

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DERECHOS REALES Y PERSONALES(*)⁽¹⁾

JUAN ESTEBAN CARAZO

SUMARIO

I. Introducción. - II. Los derechos personales. - III. La teoría de las obligaciones. - IV. Teorías modernas. - V. Críticas. - VI. Los derechos reales. - VII. Diferencias específicas de los derechos reales y personales. - VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho privado está constituido por el conjunto de reglas de conducta impuestas a los hombres en sus relaciones particulares; reglas coercitivas emanadas del poder público y que tienen por objeto coordinar las actividades sociales.

En las relaciones particulares hay que distinguir:

- a) Las relaciones no patrimoniales (existencia y capacidad de las personas, matrimonio, parentesco); y
- b) Las relaciones patrimoniales (propiedad y derechos reales de ésta desmembrados, obligaciones, sucesiones).

Luego hubo que incorporar otros derechos, tales como los intelectuales; pero en este trabajo nos ocuparemos solamente de los derechos reales y personales, por ser nuestro tema.

Es clásica la división que distribuye en dos categorías a los derechos patrimoniales:

- a) Derechos personales, llamados también obligacionales o credituales;
- y
- b) Derechos reales.

Vélez Sársfield se abstuvo de definir, según nota al artículo 495 del Código Civil, siguiendo, como bien dice, a Freitas, quien a su vez se había inspirado en Javoleno⁽¹⁾(2): *Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim ut non subverti possit*. Y destacamos la abstención porque el Código está, como sabemos, plagado de definiciones: artículos 24, 30, 89, 90, 126, 127, 264, 345, 377, 735, 718, 725, 801, 832, 944, 1059, 1137, 1323, 1434, 1485, 1493, 1648, 1789, 1986, 2164, 2182, 2240, 2255, 2311, etc., etc.

Pese a las distinciones contempladas, no han faltado autores que han pretendido desconocerlas, alegando la inexistencia de ellas, y han surgido, así, corrientes unificadoras, que en unas oportunidades asimilaron el derecho personal al real (por ello denominadas realistas) y en otras, a la inversa, afirmaron la existencia de un único derecho obligacional que comprende en su ámbito al real (se las llama personalistas). Es este un problema que por su importancia ha motivado esta referencia recordatoria, no obstante ser extraño al tema en estudio, y al mismo volveremos en el curso de esta monografía.

Y vamos ya al específico trabajo, pero sin olvidar la prevención de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Trimarchi (2)(3) de que en el campo del derecho los instrumentos lógicos no conducen al investigador hasta el fondo mismo de la solución de los problemas, sino que lo abandonan después de un cierto trecho, a partir del cual corresponde proceder con el solo criterio de adecuar la decisión y las conclusiones a los fines que se propone.

II. LOS DERECHOS PERSONALES

Es evidente que la norma en sí, contenida en el artículo 495 del Código Civil, encuentra su fuente en Aubry y Rau (3)(4), quienes dicen que "una obligación es la necesidad jurídica en virtud de la cual una persona es constreñida, con respecto a otra, a dar, hacer o no hacer una cosa".

La definición de estos ilustres autores no es sino una repetición, casi a la letra, de las Institutas de Justiniano (4)(5): *Obligatio est vinculum iuris quod necessitate adstringimur alicui solveandae rei, secundum nostrae civitatis iura*. Definición ésta completada por el Digesto en un texto de Paulo (5)(6), donde ya se opone la obligación a los derechos reales y se precisan sus objetos: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*.

Surge de las Partidas (6)(7), también, un vago concepto de obligación, pues leemos que "quiere decir tanto como ligamento que es fecho segun ley e segun natura. El que la face finca obligado por ella, de guisa que magüer él non la quiera cumplir, lo pueden apremiar por ella e facérgela cumplir".

Pero volviendo al derecho romano, recordemos que en éste el término obligatio representaba dos facetas de la relación jurídica existente: por un lado el derecho del acreedor - *creditum* -, es decir, el aspecto activo; por el otro, el aspecto pasivo, que correspondía al deudor - *debitus* -. Comprendía, en otras palabras, todas las relaciones emergentes del crédito y de la deuda, entre acreedor y deudor, en virtud del vínculo jurídico perfeccionado entre ambos.

Recordamos en otro trabajo (7)(8) que etimológicamente el creditor (acreedor) es el que "hace confianza" (*fides*), cree al otro; el debitor (de de - habere, deudor) es el que recibe una cosa a crédito de otro.

Petit (8)(9) nos dice que "la metáfora consistente en calificar a la obligación de vinculum iuris, se encuentra en la palabra obligatio, de obligare, ligar. Aparece también en la palabra por la cual se expresaba en el viejo derecho romano la idea de obligación: *nexum*, de *nectere*, encadenar, anudar".

Podemos ya comprender que toda obligación implicaba constreñir a una persona - el obligado - a dar una cosa, a hacer o abstenerse, empleándose como rituales los términos *dare*, *facere*, *praestare*, vocablos de empleo sacramental dentro del formalismo romano.

Sobre su significado, nos explica Ortolan (9)(10) que *dare* significa transferir la propiedad romana; *facere*, cumplir un hecho o aun sufrirlo, de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donde abstenerse; *praestare*, suministrar, procurar una ventaja, una utilidad cualquiera. Estos dos últimos términos son de una gran extensión: *facere* podría, en el fondo, comprenderlo todo, y *praestare* también, porque incluye toda suerte de ventajas a procurar: cosas corporales, derechos, hechos positivos o negativos. De donde el término prestación.

Bonfante (10)(11) se expresa en sentido similar, diciendo que *praestare* significa, en general, tanto el *dare* como el *facere*, aludiendo más bien a la garantía y a la *obligatio* que al fin inmediato, el *debitum*. La prestación, para ser objeto de obligación, debe reunir los siguientes requisitos que tienen esencial importancia en materia de contratos: ser posible, lícita, determinada o por lo menos determinable y, se añade, ofrecer un interés para el acreedor.

Freitas (11)(12) entiende que toda prestación consiste en la entrega de alguna cosa mueble o inmueble, o bien en la ejecución o abstención de un hecho. En el primer supuesto se configuraría una obligación de dar, que puede tener por objeto: a) constituir o transferir sobre la cosa derechos reales; b) transferir solamente el uso o detentación; c) restituirla a su dueño (art. 887 del Esboço).

Ortolan, ya citado, que sabemos fue uno de los autores que inspiraron al codificador, en su conocida obra (12)(13) dice que "el objeto de toda obligación es siempre una acción a exigir de una persona, tomando la palabra acción en su acepción más general; acción de dar, de suministrar, de hacer o de abstenerse".

Un autor más moderno, Bonnecase (13)(14), da el siguiente concepto de obligación: "Es una relación de derecho por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa".

Dentro de la doctrina nacional, citemos la opinión de Salvat (14)(15), quien explica que "en el derecho moderno el concepto de obligación se ha modificado. Ella no es concebida ya como un vínculo personal, sino más bien como una relación patrimonial en la cual se debe satisfacer una prestación determinada. La obligación es característica aquí por la importancia y el valor de esta prestación, la cual, en principio, puede ser cumplida por el mismo deudor originario o por un tercero".

Rezzónico (15)(16) considera a la obligación "un vínculo jurídico o nexo que une al acreedor con el deudor", resultando por tanto una terminología impropia el usar el vocablo como sinónimo de instrumento, como objeto de una prestación o bien, como también se estila hacerlo en el ámbito mercantil, designar con él a un título cambiario.

Planiol (16)(17), para ponderar la importancia de la teoría de las obligaciones, llega a sostener que todo problema de derecho se puede formular en estos términos: ¿qué es lo que tal persona puede exigir de tal otra?, es decir, tomando por el lado inverso las relaciones que las unen; ¿a qué está obligada la segunda persona frente a la primera? Es, pues, siempre a la verificación de un vínculo obligatorio a lo que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reduce todo problema de derecho, cualquiera que él sea.

Se ha dicho que el ilustre jurista francés ha confundido el deber jurídico, inmanente en todo derecho, con la obligación civil, que es una pequeña manifestación particular de aquél; y así, ha atribuido a la obligación civil la universalidad e importancia que en el campo filosófico caracterizan al deber jurídico.

En efecto, basta una rápida ojeada a cualquier Código Civil, el nuestro, por ejemplo, para advertir que la gran mayoría de sus disposiciones establecen y regulan relaciones de obligación propiamente dicha, o sea, relaciones de dependencia jurídica entre personas determinadas; comparativamente, las reglas atinentes a los derechos y a las situaciones jurídicas de una persona frente a todas las demás tienen un volumen muy reducido.

En el derecho de las personas y de la familia son menos las reglas que determinan el estado civil que las que gobiernan las relaciones obligatorias emanadas de éste; más se ocupa la ley de los deberes entre cónyuges o entre padres e hijos de familia que del establecimiento mismo del matrimonio y de la filiación.

En el derecho de los bienes tiene lugar preponderante la adquisición de los mismos, la cual, en un estado avanzado de civilización, casi siempre se realiza por transferencia o sea por enajenación de unas personas a otras, debido a que casi todos los bienes se encuentran apropiados; éstos pasan de unas manos a otras mediante operaciones contractuales, las que constituyen uno de los objetos propios de la teoría de las obligaciones.

Y, por último, todas las legislaciones civiles consagran sus más extensos tratados a la reglamentación de las obligaciones y de los contratos, que son la fuente más rica y frecuente de aquéllas.

Por otra parte, la enorme complejidad de la economía moderna acrecienta considerablemente la importancia que tiene la teoría general de las obligaciones civiles.

En las sociedades primitivas, casi sólo se aplica el derecho que garantiza la ocupación y la conservación de la riqueza; siendo la economía y el comercio muy rudimentarios, el derecho de las obligaciones y de los contratos apenas si tiene ejercitación práctica. Por el contrario, la complicación de la vida social y las múltiples necesidades que aparece, dan la primacía al derecho de las obligaciones. En una civilización tan compleja y desarrollada como la del siglo XX cada individuo crea, transforma y extingue diariamente varias obligaciones, lo que significa que la rama del derecho que a ellas se refiere es la que tiene mayor importancia práctica.

Más aun, la teoría general de las obligaciones civiles no solamente es de capital importancia para el estudio del derecho civil, sino que constituye también la estructura fundamental y la trama de otras ramas del derecho, principalmente del derecho mercantil y del derecho internacional público y privado.

III. LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES

Tal como se encuentra consagrada en las legislaciones modernas, la teoría de las obligaciones, en sus líneas generales y aun en la mayoría de sus detalles, es el legado precioso de los jurisconsultos romanos. Sin embargo, sería erróneo afirmar que el derecho contemporáneo de las obligaciones es exactamente el mismo que consignaron las Instituciones de Gayo o el Codex Iustinianus, porque esta materia jurídica, lo mismo que cualquier otra institución humana, está sujeta a las transformaciones de la vida social.

Así, por ejemplo, hay que tener en cuenta, entre otros hechos históricos, que la Edad Media europea se rigió principalmente por un sistema jurídico de raíz germánica y que en la misma época el derecho canónico ejerció influencia decisiva sobre todas las manifestaciones del pensamiento, para comprender que estos sistemas dejaron profundas huellas en las legislaciones de los siglos posteriores, como en el Código de Napoleón, en el de Andrés Bello (adoptado por Chile y Colombia) y en el que Vélez Sársfield redactó para la República Argentina.

La evolución del derecho de las obligaciones tampoco se ha estancado en las legislaciones modernas. Los descubrimientos científicos, el incremento de la industria y de los transportes, el mayor volumen de las transacciones comerciales, las nuevas concepciones políticas, etc., han provocado honda conmoción en el seno de la teoría de las obligaciones. Manifestaciones de ella son: la aparición de instituciones y teorías completamente nuevas, como las de la responsabilidad por el riesgo, el contrato de adhesión, el contrato colectivo, el contrato de adición, etc.; el desarrollo de otros conceptos que sólo existían en estado embrionario, tales como los del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el error común, la normatividad del acto unilateral y otros; y por último, el desarrollo y hasta la aparición de principios e instituciones tales como la mayoría de las atinentes al formalismo de los actos jurídicos.

La teoría general de las obligaciones, legada por los jurisconsultos romanos, está dotada de gran firmeza y estabilidad gracias a su carácter general y abstracto, sin que esto quiera decir, tampoco, que dicha teoría haya escapado a la ley de la evolución a que están sujetas todas las instituciones humanas.

Generalidad de la teoría

El Código Civil vincula la teoría de las obligaciones a los contratos, lo cual se explica porque éstos son la fuente más fecunda de aquéllas; los actos ilícitos y la ley ocupan bajo este aspecto un lugar mucho menos importante.

Pero conviene observar que esta teoría ocupa un carácter general en el sentido que ella tiene aplicación, no sólo en materia de contratos y delitos, sino también en los derechos reales - a que vamos a referirnos luego -, en el derecho de familia y en el derecho de sucesión. La razón es que, aparte de las fuentes indicadas, las obligaciones derivan también

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la ley.

Los principios que constituyen la teoría general de las obligaciones no son, pues, exclusivamente aplicables a los contratos; por el contrario, su aplicación se extiende a todas las ramas del derecho civil y aun también, aunque sólo subsidiariamente, al derecho comercial.

Los conceptos de obligación y derecho personal o creditual u obligacional se identifican entre sí; por ello la determinación del primero presupone la aclaración de la teoría de los derechos personales y de los derechos reales, la cual ha sido objeto de viva discusión entre los autores contemporáneos del derecho civil.

La teoría clásica

EL derecho romano primitivo desconoció el concepto abstracto de obligación. En los primeros tiempos de Roma sólo existe la noción de "obligado", que es la del ciudadano sui iuris, quien en virtud de una damnatio tiene que trabajar como esclavo en casa de otro, cargado de cadenas, de donde viene el nombre de obligado: ob ligatus. En ese derecho romano primitivo a que nos estamos refiriendo, los derechos patrimoniales eran vínculos puramente materiales y concretos que unas veces recaían sobre las cosas (ius in re) y otras sobre la persona obligada. Pero la ley Poetelia Papiria del año 428 a. J. C., redimió al deudor de la esclavitud, encadenamiento, venta o muerte (que todo era permitido al acreedor antes de dicha ley), y así comenzó a formarse lo que se ha dado en llamar "concepto abstracto" de la obligación, para significar que ésta ya no recae directamente sobre la persona del deudor sino sobre su patrimonio.

Este concepto de la obligación es el de un vínculo jurídico (vinculum iuris) en virtud del cual una persona llamada deudor (debitor) se ve constreñida respecto de otra llamada acreedor (creditor) a ejecutar una prestación: dare, praestare, facere, non facere.

A partir de la referida ley Poetelia Papiria, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación ya no se hace efectiva sobre la persona sino sobre su patrimonio.

Con fundamento en este concepto evolucionado de la obligación, los comentaristas del derecho romano y principalmente los pandectistas alemanes del siglo XIX elaboraron la teoría clásica de los derechos reales y personales, que presentaron como categorías jurídicas irreductibles.

Síntesis de la teoría clásica

El activo patrimonial de una persona está compuesto de derechos reales y personales. Los primeros son aquellos que tenemos directa o indirectamente sobre una cosa determinada y en virtud de los cuales dicha cosa nos pertenece totalmente o bajo ciertos aspectos. Volveremos sobre el tema.

En los derechos reales siempre existen una persona y una cosa: el titular del derecho, quien puede retirar directamente de la cosa, sin necesidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de intermediario alguno, todo o parte de la utilidad de la misma; y dicha cosa, que es el objeto del derecho.

Por el contrario, el derecho personal es el que tenemos contra una persona determinada y en virtud del cual podemos exigir de ésta la ejecución de un acto positivo o una abstención. De suerte que en el derecho personal existen necesariamente tres elementos: un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor, y, por último, un objeto del derecho o prestación, que puede consistir en un acto positivo o en una abstención.

IV. TEORÍAS MODERNAS.

Desde fines del siglo pasado la teoría clásica ha sido objeto de críticas que le niegan su importancia; se pretende unificar el sistema jurídico de los derechos reales y personales.

Aparecen, entonces, las teorías unitarias y las teorías dualistas.

a) Teorías unitarias.

Reducen el derecho personal a un derecho real, como la de Eugéne de Caudemet (17)(18). El derecho personal ya no es un derecho sobre la persona del deudor, sino sobre sus bienes y por consiguiente la única diferencia entre el derecho personal y el real estriba en que aquél no recae, como éste, directamente sobre una cosa determinada, sino colectivamente sobre todos los bienes que componen el patrimonio del deudor. Es decir, que el derecho personal es, para él, "un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material", lo que ocurre aunque la obligación sea de hacer o de no hacer, pues en caso de incumplimiento dicha obligación se resuelve en la de pagar con dinero los perjuicios ocasionados y esta última también se hace efectiva en el patrimonio del deudor.

Planiol reduce el derecho real a un derecho creditual: personal (18)(19).

Empieza por censurar la definición de derecho real, afirmando que no puede existir relación de orden jurídico entre una persona y una cosa, porque dar un derecho al hombre sobre la cosa equivaldría a imponer una obligación a la cosa en beneficio del hombre, lo que sería absurdo. El derecho sólo puede existir en favor de una persona y a cargo de otras personas capaces de tener obligaciones. Así lo sostuvimos en un viejo trabajo (19)(20)

El derecho real se debe concebir bajo la forma de una relación obligatoria en la que el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona; al paso que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que entran en relación con el sujeto activo.

Por tanto, el derecho real, como todos los otros derechos, necesariamente tiene un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. La concepción clásica incurre en el error de suprimir el sujeto pasivo y de atenerse a los otros dos términos, reduciendo el derecho real al estado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de relación entre el sujeto y el objeto de su derecho, cual es la cosa poseída.

b) Teorías dualistas.

En éstas se reacciona contra la teoría unionista y en defensa de la teoría clásica. Sin embargo, dos de esas teorías presentan puntos nuevos:

1. Teoría ocasionalista de Josserand.

Considera el autor (20)(21) exagerados e injustos los reproches de Planiol a la teoría clásica del derecho real, y propone una nueva explicación de éste, regresando a la antítesis establecida por los clásicos. Los derechos reales presentan la característica más bien teórica de ser absolutos, oponibles a todos, pero, ocasionalmente, abstracción hecha de ese fondo obligatorio. Se caracterizan, además, por la nota práctica que consiste en colocar al titular en situación adecuada para ejercer, directamente y sin pasar por intermediario alguno, las prerrogativas de su derecho.

2. Teoría económica de Bonnecase.

Este autor (21)(22) tampoco acepta la unificación de los derechos reales y personales. Según él, los derechos reales y personales son, respectivamente, la expresión jurídica de las acciones económicas de riqueza y de servicio y, por consiguiente, irreductibles entre sí. Partiendo del supuesto real y verdadero de que el hombre satisface sus necesidades económicas mediante la apropiación de los bienes que integran el mundo físico y mediante los servicios que le prestan sus co - asociados, el autor llega a la conclusión de que mientras el derecho real traduce la noción económica de riqueza y no tiene otra razón de ser que el aseguramiento, por vía de coacción exterior, de la apropiación de la misma, la noción de derecho personal u obligación hace otro tanto en lo que respecta a los servicios que los hombres, voluntariamente, han decidido prestarse o que la autoridad legal juzga conveniente que se presten en determinadas circunstancias. Para Bonnecase la noción de derecho personal u obligación, es la noción económica de servicio.

V. CRÍTICAS

a) Crítica a la teoría clásica.

Esta teoría es, evidentemente, contraria a los más elementales principios de la filosofía jurídica; la caracterización que ella hace del derecho real por la ausencia del sujeto pasivo, al definirlo como la relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, carece totalmente de sentido en el mundo jurídico, en el cual se dan solamente relaciones entre personas. Suprimir el sujeto pasivo del derecho real equivale a suponer una obligación de la cosa en beneficio del hombre, lo que es absurdo. De suerte que las críticas de Planiol, formuladas sobre este aspecto, son plenamente justificadas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Crítica a la teoría unitaria (realista).

Afirmar que el patrimonio del deudor es el objeto del derecho del acreedor, sin consideración a la persona de aquél, es desconocer la naturaleza de la personalidad jurídica. 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. Esta limitación necesita un sujeto pasivo porque no puede haber deuda sin deudor; sería tanto como hablar de una limitación de conducta de nadie. Además, la afirmación de que el derecho personal es un derecho real de objeto indeterminado, aunque se trata de una obligación de hacer o de no hacer, que en caso de ejecución se resuelve en la de pagar una suma de dinero, no pasa de ser un juego brillante de palabras, a nuestro juicio, fundado en la confusión entre el derecho principal del acreedor, que es el de exigir la ejecución de la prestación debida (dar, hacer o no hacer alguna cosa) y sus derechos accesorios o auxiliares, entre los cuales está el de pedir una indemnización pecuniaria en caso de incumplimiento.

EL objeto principal de una obligación de hacer o de no hacer, el que el acreedor ha tenido en cuenta en el momento de contratar, no es una indemnización en dinero, sino la realización de un hecho o de una abstención de parte del deudor. Además, para fijar la naturaleza jurídica de una obligación no se debe tomar como base su incumplimiento, pues éste tampoco ha sido la consideración principal del acreedor al celebrar el contrato.

Decir que la obligación es un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material es abrir la puerta para sostener, por ejemplo, que puede existir un derecho real sobre una cosa futura, con lo cual se falsea, a la vez, los conceptos de obligación y de derecho real.

c) Crítica a la teoría de Planiol.

En el fondo, desde el punto de vista lógicojurídico, la teoría de Planiol (unitaria) resulta exacta, a lo menos en principio. La obligatoriedad es de la esencia de toda norma jurídica. De suerte que si una norma jurídica reconoce y garantiza a una persona un derecho subjetivo, real o no real, necesariamente crea e impone a otra persona una obligación correlativa. Si bien es cierto que no es posible diferenciar el derecho real del personal por la ausencia en el primero de un sujeto pasivo obligado en beneficio del activo, la teoría de Planiol se excede al reducir la acción del derecho real a la del derecho personal y obligación propiamente dicha. Para definir el derecho real no basta hacer notar simplemente que en él se dan todos los elementos del género derecho subjetivo. El derecho real y el personal pertenecen al género de los derechos subjetivos patrimoniales o de contenido económico, y por este aspecto se diferencian ya de los extrapatrimoniales o de contenido moral. Por otra parte, como lo sostiene Bonnecase, el derecho real traduce jurídicamente la noción económica de la apropiación de la riqueza y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personal la noción económica de la prestación de servicios. Y es obvio que estas finalidades inmediatas y diversas necesariamente imprimen diferencias específicas entre tales derechos; no pueden ser exactamente iguales el concepto y el régimen jurídico del derecho que garantiza la utilización de los bienes materiales y el concepto y régimen del derecho que obliga a una persona a prestar un servicio en provecho de otra. En síntesis, los derechos reales y personales pertenecen a un mismo género, pero se diferencian específicamente por su finalidad inmediata y por la técnica empleada para lograrla.

d) Crítica a la teoría de Bonnecase.

Tiene esta teoría gran interés, considerada como correctivo de las teorías unitarias que pretenden desconocer las diferencias específicas entre los derechos reales y personales.

Pero si Bonnecase se empeña con su teoría en establecer una oposición total entre las mencionadas especies de los derechos subjetivos patrimoniales, también incurre en grave error, por cuanto abandona el análisis jurídico propiamente dicho en el cual se revela claramente la identidad genérica de todos los derechos subjetivos, para reemplazarlo por métodos ajenos a esta clase de investigaciones, como son los empleados en las ciencias económicas.

e) Conclusiones de las críticas.

Resultaría:

1º Que los derechos reales y los derechos personales no se diferencian por el número de sus elementos esenciales, porque todos los derechos subjetivos, género a que ambas especies pertenecen, constan de tres elementos, a saber: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto. Luego, son erróneas en este aspecto aquellas teorías, como la clásica y la ocasionalista, que pretenden caracterizar el derecho por la ausencia total de sujeto pasivo o por la aparición de éste en el momento de la violación.

2º Que los derechos reales y los derechos personales, en su carácter de especies de un mismo género, necesariamente presentan diferencias específicas entre sí, impuestas por las diversas finalidades sociales que persiguen. Luego, también pecan por este aspecto las teorías unitarias, como las de Planiol y Caudemet.

VI. LOS DERECHOS REALES

Para Valiente Noailles (22)(23) no ha existido ni puede existir doctrina alguna social, política o económica que para fundamento o desarrollo de sus principios no se vea compelida a elaborar una Concepción jurídica de los derechos reales y, en especial, del dominio, derecho real por excelencia, central y básico de todos los demás.

Es opinión generalizada y acreditada con los hechos que los derechos reales aparecieron, históricamente, con anterioridad a cualquier otro derecho patrimonial, ocupando siempre, a través del tiempo, una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posición preeminente. En la Edad Media la propiedad del suelo originaba un conjunto de facultades o derechos que más tarde, al centralizarse los grandes Estados, representaron el ejercicio de la soberanía (23)(24).

En épocas más remotas aun, la propiedad, riqueza indispensable para gozar de poder, honor y hasta esencial para disfrutar de derechos civiles y políticos, fue fuente de conflictos entre los desposeídos y aquellos que la detentaban, instruyéndonos al respecto la historia de la antigua Roma (24)(25).

En la actualidad, anuladas las injustas diferencias mencionadas, prácticamente desaparecidos los grandes latifundios y subdivididos en múltiples parcelas, igualmente la propiedad, base de diarias transacciones, motiva operaciones que afectan relaciones sociales y que, contempladas desde un punto puramente económico, representan la riqueza del país.

Distintas definiciones se han enunciado de los derechos reales. En un trabajo aparecido en 1957 (25)(26), reproducimos la opinión de numerosos autores; a él nos remitimos en obsequio a la brevedad.

Pero no podemos dejar de citar al codificador. Siguiendo su criterio, tampoco define en un artículo qué son los derechos reales, pero en la glosa al título IV, del libro III, del Código, dice: "... diremos con Demolombe que derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentra en ella sino dos elementos: la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto".

En relación con el antiguo derecho romano, Vélez agrega en su comentario que "no había formulado científicamente la clasificación de derechos reales y personales. La división se aplicaba a las acciones...".

Efectivamente, las acciones reales, referidas a la vindicatio, se dirigían contra el poseedor de la cosa; las acciones personales, denominadas condictio, facultaban al creditor a exigir el cumplimiento de la prestación, que podía ser de dar o hacer por parte del obligado.

El Digesto, siguiendo a Ulpiano (26)(27), dice: "*Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio et in personam quae condictio appellatur*". Y la Instituta (27)(28) : "*Omnium actionum quibus inter aliquos apud indices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam ...*".

Fue surgiendo, así, una diferencia que se acrecentaría al distinguirse entre una y otra categoría de derechos. Respecto de tal problema, Gorostiaga (28)(29), luego de citar a Thibaut, dice que "los términos *ius in personam u obligatio* y *ius in re* se usaban en un sentido completamente distinto al que le dieron los juristas posteriores". Para ellos, las expresiones tenían el significado que les daba el lenguaje. Las usaban con propiedad, indudablemente. El *ius in re* era aquel derecho que se ejercía sobre una cosa transmitida por la tradición (traditio), se ligara o no el mismo a la vindicatio. La acción no caracterizaba al derecho. En cambio, la obligatio era la relación de derecho en virtud de la cual se tenía facultad de exigir el cumplimiento de un acto determinado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por parte de una persona.

Los primeros estudiosos del derecho romano sacaron como consecuencia que un derecho era real cuando le correspondía una acción de tal naturaleza y que al derecho personal no le correspondía ninguna acción de tal tipo o bien sólo tenía una acción personal.

Actualmente, por oposición al derecho personal, sólo vemos en él derecho real. conforme a la doctrina clásica, un solo sujeto y un objeto, que es la cosa sobre la cual se ejerce. Se nos presenta como una situación jurídica que permita al titular ejercer directa e inmediatamente sobre ella, la totalidad de su poder, o sea, concretamente, que la cosa por sí misma se encuentra sometida, independientemente de toda acción u omisión de otra persona, al sujeto del derecho Hay un señorío sobre la cosa.

Por ello dice Bonfante (29)(30) que "el derecho real se puede definir como el señorío independiente sobre una cosa. Esto significa que el ejercicio de una facultad sobre la cosa, el goce más o menos amplio de ésta es independiente de la relación con una persona (obligación), por lo cual está también independientemente tutelado mediante una acción in rem o sea que es ejercitada contra un tercero cualquiera".

Freitas (30)(31) determina: "Son derechos personales los que tienen por objeto inmediato las personas, aunque mediatamente pueden tener por objeto las cosas. Son derechos reales los que tienen por objeto inmediato las cosas aunque mediatamente tengan por objeto las personas".

Aubry y Rau (31)(32) dicen que "hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata que se puede oponer a cualquier otra persona".

Por su parte, Bonnecase (32)(33) define al derecho real como "una relación de derecho civil en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona".

Entre los autores alemanes, ha dicho Planitz (33)(34) que "los derechos sobre las cosas o derechos reales, atribuyen al titular un señorío jurídico de manera directa e inmediata sobre la cosa misma. Es positivo en cuanto el titular puede actuar sobre la cosa; es negativo en cuanto que dicho titular puede prohibir las intromisiones de terceros sobre la cosa. Al mismo tiempo es absoluto, puesto que es eficaz frente a todos".

Entre nosotros, ni Salvat (34)(35) ni Lafaille (35)(36) han enunciado personalmente una definición sobre los derechos reales; se han reducido a exponer conceptos y caracteres de éstos. Bibiloni (36)(37), en la nota al artículo 1015 de su obra, explica que "el derecho real se ejerce directamente sin pasar por el intermediario de una prestación. Cuando se le viola impidiendo su libre ejercicio, nace un derecho especial a exigir su restablecimiento, semejante al personal, porque no existe sino contra el autor de la violación. Pero es un motivo, un título, una pretensión a exigir la protección del Estado por vía de acción. No es un crédito".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Además de las diferencias apuntadas, existen otros aspectos que permiten distinguir ambas categorías de derechos. Por ejemplo, la cesión de créditos no exige mayores formalidades, excepto la notificación al deudor. Por oposición, en los derechos que se ejercen sobre las cosas, su adquisición requiere la tradición, siendo en oportunidades indispensable la escritura pública, y en otros casos - según el régimen adoptado por los países -, la inscripción en un registro es requisito ineludible

Se aprecia también que la prescripción liberatoria lleva al deudor a eximirse del cumplimiento de su obligación, en tanto que en los derechos reales es de vital importancia la figura jurídica opuesta o sea la prescripción adquisitiva o usucapión, fundamental para la adquisición de los derechos citados.

Generalmente, las obligaciones son temporarias o transitorias; por el contrario, los derechos reales, en principio, como ocurre con el dominio, son perpetuos y no se pierden por el no uso.

<p>VII. DIFERENCIAS ESPECÍFICAS DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES</p>
--

Formulamos, a continuación, un resumen que constituye las conclusiones del trabajo.

1. El derecho personal existe contra una persona determinada que debe prestar al acreedor el servicio que constituye el objeto de tal derecho y, aun en el caso de que los deudores sean varios, también están limitativamente determinados. Por el contrario, el derecho real, traducción jurídica de la utilización de un bien por una persona, implica la obligación a cargo de todo el mundo de respetar dicha utilización, es decir, que este derecho es oponible a cualquier persona distinta del titular. La mencionada diferencia se expresa en el léxico jurídico diciendo que el derecho personal es relativo (a una o más personas determinadas), al paso que el derecho real es absoluto o erga omnes (respecto de todo el mundo).

2. La obligación universal, implícita en el (derecho real, tiene siempre por objeto una abstención; como se trata de garantizar la utilización de un bien, lo único que se exige al sujeto pasivo es la observancia de cierta conducta que no impida el ejercicio de las facultades que se reconocen al titular.

El derecho personal, por el contrario, como se encamina a imponer la prestación de un servicio, le da facultad al acreedor para exigir del deudor la prestación (un hecho pasivo, como la entrega de una suma de dinero, y también una abstención, como no hacer competencia comercial al acreedor).

3. Aun en el caso de que el derecho personal tenga por objeto la abstención del deudor, existe marcada diferencia entre aquél y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho real. La abstención impuesta por este último corresponde a un estado normal y por consiguiente pasa desapercibido al sujeto pasivo. Por el contrario, la abstención que nace del derecho personal merma las facultades que normalmente reconoce la ley y a las personas; de suerte que la obligación sí hace sentir su peso al deudor.

4. El derecho real garantiza al titular la utilización de una cosa con exclusión de toda persona; por consiguiente, mientras el derecho se conserva, el titular que pierda la tenencia de la cosa puede perseguirla en cualesquiera manos en que se encuentre. Esta es consecuencia lógica de que el derecho real sea oponible a todo el mundo. Por el contrario, el titular del derecho personal solamente puede hacer valer su derecho contra la persona determinada a cuyo cargo existe la obligación.

5. Los derechos reales gozan del atributo denominado "derecho de preferencia", que también se explica por el carácter absoluto de tal especie de derechos. A la inversa, en principio, los simples acreedores no gozan de preferencia; por consiguiente sus créditos quedan sujetos al prorrateo que se haga de los bienes del deudor concursado.

6. Por cuanto los derechos reales implican una obligación universal, no pueden existir sino aquellos que la ley expresamente reconozca. Dentro de los límites que la ley señala a la autonomía de la voluntad privada, los particulares pueden pactar a su arbitrio la creación de cualquier derecho personal. Pero no pueden crear derechos reales no reconocidos por la ley, porque éstos obligan a todo el mundo y solamente la ley puede limitar, por vía de reglamentación general, las facultades de todos los individuos (art. 2502, Cód. Civil).

Los derechos reales están determinados en su cantidad por la ley y por nuestro Código Civil; no se admiten otros que los enunciados en su artículo 2503 y los que resultan de la interpretación doctrinal del artículo 2614.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras citadas en las notas, hemos consultado las siguientes:

Savigny, F. Tratado de derecho romano actual. Madrid, 1879

Nardi - Greco, C. Sociología jurídica. Milán, 1901.

Morineau, O. Los derechos reales y el subsuelo en México. México, 1948.

Etcheverry Boneo, R. "El derecho real. Concepto clásico y moderno". En Rev. de la Fac. de D. de Bs. As., 1924, t. III, pág. 433, N° 6

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Rigaud, L. Le droit réel. París, 1926

Valdés, H. "Introducción al estudio de los derechos reales". En Boletín del Inst. de D. Civil. Córdoba, N° 1, 1947, pág. 7.

Mugaburu, R. Esquemas sobre la sistemática del derecho. La Plata, 1952

Rotondi, M. Istituzioni di diritto privato. Milán, 1945.

Capitant, H. Introduction a l'étude du droit civil. París, 1912.

LA "HORA" DE LOS PROTESTOS SIN DILIGENCIAS

OSVALDO S. SOLARI

1. Es de nuestro conocimiento que suelen ser observadas las escrituras de protesto "sin diligencias" en las cuales el escribano no hizo constar la "hora".

2. El fundamento de la observación consiste en que el artículo 66 del decreto - ley 5965/63 establece que: "El acta del protesto notarial debe contener esencialmente: 1º La fecha y «hora» del protesto" y que al no haber distinciones en la ley no pueden existir diferencias entre el acto de un protesto con diligencias y otra sin ellas. Es decir que, a pesar de que dicho artículo 66 regula lo que podría denominarse el protesto normal, sus disposiciones son aplicables a cualquier tipo de protesto, aun en aquellos protestos en los cuales se tienen por cumplidas las diligencias que no son practicables por circunstancias de hecho.

3. Creemos que la observación carece de fundamento legal y trataremos de explicar por qué lo vemos así.

4. Es básico puntualizar con toda precisión cuál es la finalidad del protesto conforme a la legislación vigente. Dejando de lado las apreciaciones doctrinarias, por el decreto - ley 5965 (art. 47), las acciones cambiarias de regreso contra endosantes, librador u otros obligados pueden ser ejercidas por el portador: "AL vencimiento, si el pago no se hubiese efectuado" (inc. a), y a continuación el art. 48 dispone que "La negativa de aceptación o del pago debe ser constatada mediante acto auténtico (protesto por falta de aceptación o de pago)".

Decimos que esto es básico, porque en un protesto "normal" hay tres momentos: el primero, cuando se pide o requiere al escribano su intervención; el segundo, cuando el escribano, cumpliendo el requerimiento, se constituye en el domicilio donde el documento debe ser pagado o aceptado y hace la intimación y "comprueba auténticamente" (de visu et auditus) su resultado negativo; y, el tercer momento, cuando el notario documenta en su protocolo lo ocurrido en