

Unidad 2

- **Diferentes doctrinas elaboradas para comparar los derechos reales y los derechos personales.**

“La teoría de Planiol ha sido atacada: el mismo autor se ha encargado de rectificarla. Independientemente de su misma rectificación para sustentar la tesis ecléctica y para reconocer que el derecho real no se identifica con el personal en su aspecto interno.”

1.- Clasificación.- Podemos hacer una clasificación de estas doctrinas en tres grupos.

Primero.- Tesis dualistas que postulan la separación absoluta entre los derechos reales y personales. Comprenden dos variantes: a) La escuela de la exégesis en Francia y b) La teoría económica de Bonnet.

Segundo.- Doctrinas monistas que afirman la identidad de los derechos reales y personales. A su vez tienen dos variantes: Tesis personalista de Ortolan, Planiol y Demogue, que identifica los derechos reales con los personales y tesis objetivista de Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles, que asimila los derechos personales con los reales.

Tercero.- Doctrinas eclécticas que reconocen una identidad en el aspecto externo de estos derechos patrimoniales y una separación o diferenciación en el aspecto interno.

2.- Escuela clásica.- Los autores de esta escuela, principalmente Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, piensan que hay una separación irreductible entre los derechos reales y los personales. Es decir, hay una diferenciación en los atributos esenciales y no simplemente en su carácter específico. Según la escuela clásica representada por Aubry y Rau, el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros.

Por consiguiente, son elementos del derecho real:

a).- La existencia del poder jurídico.

b).- La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa.

c).- La naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma y

d).- La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero *ergo omnes*.

En el derecho personal, la escuela clásica no encuentra ninguna de estas características. El derecho de crédito o personal se define como una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral.

Son elementos del derecho personal los siguientes:

a).- Una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo.

b).- La facultad que nace de la relación jurídica en favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor.

c).- El objeto de esta relación jurídica que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral.¹

Comparando estos distintos atributos de los derechos reales y personales, podremos afirmar la separación irreductible en los términos de la escuela clásica.

1º- En tanto que el derecho real es un poder jurídico, el derecho personal es una simple facultad de obtener o de exigir; el poder jurídico se ejerce de la persona a la cosa. Implica un señorío, potestad o dominio del titular para aprovechar una cosa a efecto de satisfacer sus necesidades. En cambio, en el derecho personal no encontramos el poder jurídico, sino la facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o abstención. La facultad supone que hay una relación entre sujeto activo y pasivo. Simplemente implica la posibilidad de que el sujeto activo obtenga algo del pasivo; y únicamente puede obtenerse un acto de conducta: el desarrollo de cierta actividad a favor del acreedor.

2º- El derecho real tiene por objeto un bien; hay una relación, como dijo Baudry Lacantinerie, directa e inmediata entre el titular y la cosa. La cosa es el objeto directo del derecho real. En este aspecto se ha atribuido a la escuela clásica la opinión personal de Baudry - Lacantinerie en el sentido de que el derecho real es esa relación directa. No es la tesis anterior la doctrina de la escuela, porque otros autores, como Aubry y Rau, afirman simplemente que el derecho real es un poder jurídico que en forma directa e inmediata ejerce el titular sobre la cosa, Baudry Lacantinerie extrema la cuestión, pero no la califica de relación jurídica; simplemente de una relación física de poder, de potestad para el aprovechamiento de una cosa. Conviene aclarar esta idea porque Planiol critica el pensamiento de Baudry Lacantinerie como si fuera el de la escuela clásica.

En cambio, en el derecho personal, su objeto es una prestación o una abstención del deudor. Podríamos decir, aclarando las ideas de la escuela clásica, que el objeto en el derecho de crédito es una conducta del deudor y en el derecho real un bien, una cosa, para afirmar de esta manera la distinción absoluta entre la simple conducta que debe prestar el deudor en el derecho de crédito y el aprovechamiento económico que tiene el titular en el derecho real para usar, gozar o disponer de una cosa. Por último, el derecho real es oponible a terceros; se caracteriza como derecho absoluto, valedero contra todo mundo. Nadie puede perturbar al titular en el aprovechamiento económico de la cosa; si es perturbado, el titular tiene una acción que se llama persecutoria para recuperar la cosa cuando es desposeído. Esta acción es propia y exclusiva de los derechos reales. Además, el carácter absoluto del derecho real y su posibilidad de oponerse a terceros, confiere un derecho de preferencia.²

La preferencia en el derecho real se rige por dos principios:

1º. El que es primero en tiempo, es primero en derecho, dentro de la misma categoría de derechos reales.

¹ Planiol, ob. Cit., t. III, págs. 19 y 20.

² Julien Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, t. II, págs. 40 y 41 de la traduc. Del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, México. Y también, Bonnecase, ob. Cit., t. II, págs. 41 a 43.

2º. La mejor calidad del derecho real le otorga preferencia sobre derechos reales de inferior categoría, aun cuando sean constituidos con anterioridad. Es decir, ante la igualdad de derechos reales, por ser de la misma categoría, la preferencia se establece por el tiempo. Si se constituyen diversas hipotecas o diversos usufructos, el que es primero en tiempo es primero en derecho. Pero cuando los derechos son de diversa categoría, cuando los hay de mejor calidad que otros, la preferencia se determina por la naturaleza del derecho y no por el tiempo.

El carácter relativo de los derechos de crédito permite la separación con los derechos reales, por cuanto que no encontramos en los primeros ni la acción persecutoria, ni el derecho de preferencia. La acción persecutoria no es siquiera imaginable en los derechos de crédito, porque como el objeto de la obligación es una conducta del deudor y no una cosa, es evidente que si no se cumple el derecho de crédito, el acreedor no podrá perseguir cosa determinada; únicamente el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer, materia de la relación jurídica.

Como no hay cosa, sino un acto de conducta, no hay posibilidad de perseguir una cosa. En las obligaciones de dar podría pensarse que el acreedor tiene la facultad de perseguir una cosa cuando exija al deudor la entrega de la misma. Por ejemplo: cuando el comprador exige al vendedor que le entregue el objeto vendido. Pero en este caso la facultad del acreedor se refiere a un acto del deudor, el acto de entregar. Como en las obligaciones de dar puede nacer un derecho real y en la compraventa se transmite la propiedad, ya será como consecuencia, no del derecho de crédito del comprador, sino del derecho real del adquirente, como puede perseguir la cosa materia de ese contrato.³

Por último, generalmente no hay acción de preferencia, pues no fue el principio de que el primero en tiempo, es primero en derecho. Todos los acreedores independientemente de la fecha de constitución de sus créditos, tienen una prenda tácita constituida sobre el patrimonio de su deudor. Si el activo del deudor no alcanza para cubrir el pasivo, la liquidación de los acreedores no se hará tomando en cuenta su prelación en razón del tiempo. La liquidación se hará a prorrata, proporcionalmente, en la medida que el pasivo sea superior al activo; en el límite que el activo permita pagar en proporción a los acreedores de la misma calidad.

Cuando los acreedores son privilegiados, ya no es por razón de su derecho de crédito, sino por virtud del derecho real de garantía, como tienen una preferencia. Pero esto nuevamente confirma que la preferencia se crea en razón de los derechos reales de garantía, no en razón de los derechos de crédito. Los acreedores ordinarios sin garantía real son pagados a prorrata sin motivar preferencia en razón del tiempo. Estas diferencias permitieron a la escuela clásica postular una separación absoluta entre derechos reales y personales.⁴

³ Bonnecase, ob. Cit., t. II, págs. 43 y 44.

⁴ Bonnecase, ob. Cit., t. II, págs. 45 y 46.

3.- Teoría de Bonnacase.- La tesis exegética es hoy día rechazada; en la actualidad Julián Bonnacase presenta una variante de la teoría dualista, afirmando que hay una separación absoluta, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino económico, entre los derechos reales y personales.

Bonnacase acepta todas las diferencias que señala la escuela clásica, pero reconoce que éstas deben tener una explicación y que ésta depende de la naturaleza económica diversa que constituye el contenido de los derechos reales y personales. Por eso se propone investigar cual es el contenido económico de los derechos reales, a efecto de determinar si ese contenido es radicalmente distinto del que constituye el objeto de los derechos personales; y encuentra que hay dos fenómenos económicos fundamentalmente diversos que constituyen el contenido respectivo de los derechos reales y personales.

Esos fenómenos económicos son:

1º *La apropiación de la riqueza, y*

2º *La prestación del servicio.*

Considera que en Economía nadie podrá confundir el fenómeno de apropiación de riqueza con el de utilización de los servicios. Y tan no se confunden estos dos aspectos, que constituyen factores diversos de la producción. Por una parte el capital, por otra el trabajo o servicio. Son fenómenos primarios de toda colectividad. Desde que el hombre existe se ha apropiado la riqueza para la satisfacción de sus necesidades. Es decir, ha utilizado los bienes para satisfacer sus necesidades y también ha recurrido al auxilio de sus semejantes, ha utilizado los servicios de terceros. En Sociología se afirma que la división del trabajo aún incipiente en las comunidades primitivas establece un intercambio de servicios. Estos dos fenómenos económicos: apropiación de riqueza y utilización de servicios, tan viejos como la humanidad, permiten constituir la base respectiva de los derechos reales y de los personales.⁵

La apropiación de una riqueza no puede desarrollarse en forma arbitraria, tuvo que intervenir el derecho para regular sus distintas formas. En el momento que la norma jurídica organiza la apropiación de la riqueza, nace el derecho real. Por eso Bonnacase define los derechos reales como la organización jurídica de la apropiación de la riqueza. Efectivamente, encontramos que la propiedad es la forma misma de apropiarse una riqueza, y los distintos derechos reales son a su vez diversas formas de aprovechamiento parcial de la misma. Desde el usufructo hasta las servidumbres, encontramos una jerarquía para el aprovechamiento de los bienes ajenos.

El derecho real, por consiguiente, tiene como contenido la apropiación, aprovechamiento y regulación de una riqueza, propia o ajena. En cambio el derecho personal no es otra cosa que la organización jurídica del servicio. La división del trabajo impone el aprovechamiento del servicio en forma regulada y no en forma arbitraria. Tuvo que intervenir el derecho para que los servicios que se prestan entre sí los hombres, estén sancionados por la norma jurídica. Por

⁵ Bonnacase, ob. Cit., t. II, págs. 56 y 57.

consiguiente, el derecho de crédito tiene como base un fenómeno económico radicalmente distinto: la reutilización de los servicios ajenos. Las obligaciones de dar, hacer o de no hacer, son las tres formas típicas como el hombre puede servir al hombre. Lo único que ha hecho el derecho es reglamentar ese fenómeno económico. Ahora bien, como el contenido económico es diverso, indiscutiblemente que será diversa la naturaleza jurídica de los derechos reales y personales. La organización jurídica del servicio no puede confundirse con la organización jurídica de la riqueza.

4. Tesis personalista.- En la tesis monista existen dos variantes: La primera representada por la escuela personalista de Ortolan, Planiol y Demogue. En la segunda, Jallu y Gazin, constituyen la teoría objetivista o realista. La primera tendencia afirma que el derecho real tiene la misma naturaleza que el personal. Para sustentar esta tesis, primero se hace la crítica a la teoría clásica. Ortolan inicia esta crítica, que después desarrolla Planiol.

Sostienen dichos autores que no es exacto que haya una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y la cosa; que es un axioma incontrovertible que las relaciones jurídicas necesariamente deban fincarse entre sujetos; que, por consiguiente, en toda relación jurídica, existen un sujeto activo y un sujeto pasivo, así como un objeto; que el derecho real como tal implica una relación jurídica, por lo que necesariamente debe tener un sujeto activo y un sujeto pasivo; que Baudry Lacantinerie, al afirmar que el derecho real es una relación directa entre persona y cosa, le da a ésta el carácter de sujeto pasivo, lo que es un absurdo. Por consiguiente, no puede haber relación entre persona y cosa. Esta crítica obligó a Ortolan y a Planiol a buscar un sujeto pasivo en el derecho real.⁶

Acepta la escuela personalista que la relación debe ser esencialmente idéntica a la de crédito, aun cuando presenta características específicas distintas; pero en sus atributos esenciales, el proceso o mecanismo a través del cual se constituye y funciona la relación jurídica, es idéntico, porque toda relación jurídica, tanto en el derecho real como en el personal, supone el sujeto activo y el pasivo. En los derechos de crédito son ostensibles; en los derechos reales, la escuela clásica no advirtió la existencia del sujeto pasivo, aun cuando en la definición de Aubry y Rau se reconoce implícitamente la posibilidad de tal sujeto, al admitir que el derecho real sea oponible a *terceros*.

La propia escuela clásica nos habla de las acciones persecutoria y de preferencia. Su fundamento descansa en la oponibilidad a *todo mundo*. Reconoce que los derechos reales son valederos *erga omnes*. Planiol, tomando en cuenta estas ideas, dice que en ese gran sujeto pasivo universal, constituido por todo mundo, se esconde propiamente el sujeto pasivo del derecho real que no advirtió la escuela clásica, porque principalmente estudió el ejercicio pacífico del derecho real.

⁶ Planiol, ob. Cit., t. III, págs. 21 y 22.

Afirma Planiol que se trata de un sujeto universal no en sentido figurado, sino verdadero, pues puede cualquier habitante del globo ser sujeto pasivo, con relación a un derecho real determinado. No importa que no forme parte de la comunidad jurídica que se estudie, porque hay siempre la posibilidad de que llegue a formar parte en forma permanente o temporal de ella; constantemente el viajero, al ingresar en forma temporal o permanente en una comunidad jurídica, se constituye en sujeto pasivo respecto de los derechos reales de los demás.

Demogue dirá que este sujeto pasivo universal es simplemente potencial, porque hay la posibilidad de que cualquiera llegue a ser sujeto pasivo respecto de un derecho real determinado. Tomando en cuenta la existencia de ese sujeto pasivo, indeterminado, potencial, con obligaciones de no hacer de carácter extrapatrimonial, Planiol concluye que la naturaleza del derecho real es idéntica en su esencia a la del derecho personal. Que son dos especies del mismo género, aunque con características específicas diversas; pero sus características esenciales serán las Mismas, porque todo derecho real se resuelve en una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo.⁷

La teoría de Planiol ha sido atacada: el mismo autor se ha encargado de rectificarla. Independientemente de su misma rectificación para sustentar la tesis ecléctica y para reconocer que el derecho real no se identifica con el personal en su aspecto interno, vamos a referirnos a la crítica general.⁸

Primero.- Se afirma que no es característica de los derechos reales, exclusivamente, el tener un sujeto pasivo universal. Que el mismo razonamiento de Planiol nos permite hablar en todo derecho absoluto o relativo, de un sujeto pasivo universal, porque él es simplemente una consecuencia de la obligación general de respeto a los derechos ajenos; es el resultado de la solidaridad social. Necesariamente la convivencia humana impone el respeto a los derechos ajenos. En la propiedad, simplemente existe esta obligación general para no violar el derecho; pero en los derechos reales distintos de la propiedad encontramos que no es ese sujeto pasivo universal el que nos puede explicar la naturaleza del uso, usufructo, habitación, etc. Por el contrario, debemos agregar a ese sujeto uno determinado. En los derechos no patrimoniales de carácter absoluto, encontramos la obligación general de respeto y el sujeto pasivo universal. Planiol reconoce que en todos los derechos absolutos hay el sujeto mencionado; deben respetarse, por ejemplo, las distintas formas del derecho de la personalidad; y podremos hablar siempre de un sujeto indeterminado que debe abstenerse de perturbarnos. Pero no sólo en los derechos absolutos, sino también en los relativos encontramos la posibilidad de hablar de un sujeto pasivo universal que tenga sólo una obligación general de respeto; y es en este aspecto donde debe intensificarse la crítica para demostrar que no es el sujeto pasivo universal algo característico ni de los derechos reales, ni de los derechos absolutos en general. Tenemos como ejemplo el derecho de crédito de carácter relativo, como tipo de los derechos oponibles a un sujeto pasivo determinado.

⁷ Planiol, ob. Cit., t. II, págs. 22 y 23.

⁸ Bonnecase, ob. Cit., t. II, págs. 55 y 56.

El acreedor tiene una protección jurídica para que su facultad no sea violada por terceros. Todo mundo debe abstenerse de impedir al arrendatario el uso personal de la cosa arrendada. Por otra parte, es evidente que la obligación general de respeto debe ser inherente a todos los derechos, porque en último análisis lo único que se pide a los terceros es que no perturben derechos patrimoniales o no patrimoniales, absolutos o relativos.

Segundo.- La segunda crítica se refiere al concepto de deber que pretende fundar Planiol, al afirmar que esa obligación general de respeto es de carácter jurídico y no simplemente social, porque su violación entraña la posibilidad de que el sujeto activo inicie una acción, obtenga sentencia y haya una reparación en especie o en dinero. Planiol dice que sólo es posible resolver esta obligación de no hacer, en una condena en especie o en dinero, admitiendo previamente que se trata de una obligación jurídica, porque si fuese moral o social, su incumplimiento no traería aparejada la coacción sobre el patrimonio.

La crítica que podemos formular es la siguiente: no hay una obligación previa cuyo incumplimiento traiga consigo una coacción patrimonial, simplemente hay un acto ilícito que es fuente de obligaciones. Es el caso ordinario, común y corriente de la ejecución de un acto ilícito que obliga al responsable al pago de los daños y perjuicios causados. De la misma manera podemos razonar a propósito de cualquier otro derecho. Cuando se comete un delito o un acto ilícito en general, el responsable que no tenía relación jurídica previa con la víctima, resulta obligado a reparar el daño; pero esta condena no implica la obligación previa de no hacer que menciona Planiol en los derechos reales. Supone simplemente que la violación del derecho real es un acto ilícito y que obliga a reparar el daño.

Cuando se causa daño en propiedad ajena hay un delito independientemente de la obligación absoluta de respeto.

En la teoría ecléctica sostienen Planiol y Ripert que hay una separación en cuanto al contenido interno de los derechos reales y personales; pero que hay una semejanza en cuanto al aspecto externo; que de los derechos reales lo esencial es el aspecto interno, su naturaleza intrínseca. Su aspecto externo nada nos dice de la verdadera naturaleza del derecho real; porque decir que es una relación entre sujetos es no indicar nada específico de su esencia. Que por lo tanto, son de aceptarse las diferencias de la escuela clásica en cuanto al contenido de los derechos reales.

5.-Teoría objetivista.- Tratemos de la teoría monista que se inicia en Saleilles y desarrollan Gaudemet, Jallu y Gazin, para demostrar, en un intento fracasado por cierto, que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio.

Esta teoría llamada objetivista, afirma que el derecho personal tiene la misma naturaleza que el real. Se trata de una concepción monista, pero en sentido

inverso a la de la tesis de Ortolan y Planiol. En Saleilles se inicia la tendencia de despersonalizar la obligación o derecho de crédito.⁹

Gaudemet se encargó de desarrollar la idea de Saleilles, estudiando la evolución sufrida por el derecho personal desde los primeros tiempos de la legislación romana. Dice Gaudemet que en el derecho romano primitivo la obligación es estrictamente personal, porque no puede crear ni el acreedor, ni el deudor. Cuando ocurre el cambio, la obligación se extingue para dar nacimiento a una distinta. Es la figura jurídica novación como una forma de extinción de las obligaciones.

Por virtud de la novación puede cambiar el acreedor o el deudor; pero la novación se caracteriza porque extingue la relación jurídica primordial, para dar nacimiento a una obligación distinta. En concepto de Gaudemet, como los romanos no llegaron a admitir el cambio de acreedor, persistiendo la misma relación jurídica, no aceptaron la cesión de deudas como un medio de transferir la obligación, ni tampoco aceptaron en todo su alcance la cesión de créditos o cambio de acreedor. Se dice que el vínculo fue estrictamente personal, de tal manera que dependía su existencia de los sujetos activo y pasivo, determinados desde su nacimiento.

Los romanos llegaron a admitir, a través de una ficción que se llamó mandato en propia causa, que el acreedor fuese substituido por su mandatario. Cuando el acreedor daba un mandato para el cobro del crédito y libraba al mandatario de la obligación de rendir cuentas y de entregarle lo cobrado, se creaba la figura llamada mandato en propia causa, porque la finalidad era en realidad ceder el crédito. Pero justamente nos demuestra esta ficción, que la estructura misma del derecho romano, en la transmisión del crédito, tenía que recurrir a una especie de mandato, para que el mandatario actuara en nombre del acreedor y siguiera representándolo. Una vez cobrado el crédito, el mandatario no entregaba el importe al acreedor, sino que disponía de él, porque el acreedor lo había facultado para retener lo cobrado.

Gaudemet advierte que la obligación fue incompleta, porque cuando el acreedor moría, el mandatario sí estaba obligado a rendir cuentas a los herederos. Respecto de la cesión de deudas en el derecho romano, de plano no se concibe que pueda cambiarse el deudor manteniéndose la misma obligación. El problema consiste en que se pueda cambiar el acreedor o el deudor persistiendo la misma obligación; es claro que el derecho romano admitía el cambio del acreedor o de deudor, pero suponía la extinción de la obligación primitiva, para dar nacimiento a una diversa.

Justamente, de aquí saca Gaudemet la segunda conclusión: La relación jurídica de crédito en el derecho romano fue estrictamente personal, de tal manera que si se cambiaba el acreedor o el deudor, se extinguía la obligación. La

⁹ Explica Vázquez del Mercado (Concesión Minera y Derechos Reales), que la idea originaria fue de Vittorio Polaco en la dación en pago, 1888, pág. 148, habiéndola aceptado Gaudemet en su estudio sobre la cesión de las deudas a título particular, 1898, págs. 30 y 31.

persistencia del sujeto activo o pasivo era un elemento de existencia para la obligación.

En el derecho moderno opera un cambio de fundamental importancia.

1º Se admite la cesión de créditos como un medio de transferir la obligación, no de extinguirla. Puede el acreedor ser substituido por otro, persistiendo la misma relación jurídica con todas sus características, modalidades y garantías.

2º Posteriormente, ya hasta el presente siglo, los códigos admiten el cambio de deudor por consentimiento expreso o presunto del acreedor, sin que se extinga la obligación.

Esto nos demuestra, que en el derecho moderno se ha despersonalizado la obligación, que ya no depende de un sujeto activo determinado o de un sujeto pasivo; que pueden cambiarse los sujetos sin que la obligación se extinga, como pasaba en el derecho romano. De esta primera conclusión, Gaudemet llega a concebir que el derecho de crédito se ha despersonalizado para patrimonializarse; nos dice que en la actualidad lo que importa al acreedor es un patrimonio responsable, no la persona del deudor. Por esto el acreedor acepta que el deudor A sea substituido por el deudor B, porque lo que interesa es que el patrimonio de B sea tan solvente o más que el de A. El derecho de crédito resulta así un *jus ad rem*, o facultad sobre los bienes.

De aquí se deduce que el derecho de crédito en realidad se va transformando, para recaer sobre el patrimonio del deudor; misma idea que aceptan Gazin y Jallu. Si al acreedor lo que le importa es un patrimonio solvente; si la obligación subsiste a pesar del cambio del deudor, el derecho de crédito tiene importancia en tanto que haya un patrimonio responsable; ya que el acreedor, cuando la obligación no es cumplida, tiene un derecho de ejecución sobre el patrimonio.

La obligación se transforma en el caso de incumplimiento en una ejecución forzada sobre el conjunto de bienes presentes o futuros del deudor. La única diferencia que según estos autores existe entre el derecho real y el derecho personal está en la naturaleza individual o universal del objeto, porque ambos son facultades sobre los bienes. En el derecho real el objeto es determinado, por consiguiente, individual. La propiedad recae sobre una cosa determinada, lo mismo el usufructo, la hipoteca o la prenda. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio, de una universalidad jurídica. El acreedor tiene como garantía todo el patrimonio de su deudor, presente o futuro. Y los códigos establecen que el deudor responde con todos sus bienes, presentes o futuros. Se trata simplemente de una diferencia secundaria en cuanto al objeto del derecho real y del personal.

Las ideas de Gaudemet son aún extremadas por Jallu y Gazin; este último, en una crítica que hace de la teoría clásica del patrimonio personalidad, llega a decir que puede concebirse el derecho personal sin sujeto pasivo, bastando el patrimonio responsable. Y Gaudemet afirma que es el patrimonio el que debe al patrimonio; que el derecho de crédito pierde su valor cuando el deudor es

insolvente; cuando el patrimonio tiene un valor negativo; que, por consiguiente, toda la eficacia del derecho de crédito descansa en la existencia de un patrimonio. No se atreven estos autores a llevar la analogía al grado de decir que el derecho de crédito se extingue en los casos de insolvencia del deudor; pero simplemente afirman que pierde todo valor económico, aunque virtualmente exista una facultad como simple expectativa del acreedor por si el deudor llega a adquirir bienes en el futuro.

“En su tesis de doctorado: *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912, p. 467 y s. Rigaud escribe: “La distinción científica entre los derechos reales y los derechos de obligación no sólo está amenazada por los autores que reducen a una obligación el concepto de derecho real. También lo está por las variaciones, de los tratadistas modernos, relativas al concepto mismo de obligación, aunque de una manera más indirecta; en tanto que los primeros pretenden reducir el derecho real a una obligación de cierto género, los segundos, en sentido inverso tratan de reducir la obligación a un derecho sobre los bienes, a una especie de derecho real”. En su tesis sobre la transmisión de deudas, Gaudemet, oponiendo a la noción antigua de la obligación su concepto moderno, se expresa así: “El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, sino un derecho sobre los bienes: *jus ad rem*. Su única diferencia con el derecho real estriba en que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a todo un patrimonio”.

En este pasaje donde, además de que el término *jus ad rem* no está tomado en su verdadero sentido histórico, sólo se encuentra la expresión de una brillante analogía con la que el autor quiere hacernos comprender que la obligación ha llegado a ser un valor patrimonial activo cuando es un crédito, pasivo cuando es una deuda, y que este valor es susceptible de transmitirse a título particular, activa (cesión de crédito) o pasivamente (cesión de deuda), sin que por esta sustitución del antiguo acreedor o deudor por un tercero se destruya o cambie la obligación.

La intención de Gaudemet en este pasaje, no es negar aparentemente la distinción entre los derechos reales y los derechos de obligación; únicamente protesta contra el concepto romano puramente personal de la obligación, según el cual el crédito o la deuda no puede transmitirse directamente, a título particular, de un patrimonio a otro, porque la relación obligatoria, de la cual el crédito o deuda no son sino aspectos particulares, se destruye tan pronto como cambia uno de sus sujetos, el acreedor o el deudor, al desaparecer para ceder su lugar a otra persona.

También Jallu, criticando en su tesis la idea de continuación de la persona como principio de las transmisiones a título universal advierte que la obligación, al mismo título que la propiedad, “ha llegado a ser otra forma de apropiación de la riqueza, un bien entre los demás bienes, en las fortunas individuales y en la forma pública; un derecho, no ya sobre la persona, sino sobre la cosa, y más bien, si se prefiere, sobre las cosas, puesto que no se trata de suprimir los caracteres del derecho real, y porque, cuando menos subsidiariamente, la obligación siempre recae sobre el conjunto de los bienes del deudor. Tal régimen ha desplazado el centro de gravedad de la obligación, haciéndolo pasar del sujeto al objeto”. El autor precisa su pensamiento. “Si se quiere - dice- se seguirá dando a la obligación el nombre de derecho personal (las palabras se refieren únicamente a la definición, y no es lícito tomar de su sentido únicamente lo que queramos), pero, en el futuro, se sabrá el significado del epíteto y cómo debe vaciarse de su contenido literal, para llenarlo más positivamente con las condiciones especiales a que debe sujetarse el cumplimiento forzoso sobre el objeto de la obligación o, subsidiariamente, a título de indemnización, sobre los demás bienes del deudor; en otras palabras, al decirse como antes que la obligación es un derecho personal, en oposición a los derechos, únicamente se entenderá que es un lazo menos estrecho, entre el titular del derecho y el objeto de éste; un lazo susceptible de aflojarse más o menos completamente (derecho de persecución), pero cuya acción a la vez más flexible y amplia sí es susceptible de hacerse sobre objetos más indeterminados (cosas in genere y obligaciones de hacer),

recae subsidiariamente, a título de indemnización, sobre el conjunto de los bienes del deudor considerados desde el punto de vista de su valor económico”.

6.- Crítica de la teoría objetivista.- La tesis que analizamos ha sido duramente criticada porque pretende echar por tierra los principios más elementales del derecho en general, y en particular del derecho civil, pues desconoce la naturaleza del patrimonio y de la personalidad jurídica, y llega al absurdo de afirmar que puede existir obligación sin sujeto pasivo.

Por su orden criticaremos estas ideas en la forma que se fueron desarrollando.

1.- Crítica de las ideas de Gaudemet de que el derecho de crédito se ha despersonalizado. No es exacto que el cambio de acreedor a deudor implique una despersonalización del derecho de crédito; no es exacto que haya una relación jurídica entre patrimonios, siendo secundarios los sujetos. Cuando la doctrina clásica afirma que el derecho personal es una relación jurídica entre acreedor y deudor, admite la posibilidad de que el acreedor y el deudor puedan cambiar; pero lo que no admite es que la relación jurídica pueda existir, aunque sea un instante, sin acreedor o sin deudor.

La obligación no se despersonaliza cuando se cambia el deudor o el acreedor; porque hablamos de relación entre personas en sentido jurídico, entre las entidades acreedor y deudor. No hablamos de relación entre sujetos predeterminados; no nos interesa la personalidad de Juan o Pedro, como acreedores o deudores. Cuando decimos que es una relación personal, poco importa que cambie el sujeto inicial, lo esencial es que la categoría jurídica acreedor o deudor persista siempre y que no haya un lapso en el cual la obligación quede sin sujeto activo o pasivo. En el derecho moderno, al permitirse el cambio, hay sólo una *sustitución*, pero no hay un instante en que el deudor desaparezca; jurídicamente no podemos concebir que hubiese un solo momento en que la relación jurídica quedase sin sujeto activo o pasivo. Esto es indiscutible, porque la facultad de exigir reclama un titular; el deber de prestar en el deudor supone también una limitación en la conducta de alguien, y ese alguien podrá cambiar, pero no podrá haber un instante en que la deuda se despersonalice. No puede haber obligaciones del patrimonio, como dicen estos autores, y aquí entramos ya a la segunda crítica, que es la más interesante.

2.- Al afirmar Jallu y Gazin que es el patrimonio el que debe al patrimonio y que puede haber obligación sin sujeto pasivo, o sin sujeto activo, desconocen la naturaleza de la personalidad jurídica. Desde diferentes puntos de vista podemos demostrar que es un absurdo hablar de la deuda de patrimonio a patrimonio. La primera forma de crítica sería la ya expuesta: el derecho de crédito es una facultad de exigir, lo que implica necesariamente un sujeto. La deuda es un deber de pagar, una limitación a la conducta de alguien, no es una afectación patrimonial. Esta limitación necesita un sujeto pasivo porque no puede haber deuda sin deudor; sería tanto como hablar de una limitación de conducta de nadie.

Desde otro punto de vista podemos fundar la crítica recordando lo que es la persona jurídica y el patrimonio. Cualquiera que sea la tesis que se acepte sobre la personalidad, tendremos que reconocer que la idea de patrimonio responsable es una ficción, si se quiere personalizar al patrimonio independientemente de su titular. Patrimonio deudor significa que existe un sujeto pasivo responsable y, patrimonio activo, quiere decir que hay un sujeto activo o acreedor.

En efecto, si la persona es el ente capaz de derechos y obligaciones, en el derecho de crédito no se concibe la facultad de exigir, sin un ente al cual se le atribuya esa facultad. Si el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, no se conciben los derechos y obligaciones sin imputarlos a un titular.

Se habla en el derecho alemán de patrimonio sin dueño, pero esto es otra ficción; patrimonio sin dueño quiere decir la existencia de un conjunto de derechos y obligaciones que no tienen titular. Lo cual es un contrasentido, porque habría que afirmar que hay obligación sin deudor.

La ejecución forzosa o embargo de bienes, se presenta jurídicamente como una sanción y, por lo tanto, ya no estamos ante el supuesto simple de un derecho personal, sino ante una situación jurídica compleja, en la que ese derecho subjetivo fue un supuesto inicial de una escuela, que se complica en un primer momento por el ejercicio del derecho de acción (que agrega un supuesto esencialmente distinto al genético de la obligación); que continúa modificándose por virtud de la relación jurídica procesal y, sobre todo, merced a la sentencia que crea una norma jurídica individualizada, cambiando radicalmente la relación jurídica de origen, para dar así vida a nuevos derechos y obligaciones de naturaleza específica, dada la fuente especial de que proceden. Por último, el proceso de complicación -o más bien dicho de transformación absoluta- culmina con la ejecución forzosa o embargo de bienes, que para dar origen así -en nuestro concepto, según tesis que después desarrollaremos-, a un derecho real nuevo, o sea al derecho del embargante, que bien puede hacersele ingresar en la familia de los derechos reales de garantía, por tener su titular las acciones de venta, preferencia en el pago y persecución sobre los bienes asegurados.

Refiriéndose Bonnacase a la crítica que Planiol hace a las ideas de Gaudemet, se expresa así:

“Puedo concebir -dice Planiol- el cambio de personas en una relación jurídica, sin necesidad de afirmar que la persona representa a sus bienes y el deudor es su patrimonio; para ello no hace falta dejar de ver en la obligación un vínculo jurídico entre dos personas; basta con admitir la sustitución de un sujeto por otro, y declarar, como Salpius, que la personalidad del deudor es indiferente, lo que hace de la deuda algo impersonal”.

“El reproche hecho a Gaudemet por Planiol se aplica con mayor razón a Gazin, quien exagerando las ideas de Gaudemet, llega al punto de escribir que “la necesidad de un sujeto pasivo no es parte integrante del derecho personal”. Una obligación sin deudor: he aquí el resultado a que conducen semejantes exageraciones de lenguaje. Se parte de la idea, correcta por lo demás, de que una obligación da un derecho sobre los bienes, sobre el patrimonio del deudor, e insensiblemente se llega a afirmar que la obligación es “derecho real indeterminado en lo que respecta al objeto

material en que recae”, o un derecho real sobre una cosa en género o futura, lo que equivale a falsear al propio tiempo el concepto de obligación y el de derecho real”.

“Por otra parte: ¿cómo explicar con esta concepción (ya que Gazin rechaza la teoría de Aubry y Rau de que un individuo que carece de bienes sólo posee, como escribe elegantemente Demogue, un “patrimonio potencial”, es decir, la capacidad o posibilidad de adquirir un patrimonio); cómo explicar que una persona semejante, cuya bolsa está vacía, pueda obligarse, si la obligación recae sobre los bienes?..”

7.- Teoría ecléctica entre la clásica y la personalista.- Planiol y Ripert en su “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés” sostienen una posición ecléctica, conforme a la cual podría definirse el derecho real diciendo que es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado, para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho.

Planiol ha rectificado su primitiva postura personalista, por considerar que en su tesis del sujeto pasivo universal y de la obligación general de respeto, no se dan las características positivas del derecho real, sino más bien de los derechos subjetivos absolutos, que son valederos *erga omnes*. Ahora bien, como el propio autor reconoce que no todos los derechos absolutos son derechos reales, por existir facultades de ese tipo que no tienen contenido patrimonial; su doctrina resulta insuficiente y no da una verdadera idea del contenido de los derechos reales.

Es por virtud de estas razones y de acuerdo con las ideas de Ripert, como nació la tesis ecléctica, llamada así porque admite las conclusiones de la escuela personalista y de los exégetas al definir a los derechos reales como poderes jurídicos que en forma directa e inmediata ejerce una persona sobre bienes determinados, para su aprovechamiento económico total o parcial. Este aspecto ha sido llamado interno, por cuanto que revela la verdadera naturaleza intrínseca de los derechos reales, caracterizándolos en sentido positivo, o sea, atendiendo a la clase de poder jurídico que ejerce el titular, a efecto de diferenciar dicho poder de aquellos otros que se ejercen en los demás derechos subjetivos, públicos o privados, patrimoniales o no patrimoniales.

En cuanto al “aspecto externo” de los derechos reales, la tesis ecléctica considera que la caracterización clásica resulta insuficiente, dado que omite determinar la naturaleza de la relación jurídica que necesariamente existe en todos los derechos reales, entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por este motivo considera que, además del aspecto interno, existe el aspecto externo de tales derechos, reconociendo la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, al cual es oponible el derecho real por virtud de una relación jurídica que se crea entre el titular y todo el mundo, como sujeto pasivo universal.¹⁰

¹⁰ Planiol y Ripert, ob. Cit., t. III, págs. 46 y 47.

De la tesis expuesta se desprende que el derecho real tiene dos manifestaciones principales:

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

8.- Crítica a la teoría ecléctica.- No obstante que en esta doctrina se evita el error en que incurre la escuela de la exégesis, al omitir precisar la naturaleza de la relación jurídica que se crea entre el titular de un derecho real y todos los terceros, como sujetos pasivos indeterminados, pensamos que a pesar de ese adelanto, se continúa cometiendo el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales, es un poder económico de aprovechamiento o en funciones de garantía. Ya con posterioridad haremos la crítica entre la verdadera facultad jurídica inherente a todo derecho real, y ese resultado económico que no siempre existe, sin desvirtuar por ello la naturaleza de esa facultad.

Toda facultad jurídica en su manifestación normativa pura, es decir, despojándola de todo contenido, presenta dos manifestaciones fundamentales:

- a) como facultad de interferir en la conducta o esfera jurídica ajenas, por virtud de una expresa autorización normativa y
- b) como facultad para impedir que otro interfiera en la conducta o esfera jurídica propias, si no existe dicha autorización.

Ahora bien, la escuela ecléctica pretende que la verdadera esencia del derecho real consiste -según acepta también la posición clásica- en el poder económico de aprovechamiento, total o parcial, sin aludir para nada a lo que en rigor constituye la esencia de la facultad jurídica en esa clase de derechos subjetivos. El dato económico constituye el contenido posible o contingente de los derechos reales, pero no puede caracterizarlo, dado que aun cuando no exista el resultado relativo de aprovechamiento, la facultad jurídica se mantiene incólume. Podría objetarse que si es cierto que el derecho real existe, aun cuando no haya un aprovechamiento económico realizado, basta la posibilidad de que el mismo pueda realizarse. Desplazada así la cuestión, en verdad no sería la posibilidad económica de carácter contingente, la que constituiría la esencia del derecho real, sino la posibilidad jurídica que se presenta como consecuencia del conjunto de facultades que integran la estructura positiva de esos derechos y a que ya nos referiremos al exponer nuestro punto de vista.

Siendo los derechos reales, facultades jurídicas de carácter absoluto, o sea, oponibles erga omnes, lógicamente se manifiestan en forma positiva y negativa,

es decir, como facultades de interferir en la esfera del sujeto pasivo universal, a efecto de que restrinja su conducta y se abstenga de ejecutar actos que impidan el ejercicio pacífico, eficaz e íntegro del derecho, y, como posibilidad normativa de impedir a los terceros indeterminados que forman ese sujeto universal, que interfieran en esfera jurídica que constituye el derecho real.

Partiendo del postulado fundamental de que el aspecto positivo de los derechos reales no debe ser de carácter económico, sino de naturaleza puramente jurídica, es procedente ahora tratar sólo del aspecto negativo en el que coinciden la escuela ecléctica y la teoría personalista. No es exacto que el deber general de respeto o abstención sea el que corresponda como deber correlativo de la facultad que en este aspecto caracteriza a los derechos reales. En efecto, todo deber, ha de ser correctivo en su contenido y aspecto, a la facultad jurídica a la cual está vinculado por virtud de la estructura bilateral del derecho.

De esta suerte, no es correcto asignar a una cierta facultad, un deber jurídico que no corresponda exactamente en el contenido y naturaleza a aquella facultad. Por lo tanto, si la teoría ecléctica considera que la facultad jurídica en los derechos reales se traduce en un poder de aprovechamiento total o parcial, debió haber buscado una obligación que constituya el correlato específico de esa facultad, y no un deber general de respeto que se presenta en todos los derechos absolutos y que no es privativo o peculiar de los derechos reales.

A este respecto el propio Ortolan, que en unión con Planiol ha sido considerado como uno de los sostenedores de la teoría personalista, se expresa así:

“Todo derecho, en definitiva, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del pasivo alguna cosa; pues lo único que es posible exigir inmediatamente de una persona, es que haga o se abstenga de hacer, es decir, una acción o una omisión. A esto se reduce todo el derecho. La necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer o de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje jurídico obligación. Todo derecho en definitiva y sin excepción, si se quiere llegar al fondo de las cosas, estriba en obligaciones”.

“Estas son de dos aspectos: la una general, propia de todas las personas, consiste en la necesidad que todas tienen, sin distinción, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y no oponer a ello ningún obstáculo. Es una obligación general de abstenerse. Esta obligación existe en todo derecho, pues en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo, a quien el derecho se atribuye; y por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, y dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden”.

“Pero si esta obligación general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que se halla sola, sin que exista otra, en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja mayor o menor, sin otra obligación que la impuesta a todos de dejarle que

haga, y la de que se abstengan de poner obstáculo y de turbar a los demás en su derecho”.¹¹

Con absoluta claridad se desprende de los párrafos que anteceden que el deber general de respeto, como obligación pasiva universal, que se traduce en la abstención de todo mundo para no perturbar el derecho ajeno, no es ni puede ser el deber correlativo específico de los derechos reales, pues esa obligación general y negativa existe no sólo en los derechos absolutos -como hemos dicho con anterioridad-, sino también en los derechos relativos, ya que, en definitiva, no se expresa otra cosa que la necesidad indiscutible de respetar el derecho ajeno.

Por esto Hugo Rocco ha considerado que esa obligación pasiva, es el lado absoluto de todo derecho, incluso del relativo.

En atención a lo expuesto, debe desecharse ese deber jurídico que por ser tan general, no logra caracterizar la relación específica que existe en los derechos reales, aun cuando se admita su existencia, conforme a las explicaciones de Ortolan y Rocco. *Nuestra tarea debe concretarse a definir el verdadero deber jurídico correlativo de los derechos reales.* Ahora bien, si el derecho real se caracteriza como la facultad jurídica de un sujeto activo para interferir en la esfera jurídica de un sujeto pasivo determinado o de un sujeto indeterminado, lógicamente el deber correlativo consistirá en sufrir la interferencia específica y en grado determinado que se dirija contra el sujeto individualizado, o la interferencia general de abstención y tolerancia que se enderece contra el sujeto indeterminado.

Ya hemos indicado que los derechos reales distintos de la propiedad y de los derechos de autor, se caracterizan como absoluto-relativos, en tanto que los últimos como absolutos en forma integral. En tal virtud, en los absoluto-relativos existe un sujeto pasivo determinado con obligaciones positivas y negativas de carácter patrimonial, en tanto que en los derechos simplemente absolutos existe sólo el sujeto pasivo indeterminado. Por esta razón consideramos que en los absolutos relativos el sujeto activo interfiere en la esfera jurídica del sujeto pasivo, para restringir ésta en cierto grado y exigirle tanto abstenciones como prestaciones. Tal cosa ocurre en todos los casos en que el propietario de una cosa constituye un gravamen o derecho real sobre la misma. El titular de éste, evidentemente que está jurídicamente facultado para interferir en la esfera de propiedad, restringiendo o limitando este derecho en mayor o menor grado, según sea la naturaleza del gravamen. La forma de interferencia es indiscutible, pues llega al grado de mermar la esfera del propietario, privándolo del uso o del goce o bien, sujetando la cosa gravada a una garantía real, para responder del cumplimiento de una obligación.

En los derechos simplemente absolutos, la interferencia del sujeto activo en las esferas de los sujetos pasivos indeterminados, consiste sólo en la facultad normativa de exigirles que se abstengan de perturbarlo en el ejercicio de su derecho. Aunque propiamente aquí se configura un deber de abstención, también

¹¹ Ortolan, Generalización del Derecho Romano, traduc. De Pérez Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1887, pág. 88.

existe el de tolerancia para que estos terceros indeterminados sufran en su caso el ejercicio pleno y sin trabas del derecho real.

9.- Punto de vista de Luis Rigaud.- Este autor en la monografía que ha publicado con el nombre de: “El Derecho Real, Historia y Teorías. Su Origen Institucional”, ha sostenido un punto de vista ecléctico en la definición de los derechos reales, por cuanto considera que una buena definición debe comprender tanto el aspecto interno como el externo de esos derechos. Sin embargo, no se reproduce la tesis ecléctica de Planiol y Ripert a que ya nos hemos referido, sino que con un gran acopio de datos históricos tomados tanto del derecho romano, de los glosadores y del derecho canónico, así como de las observaciones que se desprenden de las legislaciones contemporáneas, ha logrado estructurar una tesis que implica, además, como novedad, la afirmación de que existen derechos reales *“in faciendo”*.

Al efecto divide su estudio en tres partes, la primera tiene por objeto investigar los orígenes de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, en el derecho romano primitivo clásico y en el antiguo derecho, comprendiendo aquí el estudio tanto de la concepción de los glosadores respecto al *“jus in re”*, como la de los canonistas del *“jus ad rem”* y la teoría feudal de los derechos reales *“in faciendo”* (tributos y rentas sobre tierras, diezmos). En la segunda parte, Rigaud hace el estudio de la teoría clásica francesa y del valor de la distinción que propone entre derecho real y obligación, analizando las críticas dirigidas contra la misma y valorizándolas para determinar lo que tienen de verdadero.

En seguida trata de las teorías personalistas de Planiol, Windscheid, Ripert, Roguin, Michas y Demogue, formulando un juicio crítico respecto a las mismas. Además, estudia también la teoría institucional de Hauriou. Por último, en la tercera parte sostiene que debe ampliarse el círculo de los derechos reales mediante una teoría general de las cargas reales y de los derechos reales *“in faciendo”*. Demuestra al efecto la posibilidad teórica de tales derechos y critica el concepto de la obligación *“propter rem”*. En seguida trata de los derechos reales *“in faciendo”* en la legislación y jurisprudencia francesas, refiriéndose especialmente a las servidumbres y a las cargas reales *“in faciendo”* del derecho privado y público.

Del interesante estudio de Rigaud sólo expondremos su punto de vista personal sin relacionarlo con la teoría institucional de Hauriou. Al efecto sostiene en las páginas 219 a 246 que una buena definición del derecho real debe comprender tanto el aspecto interno como el externo. Acepta de la escuela clásica la caracterización que hace del citado aspecto interno como un poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre un bien, demostrando que los exégetas franceses sí conocieron el concepto de obligación pasiva universal que después desarrolla ampliamente Planiol, pero no le dieron la importancia de ser un dato definitivo para la caracterización de los derechos reales.

Explica Rigaud cómo Aubry y Rau afirmaron expresamente la existencia de una obligación correlativa en los derechos reales, transcribiendo de los citados autores clásicos el siguiente pasaje de gran valor:

“A todo derecho corresponde una obligación. Esto ocurre incluso con los derechos reales, que imponen virtualmente a las personas a quienes no pertenecen, la obligación de no intervenir en el mismo. No obstante, esta obligación general y negativa que corresponde a los derechos reales, no es el objeto inmediato de estos derechos, cuya existencia es independiente del cumplimiento de toda obligación”.

“Los derechos personales, por lo contrario, tienen por objeto una prestación, es decir, el cumplimiento de una obligación sin la cual no podrían existir”.

“Los ilustres autores añaden en una nota: “ En derecho romano la palabra “*obligatio*” no se aplica más que a las obligaciones que corresponden a los derechos personales. En el lenguaje jurídico francés se usa indiferentemente la palabra “*obligation*”, lo mismo si el derecho correspondiente es personal que si es real”.

“La relación existente entre un derecho personal y la obligación a él correspondiente, puede ser comparada a la que une el efecto con la causa. Una relación inversa existe entre un derecho real y la obligación que le es correlativa”.

“Se ve en el pasaje citado que Aubry y Rau distinguen dos clases de obligaciones: una obligación general negativa que pesa sobre todos los hombres ajenos al titular y que priva de intervenir en un derecho, cualquiera que éste sea. Solamente se encuentra en los derechos reales, pero la abstención o actitud pasiva que impone no es el objeto inmediato de estos derechos que recaen directamente sobre la cosa”.

Por lo tanto, no está de acuerdo Rigaud en que, según afirma la teoría personalista, se haya desconocido por los clásicos franceses el concepto de obligación pasiva universal.

Refiriéndose al aspecto externo de los derechos reales, acepta que existe esa obligación pasiva contra todo el mundo, manifestada a través de los derechos de persecución o preferencia que tiene el titular de un derecho real. Al efecto se expresa así:

“Nosotros no rechazamos la idea de la obligación pasiva universal. Por el contrario, hemos hecho resaltar el lado obligatorio del derecho real, observando que esta obligación no es aislada, y que el aspecto externo del derecho real es mucho más complejo cuando se le considera en su plena manifestación jurídica.

Si hemos criticado las ventajas falsamente atribuidas a esta noción de la obligación pasiva universal -en tanto que quiere sustituirse con ella la del derecho sobre la cosa- reconocemos, no obstante, siguiendo a César-Bru, que es susceptible de proporcionar una explicación satisfactoria de las relaciones entre propietarios vecinos en el ejercicio de su derecho sin que sea necesario recurrir a la idea contraria de un cuasi-contrato, en virtud del cual los vecinos están obligados a usar cada uno de su finca sin dañarse recíprocamente”.

Sin embargo, reconoce que la obligación pasiva universal no es una característica derivada de la estructura misma de los derechos reales, sino una obligación legal impuesta en virtud de la convivencia humana. Además, hace notar que también en los derechos de crédito se encuentran aspectos de oponibilidad y acciones de preferencia.

En cuanto a las acciones de persecución y de preferencia en los derechos reales, estima Rigaud que son características normales de los mismos, pero no elementos de esencia. Afirma al respecto que se trata de una protección jurídica eficaz frente a los terceros, tomando en cuenta que el derecho se manifiesta en una serie de actos permanentes y sucesivos sobre la cosa, en tanto que el derecho de obligación se extingue y destruye por el cumplimiento de la prestación debida.

Concluye su estudio de esta primera parte relativa a la definición en los siguientes términos:

“Y como ya hemos dicho la forma misma y la intensidad de la protección jurídica contra los terceros depende en gran parte de la estructura misma de este lado interno; éste determina a aquélla. Esta constatación nos lleva directamente a esta doble observación:

“1º.- Una buena definición del derecho real, si bien no debe descuidar su lado externo, debe atender preferentemente a mostrar su lado interno. Nadie duda de que bajo este aspecto sea el derecho real muy diferente del derecho de crédito, siendo el objeto del primero una cosa y su contenido la utilidad jurídica que es susceptible de procurar, mientras que el objeto del segundo no puede ser más que la acción o la abstención de una persona, o como dice Dante Mejorana, el primero es un derecho de dominación sobre la cosa, y el segundo, un derecho de dominación sobre el acto de la persona obligada”.

“2º.- Es legítimo retraer las diferencias prácticas que se acostumbran anotar del lado externo entre los derechos reales y las obligaciones desde el punto de vista de la oponibilidad a los terceros, atribuyéndolas a las diferencias de estructura interna que existen entre los dos derechos. Pero precisa no exagerarlas, ni ver en ellas necesidades lógicas ineludibles, puesto que las diferencias en la protección jurídica de los derechos contra los terceros, o en su transmisibilidad están también en estrecha dependencia respecto de las nuevas necesidades de la práctica; y conviene hacerlo resaltar haciendo observar que a menudo los derechos de crédito son oponibles a los terceros en general y a ciertos terceros considerados en particular”.

“Hay, pues, un justo medio entre las afirmaciones demasiado dogmáticas de la doctrina clásica y las negaciones atrevidas de las teorías personalistas en lo que atañe a las diferencias de eficacia externa que separan el derecho real y el derecho de crédito. Es incontestable que desde este punto puede haber semejanzas entre los dos derechos (y si bien no conviene exagerar en interés de una teoría como hace Demogue), precisa reconocerlas cuando existen y especialmente no considerarlas como imposible, cuando están postuladas por las necesidades de la práctica. Pero, por otra parte, no es menos incontestable que el derecho desde el punto de vista de su noción y de su definición es profundamente diferente del derecho de crédito; esto es lo que las teorías personalistas equivocadamente niegan”.

En la segunda fase de su estudio se refiere especialmente a la necesidad de ampliar el campo de los derechos reales mediante la existencia de derechos reales “*in faciendo*”. Al efecto estima que la máxima que ha sido clásica en esta materia relacionada con las servidumbres, según la cual “*Servitus in faciendo consistere non potest*”, no es exacta, pues la ley misma nos plantea ejemplos de,

servidumbres que tienen por objeto prestaciones positivas sin perder su carácter de obligaciones reales. Plantea la cuestión en los siguientes términos:

“Hablar de un derecho real *in faciendo* hace nacer inmediatamente la siguiente cuestión: Si el derecho real consiste en una atribución directa e inmediata de todo o parte de la utilidad jurídica de una cosa a su titular, atribución a la cual los terceros deben abstenerse de perjudicar, ¿es posible que impongan a veces indirectamente a la persona que se encuentra en relación de derecho o de hecho con la cosa, una prestación positiva?”

Afirma que en el propio derecho romano existieron servidumbres que imponían al dueño del predio sirviente ejecutar ciertos actos, y dice así:

“Fadda y Bensa citan aún el caso de responsabilidad real que se traduce en las viejas instituciones de *actio de pauperie*, de la *actio noxalis* y de la *cautio damni infecti*. Encontramos en este caso prestaciones positivas aisladas impuestas al propietario de la *res damnosa* o del edificio ruinoso”.

En seguida trata de la posibilidad teórica de los derechos reales *in faciendo* y critica el concepto de obligación *propter rem*. Hace notar que la mayoría de los juristas repudia la existencia de derechos reales *in faciendo* por el temor que experimentan de que renazcan las viejas formas feudales, y al efecto se acogen a la máxima relativa a las servidumbres.

Observa Rigaud que en los derechos reales distintos de la propiedad, independientemente de los terceros que tienen la obligación general de respeto, existe el propietario de la cosa gravada, quien tiene una obligación más intensa, tanto negativa como positiva.

“Tal como ya hemos observado anteriormente en los derechos reales llamados desmembrados, o, mejor, limitados (*begrenzten*), es preciso distinguir, en lo que concierne a los terceros, entre la simple obligación de abstención que obliga al público, frente al titular, a respetar su derecho y la obligación más intensa que incumbe al propietario o al detentador de la cosa; éste no debe sólo detenerse: debe sufrir (*pati*) el ejercicio del derecho sobre su cosa. Mientras que no se puede decir que el propietario goce de su derecho por intermedio del público obligado a respetarle, ya que la mayor parte de este público ni sospecha su existencia, se concibe, por el contrario, que pueda decirse que el titular del derecho real desmembrado de la propiedad, y precisamente el titular de una servidumbre, goza de ella gracias a la observancia del *pati* por parte del nudo-propietario (o por el propietario o el poseedor del fundo sirviente), ya que aquí no se encuentra en presencia de un público, sino de un individuo determinado y que se puede nombrar. Por otra parte, no se puede decir, para afirmarlo en absoluto, que la servidumbre se ejerza sin intermediarios, pues éste es el fundo sirviente que sufre la carga, ya que es evidente que una cosa inanimada está desprovista de sensibilidad. A propósito de esto, Vangerow, refutando una opinión de Zachariae, dice, muy bien, que para construir el concepto de una *servitudo in patiendo*, es necesario forzosamente recurrir al propietario del fundo sirviente, ya que evidentemente, el fundo, tomado en sí mismo, no puede, *pati*, y tampoco, en el sentido jurídico de la palabra, *non facere*. Y añade: “Si respecto a esto, debemos decir que el propietario, como representante del fundo, endosa sus obligaciones, se puede concebir que hubiera sido posible constituir una servidumbre predial, *quae in faciendo consistit*”.

Rechaza Rigaud el concepto de obligación *propter rem*, calificándolo de una forma indirecta que trata de ocultar los derechos reales *in faciendo*:

“Es preciso, ante todo, deshacernos del concepto de la *obligatio propter rem*, concepto desmañado, destinado sólo a enmascarar la existencia de los derechos reales *in faciendo*. Tal como hemos indicado precedentemente en nuestra historia, el concepto de la *obligatio propter rem*

concuera con la idea misma de la obligación en sentido técnico, ya que esta pretendida obligación se transmite *ipso jure*, no a los herederos o sucesores universales a su titular, sino a sus causahabientes a título particular; es decir, a los propietarios sucesivos de la cosa gravada, a sus detentadores. M. Planiol, autor personalista, que no es sospechoso en la materia, hace él mismo esta confesión, en estos términos explícitos, en su Tratado, tomo II, núm. 190: “Bastante a menudo, para indicar la situación de estos deudores, de obligación restringida, se dice que son considerados *propter rem*, queriendo decir con esto que no son considerados más que en razón de la detentación de una cosa sobre la cual el acreedor posee un derecho real. Sería mejor decir que no son deudores del todo: su persona no cuenta, y la acción que se da contra ellos es de la misma naturaleza que la vindicatoria que se da contra todo detentador de la cosa, abstracción hecha de toda deuda personal. En realidad, estas pretendidas deudas localizadas no son más que cargas reales”.

Por último, concluye considerando que es posible aceptar en la doctrina la categoría de los derechos reales *in faciendo*, y al efecto se expresa categóricamente así:

“Así, hemos demostrado que, en pura teoría, nada se opone a la admisión de un derecho real *in faciendo*. Y esta demostración nos ha permitido constatar:

1º. Que la idea, según la cual el derecho real no necesita, para ejercerse, ningún intermediario, es falsa para la mayor parte de los derechos reales, y que se debe reemplazar esta fórmula corriente por esta otra: “No es necesario, para ejercer el derecho, real, ningún intermediario personalmente obligado”.

2º. Que la regla *Servitus in faciendo consistere nequit*, no tiene el carácter general que se le atribuye ordinariamente. Esta regla, que debe restringirse a las servidumbres, y que no está escrita claramente en ninguna parte del código civil, no se funda en una necesidad racional que derive de la noción de derecho real”.

10.- Confusión entre el aspecto económico y la naturaleza jurídica de los derechos reales.- Las diferentes doctrinas que hemos expuesto confunden el aspecto económico de los derechos reales y su naturaleza jurídica. Principalmente este error se advierte en la tesis de Bonnecase. Además, se afirma que el objeto de tales derechos es el bien o la cosa, siendo así que tiene que ser conducta humana, pues teniendo el derecho objetivo o conjunto de normas, por objeto directo la regulación de la conducta humana en su interferencia íntersubjetiva, necesariamente los derechos subjetivos y los deberes jurídicos deberán también tener por objeto directo dicha conducta. Por lo tanto, en los derechos reales el objeto directo de los mismos debe ser conducta humana, tanto por lo que se refiere al sujeto activo, como por lo que atañe al sujeto pasivo, determinado o indeterminado. Además, en dichos derechos existe un objeto indirecto que es el bien o la cosa sobre la cual se ejerce el poder jurídico.

Tanto la escuela de la exégesis como Bonnecase, toman en cuenta al caracterizar el derecho real, la existencia de un poder económico de aprovechamiento, total en la propiedad y parcial en los demás derechos reales. Este punto de vista es inexacto, debido a que el derecho real se caracteriza no por un poder económico sobre el bien, sino por un poder jurídico que se integra por un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, pero sin necesidad de que tales facultades se

ejerzan, bastando la posibilidad reconocida en el derecho objetivo para que se hagan valer, aun cuando jamás lleguen a tener ejecución. Por lo tanto, existirá el derecho real como simple facultad jurídica a través de un conjunto de posibilidades para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin que sea necesario que exista el poder económico que se traduce en el aprovechamiento total o parcial del bien. La propiedad existe, por el solo hecho de reconocerse al dueño un conjunto de facultades jurídicas para usar o disponer de la cosa aun cuando jamás se ejerzan esas facultades. Es decir, a pesar de que no se lleve a cabo un poder económico de aprovechamiento efectivo.

En los derechos reales debemos estudiar el aspecto activo que está constituido por un conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía, según se trate de derechos de uso, de disfrute, de disposición o de simple garantía. En la propiedad concurren las diversas facultades de uso, goce y disposición. En los demás derechos principales existe la facultad de uso o la de uso y goce. Por último, en los derechos de garantía el titular sólo goza de una facultad para vender el bien objeto de la misma y hacerse pago preferentemente con el producto que se obtenga. En todos los derechos reales se reconoce al pretensor la acción persecutoria del bien o cosa y un derecho de preferencia. Debe distinguirse el derecho real como simple posibilidad normativa de ejercicio, del derecho real ya ejercitado, es decir, cabe siempre diferenciar el derecho de su ejercicio.

El poder jurídico que caracteriza a los derechos reales se manifiesta en la posibilidad normativa de crear diferentes tipos de relaciones jurídicas, toda vez que se faculta al pretensor para ejecutar válidamente actos jurídicos de dominio o administración, ligando así a otros sujetos mediante la constitución de relaciones jurídicas especiales. Este aspecto no lo encontramos en los derechos personales o de crédito, pues en ellos el acreedor no puede disponer de la conducta del deudor (prestación o abstención), aun cuando se trate de prestaciones de dar, pues en ellos siempre las facultades del acreedor se ejercen a través de la cooperación que debe realizar el deudor, mediante el cumplimiento espontáneo o forzado (ejecutivo) de sus obligaciones. Así es como el acreedor, aun cuando se trate de obligaciones de dar, no adquiere un poder jurídico directo e inmediato sobre los bienes del deudor, careciendo de facultad de realizar actos de dominio y de administración (sólo excepcionalmente, por autorización del deudor o de la ley, podrá realizar válidamente actos jurídicos de administración, como ocurre cuando se faculta al arrendatario para subarrendar).

Por virtud del carácter absoluto de los derechos reales se reconoce en el titular la posibilidad jurídica de ejecutar válidamente actos de dominio o administración, según la naturaleza de su derecho, en relación con los bienes, siendo oponibles a todo mundo. Tal aspecto no puede existir en los derechos personales.

Además del conjunto de facultades que caracterizan al derecho real desde el punto de vista activo, existen las obligaciones reales que determinan de una manera definida su especial naturaleza y permiten diferenciar a los derechos reales de los personales. En el aspecto pasivo deben estudiarse tales obligaciones

reales que existen a cargo del propietario de una cosa gravada, del titular de un derecho real y de los partícipes en las relaciones de copropiedad. Además, tenemos las obligaciones reales que establece la vecindad y colindancia de los predios. En su oportunidad haremos el estudio de todas ellas en el capítulo respectivo. Por ahora sólo conviene decir que en tales obligaciones reales o *propter rem* el sujeto pasivo reporta prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial que dependen de la cosa, ~~siguen a ésta, se extinguen si la cosa desaparece o se destruye, se transmiten con la enajenación de la misma y pueden eludirse mediante el abandono.~~ Por lo tanto, se trata también de formas de conducta que afectan a un sujeto determinado y que constituyen el lado pasivo de los derechos reales. Sólo tratándose de la obligación pasiva universal a que se refiere Planiol, a cargo de todo el mundo, en el derecho de propiedad, no existen las características mencionadas.

11.- Confusión relativa al objeto de los derechos reales.- Ya hemos indicado que un segundo error en esta materia consiste en afirmar que, el objeto directo e inmediato de tales derechos es la cosa o el bien sobre los cuales se ejerce el poder jurídico. En este aspecto consideramos que hay un grave error, pues sería tanto como afirmar que los derechos reales son los únicos dentro de todo el gran conjunto de los derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes, en tanto que los demás se refieren siempre a una conducta especial del pretensor y del obligado o sujeto pasivo.

Evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema. Por ser derechos deben tener como objeto directo conducta y sólo como objeto indirecto el bien o la cosa, tal como lo hemos precisado al determinar respectivamente el aspecto activo y pasivo de esas facultades jurídicas. Además, sería desconocer el postulado esencial de que tanto el derecho objetivo, como los derechos subjetivos, los deberes jurídicos y las relaciones de derecho, sólo pueden tener como objeto directo la conducta humana en su interferencia intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes o sanciones, es decir, siempre en actos de conducta, tanto desde el punto de vista del sujeto activo o pretensor como del sujeto pasivo u obligado. Por otra parte, como toda facultad jurídica implica una obligación a cargo de otro, necesariamente en los derechos reales existe la conducta específica del sujeto pasivo determinado o indeterminado, que constituye su objeto directo y da materia a las obligaciones reales. Además, existe la conducta jurídica del sujeto activo que se manifiesta en el conjunto de facultades jurídicas para realizar actos de dominio o de administración sobre bienes determinados. El hecho de que las facultades y obligaciones reales tengan relación estrecha con una cosa o bien incorporal, no quiere decir que deje de ser la conducta humana su objeto directo. Simplemente tendremos que admitir, que en tales derechos hay un objeto indirecto consistente en el bien corporal o incorporal al cual habrán de referirse los actos jurídicos que constituyen el objeto de las facultades en el sujeto activo y de las obligaciones reales en el sujeto pasivo.