

Capítulo 1

Teoría clásica

Los derechos patrimoniales tienen por objeto las cosas del mundo exterior o los actos de los hombres; en otros términos, el poder que ellos confieren puede ser de dos tipos: bien puede ser un poder que permite al hombre usar y servirse de un objeto que hace parte del mundo exterior, o bien puede ser un poder que existe contra una persona determinada y obliga a ésta a cumplir una prestación, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.¹

Algunas de las primeras referencias a la Teoría Clásica se encuentran en la obra de Planiol, quien agrupó bajo dicho denominador a los autores que lo antecedieron y para quienes el derecho real se podía describir como una *relación* entre un sujeto y una cosa:² “Según la *definición clásica*, hay un derecho real cuando la cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una *relación inmediata* que es oponible a toda otra persona”.³ Dicha *relación* sirvió de característica para

¹ Traducción de: “ Les droits du patrimoine ont pour objet, soit les choses du monde extérieur, soit les actes des hommes ; en d’autres termes, le pouvoir qu’ils nous confèrent peut être de deux sortes : ou bien c’est un pouvoir qui permet à l’homme d’user et de se servir d’un objet faisant partie du monde extérieur, ou bien c’est un pouvoir qui existe contre une personne déterminée et oblige celle-ci à accomplir une prestation, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ”. Henri Capitant, *Introduction à l’étude du droit civil*, París, A. Pedone, 1904, p. 77.

² *Cosa y bien* serán utilizados como términos sinónimos.

³ Traducción de: “ D’après la définition classique il y a droit réel lorsqu’une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d’une personne, en vertu d’un

construir la identidad de un grupo de doctrinantes de finales siglo XIX y principios del XX, entre quienes sobresalen Aubry y Rau,⁴ Demolombe y Capitant. De manera adicional, Pothier propuso una definición que bien podría constituir el inicio de ésta posición teórica: “El *jus ad re* es el derecho que tenemos en una cosa, por la cual ella nos pertenece, al menos en ciertos aspectos”.⁵

1. Planteamiento teórico

Según la Teoría Clásica, la diferencia entre los derechos personales y los derechos reales era estructural: mientras en los primeros había dos extremos subjetivos que se vinculaban para la ejecución de una prestación, en los segundos solo había una persona que se relacionaba con un bien. Al enlistar las características de ambos derechos, solían afirmar que el personal estaba conformado por tres elementos (*i. e.* dos sujetos y un objeto, la prestación), mientras que el real lo estaba solo por dos (*i. e.* un sujeto y un objeto, el bien). El derecho real se describía como un poder directo e inmediato sobre una cosa, dotado de los “derechos” de *persecución* y de *preferencia*, ajenos al derecho personal, los cuales daban cuenta de una eficacia y de una fuerza superiores.

En relación con el primero de estos derechos, los autores clásicos entendían que la cosa llevaba en sí al derecho real, incluso cosa y derecho se confundían hasta afirmar que éste se encontraba embebido en aquella.⁶

rapport immédiat opposable à toute autre personne [...]”. Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil. Tomo I: Principes Généraux-Personnes-Biens*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1908, p. 878.

⁴ La obra de Aubry y Rau fue inicialmente editada en tres volúmenes, entre 1837 y 1847. La séptima edición, utilizada para esta investigación, data de 1961.

⁵ Traducción de: “ *Le jus ad re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards ”. Robert Joseph Pothier, *Œuvres Complètes de Pothier*, París, Depelafol Libraire, 1835, p. 143.

⁶ Al referirse al entendimiento que la *escuela clásica* tenía del “derecho de persecución”, Rigaud y Derruppé afirmaron que “[...] el derecho real recae sobre la cosa y la sigue dondequiera que ella va”. Traducción de: “[...] le droit réel porte sur la chose et il la suit partout où elle va ”. Louis Rigaud, “ *Le Droit Réel: Histoire et Théories, son origine institutionnelle* ” [tesis de doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Toulouse],

En consecuencia, el titular podía perseguir el bien en manos de quien se encontrara, lo cual constituía el “*derecho*” de *persecución* descrito por Aubry y Rau como “[...] la prerrogativa para el titular de un derecho real de perseguir el ejercicio de su derecho sobre la cosa misma sometida a ese derecho y contra todo poseedor y tenedor de la cosa”.⁷ El ejemplo por antonomasia del “*derecho*” de *persecución* se encontraba en los derechos reales de garantía, toda vez que el acreedor de una obligación con caución real podía *perseguir* el bien con independencia de enajenaciones posteriores que implicaran la no correspondencia entre el titular del dominio y su deudor; en relación con los derechos reales principales, se mencionaba el caso de la reivindicación.

Por su parte, en relación con el derecho de preferencia, la Teoría Clásica afirmaba que en caso de conflicto entre un derecho real y un derecho personal, el ordenamiento daba prioridad al primero; en caso de que existieran dos derechos reales sobre un mismo bien, se identifica la naturaleza de ambos para resolver el conflicto o se acudía a un criterio cronológico, el primero en el tiempo era primero en el derecho. El ejemplo clásico para esta característica era nuevamente la hipoteca: el titular de la garantía tenía preferencia respecto de los demás acreedores para el pago de su acreencia con el bien gravado; en caso de que se constituyeran varias hipotecas sobre un bien, habría una ordenación cronológica de las mismas, de tal forma que se preferiría la primera constituida respecto de la siguiente, y así en adelante. En contraste, los derechos personales eran todos semejantes, sin ningún tipo de preferencia entre ellos y sin preferencia en relación con los derechos reales. En caso de que varias personas tuvieran un derecho personal a que un mismo deudor les trans-

Toulouse, 1912, p. 119. En el mismo sentido: “El titular del derecho real ejercerá su poder sobre la cosa en manos de quien se encuentre. Su derecho está unido a la cosa y la sigue por doquier”. Traducción de: “ Le titulaire du droit réel exercera son pouvoir sur la chose en quelque main qu’elle se trouve. Son droit est attaché à la chose, il la suit partout ”. Jean Derruppé, “ La Nature Juridique du Droit du Preneur à Bail et la Distinction des Droits Réels et des Droits de Créance ” [tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Toulouse], Toulouse, Librairie Dalloz, 1951, p. 192.

⁷ Traducción de: “ Le droit de suite se ramène à la prérogative pour le titulaire d’un droit réel d’en poursuivre l’exercice sur la chose même soumise à ce droit et contre tout possesseur et détenteur de la chose ”. Charles Aubry; Charles Frédéric Rau y Paul-Edmond Esmein, *Droit Civil Français. Tomo II: Des biens*, París, Librairies Techniques, 1961, p. 94.

firiera el dominio sobre un bien, sería el hecho posterior del pago el que determinaría al acreedor favorecido; frente a varios acreedores no había ningún tipo de preferencia, y criterios como el momento de surgimiento de las obligaciones carecían de interés.

Puesto que la posibilidad de defensa que representaban los derechos de persecución y preferencia era una característica que permitía identificar a los derechos reales, algunos autores posteriores entendieron que el planteamiento clásico implicaba la *inoponibilidad* de los derechos personales a terceros. Rigaud señaló que según esta doctrina, “[...] el derecho real era un derecho absoluto, oponible a todos, a diferencia del derecho personal, simple derecho relativo, únicamente oponible al deudor”.⁸ Sin embargo, el uso del término *oponibilidad* es ambiguo en esta crítica, pues se refiere tanto a la obligación a cargo del deudor como al respeto debido por todos los terceros al derecho real. Además, el segundo significado no resultaba ajeno al derecho personal en el planteamiento de los autores en comento. Por el contrario, Demolombe, y Aubry y Rau afirmaron explícitamente que la oponibilidad frente a terceros era común a ambos tipos de derecho.

Se opone frecuentemente el derecho real al derecho personal diciendo que el primero es oponible a todos, mientras que el segundo no implica obligación más que a cargo de una o de varias personas determinadas. El primero sería *absoluto* y el otro *relativo*. Esta oposición está manchada de equívoco: cuando se dice que el derecho real es oponible a todos, se quiere decir que toda persona está obligada a no perturbar el goce de un propietario. Pero toda persona está igualmente obligada a no obstaculizar la ejecución de una obligación o a no impedir que un acreedor disponga de su derecho. Está prohibido contratar a una persona vinculada a otro empleador por un contrato aún vigente. Y, cuando el deudor es insolvente, ninguno de sus acreedores puede pretender evitar el concurso de otro acreedor sobre el precio de los bienes, pretendiendo que la acreencia no le es oponible.⁹

⁸ Traducción de: “ Le droit réel est un droit absolu, opposable à tous, à la différence du droit personnel, simple droit relatif, uniquement opposable au débiteur ”. L. Rigaud, *op. cit.*, p. 120.

⁹ Traducción de: “ On oppose souvent le droit réel au droit personnel, en disant que le premier est opposable à tous, tandis que le second ne comporte d’obligation qu’à la charge

La claridad con la cual los autores clásicos señalaron el respecto debido por los terceros a ambos, *derechos personales* y *reales*, es quizá el aporte más importante que se puede atribuir a esta teoría.¹⁰ Su pensamiento vanguardista les permitió anticipar la profunda semejanza que esta característica implica entre ambos tipos de derechos.¹¹ Con todo, no se puede ignorar que el uso del lenguaje jurídico era laxo, lo cual le restó solidez a su exposición teórica. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el siguiente aparte en el cual Rigaud sintetizó la postura clásica:

Estas dos prerrogativas del *derecho real*, (*derecho* de preferencia y *derecho* de persecución) de cara al derecho de crédito, son *inherentes* a su naturaleza. Ellas resultan de que el derecho real suponga una *relación directa* entre la persona y la cosa, mientras que el derecho de crédito no establece entre la persona y la cosa sino una *relación indirecta*, y no permite al acreedor obtener la cosa sino por intermedio del deudor. El acreedor no puede seguir la cosa en las manos de los terceros, porque él no tiene, propiamente hablando, ningún derecho sobre ella; su derecho no sigue la cosa, sino a la persona

d'une ou plusieurs personnes déterminées. Le premier serait *absolu* et l'autre *relatif*. Cette proposition est entachée d'équivoque ; quand on dit que le droit réel est opposable à tous, on veut dire que toute personne est tenue de ne pas troubler la jouissance d'un propriétaire. Mais toute personne est également tenue de ne pas entraver l'exécution d'une obligation ou d'empêcher un créancier de disposer de son droit. Il est interdit d'embaucher une personne liée à un autre employeur par un contrat non expiré. Et, quand un débiteur est insolvable, aucun de ses créanciers ne peut prétendre éviter le concours d'un autre créancier sur le prix de ses biens en prétendant seulement que la créance ne lui est pas opposable ". Ch. Aubry; Ch. F. Rau y P. E. Esmein, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰ En 1910, cuando ya el planteamiento clásico había perdido vigor, Pierre Hugueneu sustentó en la Universidad de Dijon una tesis ampliamente referida, en la cual afirmó la posibilidad de la responsabilidad de un tercero cómplice de la violación de una obligación contractual. Su planteamiento, que entonces pareció novedoso, bien podría explicarse a partir de los conceptos desarrollados por la *escuela clásica*, cuyos autores ya habían señalado el respeto debido por los terceros a los derechos personales. Cfr. Pierre Hugueneu, "Responsabilité Civile du Tiers Complice de la Violation d'une Obligation Contractuelle" [tesis de doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Dijón], París, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910.

¹¹ Por ejemplo, Aubry et Rau señalaron que: "El derecho real y el derecho personal no son entonces, y no pueden serlo, tan diferentes como a veces se les presenta". Traducción de: "Le droit réel et le droit personnel ne sont donc pas, et ne peuvent pas être, aussi différents qu'on les a parfois présentés ". Ch. Aubry, Ch. F. Rau y P. E. Esmein, *op. cit.*, p. 90.

de su deudor. De otra parte, como él se entrega a la buena fe del deudor, como los otros acreedores, no hay, en caso de conflicto, ninguna razón de preferencia de uno con respecto a otro¹² [cursiva adicional].

El fragmento anterior es especialmente interesante por el uso que se hace de los términos “derecho” y “relación”.¹³ Respecto al primero, se observa un caso de ambigüedad vertical, en el cual con la misma palabra se denominan algunas prerrogativas, es decir algunas posibilidades de actuar jurídicamente, y también la estructura que las comprende: el *derecho* de persecución y el *derecho* de preferencia forman parte del *derecho* real. Dichas características se entendían como *inherentes*, lo cual oscurece que la configuración de las instituciones depende de las opciones siempre flexibles de cada sistema jurídico. En relación con el segundo, se hacía referencia a relaciones *directas* e *indirectas*, conceptos de identidad y diferencia indeterminadas. Sin embargo, esta relación directa, que según los autores clásicos constituía la característica fundamental del derecho real, sería precisamente el blanco de importantes críticas por parte de los autores personalistas.

¹² Traducción de: “ Ces deux prérogatives du droit réel vis-à-vis du droit de créance (droit de préférence et droit de suite) sont inhérentes à sa nature. Elles résultent de ce qu’il suppose un rapport direct entre la personne et la chose, tandis que le droit de créance n’établit entre la personne et la chose qu’un rapport indirect et ne permet au créancier d’obtenir la chose que par l’intermédiaire du débiteur. Le créancier ne peut suivre la chose entre les mains des tiers, puisqu’il n’a, à proprement parler, aucun droit sur elle ; son droit ne suit pas la chose, mais la personne de son débiteur. D’autre part comme il s’est abandonné à la bonne foi du débiteur, comme les autres créanciers, il n’y a, en cas de conflit, aucune raison de préférer l’un à l’autre ”. L. Rigaud, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

¹³ En la doctrina latinoamericana, Abeliuk no solo refiere la relación entre un bien y el sujeto para caracterizar el *derecho real*, sino también la ausencia de tal relación para caracterizar el *derecho personal*: “El derecho personal se caracteriza, pues, fundamentalmente porque *en él no existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa*, sino un vínculo jurídico entre personas: acreedor y deudor; en consecuencia, el titular del crédito tiene una relación indirecta con la cosa, y por ello los romanos hablan de ‘jure ad rem’, derecho a la cosa” [cursiva adicional]. R. Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones: el derecho de las obligaciones y su evolución*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 21.

2. Análisis

El análisis de la Teoría Clásica considerará dos elementos: el aspecto fáctico de la distinción, es decir la referencia a una relación con el bien en los derechos reales; y el aspecto jurídico, concerniente a los *derechos de persecución y preferencia*. Para comenzar con el primero, discernir una crítica de Planiol resulta pertinente.

[...] esta relación directa no es más que un *hecho* y tiene un nombre: es la posesión, es decir la posibilidad de detentar la cosa y de utilizarla como dueño y señor. Una relación de *orden jurídico* no puede existir entre una persona y una cosa, pues dar al hombre un derecho sobre la cosa equivaldría a imponer una obligación a la cosa con respecto al hombre, lo cual sería un absurdo. Por definición, *todo derecho es una relación entre personas*. Esta es la verdad elemental sobre la cual se funda toda la ciencia del derecho.¹⁴

Si bien la crítica anterior es importante porque enfatiza la diferencia entre los hechos propiamente dichos (*i. e.* la posesión) y aquello que es jurídico, implica una petición de principio: Planiol supuso que la doctrina clásica utilizó la palabra “relación” en su sentido especializado, como relación jurídica, y no simplemente en su significado natural, propio del lenguaje común, para aludir a un hecho. Sin embargo, si el término “relación” fuera entendido en este sentido, la crítica de Planiol quedaría sin fundamento y el aspecto examinado de la explicación clásica sería neto. De hecho, entre las acepciones que el diccionario francés *Le Littré* señala para *rapport* (*i. e.* relación), se encuentra “conformidad, correspondencia entre las diversas partes de un todo, de una obra”.¹⁵ Asimismo, de manera

¹⁴ Traducción de: “[...] ce rapport direct n’est qu’un *fait*, et il a un nom : c’est la *possession*, c’est-à-dire la possibilité de détenir la chose et de s’en servir en maître. Un rapport d’*ordre juridique* ne peut pas exister entre une *personne* et une chose, parce que donner à l’homme un droit sur la chose équivaldrait à imposer une obligation à la chose envers l’homme, ce qui serait une absurdité. Par définition, *tout droit est un rapport entre les personnes*. C’est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit”. M. Planiol, *op. cit.*, p. 879.

¹⁵ Traducción de: “ Accord, correspondance entre les diverses parties d’un tout, d’un ouvrage”. Claude Blume, *Le Littré : Le Dictionnaire de Référence de la Langue Française*, París, Le Figaro, 2007, t. XVI, s. v. rapport, pp. 341-343.

explícita, hace referencia a relaciones con cosas: “Una cosa está en *relación* con otra cuando la segunda conduce a la primera, cuando indica una dirección hacia ella, un vínculo con ella”.¹⁶

Desde la literalidad, las afirmaciones de Aubry y Rau bien podrían limitarse a un concepto no jurídico de relación. Estos autores parecían más interesados en resaltar la necesidad de un bien determinado, la conexión o correspondencia entre el titular y el bien objeto del derecho, que en referir la estructura jurídica de los derechos reales o la existencia de un derecho subjetivo¹⁷ con un bien por sujeto pasivo.

[...] el derecho real supone una cosa individualizada. Una cosa designada solamente por su género, una cosa que no existe ni siquiera en germen, una cosa que aún no ha sido fabricada, una cosecha que provendrá de una tierra aún no sembrada, no pueden ser el objeto de un derecho real. *No se concibe una relación inmediata y directa sino con una cosa que existe*¹⁸ [cursiva adicional].

Si bien la palabra *relación* no es feliz por la ambigüedad que genera, los apartes trascritos, considerados en su contexto y descartando el concepto jurídico de relación, permitirían concluir que lo señalado por Aubry y Rau era correcto. No obstante, la diferencia entre los significados fáctico y jurídico no fue considerada al momento de la discusión, y por esto la crítica de Planiol se dirigió desde una perspectiva jurídica (el derecho subjetivo) hacia un planteamiento que no excedía los hechos. Considerada en esta única dimensión, la descripción clásica tuvo el valor de precisar un elemento para discernir la distinción entre *derechos personales* y *reales*: la necesidad de un bien en los primeros.

¹⁶ Traducción de: “ Une chose a rapport à une autre quand elle y conduit, quand elle indique une direction vers elle, un lien avec elle ”. *Ibid.*, s. v. rapport, pp. 341-343.

¹⁷ Fue en el siglo XX, con posterioridad a los planteamientos personalistas, cuando la doctrina francesa se ocupó a profundidad del concepto “derecho subjetivo”. Al respecto, las obras referidas por antonomasia son: 1) Jean Dabin, *Le Droit Subjectif*, París, Dalloz, 1952; 2) Paul Roubier, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, París, Dalloz, 1963.

¹⁸ Traducción de: “ [...] le droit réel suppose une chose individualisée. Une chose désignée seulement par son genre, une chose qui n'existe même pas encore en germe, une chose non encore fabriquée, une récolte à provenir d'une terre non encore ensemencée, ne peuvent être l'objet d'un droit réel. On ne conçoit un rapport immédiat et direct qu'avec une chose qui existe ”. Ch. Aubry, Ch. F. Rau y P. E. Esmein, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

Con todo, la definición de los derechos reales desde una perspectiva solamente fáctica es insuficiente. Su descripción como “[...] relaciones inmediatas y directas entre una cosa y la persona a cuyo poder se encuentra sometida de una manera más o menos completa”¹⁹ permitiría la inclusión de *la posesión* como un derecho real: el poseedor tiene, al igual que el propietario, una relación inmediata y directa con el bien, el cual somete hasta comportarse como señor y dueño. Por lo anterior, la diferencia entre la posesión y el derecho real de propiedad es una diferencia jurídica: en los hechos, poseedor y propietario se encuentran en una condición similar; en lo jurídico, sus posiciones son diferentes, pues el ordenamiento solo le atribuye expresamente un derecho real al segundo, lo cual tiene importantes consecuencias en las posibilidades de acción de cada uno.

En relación con el aspecto jurídico de los derechos reales, los autores clásicos consideraron el *derecho de persecución* y el *derecho de preferencia*. Sin embargo, estos “derechos” resultan problemáticos como criterio de clasificación, pues en caso de duda sobre la naturaleza de un derecho patrimonial, la respuesta dependería de unos atributos que a su vez dependen de la naturaleza del derecho; se construyó así un círculo vicioso que no aporta ninguna claridad a la distinción. Por ejemplo, para clasificar los derechos de un acreedor anticrético sobre la cosa que puso a su disposición el deudor, sería necesario conocer si aquel es titular de los derechos mencionados; para saber si lo es, se precisaría identificar la naturaleza de su derecho sobre el bien. A pesar de lo anterior, una exploración más detallada del aspecto jurídico señalado es conveniente, pues permitiría verificar si los derechos de persecución y de preferencia son exclusivos respecto de los derechos reales.

2.1 Derecho de persecución

“Derecho de persecución” es un nombre genérico que comparten un grupo de instituciones jurídicas cuyos objetos varían según el derecho real al que se encuentran referidas. Desde el lenguaje natural, se podría decir

¹⁹ Traducción de: “ Les droits réels sont décrits comme comportant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d’une manière plus ou moins complète ”. *Ibid.*, p. 85.

que, en efecto, están dispuestas para “perseguir” un bien, pero un análisis jurídico no solo permite identificar diferencias importantes entre ellas, sino también estructuras semejantes por fuera de los derechos reales. En relación con los distintos alcances que tiene el derecho de persecución, es útil observar un derecho real principal, como la propiedad, y un derecho real de garantía, como la hipoteca.

En el caso de la propiedad, el *derecho de persecución* se expresa en la pretensión reivindicatoria, dispuesta para que el propietario defienda su derecho. Sin embargo, para el ejercicio de dicha pretensión no basta ser titular de la propiedad, pues se precisa un hecho jurídico adicional: que un tercero tenga la calidad de poseedor del bien objeto del dominio. El derecho de propiedad es uno de los presupuestos que dan lugar a la legitimación en la causa para incoar dicha pretensión. Lo anterior implica que la posibilidad de perseguir no identifica todos los derechos de propiedad, pues solo están legitimados aquellos propietarios cuyo bien se encuentra en manos de un poseedor. En consecuencia, solo los propietarios cuyo bien se encuentra en manos de un poseedor son titulares del derecho de persecución, y si este fuera una característica que identifica los derechos reales, solo éstos propietarios serían titulares de un derecho real, lo cual constituye una conclusión inaceptable.

De cara a la hipoteca, el derecho de persecución es la posibilidad de ejercer el derecho real para la satisfacción de un crédito, cuando el bien objeto de la garantía cambió de propietario y no pertenece más a la persona que la constituyó. A diferencia de la reivindicación, el término “derecho” no se refiere en este caso a la posibilidad de incoar una pretensión, sino a una prerrogativa que acompaña una pretensión ejecutiva, propia de los derechos personales. La persecución solo se observa cuando la persona que constituyó la garantía transfirió el dominio de manera posterior, pues, en caso contrario, la ejecución recaería directamente sobre el patrimonio de esta y la utilidad de la hipoteca se limitaría al privilegio respecto de los demás acreedores, el cual constituye no el derecho de persecución sino el de preferencia.

Se dice que el titular de un derecho real tiene un *derecho de persecución* y un *derecho de preferencia*. Con lo anterior se evoca especialmente los derechos reales accesorios a un derecho de crédito. El acreedor hipotecario *sigue* al inmueble hipotecado cuando cambia

de propietario, para embargarlo al tercero que es propietario cuando se reclama el pago²⁰ [cursiva adicional].

No solo el *derecho de persecución* constituye una pretensión respecto de la propiedad, no así de la hipoteca, sino que además los hechos y la función que dan lugar al ejercicio de los mencionados derechos son diferentes: cuando un propietario reivindica, pretende defender su derecho real contra un tercero que lo desconoce y se comporta como poseedor; cuando un acreedor hipotecario ejecuta la garantía, pretende el pago de un derecho personal por medio de un bien, y no requiere la violación de ningún derecho real, como en el primer caso. Las diferencias mencionadas permiten afirmar que no existe identidad entre el “derecho de persecución” propio de los derechos reales principales y el de los derechos reales de garantía.

No obstante, podría defenderse que el “derecho de persecución”, como criterio para identificar los derechos reales, tiene una naturaleza binaria, es decir que se expresa en dos modalidades: en primer lugar, como un mecanismo de protección tendiente a recuperar la posesión del bien que constituye el objeto del derecho; en segundo lugar, como una prerrogativa que permite el cobro de un derecho personal con un bien específico, incluso si el mismo ha salido del patrimonio del deudor. Sin embargo, tal planteamiento pretende la asimilación de aquello en lo que jurídicamente solo hay diferencia: ambas instituciones son independientes respecto tanto del interés para el que están dispuestas, cuanto de los supuestos fácticos de cuya satisfacción dependen. Además, si se considera cada una de las formas como se expresa la persecución, se podría comprobar que la misma no es exclusiva de los derechos reales: la primera es común a la posesión; la segunda se observa respecto de instituciones como las pretensiones pauliana y de simulación.

En primer lugar, el Código Civil colombiano le atribuye al poseedor regular, quien no es titular de un derecho real sobre el bien, la posibilidad

²⁰ Traducción de: “ On dit que le titulaire d’un droit réel a un *droit de suite* et un *droit de préférence*. On évoque par là spécialement les droits réels accessoires d’un droit de créance. Le créancier hypothécaire suit l’immeuble hypothéqué quand il change de propriétaire, pour le saisir entre les mains du tiers qui en est propriétaire au jour où il réclame le paiement ”. *Ibid.*, p. 87.

de reivindicar contra poseedores posteriores.²¹ Lo anterior implica que el poseedor es titular de una prerrogativa similar al derecho de persecución del propietario, pero cuya causa no radica en un derecho real.²² Si se concluyera que, dado que el poseedor puede perseguir, la posesión constituye un derecho real, comenzaría el círculo vicioso al cual dan lugar los derechos de persecución y de preferencia como criterio de identificación de los derechos reales: no es posible determinar con claridad si la naturaleza del derecho da lugar a ciertos mecanismos de defensa, o si ciertos mecanismos de defensa permiten determinar la naturaleza del derecho.

En segundo lugar, respecto de los derechos de crédito, las pretensiones pauliana y de simulación tienen algunas semejanzas con la persecución propia de los derechos reales de garantía. Estas pretensiones permiten que el acreedor de quien devino insolvente con la aquiescencia de terceros pueda reconstruir el patrimonio con el cual se satisfará su crédito; por medio de estas pretensiones, el acreedor puede perseguir (expresión aceptable desde el lenguaje natural) aquellos bienes que salieron del patrimonio de su deudor. Un ejemplo resulta ilustrativo al respecto: X es acreedor de Y, quien está en mora; Y es propietario de un inmueble A que le permitiría a X la satisfacción de su crédito; para impedir lo anterior Y celebra con Z, quien conoce la situación y la intención del negocio, un contrato de compraventa sobre el bien A, cuyo dominio transfiere efectivamente. En un caso como el anterior, X no puede ejecutar el bien A, toda vez que ya no hace parte del patrimonio de Y. Sin embargo, el ordenamiento dispone de mecanismos para que pueda perseguirlo en algunos supuestos. Así, en caso de que el contrato de compraventa hubiera sido real, X podría procurar, por medio de una pretensión pauliana, que el bien regresara al patrimonio de su acreedor para ejecutarlo de manera posterior; la solución jurídica es aún más drástica si la transferencia hubiera sido a título gratuito, pues el bien se podría perseguir incluso si el tercero fuera de buena fe, es decir

²¹ En este sentido, el artículo 951 del Código Civil colombiano dispone: “Se concede la misma acción aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción”.

²² Los dos derechos de persecución son *similares* y no *idénticos*, porque si bien ambos pueden reivindicar contra todos los terceros, el propietario puede reivindicar contra el poseedor pero no este contra aquel.

que no conociera el mal estado de los negocios del tradente.²³ En caso de que el contrato de compraventa hubiera sido simulado absolutamente, X podría pretender que un juez declarara su inexistencia con la misma finalidad.

Las diferencias entre las instituciones anteriores y un derecho real de garantía son innegables: algunas de ellas son el procedimiento requerido (un proceso de conocimiento o un proceso ejecutivo) o los hechos de cuya ocurrencia dependen (asuntos de tanta complejidad como la mala fe y el carácter simulado de un contrato, u otros generalmente más simples como la existencia de una garantía). Con todo, se da una semejanza significativa en la finalidad para la cual ambas están dispuestas. Por lo anterior, si la doctrina afirma que hay unidad entre las distintas expresiones del derecho de persecución respecto de los derechos reales, las cuales no solo se presentan en instituciones jurídicas distintas sino que además sirven para fines independientes, las diferencias anteriores no deberían obstar para construir identidad entre las instituciones señaladas respecto de los derechos personales y el derecho de persecución propio de los derechos reales.

En conclusión, el derecho de persecución no es un criterio claro de distinción entre los *derechos personales* y *reales*: en primer lugar, es polivalente y refiere instituciones entre las cuales no existe una clara identidad, como la pretensión reivindicatoria y la oponibilidad de los derechos reales de garantía a un propietario que no es deudor; en segundo lugar, no se puede afirmar que sus manifestaciones respecto de los derechos reales sean exclusivas, pues las comparten con otras instituciones como la posesión, y es sustentable que haya cierta semejanza con la finalidad de pretensiones relacionadas con los derechos personales, como es el caso de la pretensión pauliana y de la pretensión de simulación.

2.2 Derecho de preferencia

Según los autores clásicos, el “derecho de preferencia” se expresaba tanto en la primacía del derecho real sobre el derecho personal, como en el uso de criterios para definir la prevalencia en caso de concurrencia

²³ En este sentido, cfr. Código Civil colombiano artículo 2491.

de derechos reales. Sin embargo, ni la primera acepción es absoluta, ni la segunda es ajena a los derechos personales, pues las necesidades del comercio y de la seguridad jurídica implican su extensión. Al respecto, la normatividad del Código Civil colombiano se muestra rica en ejemplos: primero, se discernirán los casos de la venta en feria y el arrendamiento por escritura pública, en los cuales se podría afirmar cierta prevalencia del derecho personal sobre el derecho real; segundo, se analizarán los supuestos de la prelación de créditos y del arrendamiento separado de un bien a varias personas, en los cuales se observa la preferencia de algunos derechos personales sobre otros, e incluso la preferencia de algunos derechos personales sobre derechos reales.

Un ordenamiento jurídico bien podría regular supuestos en los cuales la prioridad del derecho real sobre el derecho personal no fuera absoluta. Este es el caso de la venta en una feria de una cosa robada, según el Código Civil colombiano. Un ejemplo es útil para mostrar lo anterior: A es titular del dominio sobre un bien mueble, el cual es robado y posteriormente vendido a B en una feria de aquellas en las que se venden bienes de naturaleza similar. En tal supuesto, la situación jurídica es la siguiente: B es titular de un derecho personal contra el vendedor del bien, derecho que tiene por objeto una prestación de dar; el vendedor se mantiene obligado y no ha cumplido con su prestación, pues, al no ser propietario, no pudo haber transferido el dominio sobre el bien.²⁴ Por su parte, A es titular del derecho real de dominio sobre el mismo bien, derecho que permanece a pesar de haber perdido la posesión.

En el caso anterior, se satisface la totalidad del supuesto fáctico de la pretensión reivindicatoria: un sujeto es poseedor de un bien que pertenece a otro en virtud del derecho real de dominio. Sin embargo, el artículo 947 del Código Civil dispone, como una excepción expresa, que no podrán reivindicarse las “[...] cosas muebles, cuyo *poseedor* las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase”. De este modo, se

²⁴ El artículo 740 del Código Civil colombiano dispone que puede transferir el dominio sobre un bien, por el modo denominado tradición, aquella persona que tiene la facultad de hacerlo, la cual se corresponde de manera general con su dueño; un ejemplo claro del aforismo latino *Nemo dat quod non habet*, nadie puede dar lo que no tiene.

diluye la prioridad del derecho real de A sobre el derecho personal de B, y solo tras el reembolso de lo pagado más las expensas realizadas por B, el titular del derecho real podría recuperar la posesión de aquello que le pertenece, en contra de un poseedor, expresamente descrito como tal en la normatividad, quien solo es titular de un derecho personal.

Por su parte, el ordinal segundo del artículo 2020 del Código Civil colombiano prescribe que está obligado a respetar el contrato de arrendamiento: “Todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública [...]”. Según la norma anterior, si el propietario A celebra con B un contrato de arrendamiento por escritura pública, y luego enajena el bien a un tercero C, éste deberá reconocer el contrato realizado y, en consecuencia, respetar el derecho de B. En este caso, ambos, B y C, tienen derecho a servirse del bien, el primero en virtud de un derecho personal (cuya fuente es el contrato de arrendamiento) y el segundo en virtud de un derecho real (el dominio transferido por A). Sin embargo, es el primero quien tiene prioridad en relación con el uso del bien, mientras el contrato de arrendamiento no haya terminado.

La normatividad anterior podría sugerir que el contrato de arrendamiento por escritura pública constituye una especie de derecho real. Sin embargo, un análisis del contrato que sirve de fuente para los derechos del arrendatario impone descartar dicha posibilidad: los artículos 1973 y 1982 del Código Civil colombiano, los cuales definen el contrato de arrendamiento y las obligaciones del arrendatario respectivamente, permiten concluir que los derechos que surgen para éste son personales y que las obligaciones del arrendador son de hacer, no de dar. Dispone el primer artículo mencionado que el arrendador se encuentra obligado a “[...] *conceder* el goce de una cosa [...]”, un grupo verbal que no da cuenta de la creación o transferencia de derechos reales. Si acaso fuera necesaria una razón adicional para afirmar que en este caso el derecho del arrendatario es personal, bastaría señalar que él se encuentra obligado al pago de un canon en los períodos convenidos: si el uso del bien fuera consecuencia de un derecho real que tiene sobre la cosa, no habría razón jurídica para que tuviera que pagar un canon por el ejercicio de su derecho. Afirmar que el arrendatario tiene un derecho real implicaría la ruptura del carácter sinalagmático del contrato de arrendamiento, e incluso dejaría sin causa la prestación a cargo del arrendatario y a favor del arrendador.

De otro lado, con respecto a la existencia de criterios de preferencia en los derechos personales, el Código Civil colombiano regula el sistema de prelación de créditos. El principio general señala que en caso de conflicto entre dos acreedores quirografarios, porque el patrimonio del deudor común es insuficiente para el pago de las acreencias, ambos recibirían un pago proporcional; tal es la razón por la cual la doctrina clásica afirmaba la inexistencia de un derecho de preferencia para los derechos personales. Con todo, si uno de tales derechos proviene de un contrato de compraventa comercial y el otro de un contrato de trabajo, el segundo tendrá prioridad, de conformidad con el artículo 2494 y el numeral cuarto del artículo 2495 del mismo estatuto. Dichas normas disponen claramente un supuesto de preferencia de un derecho personal sobre otro. De manera adicional, los mismos artículos señalan un conjunto de derechos personales que habrán de pagarse con preferencia sobre los créditos hipotecarios, como es el caso de las costas judiciales en provecho general de los acreedores o las obligaciones provenientes de un contrato de trabajo. Lo anterior implica la prevalencia de algunos derechos personales sobre derechos reales.

De manera adicional, se pueden encontrar ejemplos de derechos personales prevalentes según criterios de temporalidad similares a los que se utilizan en relación con los derechos reales. Así, por ejemplo, el artículo 1980 dispone que: “Si se ha arrendado separadamente una misma cosa a dos personas, el arrendatario a quien se haya entregado la cosa será preferido; si se ha entregado a los dos, la entrega posterior no valdrá; si a ninguno, el título anterior prevalecerá”. Dicha norma establece prioridad entre distintos derechos personales, inicialmente según el primero que se haya ejecutado, luego según el orden cronológico de sus fuentes.

En síntesis, el denominado derecho de preferencia no es un atributo exclusivo de los derechos reales. La acepción que se refiere a la prioridad del derecho real sobre el derecho personal encuentra excepciones que impiden afirmar que se trata de una característica neta; aquella que da cuenta de la existencia de criterios para resolver los conflictos entre derechos reales concurrentes tiene su equivalente en los derechos personales, lo cual resulta incluso predecible: es necesario que el ordenamiento jurídico disponga de mecanismos para la solución tanto de los conflictos que surjan entre los derechos reales, como entre los derechos personales.

3. Conclusión

La definición clásica del derecho real como una “relación” entre un bien y su titular, así como las discusiones que ésta suscitó, iluminaron dos aspectos importantes para el análisis: primero, la necesidad de diferenciar entre los elementos fácticos y jurídicos implicados cuando se utiliza el término “derecho”; segundo, el respeto debido por los terceros tanto a los derechos personales como reales.

Frente al primer aspecto, si el término “relación” fuera entendido según el lenguaje natural, la definición clásica señalaría un elemento cierto de los derechos reales: la necesaria correspondencia entre el titular y un bien. Una de las definiciones que la Real Academia Española reconoce de “relación” parece, al igual que en francés, favorable a esta interpretación: “2. f. Conexión, correspondencia de algo con otra cosa”.²⁵ Ahora bien, la referencia a un bien no es necesariamente ajena a los derechos personales ni exclusiva de los derechos reales: el derecho de un arrendatario da cuenta de la correspondencia de un sujeto con un bien, igual el derecho de un comodatario o la situación de un poseedor. Por lo anterior, es necesario, además de considerar el aspecto fáctico, seguir adelante para determinar si hay algún elemento jurídico que permita delimitar la identidad de los conceptos.

En relación con los elementos jurídicos, la discusión sobre los *derechos de persecución y preferencia* tuvo utilidades que excedieron la clasificación de los *derechos personales y reales*. En relación con el primero, se observó que el uso del término “derecho” en el sintagma “derecho de persecución” es polisémico, pues se refiere tanto a la posibilidad de incoar una pretensión (*e. g.* la reivindicación en el caso de la propiedad), como a la posibilidad de instar el embargo y remate de un bien específico en el marco de un proceso ejecutivo, propio de los derechos personales. Sin embargo, hay un elemento común en ambos supuestos: el término *derecho* se utiliza para referir conductas que son posibles para su sujeto titular; el propietario *puede* reivindicar, el acreedor *puede* pretender el pago de su acreencia con

²⁵ “Diccionario de la Lengua Española”, sitio web: *Real Academia Española*, disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tri%C3%A1ngulo, consulta: febrero 20 de 2011; *s.v.* relación.

un bien que no pertenece al deudor. Además, la normatividad del Código Civil permitió concluir que es debatible que los derechos de persecución y de preferencia constituyan prerrogativas *inherentes* y *exclusivas* de un cierto tipo de derecho.

Con respecto al segundo aspecto, los autores clásicos señalaron la oponibilidad tanto de los derechos personales como de los reales a todos los terceros, quienes se encuentran vinculados por un *deber* general de respeto independiente del tipo de derecho.