

Natura giurídica dell'ipoteca.—Nicola DISTASO. Giuffré, Editore, Milán, 1953.

A propósito de la naturaleza jurídica de la hipoteca, respecto a la cual el autor afirma que se trata de un derecho real, desde el punto de vista sustancial y de una acción *sul generis*, desde el punto de vista procesal, (que no hay que confundir con la acción ejecutiva, a pesar de la tendencia en contrario de la doctrina italiana), el presente libro estudia y analiza fenómenos tan controvertidos e interesantes como el problema de la responsabilidad patrimonial, así como el concepto y la estructura de la relación jurídica obligatoria, del derecho subjetivo, del derecho de garantía, etc.

Para determinar si el concepto de la obligación y del derecho subjetivo puede explicarse a través de la doctrina alemana de la **deuda** y de la **responsabilidad**, Distaso discurre profunda y acertadamente acerca de esta doctrina, concluyendo que no es de admitirse la afirmación — de Gangi, por ejemplo — de que existen deudas sin responsabilidad (el caso de las obligaciones naturales) y responsabilidad sin deuda (en los casos del fiador o del tercero que se obliga a pagar una deuda ajena).

En relación a la responsabilidad patrimonial, se estudia el problema de la ejecución forzada, para determinar si ella es un mero sustituto del cumplimiento de la prestación debida, o si, por el contrario, se trata de una “prestación por equivalente”; se considera este problema para juzgar la teoría que sostiene que la hipoteca es meramente una forma procesal de la ejecución forzada, tendiente a obtener, en todo caso, el cumplimiento de la obligación pactada, por medio de la intervención de los órganos del Estado. Distaso distingue entre cumplimiento de la obligación, que consiste en una obligación de hacer y cumplimiento a través de proceso de ejecución, que consistiría en una obligación de dar.

Respecto al carácter de derecho real o personal que tiene la hipoteca, Distaso se afilia a la corriente clásica que afirma su naturaleza real, y crítica la posición de Carnelutti y de Pugliatti de considerar a la hipoteca como un derecho personal; en realidad, Distaso propone una nueva teoría del derecho real, según la cual no hay una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, que se manifestaría en una obligación general de abstenerse de lesionar los derechos del titular, ya que, de aceptarse esta postura, tendría que admitirse que este derecho real, de carácter absoluto, se convertiría en una serie de relaciones jurídicas entre el titular y cada uno de los terceros que pretendieran lesionar los derechos de aquél; en otras palabras, se convertiría este derecho absoluto en una serie de derechos relativos, según la crítica de Santi-Romano, acogida por Distaso. Para este último autor, en el derecho real existe una “**adherencia del derecho a la cosa**”, y de esta situación deriva tanto el carácter absoluto —*erga omnes*— del derecho real, como la relación existente entre derecho y cosa, aunque, diríamos, criticando al autor que comentamos, parece subordinarse el derecho a la cosa, y dar a ésta carácter preferente respecto a la relación jurídica, la cual, a nuestro juicio, debe considerarse como la principal y la determinante. La **cosa**, en efecto, es inerte e irrelevante para el derecho, a menos que éste la proteja y considere digna de tutela, y la conceda a los particulares en virtud de ciertos actos y negocios jurídicos. La calificación y el régimen de tutela de la cosa proceden del derecho. Sería éste, en todo caso, el que atraería a aquélla. Sería la cosa la que se adheriría al derecho.

En mi opinión, el debatidísimo problema de la naturaleza y estructura del derecho real, queda sin resolver, a pesar de este brillante estudio de Distaso, que tiene el mérito de aclarar doctrinas y corrientes sobre la relación jurídica y el derecho subjetivo.

J. B. G.