

Derechos reales imprevistos en el Código Civil

por el pasante de derecho D. JUSTINO FERNANDEZ CASTELLÓ.*

Negar la influencia que en todos los tiempos ha ejercido el derecho de propiedad, sería desconocer la fuerza vital de este principio, cerrar los ojos á la luz, desmentir la historia.

Desde el origen del mundo, ha sido el móvil que ha puesto en ejercicio las facultades individuales, el vínculo de unión en las familias, el fundamento de la autoridad, la causa y señal de los poderes públicos.

Los Hebreos, los demás pueblos del Oriente, la India, el Egipto, las primitivas ciudades Griega é Italiana, las Repúblicas de Esparta y Atenas, Roma, las tribus septentrionales con el elemento individualista que importaron á la civilización, la conquista de la Europa por los bárbaros implantando tres dominios: el alodial (en interés del individuo), que más tarde produjo el feudalismo, los diversos señoríos y el mayorazgo; el romano propio de los vencidos, con el cual estaban combinados el interés individual y el colectivo; y el comunal en que predominó el interés colectivo sobre el individual abriendo la puerta á la amortización de la propiedad por medio de la Iglesia y los Municipios, la gran revolución

* Esta disertación fué leída por su autor el malogrado joven Justino Fernández, en la conferencia que sustentó en la Escuela de Jurisprudencia el 13 de Septiembre de 1893, siendo alumno de segundo año.

que comenzó á formarse desde el siglo XVI para estallar en el siglo XVIII, hundiendo instituciones como el feudalismo, los señoríos, la mano muerta, etc., las revueltas y revoluciones producidas en otras naciones que á ejemplo de la Francia dieron muerte á esas instituciones, las ideas comunistas que se han hecho sentir, y la cuestión del socialismo palpitando actualmente, testigos son de la importancia que la reglamentación del derecho de propiedad ejerce en las naciones. Y si esa importancia está demostrada por la historia del mundo, los legisladores deben poner especial cuidado al dictar las leyes relativas entre las cuales se enumeran la referentes á derechos reales, supuesto que afectan directamente la propiedad.

Ahora bien, ¿podrá el legislador abrir impunemente las puertas á los particulares para que críen cuantos derechos reales les parezcan convenientes? ó por el contrario, ¿deberá la ley poner coto á la creación de esos derechos enunciando y reglamentando sólo aquellos que juzgue admisibles?

¿En la legislación mexicana los únicos derechos reales que existen, son el dominio, las servidumbres, la prenda, la anticresis, la hipoteca y los censos; ó las partes pueden crear otros derechos reales distintos á los enumerados por el Código Civil?

Esta cuestión que se suscita entre nosotros con motivo de los términos en que se hallan redactados los artículos del Código Civil, ha surgido y surge también en otros países, como en Francia, á consecuencia de que su legislación, semejante á la nuestra, enumera y reglamenta ciertos derechos reales, sin prohibir de una manera expresa y terminante á los particulares la creación de otros nuevos.

Yo creo, que á pesar de no existir una disposición expresa y terminante que tal prohibición contenga, los particulares no están autorizados para crear nuevos derechos de esa especie.

Procuraré demostrarlo:

La doctrina y la jurisprudencia francesa en general sostienen la tesis contraria, contando entre sus filas campeones como Laurent, Tullier, Dalloz, etc., que forman un baluarte en pro de su opinión con los siguientes raciocinios:

I. Los derechos reales, á excepción del de propiedad, son desmembramientos de ésta, es decir, actos de propiedad, maneras de utilizarla, de sacar provecho de ella, y como la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de una cosa, el propietario puede crear cuantos derechos reales apetezca ó desee sobre ella.

II. Como lo que no está prohibido está permitido y no hay disposición alguna que prohíba á los particulares la creación de otros derechos reales, debe entenderse que esto último se les permite.

III. El mismo legislador autoriza la creación de otros derechos reales, supuesto que á propósito de las servidumbres que tienen ese carácter, faculta á los particulares para que establezcan cuantos estimen convenientes.

Ahora bien, es cierto que la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de una cosa; pero también lo es que ese derecho tiene sus límites: el orden público. ¿Dentro de ese límite estará comprendida la creación de los derechos reales?

Cierto es también que lo que no está prohibido está permitido; pero ¿es cierto que no esté prohibida la creación de otros derechos reales distintos establecidos por la ley? Igualmente es cierto que los particulares pueden crear cuantas servidumbres reales tengan por convenientes; pero ¿es cierto que esta facilidad no esté limitada? ¿Es cierto que porque el legislador autoriza al particular para crear cuantas servidumbres reales estime convenientes, se pueda deducir que lo faculta para crear otros derechos reales distintos de los establecidos por la ley?

Estas son las cuestiones que tendremos que examinar escrupulosamente para alcanzar la verdadera solución jurídica.

Es un hecho indiscutible y fuera de duda, porque se palpa y siente que al lado del interés individual está el interés colectivo, el interés social. También es evidente que para que una nación viva y prospere, preciso es que estos dos intereses coexistan armónicamente, que el individuo que necesita de la sociedad, supuesto que en ella vive, le preste su contingente sacrificando, si es necesario en caso de conflicto, su propio interés en vista del de aquella. La sociedad está establecida para velar por el individuo, para ayudarlo y protegerlo, para favorecer el desarrollo de sus facultades, para hacer respetar sus derechos; pero para que la sociedad pueda cumplir con tan notables fines, necesario es primero que exista y viva, y para que exista y viva es preciso que el individuo, apartándose del egoísmo, sacrifique algo de su propia individualidad en favor de la sociedad. Los buenos legisladores, al dictar sus leyes, deben tener á la vista estas verdades rudimentarias para conseguir que sus determinaciones, al mismo tiempo que satisfagan las necesidades del individuo, llenen las de la sociedad.

Entre esas leyes, unas hay que afectan más directamente al individuo que á la sociedad, y otras llamadas de orden público, que, viceversa, afectan más á la sociedad que al individuo. Las primeras, establecidas principalmente en favor del particular, pueden ser modificadas ó renunciadas por éste, porque á nadie se le hace un beneficio contra su voluntad; pero no así las segundas, porque permitir que los particulares las modificasen ó alterasen á su capricho, sería tanto como admitir que el orden público, que la sociedad, estaban sujetos, dependían de la voluntad de un sólo individuo, cosa absurda é inadmisible que indudablemente produciría el desequilibrio social.

¿En cuál de estos dos grupos debemos colocar las leyes que crean derechos reales?

La resolución de esta dificultad sería sumamente sencilla si tuviésemos reglas positivas, ciertas y concretas que nos pudieran servir de cartabón para apreciar si tal ó cual disposición interesaba al orden público; pero desgraciadamente, ni la legislación ni la ciencia nos suministran reglas. Sin embargo, ahora que las relaciones entre nación y nación se han acrecentado; ahora que surgen á menudo cuestiones de derecho internacional privado, conflictos de leyes, los publicistas, los jurisconsultos y las naciones, han tratado de establecer un criterio general que sirva para apreciar si tal ó cual ley es de orden público; y hasta ahora el criterio más aceptado es el que defiende Fiore; dice este autor: "Se deben considerar como leyes de orden público, no solamente las leyes constitucionales, administrativas, penales y de policía, sino también las que se dirigen á la seguridad de las personas y de la propiedad, á la protección de las buenas costumbres y las que de una manera general proveen á la organización social. El carácter distintivo de estas leyes, es, que teniendo por objeto la protección de ciertas exigencias sociales, se imponen á todas de una manera absoluta, y que jamás, en ningún caso, se permita á los particulares modificar ó contravenir en manera alguna las disposiciones imperativas que resultan de ellas."

Para demostrar que las leyes relativas á derechos reales pertenecen á este grupo, me sería bastante aplicar este criterio al caso en cuestión, y abrir cualquiera página de la historia del mundo, porque en ésta puede verse momento á momento, instante á instante, la grande influencia que la reglamentación de la propiedad ha ejercido sobre el orden público, y si esa página por casualidad se refiriese al feudalismo, que formó época en los anales de la humanidad, que fué una modificación profunda de la sociedad europea; á los señoríos, á

la amortización, etc., la prueba, sería tanto más evidente, cuanto que aun no se extingue el fuego de la revolución francesa, cuanto que aún se hacen sentir en España las leyes de 6 de Agosto de 1811, de 3 de Mayo de 1823; en México las de 26 de Junio y 29 de Julio de 1859, etc., etc.

El feudalismo extendido como una red por toda Europa, abrumando la posesión del suelo con cargas odiosas, al caer, arrastró en su ruina, el retracto, los censos y en general las instituciones que sujetaban el dominio del suelo á prestaciones perpetuas.

¡Francia dió el ejemplo que imitaron después otras naciones!

La Iglesia, á pesar de haberse apoderado de todas las conciencias, en su afán de amortizar, con la mano muerta desequilibró el orden social, avivando el espíritu desamortizador, que más tarde desestancó la propiedad.

¿Habrà alguno que en vista de estos acontecimientos y de otros análogos que con harta frecuencia nos presenta la historia, pueda sostener que las leyes que establecen los derechos reales no sean de orden público? Habrà alguno que se atreva á negar la tendencia natural de los pueblos, en los siglos transcurridos, á suprimir todo lo que implica carga ó gravamen sobre la propiedad, todo lo que tiende á retraerla del Comercio?

¿Habrà alguno que contra la corriente económica, que considera el movimiento de la propiedad, como la fuerza que le anima y vivifica, sostenga que ese movimiento se haga depender de la voluntad del individuo, y no de la voluntad social?

Nó, y mil veces nó. Luego las leyes que afectan directamente á la propiedad, las leyes que tienden á facilitar su transmisión, las leyes que le imponen cargas ó gravámenes como son los derechos reales distintos del de propiedad, son leyes de orden público.

Para comprobar más mi afirmación, bástame recordar, que es principio de derecho internacional privado, que respecto á derechos reales debe regir la ley del lugar en que los inmuebles estén ubicados, y este estatuto real se ha establecido no por simple reciprocidad sino porque se considera que las leyes comprendidas en el Estatuto real son leyes de orden público.

Sentada esta premisa, bien fácil me sería demostrar que los argumentos de los autores caen por su base.

Admito con Laurent que los derechos reales, á excepción del de propiedad, son desmembramientos de ésta, maneras de utilizarla, de sacar provecho de ella; también acepto que la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de una cosa; pero no acepto, ni puedo aceptar, que porque el propietario tenga el derecho de gozar y disfrutar libremente de una cosa, lo ha de tener también para crear derechos reales distintos de los establecidos por la ley, cuando las leyes sobre derechos reales, cuando la creación de estos derechos es de orden público, cuando á la sociedad y no al individuo es á la que toca medir y apreciar la conveniencia ó inconveniencia de la existencia en mayor ó menor número de esos derechos, cuando á la sociedad le corresponde fijar y reglamentar los que sean admisibles. En una palabra, concibo el derecho de propiedad, como el derecho de disfrutar y disponer libremente de una cosa, pero esto no de una manera absoluta, sino con la limitación que exija el orden público; y como entre estas limitaciones está la de crear derechos reales, concibo el derecho de propiedad tal como está definido, sin que por esto haya necesidad de admitir que los particulares tengan la facultad de crear otros derechos reales, distintos de los aceptados por la ley.

El segundo argumento de Laurent, se funda en el conocido principio de que todo lo que no está prohibido está permitido; y como la ley francesa no prohíbe á los particulares la

creación de otros derechos reales distintos de los establecidos por la ley, deduce que los particulares tienen facultad para crear esos derechos.

Ese argumento, que á propósito de la legislación francesa formula Laurent, puede hacerse también con motivo de nuestra legislación, por contener ambas sobre este punto disposiciones semejantes.

Para combatirlo, principiaré por confesar paladinamente, que cierto es que en ambas legislaciones no hay un precepto expreso y terminante que prohíba á los particulares crear esos derechos; que cierto es también, que la legislación mexicana no hace en su Código Civil, ni lo que la francesa, enumerar los derechos reales; pero sí no admitiré la falsa interpretación que se da al principio: "todo lo que no está prohibido se entiende permitido," ni puedo admitir, que porque en la legislación mexicana no se encuentra un artículo *expreso y terminante que prohíba á los particulares* la creación de los derechos á que nos venimos refiriendo, deje de existir dicha prohibición.

En efecto, qué, ¿porque no exista como de hecho no existe una ley expresa y terminante que prohíba á los particulares nombrar Secretarios de Estado, dictar leyes, deberemos admitir que no estándoles prohibido les esté permitido ejecutar dichos actos? qué ¿porque no existe una ley que expresa y terminantemente prohíba el matrimonio entre dos hombres, deberemos concluir que no estándoles prohibido les está permitido verificarlo?

Si se resolviesen afirmativamente estas cuestiones; si el principio "todo lo que no está prohibido se considera permitido," se interpretase con la generalidad y amplitud que queda expuesta, llegaríamos al terreno de los más grandes absurdos, como á los que nos conducen los ejemplos expuestos.

Es cierto que todo lo que no está prohibido está permitido; pero para que la prohibición exista no es necesario que

la declare la ley de una manera expresa y terminante, sino que es suficiente se deduzca, si no de la letra, sí del espíritu de la ley. Basta que digan los legisladores que las leyes deberán ser dictadas por el poder legislativo, que los Secretarios de Estado serán nombrados por el Presidente de la República, que el matrimonio es la unión de un sólo hombre con una sola mujer, para que se entienda prohibido á los particulares dictar leyes, nombrar Secretarios, ó celebrar un matrimonio entre dos hombres, y sin embargo, no hay disposición expresa y terminante que se los prohíba.

A propósito de los derechos reales, sucede lo mismo; no hay una disposición expresa y terminante que prohíba á los particulares crear otros derechos distintos de los establecidos por la ley, y sin embargo, les está prohibido el hacerlo. Así lo comprueban los siguientes racionios:

I. La historia nos ha demostrado que la creación de derechos reales, ha afectado y afecta directamente al orden público, y en consecuencia, que la creación de esos derechos corresponde á la sociedad, que es la única que puede apreciar y medir hasta dónde puede admitirlos, cuáles de ellos puede aceptar, etc., etc., y si esta es una atribución de la sociedad, evidentemente no lo es del individuo, y evidente es también que á éste le está prohibido crearlos, supuesto que le está prohibido atribuirse facultades que sólo corresponden á la sociedad.

II. El Código Civil, siguiendo la tendencia general de todas las legislaciones, trata de reducir el número de los derechos reales; así lo comprueba y demuestra la supresión de las hipotecas tácitas y generales, de los censos reservativos, de los irredimibles, y sobre todo, de la declaración terminante que á ese respecto hacen los expositores del Código, alegando como razón, que eso es necesario para el progreso y desarrollo de la riqueza pública. Ahora bien, si la letra de la ley, de acuerdo con el espíritu de la civilización, tiende á re-

ducir el número de los derechos reales; si los que admite los sujeta á reglas estrictas y especiales, ¿podría admitirse que los particulares crearan á su voluntad otros nuevos? ¿podría sostenerse que esto último no les está prohibido? Evidentemente que no, y si les está prohibido, no tiene ninguna fuerza y valor el argumento de Laurent, que hemos venido examinando, aun para la legislación francesa, porque ahí el legislador consagra en sus Códigos, disposiciones análogas á las nuestras, y aun si se quiere, limita más el número de los derechos reales.

El tercero y último de los racionios de este autor, estriba en sostener que el mismo legislador autoriza la creación de otros derechos reales distintos de los establecidos por la ley, supuesto que faculta á los particulares para que creen cuantas servidumbre reales estimen convenientes. Este argumento, que indudablemente es el más débil, puede hacerse también á propósito de nuestra legislación, supuesto que el art. 1,029 del Código Civil, relativo á servidumbres reales, consagra igual disposición, aunque con una taxativa.

Decía que este argumento es el más débil, y puedo agregar que más que á la tesis contraria, favorece á la mía.

En efecto, de que el Código autorice expresa y terminantemente á los particulares para que creen cuantas servidumbres reales estimen convenientes, no puede deducirse en manera alguna que los faculte para crear otros derechos reales distintos de los establecidos por la ley, supuesto que ésta admite y reglamenta las servidumbres reales. Por el contrario, de ese mismo hecho, de esa misma facultad que otorga la ley al particular, limitándola al caso de servidumbres reales y con la taxativa de que esa facultad, se ejercitará siempre que no se ataque en manera alguna al orden público, sí puede deducirse que la ley prohíbe á los particulares la creación de otros derechos reales distintos de los que establece, supuesto que ha tenido hasta el cuidado de consignar un precepto es-

pecial y expreso para conceder al particular la facultad de crear especies de servidumbres reales, cuando ella admite el género y esto con la taxativa de que esas especies no sean contrarias en manera alguna al orden público.

He procurado demostrar que los argumentos de Laurent no tienen fuerza alguna, y si es cierto, como lo es, que la creación de esos derechos es de orden público; si es cierto que á la sociedad es á quien toca medir la conveniencia ó inconveniencia del establecimiento de un derecho real, podremos concluir con firmeza, que á los particulares no pudo ni quiso la ley concederles esa facultad.

Por otra parte, ¿qué necesidad hay para admitir que se deban crear otros derechos reales distintos de los establecidos actualmente por el Código? Si esa necesidad existiera, las leyes, que no son más que la traducción de las necesidades, contarían entre sus preceptos los relativos á este asunto, bien estableciendo esos otros derechos reales, bien facultando á los particulares para que los crearan, como lo hizo á propósito de las servidumbres reales; y como en vez de esta clase de disposiciones, se encuentran otras que demuestran, como quedó probado ya, la tendencia del legislador á disminuir el número de los derechos reales, podemos deducir que esa necesidad no existe, y si existe, existen también necesidades más imperiosas que obligaron al legislador á prescindir de aquellas, y á consignar en sus Códigos, disposiciones que les son perfectamente contrarias.

Además, ¿cuáles serían esos otros derechos reales? Como tales se citan el contrato llamado por los antiguos de superficie; el convenio que celebran con los propietarios de teatros ciertos particulares, convenio en virtud del cual, estos últimos tienen derecho de preferencia, sobre las demás personas del público, para que se les dé determinada localidad; el convenio celebrado por los dueños de telégrafos, de teléfonos, con los propietarios de inmuebles, para que éstos permitan, en

sus respectivas propiedades, el establecimiento de postes y alambres telegráficos, y así otros semejantes.

Desde luego hay que notar que estos contratos se celebran actualmente sin tener que recurrir á considerarlos como derechos reales, así, el contrato que se llama de superficie, ha vuelto á ser lo que fué en su origen, un simple contrato de arrendamiento; como ejemplo, señalaré el contrato celebrado por los Sres. Macedo con el propietario del terreno en que construyeron el teatro Arbeu; el contrato que ciertos particulares celebran con los propietarios de los Teatros, significa un simple derecho personal de preferencia; pero ni el público, ni el respectivo propietario de determinado Teatro, han pensado en darle el carácter de derecho real; también las Compañías de telégrafos y teléfonos celebran con los propietarios, contratos, en virtud de los cuales, estos últimos se obligan á permitir que en su finca se establezcan postes y pasen alambres, limitándose á darles el carácter de derechos personales; y ni las Compañías de telégrafos, ni los particulares que tienen derecho de preferencia en un Teatro, han soñado en registrar sus respectivos títulos, ni en que eso signifique un gravamen sobre la propiedad; ni en el Registro público se encuentra listado un solo título que quiera implicar un derecho real distinto de los establecidos por la ley.

Estos hechos vienen á confirmar que no es necesario admitir otros derechos reales distintos de los establecidos por la ley, supuesto que aquellos contratos que podían dar nacimiento á derechos de esa especie, se celebran bajo la forma de simples derechos personales, sin que esto implique, por parte de los particulares, retraimiento para celebrarlos.

Y si esto es cierto; si el comercio no sufre en manera alguna; si los particulares se conforman con las garantías que suministra un simple derecho personal, es innecesario recurrir á la admisión de otros derechos reales.

Ahora bien, siendo innecesaria la admisión de esos nue-

vos derechos, correspondiendo á la sociedad el determinar cuáles de ellos son admisibles desprendiéndose de la legislación mexicana la prohibición para que los particulares creen nuevos, y tendiendo el espíritu de las legislaciones actualmente vigentes en el mundo, á disminuir el número de esos derechos, lógico es concluir que indudablemente á los particulares no les es permitido crear otros derechos nuevos, distintos de los que establecen las legislaciones á que respectivamente están sujetos. En consecuencia, en el Distrito Federal solo podremos considerar como derechos de esa especie: el dominio, las servidumbres, comprendiendo en esta clasificación tanto las reales como las personales;¹ la prenda, la anticresis, la hipoteca y los censos, consignativo y enfiteútico.

México, Septiembre 13 de 1893.

JUSTINO FERNÁNDEZ CASTELLÓ.

¹ Usufructo, uso y habitación.

Estudio sobre la ley de 3 de Junio de 1896,
que dió las bases para la legislación bancaria, por el Lic. Abel Botello.

La cuestión de los Bancos, que tan unida se encuentra con el crédito, es una de las más importantes de la Economía Política y del comercio industrial. El crédito que ha dado lugar á tantas quimeras y cuyas virtudes se han exagerado tanto, forma la base de las instituciones bancarias. « Los Bancos son establecimientos donde se hace una concentración de capitales para que de allí salgan á fecundar la industria y el comercio, acelerando sus progresos y favoreciendo el buen éxito de sus empresas. El banco es el intermediario entre los capitales que buscan inversión y el trabajo que busca capitales; establece la concurrencia entre éstos haciendo que todos trabajen y traigan una reducción en el tipo proporcional del interés; aumenta la producción al dar un medio de trabajo á hombres activos y emprendedores que carecen de él; al recoger « los pequeños capitales que viven alejados de la circulación y son del todo improductivos, aumentan la masa de los capitales disponibles y obrando eficazmente sobre la rapidez que el crédito imprime á la circulación monetaria, permiten llevar á término, con igual cantidad de numerario, mayor número de operaciones que acrecientan el movimiento de la vida industrial y mercantil de un pueblo.»