alemanes, siendo Planiol el más alto exponente de quienes

opinan, que entre los derechos reales, los de crédito, personales y de obligación no hay diferencia de naturaleza jurídica. Planiol señala que en el Derecho Real no hay relación alguna directa entre el hombre y la cosa, sino que se manifiesta como derecho en virtud de que lleva consigo una obligación pasiva universal cuya observancia corresponde a toda otra persona distinta al titular de ese derecho; por lo tanto, para el ilustre tratadista francés, lo mismo el derecho real que el personal suponen una relación de orden obligatorio entre personas, y no el señorío de una persona sobre la cosa en el derecho real. Pero el civilista francés admite sin embargo que hay cierta diferencia "técnica" entre dichos derechos, pero esa diferencia no afecta a la naturaleza jurídica sino a la manera distinta que tienen de manifestarse las obligaciones que se constituyen sobre cosas o sobre personas, bien por razón del objeto o del número de sujetos pasivos de la relación. Estas ideas han sido igualmente desarrolladas por Michas y Cueru. Esta teoría ha sido objeto de crítica por parte de otros notables tratadistas, así tenemos a Hauriau y Rigaud. Este último tratadista opina que reducir el derecho real a una obligación nacida de la ley y de contenido negativo que se impone a un sujeto pasivo universal, es ver solamente la superficie y no las entrañas de las cosas. No obstante hay que reconocer que, efectivamente, hay algo de esa obligación pasiva universal cuando consideramos las instituciones vigentes del Derecho Real en los pueblos, pero esta obligación no es de orden sustantivo sino adjetivo, es decir procesal, y que hace referencia a la garantía que se presta al derecho real, garantía que adquiere de más en más caracteres de Derecho Público.

Entre los que entienden que el derecho de obligaciones tiene una investidura real se encuentra Gaudement, para quien el Derecho Personal no es un derecho sobre las personas sino sobre los bienes de ésta, y dice "que sólo se distingue del Derecho Real, en que no grava o recae prácticamente sobre una cosa determinada, sino colectivamente sobre un patrimonio". Jallu afirma que la obligación no es sino una forma de adquirir en propiedad, una apropiación de la riqueza, proveniente de un derecho sobre las cosas o conjunto de bienes del derecho. Para este tratadista no hay relación obligacional entre el deudor y el acreedor, sino entre éste y el patrimonio de aquel. El civilista francés Gazin, afirma que el derecho Real es una relación jurídica establecida entre una persona como sujeto activo y todos los demás como sujetos

pasivos, por lo que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto material sobre que recae. Analizando estas opiniones hay que admitir que la obligación tiene efectivamente un carácter patrimonial y que generalmente puede ser objeto de transmisión, pero no por ello se debe entender que son los patrimonios los que tienen relación entre sí y que un patrimonio debe o es deudor de otro y que los sujetos no son más que representantes de ellos.

Quienes estiman que los derechos reales son independientes de los derechos de obligación, forman la mayoría de los tratadistas. Rigaud, siguiendo la doctrina de Laurent da el siguiente concepto de los derechos reales: "son aquellos que recaen directa e inmediatamente sobre una cosa individualmente determinada, de la que permite obtener sin intervención de persona alguna obligada, la utilidad legal, total o parcial, y que exige de todos un respeto igual, aunque puramente pasivo". Sánchez Román, sintetizando la opinión de algunos juristas españoles dice: "En el derecho Real la obligación del sujeto pasivo y la pretensión del activo, se refieren a un objeto de la naturaleza exterior, respecto al cual éste ejerce una cierta dominación, pudiendo rechazar los ataques de los demás hombres, los cuales en tal respecto son sujetos pasivos, obligados a la abstención. Estos derechos que atribuyen al titular un poder sobre una cosa de la naturaleza externa frente a todos los demás hombres, son llamados derechos reales. Implican pues un poder de obrar sobre una cosa exterior y la pretensión frente a todos los demás de rechazar sus ataques, de excluir su participación en ello". Don Clemente de Diego tratadista que opina al igual que su compatriota Sánchez Román, dice que "los caracteres esenciales de los derechos Reales son los siguientes: a) tener un sujeto pasivo indeterminado; b) tener por objeto una cosa determinada y específica; c) no ser producto de la mera obligación, acuerdo, contrato o título, sino requerir además otra causa de existencia, que es el modo, y d) dar lugar a una acción real y eficaz, contra cualquier poseedor de la cosa.

La concepción clásica yerra al decir que el derecho real es un derecho sobre una cosa. Entre una cosa y un hombre no puede establecerse ninguna relación de derecho, sino de hecho. Lo contrario sería tanto como admitir que las cosas tienen el deber de darnos sus frutos o de dejarnos gozar de determinadas condiciones de su naturaleza; es decir conceder a las cosas facultades y obligaciones. Las cosas están su-

jetas al hombre por una razón de hecho; ahora bien, esta razón de hecho tiene como derecho un respeto general de los demás hombres. Los derechos reales pues se refieren efectivamente a las cosas y contiene el señorío de las mismas, pero este señorío no quiere decir que las cosas están obligadas al titular del señorío, sino que ese señorío obliga a otras personas. Por ello, Show tiene razón al fijar como notas características del derecho real (a) que confiere un señorío inmediato sobre una cosa (b) que se impone a todos.

Es también erróneo el creer que los derechos reales se diferencian de los derechos de créditos, en que aquellos se dan únicamente contra todos y éstos únicamente contra el obligado o deudor. Frank, para quien los derechos reales significan una breve fórmula tradicional con la que se designan "un derecho subjetivo de un individuo contra todos, tiene que reconocer que no hay derechos reales que estén vinculados de manera absoluta sino particular, y que hay derechos de obligación que deben ser respetados por todos. En efecto, cuando meditamos detenidamente sobre esta cuestión, vemos que cualquier derecho sea cual fuere, obliga a todos en virtud de la fuerza obligatoria Universal de que va revestida la norma jurídica que lo impone. Por donde al referirnos al derecho real tenemos que llegar a la conclusión de que la imposición aquí consiste para todos en respetar el señorío total, parcial que algunos tienen sobre una cosa, mientras que en los derechos de crédito o no existe tal señorío sobre una cosa, y, si existe, sólo se impone al particularmente obligado, a tal extremo que, si la cosa debida pasa a ser propiedad de otro, éste no tiene la obligación de respetar aquel señorío. Si nos fijamos en el derecho Real de servidumbre, vemos que en él puede existir una persona especial y únicamente obligada: el propietario del feudo sirviente y no todos los hombres. Aquí se ve la obligación individual del Derecho de Crédito, pero se diferencia de ella en que el obligado en el Derecho Real lo está en virtud de su relación de hecho con la cosa, mientras que el obligado en el derecho de crédito debe respetar la obligación, no por razón de su relación con una cosa determinada, sino por virtud de la obligación personal por él contraída. Al abundar en estas ideas el Profesor Demófilo de Buen da la siguiente definición de los derechos reales "El Derecho Real es un derecho que permite a su titular obtener ciertas ventajas económicas de una cosa con entera indepen-

dencia de los cambios de poseedor que la última puede sufrir".

Pero creo que es necesario determinar con exactitud los caracteres del Derecho Real, tal como se ofrecen en el derecho actual, pues que ya anotamos que el concepto de derecho real a más de jurídico lo es histórico.

Por encima de todas las definiciones doctrinales el hombre tiene un sentido, más bien diríamos una tendencia instintiva, a considerar al derecho real como un hecho que le confiere señorío sobre una cosa o sobre el goce de una cosa. El individualismo en que durante milenios ha vivido el hombre con relación a los bienes económicos que emplea para la satisfacción de sus necesidades, ha imbuído en él la idea instintiva de la propiedad, mucho mejor que cualquiera definición pudiera establecerla. La propiedad, derecho real, es tomado aquí como ejemplo de la conciencia que el hombre tiene de los derechos reales. El propietario de un inmueble sabe que puede gozar de él, gravarlo, disponerlo en vida o en muerte, transformarlo, etc., todo lo cual constituye el contenido de su derecho de señorío sobre la cosa. Pero el ejercicio de sus facultades, la conciencia del derecho real, no sería suficiente para establecer con realidad jurídica, la existencia del Derecho Real de ese propietario sobre el inmueble en cuestión. Para ello necesita de dos cosas: que demuestre en todo momento que posee la relación de hecho que subordina la cosa a su voluntad y que haya una sanción legal que le mantenga en esa relación contra quien quiera perturbarla. Si el propietario abandona el ejercicio de sus derechos de señorío sobre el inmueble éste no le pertenece ostensiblemente, y cualquier puede entonces posesionarse de él, cuando esto ocurre y el propietario quiere hacer valer su derecho de señorío, entonces debe demostrar que la cosa le pertenece y recurrir entonces a las acciones correspondientes, si no lo hace, quien se posesionó del inmueble, puede hacerlo suyo mediante el transcurso del tiempo. Esto hace considerar que el Derecho Real no es absolutamente excluyente mas que cuando se lo ejerce de manera visible e indubitable. Podemos pues señalar sus caracteres en los siguientes elementos: (1) un sujeto y un objeto unidos por una relación de señorío del primero sobre el segundo, (2) por virtud de la cual aquel ejerce su poder allí donde se encuentra la cosa, entendido que ese poder puede ser absoluto, limitado o especial, según sea la clase de derecho real a que se refiere (3) obligación deber o respeto ge-

neral a esa relación de señorío, a ese hecho que somete total o parcialmente la cosa al sujeto, con falta de sujeto pasivo individualmente determinado, hasta que no surja quien altere esta dicha relación (4) acciones eficaces concedidas por el ordenamiento legal para proteger el hecho de señorío entre el sujeto y la cosa contra quien quiera perturbarlo.

Como afirma Barassi, los elementos constitutivos del derecho real son dos: (1º) La relación del sujeto con la cosa, que permite a aquel recabar por sí solo de ésta las utilidades de que sea susceptible, correspondiéndole por tanto un poder autónomo. (2º) La obligación que tienen los terceros de respetar aquella relación autónoma y directa sobre el sujeto y la cosa. El primero es elemento interno, el contenido económico o estático del derecho real, el segundo es el elemento externo o dinámico, la garantía jurídica del contenido económico.

Si pasamos al derecho de obligación, vemos que los caracteres del mismo son diferentes. (1º) Hay dos sujetos, uno activo y otro pasivo, individual y determinado éste, y que tiene el deber de dar efectividad a la prestación a que se obligó, y ambos sujetos unidos por el vínculo jurídico que por voluntad concordante bilateral o unilateral convinieron. Este vínculo no une a dos personalidades físicas, sino a dos personalidades jurídicas, las constituidas por los dos sujetos, activo y pasivo, ya que la facultad de aquel y la obligación de éste son transmisibles a los herederos y transferibles por actos inter vivos. (2º) Respecto u obligación general de la relación establecida, entre titular y obligado de la misma, por parte de los demás sujetos extraños a ella. (3º) Acción eficaz a favor del sujeto activo contra el pasivo con el fin de que la relación válida y voluntariamente constituida sea cumplida por parte del obligado o produzca sus efectos naturales y jurídicos.

El derecho de obligación y el derecho real tienen dos elementos iguales: la obligación o el respeto general y la acción sancionadora que tutela la relación jurídica. La diferencia única radica en la cualidad de la relación, pues mientras el Derecho Real consiste en el hecho de señorío sobre una cosa, en el derecho de obligación la relación es de persona a persona, de sujeto a sujeto. En esa diferencia esencial se condensan todas las consecuencias de los fenómenos de vida de ambas clases de derechos.

La nota diferencial que se establece diciendo que en el

derecho real interviene un sujeto activo individual determinado y un sujeto pasivo, colectivo e indeterminado, mientras que en el derecho de obligación hay un sujeto pasivo determinado individualmente, a más de los dos anteriores, debería ser desechada. Por lo que respecta al sujeto activo, en virtud de que puede serlo en el derecho real una persona determinada, sólo mediatamente como vemos en las servidumbres, y por lo que afecta al sujeto pasivo, porque en los derechos reales que limitan el dominio es un sujeto individual el que está obligado de un modo especial a tolerar el gravamen y no la colectividad o sujeto pasivo indeterminado.

El objeto del derecho real es una cosa específica y determinada, mientras que el objeto del derecho de obligación es una prestación, aún cuando ésta pueda ser indirectamente la entrega de una cosa.

Los derechos reales excluyen a quien no sea sujeto activo de los mismos, mientras que los derechos de obligación unen a los dos sujetos de la relación. No obstante, conviene tener en cuenta que en los derechos reales hay casos de acciones positivas.

Los derechos reales pueden adquirirse por ocupación o por prescripción adquisitiva "usucapion", mientras que los derechos de obligación no se pueden adquirir sino por medio de un negocio jurídico. Los derechos reales son de naturaleza perpetua, ya que sólo se extinguen con la cosa, mientras que los derechos de obligación son transitorios y se extinguen una vez satisfecha la prestación. La norma que reglamenta el derecho real es eminentemente de derecho público, mientras que la norma que rigen las obligaciones es de carácter plenamente privado, donde la autonomía normativa de las partes tienen amplio campo de acción.

El romanista Girard, siguiendo una corriente jurídica de su país que estima que las notas características del derecho real, son los derechos de persecución y preferencia, desarrolla la teoría del "Droit de suite", o derecho de persecución, diciendo que "la diferencia entre los derechos reales y los derechos personales está, tanto en Roma como en el derecho moderno, en que los derechos reales dan origen a los derechos de persecución y de preferencia, cosa que no sucede con los derechos personales". Entiende Girard por derecho de persecución "el que la Ley confiere al titular del Derecho Real, para perseguir la cosa allí donde se halle y sea quien fuere su poseedor". En cuanto al derecho de Preferencia o de ex-

clusión, consiste en "la facultad que tiene el titular de un derecho real, de excluir, por lo que respecta a la cosa, a todos aquellos que no tengan sobre ella un derecho de crédito o que solamente tienen un derecho real posterior".

Pero para la definición del Derecho Real hemos de atenernos a un ordenamiento determinado, pues el concepto que de tal derecho puedan tener diferentes ordenamientos puede ser distinto. Expondremos pues el concepto del derecho real, ateniéndonos a las notas que encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sin olvidar la doctrina científica que hemos expuesto: el Art. 566 de nuestro Código Civil, dice, como indicamos antes, que Derecho Real es aquel que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, o sea que se puede gozar, disponer, enajenar total o parcialmente una cosa determinada; pero este uso y goce está limitado en el uso y goce de los derechos que tienen los demás, y esta limitación está impuesta por ordenamiento jurídico del Estado. Podemos pues, por lo mismo, decir que derecho Real es la facultad reglamentada, que el Estado concede a una persona, natural o moral, de gozar, disponer y enajenar total o parcialmente una cosa determinada, con exclusión o independencia de una determinada persona.

Los autores debaten la posibilidad de que los derechos Reales sean ilimitados. Las dos posiciones tienen partidarios, lo mismo en la doctrina como en las legislaciones vigentes. Se afirma que los derechos reales pueden ser tantos como tantos son los poderes que el hombre tiene sobre las cosas físicas. Esta idea es la generalmente admitida por los tratadistas, aunque no por las legislaciones. Los que temen ver aparecer de nuevo, debido a las convenciones contraactuales, los antiguos derechos reales vinculatorios de la época feudal, son partidarios de admitir el "número Clausus"; en cambio quienes son partidarios de la libre contratación optan por el "numerus apertus". Debemos sin embargo, tener en cuenta que las leyes desvinculadoras que se generalizaron en todo el mundo a mediados del siglo pasado, abolieron para siempre las vinculaciones, y que esas leyes están vigentes, y en consecuencia no permiten que por modo contractual se establezcan Derechos Reales de carácter feudal o canónico; por lo que no habrá inconveniente alguno en admitir que el número de los derechos reales debe ser ilimitado, para así satisfacer las múltiples y crecientes necesidades jurídicas y econó-

micas del hombre; este es el criterio legal en el Derecho ecuatoriano.

El Derecho Romano conoció el dominio, las servidumbres, la prenda, la enfiteusis y la superficie. En el Medioevo, el número de los derechos reales fue elevadísimo, según dijimos, ya que la doctrina de los mismos se desarrolló vigorosamente bajo el influjo de los glosadores. El primer tratadista que suscitó doctrinalmente el problema de la clasificación de los derechos reales, fue Born, quien sólo reconocía como derecho Real al dominio. Los que le siguieron aumentaron el mismo hasta tres: propiedad, servidumbres y prenda. Hopfner agregó el derecho de sucesión y Holm la posesión. Windscheid entiende que los derechos reales pueden conceder a su titular la facultad de aprovechar una cosa en todas sus relaciones, o bien en una o varias relaciones determinadas, y hasta simplemente como un poder de hecho tutelado jurídicamente. De ahí que el civilista alemán considere que la clasificación que conviene a los derechos reales es la de propiedad los derechos en cosa ajena, y la posesión. Gierke habla de derechos reales materiales y formales, y agrega a éstos, los que él llamó de adquisición, porque facultan a su titular el adquirir determinada cosa, como sucede con el Derecho de retracto. Modernamente se incluye por algunos, a más de los derechos reales citados, el derecho de arrendamiento.

Rigaud distingue la clasificación de los derechos reales de la siguiente forma: (1º) Derechos reales sobre cosas corporales (2º) Derechos reales sobre derechos de cosas incorpóreas que "in jure consistunt" (3º) Derechos "In re intellectuali" (de autor, propiedad artística, industrial, etc.) (4º) Derechos "in re universali" (inmuebles y aquellos que recaen en todo o en parte del patrimonio). Al hablar de esta cuestión de la clasificación de los derechos reales Don Clemente de Diego dice "La clasificación más generalmente admitida es aquella que, tomando como prototipo al dominio, en el que se dan todas cuantas facultades puedan corresponder a un hombre sobre una cosa, distribuye después los restantes en dos grupos: el de aquellos que se parecen al dominio, porque llevan consigo análogo contenido (posesión civil, derecho hereditario) y los llamados derechos limitados del dominio (servidumbre, censos, etc.) Los primeros son como una semejanza del dominio; los segundos son como una desmembración del mismo. Estos últimos, a su vez se subdividen en materiales y formales, según que atribuyen o nó a su

titular una participación en los productos de las cosas".

El profesor de la Universidad de Madrid sigue a Gierke, siguiendo al cual podemos clasificar los derechos reales así:

1º—Derechos reales autónomos: son aquellos que fluyen del patrimonio por relaciones personales, como la administración y usufructo del patrimonio de familia, de los bienes comunes del matrimonio, de los bienes corporativos de la sociedad civil.

2º—División de los derechos reales por su contenido: derechos de uso y goce más o menos extenso, total o parcial de la cosa, como en el usufructo, el uso y habitación, además de las servidumbres y demás cargos reales; derechos de adquisición como el de apropiación, derechos que someten la cosa de tal modo que el titular pueda retenerla como sucede con la prenda, y la hipoteca, pudiendo este derecho tener diversas modalidades, en cuanto a los frutos de la cosa y modos de disponer de ella.

3º—Por el modo de ser del sujeto: los derechos reales son propiamente reales o personales: reales como el usufructo y las servidumbres prediales; personales por ser intransmisible el derecho, como el uso y la habitación.

4º—Por razón del objeto: hay derechos reales que recaen sobre muebles como la prenda y hasta el usufructo y sobre inmuebles que lo son todos los demás. Finalmente conviene tener en cuenta que hay derechos reales sobre derechos (derechos de autor) y sobre un patrimonio (patrimonio familiar).

En las legislaciones, y a efecto de derecho comparado, tenemos en primer término al Derecho alemán, en el cual los derechos reales son limitados en cuanto al número, lo que se deduce, no solamente de la exposición de motivos del Código Civil, sino de la doctrina que se ha escrito sobre los textos del mismo. El Código Civil de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 31 de Octubre de 1922 sólo admite como derechos reales a la propiedad, la prenda, la construcción y el usufructo al cual da un contenido extensísimo. Respecto al Derecho Francés, las opiniones están divididas, mientras unos piensan que el número de los derechos reales es limitado, otros creen que es ilimitado. Analizando el Artículo 543 del Código Civil Francés, Demolombe llega a la conclusión de que los derechos reales en él enumerados eran limitados, pero la jurisprudencia francesa dando la razón a Geny, Baudry y otros críticos franceses, ha optado por establecer el número

ilimitado, lo cual refuerza las doctrinas obligacionistas (a las cuales nos hemos referido antes) de Michas y Planiol cuando estudian los Arts. 543, 544, 546 y 552 del Código Francés.

El Código ecuatoriano en el 2º Inciso del Art. 566 enumera, a mi parecer taxativamente, los derechos reales: el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso, habitación, los de servidumbre activas, el de prenda y el de hipoteca. De éstos nacen las acciones reales. En el Art. 568 dice: "El Derecho de Censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censatario, aunque no esté en poder de la finca acensada, y real en cuanto se persiga ésta.

VII—Garantías Reales.

Existe en el Derecho Civil, ciertos efectos que nacen de las relaciones de diversas clases, así, nacen del concurso de las voluntades o sea del contrato, de los cuasi contratos, del delito, de los cuasi-delitos y de la ley. Este efecto que nace de una relación, es un vínculo jurídico, ya que une a las partes de esa relación en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa. Este vínculo que puede ser de diversa clase, según la relación de que proceda es lo que se denomina obligación.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, el derecho ha creado en el transcurso del tiempo diversas clases de garantías, mediante las cuales se responde al "acreedor", de que su "crédito" será satisfecho. La garantía puede ser de naturaleza personal cuando consiste en la promesa dada por persona responsable y solvente de que ella satisfará la obligación; o puede ser la garantía de naturaleza real, si adscribe al cumplimiento de la obligación y a favor del acreedor, un derecho real por medio del cual queda trabada la libre disposición del titular garante. Los acreedores prefieren generalmente la garantía real a la personal en virtud de que la primera ofrece más ventajas que la segunda y suele asegurar mejor el cumplimiento de la obligación.

La garantía real es un derecho real, pero que podemos ya diferenciarlo, por lo arriba anotado, del derecho real de goce con el cual puede confundirse a primera vista. El Derecho Real de Garantía tiene como función esencial asegurar al acreedor el cumplimiento y satisfacción de su crédito, mediante un poder especial que se le concede sobre la cosa dada en garantía.

No hay aquí ninguna facultad de goce más o menos extensa como sucede en las servidumbres y en el usufructo, ya

que, si bien en la prenda se entrega al acreedor la posesión de la cosa garante, ésta no puede ser usada ni aprovechada por él, salvo pacto en contrario; y en cuanto a la hipoteca, el inmueble hipotecado sigue siendo poseído por el deudor, quien, además, tiene la disposición del mismo aunque con su gravamen. Los derechos reales de goce son netamente autónomos en virtud de que su función económica es su único fin, mientras que los derechos reales de garantía son siempre accesorios de la obligación que garantiza. Estos últimos no pueden existir sin que haya un crédito, siendo además indiferente si quien otorga la garantía sea la persona obligada u otra en su nombre. De ahí que los derechos de garantía sigan la suerte del crédito del cual son accesorio condicional o a término según sea condicionada o a término la obligación, o tenga carácter resolutorio o anulable, según que la relación obligatoria sea resoluble o anulable. El Derecho Real de Garantía, no adquiere en modo alguno vida separada del crédito y sigue servilmente las vicisitudes jurídicas de éste. No obstante, hay que reconocer que por sus condiciones objetivas y por la forma de su constitución y de su contenido, las relaciones que rigen los derechos reales de garantía tienen normas independientes de aquellas que reglamentan las obligaciones garantizadas. El carácter accesorio debe entenderse fijándose en que la función y el fin que persiguen los derechos reales de garantía están como adheridos a la obligación garantida, pero no así la naturaleza intrínseca de su categoría jurídica, la cual es independiente.

Podríamos señalar como garantías reales, la hipoteca, la prenda y la anticresis. En la presente tesis nos ocuparemos tan sólo de la hipoteca y la prenda.

HISTORIA DE LA HIPOTECA Y DE LA PRENDA

CAPITULO SEGUNDO

I—La persona misma del deudor, y las cosas del deudor como garantía de la obligación.

II—Las formas de garantía real en el Derecho Romano: Fiducia; Pignus; Hypotheca.

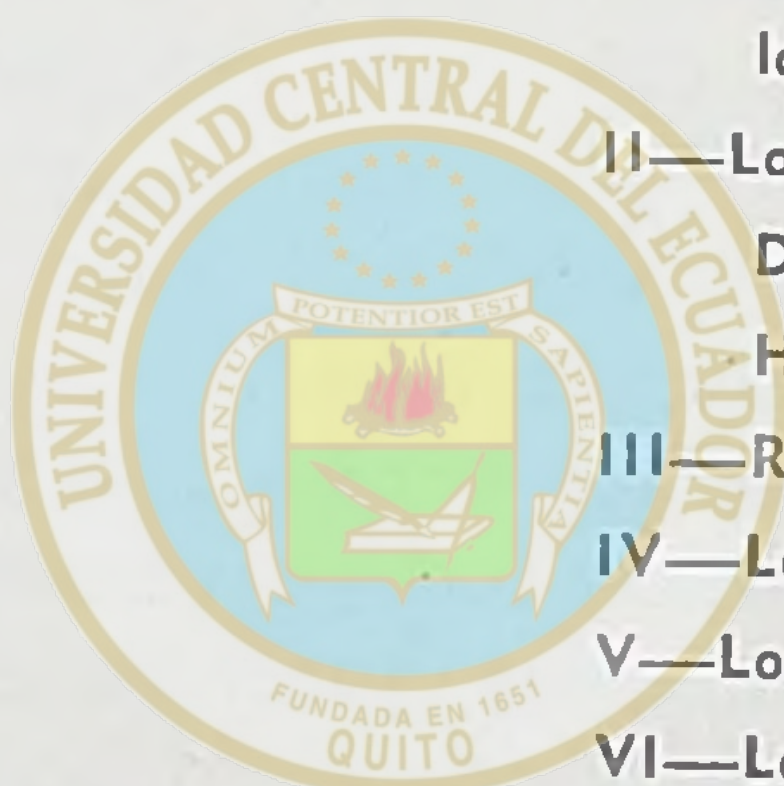
III—Roma y los Bárbaros.

IV—Los Visigodos.

V—Los Arabes.

VI—La Legislación Española en la América Colonial.

VII—La Vida independiente (El Código Civil).



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

CAPITULO SEGUNDO

HISTORIA DE LA HIPOTECA Y DE LA PRENDA

I—La persona misma del deudor, y las cosas del deudor como garantía de la obligación.

Primitivamente, la persona misma del deudor constituye la garantía de la obligación, la seguridad de lo adeudado. Un ejemplo de esto encontramos en el Derecho Romano Quiritario.

“El Derecho Quiritario, dice Ortolán, ha dado como vía de ejecución contra el deudor que no cumple su obligación la acción sobre la propia persona del deudor, y el procedimiento que para esto tiene el acreedor es la acción de la ley por

Manus Injectionem. Sólo en un pequeño número de casos, enteramente excepcionales, se le ha concedido directamente recurso sobre los bienes del deudor, por medio de la acción de la Ley per Pignoris Capionem".

La Manus Injectio, es el secuestro o aprehensión corporal de una persona, permitiéndose tal hecho, por el Derecho Quiritario, en varios casos. Esta ley se cumple delante de un magistrado In lure; la acción de la ley Per Manus Injectionem, es el procedimiento de ejecución del antiguo Derecho Quiritario. "El deudor confeso, dice Accarías, tiene treinta días para pagar, los cuales Aulio Gelio señala como que fuesen tregua o armisticio legal. Expirado este plazo, si no ha pagado, puede ser citado por su adversario ante el magistrado, y allí se cumple la acción de la ley. Agarrando al deudor por una parte cualquiera de su cuerpo, el acreedor pronuncia la fórmula de derecho: el deudor no puede rechazar la aprehensión y desde el momento es tratado como esclavo de hecho, y en calidad de tal, si tiene objeciones que hacer no puede obrar en la acción de la ley por sí mismo, sino que es preciso que se le dé un fiador abonado que lo reclame y liberte. A falta de este fiador, es adjudicado por declaración del Pretor al demandante, el cual lo lleva a su casa en calidad de prisionero. Es pues, un esclavo de hecho, al que en el Derecho Romano se le conoce con el nombre de Addictus, aun cuando no sea esclavo de derecho, por cuanto no ha sufrido una capitis-minutio, y ni sus hijos ni sus bienes pasan a poder del acreedor". La ley cuidaba de disponer lo que se refería a su alimento y al peso de las cadenas con que podía ser cargado. Esta situación de Addictus se prolongaba por sesenta días, durante los cuales en el tiempo y ocasiones señalados por la ley era presentado al magistrado, a fin de que, publicándose la causa de su secuestro, sus amigos o parientes pudiesen librarle pagando por él, ya que si no pagaban, transcurridos que eran los sesenta días, "sufría, dice Ortolán, una capitis-minutio definitiva, que le privaba de sus derechos de hombre libre y ciudadano, siendo vendido como esclavo al extranjero del otro lado del Tiber y aún, pudiendo ser muerto por su acreedor", según lo permitía la ley romana.

Pero el mismo romanista, ya tantas veces citado, Ortolán, anota, que habían tres clases de Manus Injectio: la Manus Injectio Judicati, la Manus Injectio Pro Judicato, y la Manus Injectio Pura, siendo las dos primeramente nombradas las que producían el efecto arriba descrito, pero que en

cuanto a la tercera, ella era una introducción a la controversia judicial. Savigny señala que, con posterioridad apareció la ley Aquilia, la cual permite al deudor desembarazarse del secuestro y defenderse por sí mismo por medio de la acción de la ley.

Sin embargo, con la influencia de las doctrinas estoicas, pronto el Derecho Romano tomó otros rumbos, y así vemos que las garantías reales presentan un desenvolvimiento extenso y rico por sus formas y aplicaciones. En general, podemos decir que en el Derecho Romano, surge una garantía real, cada vez que la ley concede para la tutela del crédito real un derecho de retención de cosas ajenas o una inmisión en la posesión de las mismas.

II—Las formas de garantía real en el Derecho Romano: Fiducia; Pignus; Hypotheca.

Las formas típicas de garantía real en el Derecho Romano clásico, o sea el de fines de la República, y durante el Imperio, eran prescindiendo de la Praedictura, que pertenece más bien al derecho público, según afirma Bortolucci: la Fiducia, el Pignus y la Hypotheca.

La Fiducia es una institución bastante general, que no es destinada exclusivamente a un fin de garantía, aún cuando ésta era su principal aplicación. Consistía en el traspaso de la propiedad, verificado con un fin de garantía, a cuyo traspaso se unía un pacto, que reservaba al deudor o fiduciante el derecho de repetir la cosa del acreedor o fiduciario, una vez que se hubiese satisfecho la deuda. La acción se llamaba Actio Fiduciae.

Al contrario de la Fiducia, el Pignus consistía en el mero traspaso de la posesión de la cosa mueble o inmueble el cual fue garantido por el Pretor con los interdictos posesorios, siempre y cuando el acreedor fuese turbado en la posesión misma, o fuese despojado de ella.

La institución de la Hypotheca aparece como un perfeccionamiento del Pignus. Su primera aplicación fue respecto a los instrumentos de cultivo introducidos por el colono en el fundo tomado en arriendo, los cuales debían constituir la garantía del arriendo, sin que fuesen quitados del poder del arrendatario; hacia fines de la República el Pretor concedió un interdicto, el Interdictum Salvianum, por el cual el arrendador puede tomar eventualmente posesión de dichos instru-

mentos, en el caso de que no fuese satisfecho al vencimiento del arrendamiento. Tal interdicto se podía ejercitar solamente contra el colono y sus herederos, jamás contra los terceros. Otro Pretor introdujo una *Actio in Rem*, ejercitable contra cualquier tercero; tal es la *Actio Serviana*, desde la cual, el derecho del acreedor sobre los instrumentos introducidos por el colono en el fundo que arrienda, se convirtió en un derecho real.

Pero el uso que hemos indicado del arrendamiento de los fundos rústicos y de los instrumentos introducidos por el colono, se extendió posteriormente a otras relaciones y objetos, para los cuales el derecho de la época de Justiniano concede la Acción Serviana, constituyéndose así la Hipoteca (Dig. T. 2), cuyo nombre *Hypotheca*, parece intercalado por los compiladores en los textos de los jurisconsultos. Por otro lado debemos tener en cuenta que el nombre de *Hypotheca* nos está hablando de que no ha sido extraña la influencia de Grecia en el desarrollo de la institución.

El tratadista Guillaouard señala en efecto, que en Grecia existían ciertas inscripciones "en las cuales en su opinión, se encuentra de manera incontrovertible y vivida el nacimiento de la garantía real". El tratadista nombrado, basándose en el testimonio de Dareste, dice que esas inscripciones eran hipotecarias, por más que el efecto que ellas surtían era diferente al que producen las hipotecas modernas.

Pero constituída la Hipoteca en el derecho romano como señalamos antes, esencialmente no difiere de la Fiducia sino en que es régimen menos seguro y más defectuoso para el acreedor: en primer lugar por la ausencia de formas solemnes y de publicidad; en segundo lugar por la estructura primitiva que implica el *Ius Possidendi*, pero aún no el *Ius Distrahendi*, como elemento esencial de la relación. El desuso en que se encontró la *mancipatio* en la época final del Imperio, hizo que decayera la Fiducia, especialmente en el Imperio de Oriente, en el que por otra parte, no existían más que fundos provinciales, y los modos propios de enajenación del dominio romano, nunca se aclimataron fuertemente.

Habiendo indicado en el párrafo anterior que la Hipoteca casi no difiere de la Fiducia, nos ocupemos de esta institución someramente, para continuar con nuestro estudio de la Prenda y la Hipoteca.

Habíamos anotado en qué consistía la Fiducia, pero hay que anotar que con el traspaso de la propiedad no iba unido,

por lo general, el traspaso de la posesión, y así el deudor seguía gozando de la cosa propia, llamábase usureceptio. Para evitar este inconveniente que privaba al acreedor de su garantía, la posesión misma era expresamente otorgada por el acreedor al deudor a título de precario o arrendamiento, lo que hacía que ya no pudiese justificarse la usureceptio. El acreedor tenía también, queriendo, facultad para vender la cosa, pero a base de haberla adquirido; de otro modo, podía ser responsable con la actio fiduciae, siempre y cuando ejerciese aquella facultad sin esperar el tiempo debido para ser satisfecho de la obligación. Durante la época imperial, se hizo poco a poco más claro el concepto de que el traspaso de la propiedad era meramente formal.

Durante la Época Imperial, cuando Roma se halla dividida entre Occidente y Oriente, la Prenda y la Hipoteca toman enteramente el puesto de la Fiducia, pero la estructura antigua se halla completamente alterada: en el derecho de la época anterior, se acostumbraba a añadir convencionalmente a la Prenda el pacto de que el objeto quedase de propiedad del acreedor no satisfecho, era lo que se llamaba la Lex Commisaria; también podía suceder, y se permitía, que al acreedor correspondiese la facultad de vender el objeto que había entrado a su peculio, por no habersele pagado la obligación, lo cual era el pactum distrahendi, que durante el período de los Severos empezó a considerarse como elemento natural de la relación, considerándosele sobreentendido salvo pacto en contrario; pues bien, durante la época del Imperio (época tercera Romana-helénica), la Lex Commissoria es prohibida por Constantino, y Justiniano eleva el *Ius Distrahendi* a la categoría de elemento esencial que no puede ser derogado por pacto.

La Prenda y la Hipoteca en el Derecho Romano constituyen casi una institución única, ya que la Hipoteca no aparece sino como un perfeccionamiento de la Prenda, por ello las acciones relativas a ambas son comunes. Ordinariamente se usa la designación de *Pignus*, cuando al acreedor se le transmitía la posesión del objeto en el acto de la convención, y se empleaba la denominación de Hipoteca, si el objeto quedaba en poder del deudor. Según el objeto, varía pues, la estructura jurídica del derecho de prenda o hipoteca, el cual se designa como real, si se ha dado en prenda la cosa, pero no así, si se ha dado en prenda un crédito.

Cualquier obligación puede ser garantizada por pren-

da, la cual es indivisible, entendiéndose por ésto, que la prenda sirve enteramente como garantía de una parte cualquiera de la obligación, y por lo mismo, permanece íntegra en el caso de que la obligación haya sido satisfecha en parte; y si el acreedor tiene varios herederos, cada uno de ellos puede intentar la acción pignoratícia por el objeto entero constituido en prenda. La prenda, además, puede ser constituída por el deudor o por un tercero a favor suyo, y puede ser objeto de prenda cualquier objeto enajenable, ya que el derecho de prenda primitivamente no es sino una enajenación condicionada en favor del acreedor, y, posteriormente, una facultad condicionada de enajenar. La prenda grava siempre la cosa, pero el *Ius Possidendi* y el *Ius Distrahendi* se ejercitan en los límites del derecho mismo, cuando se declara constituir en prenda un derecho real secundario. La prenda se dice que recae sobre la cosa cuando se establece sobre la propiedad de la misma, y cuando sobre otro derecho que tenemos en ella se dice que se ha establecido sobre derecho distinto de la propiedad. La prenda sobre la cosa se extiende a todas las acciones de ella. Si la prenda recae sobre una universalidad de cosas, ella grava también cada una de las cosas de que está compuesta esa universalidad.

La Prenda sobre los derechos, producto jurídico de la época de Justiniano, puede tener por objeto de ella los derechos de enfiteusis y superficie, los cuales son enajenables; también pueden serlo el ejercicio del usufructo, la habitación, y hasta las servidumbres rústicas a constituir si el acreedor tiene un fundo cercano (Dig. T. 2), de modo que pueda gozar de ellas hasta su vencimiento, y cuando llegue éste, si no ha sido satisfecho su crédito, venderlas.

Existía también en el Derecho Romano el llamado *Pignus Nominis*, o sea la prenda de crédito, que tiene por objeto aquella obligación que otro debe al constituyente, concediéndole al acreedor pignoraticio contra el tercero, la misma acción que tenía el constituyente, en caso de que no prefiera vender el crédito en prenda.

Todo el patrimonio puede ser también constituido en prenda, y como el patrimonio no constituye una entidad ideal sino que está formado por un conjunto de objetos y derechos que tienen su dueño, el cual les ha dado un destino común: el de servir de prenda, ésta no sólo grava cada uno de los objetos, sino que, además, no se extingue cuando pasan a poder de terceros por enajenación, y aún más, grava los obje-

tos que entran sucesivamente a formar parte del patrimonio; sin embargo del patrimonio son substraídos y no entran a la prenda, los objetos indispensables para la vida y los de uso cotidiano.

El acreedor pignoraticio tiene en la legislación de Justiniano, no sólo la facultad de apoderarse, sino también de vender la cosa o el derecho constituído en prenda y satisfacerse con el precio, cuando el crédito no ha sido cubierto a su debido tiempo, restituyendo la demasía que haya sacado de la venta. Para proceder a la venta es preciso intimidar al deudor; procediéndose entonces a la venta, pasados que han sido dos años después de que el deudor fue intimidado para el pago. Si no se presenta ningún comprador, el acreedor puede hacerse adjudicar la prenda en seguida. El pignorante tiene por espacio de dos años la facultad de rescatar la prenda adjudicada al acreedor.

Si el acreedor tiene la posesión de la prenda como sucede en el Pignus propiamente dicho, puede retenerla como garantía de otro crédito, oponiendo la exceptio doli, aún cuando haya sido satisfecho de la deuda para la cual fue constituída. El acreedor pignoraticio no tiene derecho a usar de la cosa pignorada, salvo el consentimiento del pignorante, pudiendo pactarse que los frutos de la cosa vayan a cuenta de intereses, pacto al cual se llamó Anticresis.

Si varias prendas tienen el mismo objeto, entonces es posible entre los varios acreedores una colisión de derechos, en caso de que el objeto no baste para satisfacer a todos. Por este motivo hay una gradación entre los acreedores, la cual se establecía en general por la precedencia de tiempo: "prior in tempre potior in lure"; sin embargo, los acreedores pignoraticios de grados inmediatamente superior, intervenían reemplazándolos de su hipoteca, esto es el *Ius Offerendi* o subrogación hipotecaria.

La acción del acreedor pignoraticio es la *Actio Hypothecaria* o pignoraticia *In rem*, que es una ampliación de la *Actio Serviana*. El actor debe demostrar que la cosa le fue debidamente pignorada en garantía de una deuda verdadera por quien la tenía *in bonis*. La condena del demandado si no restituye la cosa con todos los accesorios, comprende el resarcimiento de los daños, los cuales, si la acción es dirigida contra el pignorante, no pueden exceder del importe de la deuda. Contra el ejercicio de esa acción se otorgan diversas excepciones. El acreedor pignoraticio tiene a su favor el in-

terdicto Salviano contra el deudor y sus herederos para obtener la posesión de la cosa pignorada, probando simplemente la convención pignoraticia.

El derecho de Prenda o de Hipoteca se extingue principalmente con la extinción de la obligación, a la que accede como garantía, o también con la venta de la prenda. Cesa además por la renuncia expresa o tácita, y por cumplirse el término o la condición resolutoria puesta. La prenda y la hipoteca sobre cosas copradorales se extinguen, además, por la destrucción de la cosa, la prescripción y cuando un tercero posee de buena fe la cosa libre del vínculo hipotecario.

Sintetizando lo expuesto, tenemos que en el Derecho Romano se conocieron tres formas de garantía real:

a) —Aquella en que se entrega al acreedor la propiedad o dominio interino de la cosa garante; b) —Dándole al acreedor la posesión de la misma sin transmisión de dominio revocable; y c) —Concediendo al acreedor un derecho real sobre la cosa, lo cual era originado por el Prætor.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, como no se conocían otros derechos reales que el dominio y las servidumbres, las cosas no podían garantizar el cumplimiento de las obligaciones, a menos que se transmitiese su dominio, y ésto es lo que se hacía, para lo cual el dueño transfería al acreedor una cosa mediante la *in iure cessio* o la *mancipio*, pero agregando un pacto de *Fiducia* que consistía en la obligación del acreedor de devolver la cosa cuando la obligación garantizada por ésta quedase cumplida. Económicamente el sistema era pésimo y jurídicamente, dice el romanista Petit, se prestaba a numerosas diferencias, ya que el deudor veía agotarse de una sola vez el número de créditos que podía obtener de una misma cosa, y además se veía privado de su uso.

Los Romanos idearon un arrendamiento, por el cual el deudor arrendaba o entregaba en precario la cosa garante al acreedor, sin correr el riesgo de que pudiese enajenarla. A esta sistema de garantía siguió el denominado *Pignus*, consistente en que el acreedor, sólo adquiriría la posesión de la cosa garante y no su dominio, la cual posesión era tutelada por los interdictos, quedando, de esta manera, la cosa en prenda, en poder del acreedor hasta tanto el deudor cumpliera su obligación. También este sistema de garantía se manifestaba con los mismos inconvenientes que el anterior respecto a la posibilidad de usar el deudor de su bien, ya que la *pignus* afectaba, lo mismo a los bienes muebles que a los inmuebles.

El tercer sistema ideado por los Romanos, fue el de *Hypotheca*, en el que como hemos visto, se combinan y perfeccionan los dos sistemas anteriores, en virtud de que se adquiere, como sucede en la *Prenda*, un derecho a la posesión, pero que actúa sólo en el caso de que la obligación quede vencida, y no se cumpla. El deudor tiene pues a su favor los interdictos posesorios y una verdadera acción real: los nacidos del hecho de *Fiducia* y del hecho posesorio. Sin embargo, y como ya hemos dicho, los Romanos no distinguen claramente entre el *pignus* y la *Hypotheca*, tanto que Marciano escribió: "*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis somus differt*", o sea, que la hipoteca y la prenda eran un mismo vínculo con nombres distintos y que indistintamente afectaban a los bienes muebles como a los inmuebles. Solamente mucho más tarde, durante la época de Justiniano, se empieza a entender que el *Pignus* era de naturaleza mobiliaria, y la *Hypotheca* inmobiliaria, aunque sin exigirlo como requisito esencial.

Serafini, dice que el origen de la prelación entre la prenda y la *hypotheca* se encuentra en el arrendamiento de fundos rústicos, y en la necesidad de ofrecer una garantía al arrendador, por parte del arrendatario, sin que éste se viese privado de sus aperos de labranza. Hemos señalado ya, cómo diversas instituciones se crearon a este efecto, como el *Interdictum Salvianum*, que más tarde fue reforzado por Servio que introdujo, dijimos, una acción real a favor del acreedor, con lo cual se hallaba garantizado en su crédito, sin que la cosa deje de estar en poder del deudor.

III—Roma y los Bárbaros.

Pero la evolución del Derecho Romano, no sólo se debió a las necesidades que se planteaban., Como anotamos antes, la influencia de las doctrinas estoicas también tuvieron su parte, pues estoicos fueron en su pensar y hacer jurídicos, jurisconsultos como Paulo, Papiniano, Florentino, Modestino y otros. Pero, posteriormente, también se va a dejar sentir otra influencia nueva: la del Cristianismo que ejerce su acción en toda la vida social y política del Imperio, y por ende, en su derecho; refiriéndose a la materia que nos ocupa, "el Cristianismo, dice Dareste, tiende a abrogar el formalismo de los Romanos, que se atiene más a la forma que al fondo, y establece o trata de establecer por lo menos, la defensa del acreedor por considerarle la parte más débil". En efecto a la influencia del Cristianismo, si bien no en su tota-

lidad, a lo menos en parte, puede atribuirse el suigeneris caracter que el pignus y la hypotheca adquieren en la época de fines del Imperio.

El Imperio Romano, poderoso en otra hora, era hacia los finales del Siglo V, un ente político brillante, pero completamente débil e impotente, para subsistir y mantener su estructura político social, y lo era mucho menos para hacer frente a la invasión de pueblos menos finos y cultos, pero más vigorosos y jóvenes. Roma, fue, en un principio, una colectividad basada esencialmente en la agricultura, y de ahí devino la importancia del pater y la organización social que tuvo. Pero la ciudad de las siete colinas extendió pronto su base física, el territorio en que se asentaba, y de colectividad basada esencialmente en la agricultura pasó a serlo basada esencialmente en la esclavitud, y el agricultor que no empleó esclavos, pronto se vió en bancarrota, y sus tierras pasaron a manos de los ricos habitantes de la ciudad que al igual que aquellos agricultores prósperos que desertaron de sus tierras, compraban esclavos para que labrasen los campos. Nunca hubo amos más despiadados ni corrompidos que los Romanos. Los esclavos por su parte, trabajaban la tierra a la diablo y de mala voluntad, de suerte que no tardaron en arruinarlas, y Roma por ésto y por el aumento de una población urbana desocupada, que día a día engrosaba, más por la corriente de la población rural que venía a la ciudad y por la inmigración de extranjeros, pronto se vió obligada a obtener la mayor parte de sus alimentos fuera de su suelo, en el exterior. La ciudad de las siete colinas había crecido tanto para entonces, que se llamaba el Imperium Orbis Terrarum, y la gran extensión que tenía no permitía una cohesión entre la metrópoli y las provincias. El poderoso ejército de los Legionarios Romanos, ya no era compuesto de Romanos, los cuales preferían, cuando ricos, vivir de las rentas que producían las tierras labradas por los esclavos en distintas partes del Imperio o de las pingües ganancias que dejaban el Comercio, y cuando pobres, aprovechar las diversiones y el sustento con que la benignidad imperial compraba sus simpatías; el ejército lo era de mercenarios, venidos unos de las colonias, y otros de los jóvenes pueblos de allende el Rhin que esperaban en su pobreza la hora de caer sobre los despojos del Aguila Romana. Al mismo tiempo el comercio entre Europa y Asia, abandonaba poco a poco Roma para pasar por el Bósforo. Roma perdía su importancia, y surgía Constantino-

pla, ciudad que tampoco podría detener la ruina del Imperio, cuya decadencia se dejaba sentir por la desorganización política, la degeneración moral y las malas costumbres.

Poco a poco, los pueblos que vivían más allá de las fronteras de Roma, y a los cuales se los llamaba Bárbaros, empezaron a invadir el Imperio a partir del Siglo IV, en una dirección de Norte a Sur y de Oriente a Occidente. Eran pueblos de diferente procedencia étnica y geográfica, que vivían del producto de la tierra a la cual labraban muy incipientemente, y que tenían como base económica principios de propiedad individual concernientes a la agricultura y minería, hallándose en un estado intermedio entre el nomadismo y la sedentariedad. Se movían por la necesidad de buscar tierras más feraces, climas más favorables y medios de vida más fáciles, siendo llevados por el impulso belicoso.

IV—Los Visigodos.

Considerando que el estudio histórico de las garantías reales que nos ocupan, debemos hacerlo a través de Roma y España, por cuanto es ésta de quien vamos a sentir más directamente la influencia jurídica, y a vivir su organización jurídica, me ha parecido a propósito estudiar el tema que me ocupa a través del desenvolvimiento que ha tenido en el Derecho de la Madre Patria, sin olvidar por ello la influencia que en dicho desenvolvimiento ha tenido el carácter general de cada época.

De las diversas invasiones bárbaras que sufrió España, la que dejó una huella más marcada fue la de los Germanos o Godos, que después de luchar con los francos, se establecieron en España bajo el nombre de Visigodos.

Los Visigodos, como todos los pueblos germánicos, tenían todas sus instituciones de carácter consuetudinario, dominando entre ellos al principio el régimen de la propiedad colectiva y teniendo como sistema de gobierno la reyecía. Sus instituciones jurídicas que como hemos dicho, eran de forma consuetudinaria, llegaron después a transformarse en derecho escrito.

Al tiempo de la invasión tenían la organización social de un pueblo de transición, siendo el grupo social más pequeño de entre ellos la familia, y entendiéndose que entre los germanos la relación familiar comprende a todos los parientes, vivan o no bajo el mismo techo, hallándose el gru-

po familiar tan cohesionado que hasta en las responsabilidades criminales están sujetos sus miembros a lo que se llama en Derecho Penal, la solidaridad o mancomunidad penal. La familia era monogama y el padre ejercía una potestad amplísima, teniendo sobre los hijos un verdadero derecho real, hasta cuando el padre, ya hombres los hijos, los presentaba ante la asamblea general de los guerreros, la cual los armaba como tales, con lo que adquirían la plenitud de los derechos políticos y quedaban emancipados de la patria potestad. Las hijas continuaban bajo la potestad del padre hasta su matrimonio, pudiendo el padre hasta ese momento ejecutar toda clase de contratos respecto de ellas.

Entre los primitivos germanos no había propiedad raíz o inmueble: el terreno que ocupaban las diversas tribus pertenecía al Estado, quien lo repartía o daba en usufructo entre los individuos del pueblo, tomando en cuenta, al hacer la distribución, las diversas jerarquías sociales. Cuando las tribus germanas dejaron de ser nómadas, nació la idea de la propiedad particular y se consideraron la casa y los huertos que las rodeaban como propiedad de las familias que allí vivían. Como en los primeros tiempos no se reconocía el derecho de propiedad privada, no existían tampoco las enajenaciones de bienes raíces, pero desde que las casas y los terrenos adyacentes se consideraron como propios de la Comunidad familiar, se pudo hacer las enajenaciones de estos bienes, exigiéndose el consentimiento de todos los mayores de edad de la familia, y debiéndose además, calificarse la utilidad de la enajenación. La propiedad familiar estaba constituida por la casa, el terreno contiguo y los esclavos: era una cosa que no podía separarse de otra, era una cosa "in solidum"; la propiedad mueble entre los germanos estaba constituida por los objetos de uso diario, que no podrían enajenarse, y también por las armas, objeto el máspreciado de un germano, puesto que bastaba el hecho de portarlas para diferenciarse como hombre libre, hecho por el cual el uso de las armas estaba prohibido a los esclavos, y para el guerrero germano era inconcebible el despojarse de sus armas.

El pueblo Visigodo nombre con el cual se diferencia a los pueblos germanos (godos) occidentales, de los germanos orientales (ostrogodos), conquistaron el territorio español apoderándose de los dos tercios de las tierras poseídas por los ibero-romanos, y dejando un tercio para el pueblo vencido. Las tierras se dividen en grupos familiares, lo cual prove-

yó a la división de los latifundios, al fomento de la producción y al cultivo hecho por los hombres libres, todo lo cual trajo un bienestar general que hizo cambiar el carácter de los bárbaros.

Entre los Visigodos el sentido de la legislación de castas estaba muy arraigado, pero respetaban mucho la legislación de los Romanos. Esta doble legislación desapareció cuando los Visigodos se impregnaron de ideas romanistas, y cuando, para dar unidad al reino visigótico, dictaron una sola legislación. La escritura del Derecho entre los Visigodos se debió principalmente a estas dos causas (a) a la sombra de la desentarietà se desarrollaron instituciones como las de la propiedad y la herencia (b) a la imitación de los Romanos.

Todas las instituciones primitivas de los germanos, como las hemos anotado ya, eran consuetudinarias; de las escrituras de las normas consuetudinarias nacieron las leyes visigóticas; ley en este caso, es el derecho que teniendo existencia consuetudinaria, adquiere más tarde forma escrita, se puede decir por lo tanto, que la ley en este caso, es la norma consuetudinaria que se puede leer.

Numerosos códigos se escribieron por orden de los reyes Visigodos, pero la legislación visigoda culmina con la Lex Visigothorum Vulgata y el Fuero Juzgo. Sobre la primera, y aunque los tratadistas no están unánimemente de acuerdo, se ha dicho que es una especie de compilación a las cuales se ha acompañado todas las refundiciones oficiales de la legislación visigoda, a partir según unos, del Código de Teodorico, y según otros del de Eurico. En lo que al Fuero Juzgo se refiere, sabemos que tuvo su origen en un Código remitido por Recesvinto a San Braulio, para que el Obispo de Zaragoza lo corrigiese y distribuyese su materia en títulos. De creerse es, dice Ureña, que el Códice contenía la colección de leyes visigodas y que San Braulio lo que hizo fue el proyecto del Fuero Juzgo, que en el Siglo VII por encargo del mismo Recesvinto, fue revisado por el VIII Concilio de Toledo. En el Fuero Juzgo, monumento de Derecho que nos muestra el alcance y desarrollo de la vida jurídica del pueblo visigodo desde su establecimiento en la península hasta la promulgación del Fuero, encontramos, dice Daresté, "costumbres germánicas escrituradas, leyes romanas adaptadas a la mentalidad jurídica visigótica y los cánones conciliares sobre asuntos jurídicos laicos y religiosos, siendo únicamente la jurisdicción externa lo que se ha tomado en cuenta, de la organización

eclesiástica. Junto a lo anotado encontramos las leyes dictadas o compiladas en tiempo de Eurico y las que se promulgaron por los monarcas posteriores”.

El Fuero Juzgo está dividido en 12 libros, pero tiene además, un título preliminar o exordio con 18 leyes.

En lo que a nuestro tema se refiere, lo encontramos tratado en el libro V: La Prenda y la Hipoteca aparecen confundidas con el nombre de Penno. No se puede obligar en una deuda la persona ni todo el patrimonio del deudor. Con lo primero se establece que los bienes responden por los bienes. Con lo segundo, y en la época aquella en que la propiedad hace la persona, se protege por lo menos parte de esos bienes. Habiendo varios acreedores, el que primero demanda su crédito será satisfecho con preferencia y si concurren todos a la vez, el deudor deberá pagar a todos o quedar siervo de todos. Vemos, pues, que entre los Visigodos, la prelación en el cobro cuando hay varios acreedores, otorga preferencia en el (vencimiento) pago. Llegado el vencimiento de la deuda el acreedor debe esperar tres días más, y si transcurren éstos, sin que el deudor pague, se venderá la cosa, previa estimación hecha por el acreedor y tres hombres buenos, debiendo el acreedor cobrar del precio obtenido el importe de la deuda, y devolviéndose el resto, si es que lo hay, al deudor.

V.—Los Arabes.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

La dominación visigoda terminó políticamente con la invasión Árabe que vino tras la batalla de Guadalete. Los Arabes trajeron una doctrina especial en materia de Derecho, Gobierno y Religión. Implantaron en España sus instituciones e hicieron cambios fundamentales en la organización política y social. Sin embargo, debemos indicar que el Fuero Juzgo siguió rigiendo en España hasta 1888 en que se promulgó el Código Civil español, claro está que sufriendo derogaciones parciales por legislaciones como el Fuero Real y las Siete Partidas. Durante la Edad Media y la Invasión Árabe, el Fuero Juzgo nunca fue expresamente derogado, sino que fue considerado como legislación general.

Los Arabes al principio, consideraban la propiedad colectiva, pero poco a poco ella se va individualizando. La propiedad es del Estado, y debe pagar un tributo o diezmo como reconocimiento a Alá que según Mahoma es el único verdadero propietario. Con este sentido de lo trascendente y un

profundo sentido realista del medio geográfico del cual eran originarios los árabes, el Derecho musulmán legisla los contratos estableciendo elementos indispensables para ellos: la capacidad, el consentimiento y el objeto lícito. La Religión musulmana recomienda como acto benéfico el préstamo, el cual tiene siempre un carácter gratuito, porque no se deben cobrar usuras (intereses). Toda deuda debe hacerse constar por escrito o con testigos, pero si esto no es posible, la ley manda entregar una cosa como prenda, garantía a la cual se llama Rahm, presumiéndose que la deuda importe lo que vale la cosa dada en garantía, porque ésta hace las veces de testigo. Si no se paga, la cosa dada en prenda queda en poder del acreedor como testimonio ante Alá y los hombres de que el préstamo que se hizo no se pagó.

VI—La Legislación española en la América colonial.

Las siete Partidas de Alfonso X y el Ordenamiento de Montalvo así como el de Alcalá, no alteran en nada lo que hasta aquí hemos dicho. Las Partidas en lo que a derecho Civil se refiere, "son trasunto de la legislación de Justiniano". En cuanto al Ordenamiento de Montalvo, él legisla en una materia nueva, pues reglamenta el trabajo, obra y pago de los obreros, mientras el de Alcalá lo hace sobre Derecho Criminal. Tan sólo en las leyes de Toro vamos a encontrar una alteración en lo que respecta a nuestras garantías, pues se establecen los mayorazgos, por lo cual no pueden ser enajenados ciertos bienes que corresponden al primogénito, y caso de ser gravados, tal gravamen no surte efecto ninguno.

Estas leyes españolas no rigieron por sí en América, sino por la influencia que ejercieron en la legislación de Indias, sólo a falta de la cual se aplicaban. El macizo de la Legislación hispanoamericana estaba constituido por las legislaciones especiales que el Rey dictaba para las Indias, por el Derecho Castellano que se aplicaban en defecto de aquellas, y también, aunque en pequeña proporción, por el Derecho consuetudinario aborígen y colonial: "El país colonizador, dice Levene, no pudo desentenderse del hecho de que la realidad americana presentaba zonas de cultura relativa, con instituciones y regímenes jurídicos propios, de los cuales no podía prescindir sin riesgo. El reiterado consejo de los estudiosos y conocedores de América indígena, la igualdad teórica de condición jurídica del nativo con el español, y el criterio ob-

jetivo y paternal que inspiró al legislador, permitieron que se dictasen disposiciones por medio de las cuales reconocíanse vigor al Derecho consuetudinario local". Además de esa vigencia directa del Derecho aborigen, son innúmeras las instituciones y normas del Derecho colonial determinadas o influenciadas por aquel. "Es superfluo recordar, dice Levene, que la Hita es institución aborigen; el régimen tributario impuesto a los indios por los españoles se erigió sobre las bases de la organización existente, y acaso como trata de probarse, las provincias en que estaba dividido el Huno del Perú, eran distritos que pasaron a convertirse en Encomiendas".

Baudin, refiriéndose a la legislación española, dice: "Que toda esa reglamentación llegó tarde, porque los blancos no podían doblegarse ante la disciplina antigua; los reglamentos fueron imperfectamente aplicados o hasta torcidos, y el conjunto del sistema tomó el aspecto de una caricatura más bien que la copia del modelo primitivo". Pereyra, hablando de las leyes de Indias, declara "que no faltaba en ese repertorio de la caridad, sino una ley que hiciera aplicar las restantes".

De acuerdo con la recopilación de Indias, el Derecho común y general de España debía aplicarse en las colonias en todo lo que no fuera derogado o modificado por disposiciones especiales o por las leyes de Indias. Irribarren, hablando sobre esta materia, nos dice, que "a falta de disposiciones expresas para las Indias, contenidas en la Recopilación, las Pragmáticas, Reales Cédulas, Reales Ordenes, Ordenanzas y Decretos, regían en América, según el orden de preferencia establecido en la Novísima Recopilación:

- 1.—Novísima Recopilación.
- 2.—Leyes de la Nueva Recopilación no insertas en la Novísima y no derogadas de un modo expreso.
- 3.—Leyes de Estilo.
- 4.—Fuero Real.
- 5.—Fuero Juzgo.
- 6.—Las Partidas.

Tenemos, pues, que en lo que a nuestro estudio se refiere, regían en cuanto a la Prenda y la Hipoteca, las disposiciones españolas de que hemos hablado, disposiciones que en gran parte se hallaban influenciadas por el Derecho Romano.

VII.—La vida independiente (El Código Civil).

Producida la Independencia de América, fue preocupación de los emancipadores, dictar una legislación que se aviniera al espíritu de los nacientes estados.

La legislación española, después de la emancipación, resultaba inaplicable, porque contenía disposiciones inspiradas en conceptos filosóficos, políticos, económicos y sociales inaceptables en el nuevo orden de cosas. Así la familia estaba organizada con un criterio de intransigencia grande; el matrimonio estaba sujeto a trabas que impedían su celebración entre individuos de distintas creencias. La propiedad estaba sometida a vinculaciones que dificultaban su fácil mutación. El Derecho sucesorio estaba informado por un criterio muy nacionalista, muy romano: a los extranjeros se les prohibía testar y recibir bienes por herencia, y con respecto a los contratos, la libertad para celebrarlos era muy incipiente. Los procedimientos judiciales eran largos y engorrosos, y en materia penal: secretos, existiendo delitos que a los ojos inspirados en las nuevas ideas, nada tenían de punibles, y eran las penas muy rigurosas.

En materia de Derecho Constitucional y Administrativo, nada resultaba adecuado al Estado que se independizaba. Por eso, lo primero de que se trató fue del otorgamiento de una Constitución Política y de la organización administrativa basada en una nueva estructura. Sobre el principio del respeto por la personalidad del ciudadano, los patriotas comenzaron a organizar el Estado y declararon caduco el Derecho Político Español que se oponía esencialmente al nuevo espíritu Republicano. La Legislación española, que no afectaba al Derecho Político no fue de inmediato barrida, siguió rigiendo en todo lo que no era derogado por las leyes patrias, y siempre que no pugnara con el nuevo sistema de gobierno.

Y era natural, las leyes no podían improvisarse y no se podía dar de una vez toda la legislación.

Sin embargo, esta necesidad fue llenada más tarde, entre nosotros, con el Código Civil. El Ilustre venezolano Don Andrés Bello compuso un proyecto de Código Civil para su patria adoptiva: Chile, el cual fue estudiado y aprobado en Chile, en 1.855. El mismo Código fue adoptado por el Ecuador íntegramente y puesto en vigencia en 1.861. Posterior-

mente se han hecho muchas reformas de él, y a ese cuerpo de leyes tenemos que remitirnos para el estudio de la Hipoteca y la Prenda.

El Código Civil no es como se ha pretendido una copia servil del Código de Napoleón y del Derecho Romano, si bien es verdad que en ellos encuéntranse sus principales fuentes.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL