

Conceptos al derecho

Un análisis de la distinción
entre derechos personales y reales

Manuel Oviedo-Vélez

Oviedo Vélez, Manuel, 1981- Conceptos al derecho: Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales/ Manuel Oviedo-Vélez. Medellín: Editorial EAFIT, Tirant lo Blanch, 2024.

198 p.; 24 cm

ISBN 978-84-1056-528-9

1. Teoría del derecho. 2. Derechos personales. 3. Derechos reales. 4. Hohfeld, Wesley Newcomb, 1879-1918 – Crítica e interpretación. I. Tit.

340.1 cd 23 ed.

O969

Universidad EAFIT- Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

Conceptos al derecho

Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales

Primera edición: mayo de 2024

© Manuel Oviedo-Vélez

© TIRANT HUMANIDADES

EDITA: TIRANT HUMANIDADES

Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)

Telf.: 4660171

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.com/co/

ISBN 978-84-1056-528-9

© Editorial EAFIT

Carrera 49 No. 7 sur – 50. Medellín, Antioquia

<http://www.eafit.edu.co/editorial>

Correo electrónico: obraseditorial@eafit.edu.co

ISBN: 978-958-720-901-3

DOI: <https://doi.org/10.17230/9788410565289lr0>

La traducción de la cita de H. L. A. Hart que aparece en la contracarátula es responsabilidad del autor. El texto original puede consultarse en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1982, p. 22.

La colección de libros de derecho EAFIT-Tirant es cuidada por un comité editorial de la Universidad EAFIT conformado por Adelaida Acosta, Antonio Barboza, Ricardo Echavarría, Nataly Montoya, José Toro, Manuel Oviedo (profesores de la Escuela de Derecho) y Carmina Cadavid (editora de la Editorial EAFIT).

Universidad EAFIT | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como Universidad: Decreto 759, del 6 de mayo de 1971, de la Presidencia de la República de Colombia. Reconocimiento personería jurídica: Resolución núm. 75, del 28 de junio de 1960, expedida por la Gobernación de Antioquia. Acreditada institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional hasta el 2026, mediante Resolución 2158 emitida el 13 de febrero de 2018.

Índice

Prólogo.....	11
Introducción. Solo algunos de tantos derechos.....	13
(In)definición	15
(Re)definición	19
Primera parte. Derechos personales y reales. La distinción en la academia francesa	25
Primer capítulo. Teoría clásica.....	27
1. Planteamiento teórico	28
2. Análisis.....	32
2.1. Derecho de persecución.....	34
2.2. Derecho de preferencia	38
3. Conclusión.....	41
Segundo capítulo. Teoría personalista	43
1. Planteamiento teórico	45
2. Análisis.....	48
2.1. Oponibilidad absoluta: dos conductas debidas	49
2.2. Sujeto pasivo universal y relación jurídica	56
3. Conclusión.....	59
Tercer capítulo. Obligación <i>propter rem</i>	61
1. Aberkane: “Origen y extinción”	62

2. Ginossar: “Un sistema racional”	66
3. Larroumet: Una clasificación según los bienes.....	68
4. Conclusión.....	72
Conclusiones de la primera parte.....	75
Segunda parte. Conceptos jurídicos fundamentales.	
Definición en uso	77
Primer capítulo. Deber y privilegio.....	81
1. Deber, sanción y norma	81
2. Deber y ausencia de deber	84
3. Conclusión.....	89
Segundo capítulo. Competencia e incompetencia	91
1. Competencia y norma.....	92
2. Supuesto fáctico y consecuencia jurídica	95
3. Ausencia de normas de competencia.....	100
4. Conclusión.....	101
Tercer capítulo. Conceptos correlativos	103
1. Pretensión	105
2. No derecho	110
3. Sujeción e inmunidad	113
4. Conclusión.....	117
Conclusiones de la segunda parte	119
Tercera parte. Reformulación. Una distinción basada en normas	121

Primer capítulo. Derechos personales	123
1. Una persona debe desplegar una conducta.....	124
2. El acreedor puede acudir ante la jurisdicción.....	125
3. Los terceros deben abstenerse de intervenir	127
4. El acreedor es titular de un derecho.....	128
5. Conclusión.....	129
Segundo capítulo. Derechos reales.....	131
1. El derecho se refiere necesariamente a un bien	132
2. El titular tiene algunas prerrogativas	134
2.1. El titular puede usar materialmente el bien	134
2.2. El titular goza de los frutos del bien	136
2.3. El titular puede traditar el bien	138
2.4. El titular puede ejecutar el bien	140
3. Concurrencia de derechos reales.....	141
4. Los terceros deben abstenerse de intervenir	142
5. Una persona es titular de un derecho	144
6. Conclusión.....	146
Tercer capítulo. <i>In-differentia</i>	147
Conclusiones generales.....	151
Bibliografía	155
Anexos	163
Anexo 1. Definiciones de la doctrina latinoamericana	163
Anexo 2. Definiciones de la doctrina francesa	176

Prólogo

La presente investigación fue provocada por los ensayos de Wesley Newcomb Hohfeld sobre “Conceptos jurídicos fundamentales” [1913 y 1917]. Su lectura, en el primer año de Derecho, generó la expectativa de un conjunto de conceptos claros que permitía expresar distintas situaciones de los sujetos frente al ordenamiento; poco tiempo es necesario para verificar que tal claridad depende del discurso o del texto. Años más tarde, en las actividades como profesor, algunos estudiantes que han identificado la falta de homogeneidad en la terminología jurídica expresan preocupaciones consonantes. Por lo anterior, este proyecto responde a una necesidad propia que se agudiza en el aula de clase: un conjunto de conceptos claros y denominados con términos independientes para el análisis de diversas instituciones jurídicas.

Lo que más sorprende de las obras jurídicas al lector no iniciado es la ambigüedad de los significados de las expresiones más elementales de la lengua. Hay pocos términos que se utilicen tanto como, y que hayan sido menos definidos que, la expresión “tener un derecho”.¹

De manera preliminar, una distinción: *término* y *concepto*. Un *término* es un nombre, una palabra; un *concepto*, de manera simple, una idea asociada a un término.² En el derecho privado, el término “derecho” se utiliza con profusión para nombrar distintos conceptos. El punto de partida de esta investigación es la observación de su uso en la dicotomía entre derechos personales y reales, la cual permite verificar no solo su polivalencia, sino también que la misma dificulta el razonamiento, en el presente caso, la exposición coherente de conceptos básicos. Para resolver lo anterior, se estipulará un conjunto de conceptos referidos a conductas *posibles* y *debidas*, el cual resulta útil tanto para discernir la distinción entre derechos personales y reales, como para construir una taxonomía de significados del término “derecho”.

¹ Traducción de: “Ce qui frappe le plus le lecteur non averti dans les ouvrages juridiques, c’est l’ambiguïté de sens des expressions les plus élémentaires de la langue. Il y a peu de termes dont on se serve aussi souvent que de l’expression ‘avoir un droit’, et il n’y en a pas qui ait été moins défini”. Paul Roubier, *Droits Subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 1963, p. 127.

² En este sentido cfr. Andrew Halpin, *Rights & Law Analysis & Theory*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 8 y ss.

Quiero agradecer al director de mi tesis doctoral, Dr. Carlos Bernal Pulido, a cuya paciencia y agudeza debo inmensa gratitud. Asimismo, a la Universidad EAFIT y a las distintas personas que han conformado la Escuela de Derecho: los decanos Juan Diego Vélez Maya y Hugo Alberto Castaño Zapata, cuya compañía en las inquietudes sobre conceptos jurídicos fueron el inicio de esta investigación; a los profesores de las Áreas de Derecho Privado, Derecho Público y Teoría General, y a mis estudiantes, la causa fundamental. Gracias a Camilo Arango Vélez, por su ayuda, por su paciencia para verificar la inteligibilidad de este texto, por sus preguntas.

Quiero también agradecer a la Universidad Externado de Colombia, en la cual la calidez del Dr. Fernando Hinestrosa Forero y su interés en el proyecto fueron una motivación cardinal. De igual forma quiero expresar mi gratitud a la Universidad París II, en especial al profesor Denis Mazeaud, por acogerme en el Laboratorio de Derecho Civil y por abrirme las puertas de la Biblioteca Cujas de París; a University College London y a la Dra. Karen Dwyer, cuya pasión por el lenguaje iluminó algunos textos esenciales. Además, el trabajo y la disponibilidad del profesor Kenneth Himma fueron fundamentales para comprender la relevancia y el alcance del análisis conceptual. A los lectores, quienes desde distintas perspectivas ayudaron a la construcción del texto, muchas gracias.

Finalmente, una licencia personal. Quiero manifestar mi cariño a las personas que me acompañaron en los tres escenarios donde tuvo lugar este devenir: mi familia en Colombia, y las familias Zuiderduijn y Thorpe, en Francia e Inglaterra respectivamente. También a Susana Ochoa Rodríguez, Ana María Arango Domínguez, Carolina Ariza Zapata, Nataly Montoya Restrepo, por su calor de siempre, gracias.

*A Ana Vélez Maya y Peter Thorpe,
dos amigos míos*

Introducción

Solo algunos de tantos derechos

El derecho privado abunda en *derechos*. Los *derechos* subjetivos se dividen en *derechos* patrimoniales y extrapatrimoniales; de aquellos forman parte los *derechos* personales y los *derechos* reales. El *derecho* de propiedad, ejemplo por antonomasia de estos, confiere a su titular diversos *derechos*, como el *derecho* a usar, el *derecho* a gozar y el *derecho* a disponer del bien, más otros *derechos* para la defensa, como el *derecho* de persecución y el *derecho* de preferencia. A su vez, el *derecho* personal da cuenta de la correspondencia entre un deudor obligado a una prestación y un acreedor titular de un *derecho*, quien, en caso de incumplimiento, tendría *derecho* a acudir ante la jurisdicción para la ejecución del *derecho*.

Si bien la descripción anterior es susceptible a diversas objeciones, la misma da cuenta de usos comunes del término “derecho”. Semejante profusión permite inferir que al mismo término subyacen *conceptos distintos*. Una prueba preliminar de lo anterior lo constituye el “derecho personal”, el cual se utiliza para referir tanto la prerrogativa del acreedor, titular de un *derecho personal*, como la relación jurídica que vincula a este y al deudor. En otras palabras, con un mismo término se denominan el todo y una de sus partes, lo que supone la concurrencia de dos conceptos bajo un mismo nombre: en un derecho personal, el acreedor es titular de un derecho personal.³

La polisemia del término “derecho” ha sido descrita por la teoría jurídica en distintos sentidos. Con respecto a la acepción que se refiere a la prerrogativa de un sujeto, Hohfeld [1913] señaló, en su hoy célebre ensayo sobre “Conceptos

³ La misma dualidad de conceptos se describe en la dogmática con respecto al término “obligación”: “La palabra obligación tiene dos acepciones. En un sentido amplio designa la relación total crediticia, tanto en su aspecto activo como pasivo. Y desde este punto de vista se define como ‘la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) se encuentra en la necesidad de realizar a favor de otra (acreedor) una determinada prestación, que en última tiene la facultad de exigir, construyendo a la primera a satisfacerla’. Pero en un sentido restringido, que sólo mira el lado positivo de la relación de derecho, la palabra ‘obligación’ tiene el significado de deuda, y se define como ‘la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de cumplir una prestación, positiva o negativa, respecto de otra’”. Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovich, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 58.

jurídicos fundamentales”, que el término era utilizado para nombrar distintas prerrogativas atribuibles a un sujeto y que dicha vaguedad era la causa de importantes problemas en el razonamiento jurídico:

Uno de los más grandes obstáculos para la comprensión clara, la expresión incisiva y la verdadera solución de los problemas jurídicos proviene frecuentemente de la asunción tácita o expresa de que las relaciones jurídicas pueden reducirse a “derechos” y “deberes”, y de que tales categorías son entonces adecuadas para el análisis de las instituciones jurídicas más complejas [...].⁴

Para resolver lo anterior, Hohfeld propuso aislar un significado estricto del término *derecho* a partir de su correlación con un *deber* (e. g. una obligación dineraria), y diferenciar tres parejas adicionales de correlativos: *Privilegio-No derecho*; *Competencia-Sujeción*; *Inmunidad-Incompetencia*.⁵

Ahora bien, la ambigüedad identificada en el término *derecho personal* y la denuncia de Hohfeld implican que el término *derecho* es ambiguo de dos maneras distintas: en primer lugar, se utiliza para denominar tanto prerrogativas atribuibles a sujetos, como estructuras jurídicas más complejas de las cuales estas hacen parte; en segundo lugar, refiere de manera indiscriminada un conjunto de prerrogativas jurídicas que sería posible discernir y nombrar con términos independientes. En la primera de dichas polisemias, los conceptos tienen distintos niveles de generalidad, pues unos se encuentran comprendidos en otros: en un *derecho personal* se constata la presencia de un deudor, titular de una obligación, y de un acreedor, titular de un *derecho personal*. En la segunda, los conceptos tienen un mismo nivel de generalidad, pues todos describen prerrogativas que el ordenamiento le atribuye a un único sujeto: “derecho” es una palabra genérica para expresar que un sujeto es titular de un “derecho correlativo a un deber”, de un privilegio, de una competencia o de una inmunidad. El primer tipo de polivalencia se denominará en adelante “ambigüedad vertical”, pues da cuenta del uso del mismo término en niveles de significado diferentes: el primero asociado a una estructura que incluye varios sujetos; el segundo, a la posición de uno de los sujetos dentro de dicha estruc-

⁴ Traducción de: “One of the greatest hindrances to the clear understanding, the incisive statement, and the true solution of legal problems frequently arises from the express or tacit assumption that all legal relations may be reduced to ‘rights’ and ‘duties’, and that these latter categories are therefore adequate for the purpose of analyzing even the most complex legal interests [...]”. Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Nueva Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2010, p. 35.

⁵ *Ibid.*, pp. 65 y ss.

tura. Por su parte, el segundo tipo de polivalencia será denominado “ambigüedad horizontal”, pues da cuenta del uso del término para referir entidades diferentes pero del mismo nivel, es decir posiciones subjetivas⁶ distintas.

(In)definición

La denuncia de Hohfeld podría sintetizarse en dos enunciados conexos: primero, el término *derecho* se utiliza para referir conceptos distintos, lo cual se ha confirmado preliminarmente en las denominadas ambigüedades vertical y horizontal; segundo, dicha polisemia genera problemas en el razonamiento jurídico. El primer enunciado es la causa del segundo, porque los distintos conceptos no son claramente diferenciables, y porque su descripción por medio de una definición, al menos en los casos más complejos, no suele ser suficiente para discernir en qué consiste cada uno. Un vistazo a la literatura permite comprobar lo anterior.

En un conjunto de definiciones latinoamericanas de los denominados “derechos personales” y “derechos reales”, *conceptos de derecho* neurálgicos en el derecho privado, se observa que las descripciones son tan dispares que resulta dudosa la posibilidad de identificar el concepto al cual se refiere cada uno.⁷ Ambos términos suelen describirse según la tradición aristotélica de definición por *género próximo* y *diferencia específica*, en la cual el significado se construye a partir de un género del cual se aísla un elemento por medio de las características que constituyen su identidad: por ejemplo, un triángulo es un “polígono [*género*] de tres lados [*diferencia específica*]”.⁸ En relación con los “derechos personales” y los “derechos reales”, las definiciones tienen generalmente la siguiente estructura o podrían reducirse a la misma sin cambios en su significado:

⁶ El término “posición” en sentido jurídico será utilizado para referir la situación de un sujeto respecto de una norma jurídica que regula su conducta. Una característica sintáctica de las “posiciones jurídicas” es que su titularidad se afirma de los sujetos de derecho: Juan es titular de un deber o de un derecho, por ejemplo. El análisis de algunas posiciones jurídicas será desarrollado en la segunda parte.

⁷ El anexo 1 recoge las definiciones que de los “derechos personales” y de los “derechos reales” proponen cuarenta y un textos de la doctrina civilista latinoamericana en publicaciones editadas entre 1980 y 2010. Dicha información se presenta en tres columnas: la primera contiene una referencia completa que permite identificar la obra examinada; la segunda y la tercera, las definiciones de “derecho personal” y de “derecho real” expuestas en dicho texto, con la indicación del número de página (p.). En cada una de las definiciones, se resalta el término principal, el cual constituye el género al cual cada autor atribuye los conceptos.

⁸ “Diccionario de la Lengua Española”, sitio web: *Real Academia Española*, disponible en: <https://dle.rae.es/tri%C3%A1ngulo>, consulta: agosto 14 de 2011; s.v. triángulo.

<i>Un derecho real es un poder</i>	<i>sobre un bien.</i>
Género próximo	Diferencia específica

Este método da lugar a definiciones de gran precisión cuando la identidad tanto del *género* como de la *diferencia* son claros: el significado de “polígono” es preciso, se refiere a una figura plana limitada por líneas rectas; a su vez, el de “tres lados” es contundente. Sin embargo, el significado de “poder” no es único, y la situación resulta aún más compleja cuando, como en el caso examinado, los autores remiten los conceptos a no menos de cinco géneros distintos. La tabla 1 presenta los géneros utilizados en las definiciones contenidas en el anexo 1: la primera columna contiene el género; la segunda, la tercera y la cuarta señalan respectivamente la frecuencia del mismo en la definición de los “derechos personales” y de los “derechos reales”, y los usos totales del género en la definición de ambos conceptos.

Tabla 1. Géneros en las definiciones latinoamericanas

Género	D. personales	D. reales	Total
Derecho	11	15	26
Relación jurídica	12	3	15
Facultad	7	3	10
Poder	0	8	8
Prerrogativa	1	0	1
Privilegio	1	0	1
Potestad	1	0	1

Nota: Todas las tablas que aparecen en el texto fueron realizadas por el autor.

Los resultados anteriores son pasibles de tres observaciones principales. En primer lugar, hay una disparidad significativa entre los géneros donde los autores ubican ambos tipos de derechos: los *derechos personales* aparecen remitidos a seis géneros; los *derechos reales*, a cuatro.⁹ Algunos autores utilizan un mismo

⁹ Algunos de los géneros contenidos en la tabla 1 agrupan términos distintos utilizados para referir conceptos semejantes: *relación jurídica*, por ejemplo, agrupa los términos “relación jurídica” utilizado por Hinestrosa (cfr. Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003); “vínculo jurídico”, utilizado por Meza Barros (cfr. Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil: de las obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001), y “relación total crediticia”, utilizado por Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovich (cfr. A. A. Rodríguez; M. Somarriva Undurraga y A. Vodanovich, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general, op.cit.*).

género para definir ambos conceptos, mientras que otros utilizan géneros distintos para hacerlo.¹⁰

En segundo lugar, los *derechos personales* y los *derechos reales* son definidos mayoritariamente como “derechos”, lo cual da lugar a definiciones circulares: *un derecho personal es un derecho* que “nace de la relación entre dos personas”;¹¹ *un derecho real “es el [derecho] que puede ejercerse directamente sobre una cosa sin contar con persona alguna”*.¹² El género “derecho” no es afortunado para definir los *derechos personales* y *reales*, pues la inclusión del término a definir en su propia definición constituye una petición de principio, la cual hace que la definición sea inútil para explicar el concepto. Lo anterior se hace evidente cuando la misma falacia se extrapola a conceptos no jurídicos: si una definición de “triángulo” comenzara afirmando que “un triángulo es un triángulo que [...]”, esta sería ajena a cualquier claridad.

En tercer lugar, los géneros utilizados son polisémicos y, en consecuencia, inidóneos para perfilar la identidad de un concepto. Las definiciones de *relación jurídica*, *facultad*, *poder*, *prerrogativa*, *privilegio* o *potestad* no solo son dispares en la doctrina, sino que su incorporación en las de los *derechos reales* y *personales* da lugar a resultados insatisfactorios. Por ejemplo, el concepto “poder”, de manera concreta en el derecho privado, fue cuidadosamente estudiado por Gaillard [1985] y descrito en su tesis doctoral como “[...] la prerrogativa que permite a su titular expresar un interés al menos parcialmente distinto del suyo [...]”.¹³ Lo anterior supone que si un *derecho real* fuera un “poder”, esta definición resultaría incompatible con la propiedad misma, cuya

¹⁰ Por ejemplo: Montoya Pérez y Montoya Osorio utilizan el mismo género (*i. e. facultad*) para referirse a ambos derechos (cfr. Guillermo Montoya Pérez y Marta Elena Montoya Osorio, *Las personas en el derecho civil: las personas y otros sujetos*, Bogotá, Editorial Leyer, 2007); Betancourt Rey utiliza géneros distintos (*i. e. privilegio y derecho*) para referirse a los “derechos personales” y a los “derechos reales” (cfr. Miguel Betancourt Rey, *Derecho privado: categorías básicas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996).

¹¹ Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovich, *Tratado de los derechos reales: bienes*, Santiago de Chile, Temis/Jurídica de Chile, 2001, p. 15.

¹² M. Betancourt Rey, *op. cit.*, p. 115.

¹³ Traducción de: “Le pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d’exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien [...]”. Emmanuel Gaillard, “Le pouvoir en Droit Privé” [tesis de doctorado en Derecho, Universidad de París], París, Editorial Économica, 1985, p. 232. De manera similar, Carbiner, quien diferenció el *poder* del *derecho*, señaló que: “El *poder*, en un sentido del derecho privado, permite a un individuo actuar sobre la persona o el patrimonio de otro, *e. g.* el poder del tutor o del mandatario”. En este caso, la definición de poder resulta igualmente incompatible con la propiedad, ejemplo arquetípico de los derechos reales. Traducción de: “Le *pouvoir*, dans un sens de droit privé (qui permet à un individu d’agir sur la personne ou le patrimoine d’autrui; *ex.* le pouvoir du tuteur, du mandataire)”. Jean Carbonnier, *Droit Civil. Tomo I: Introduction—Les personnes, la famille, l’enfant, le couple*, París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 313.

finalidad principal es permitir el uso, el goce y la disposición de un bien, de conformidad con el interés de su titular y no con un “interés al menos parcialmente distinto del suyo”.¹⁴

Según Hart [1982], Bentham señaló, desde la primera mitad del siglo XIX, que la definición por *género y diferencia* era inapropiada para la descripción de los conceptos jurídicos.

La razón de Bentham para rechazar el método común de definición de términos jurídicos era que “entre semejantes términos abstractos pronto se llega a la ausencia de géneros superiores. Cuando se aplica una definición *per genus et differentiam* a estos [términos] es manifiesto que no se puede avanzar [...]. Sucedería lo mismo si se definiera de la misma manera una preposición o una conjunción [...]”.¹⁵

La dificultad que Bentham identificó en relación con la definición de los conceptos jurídicos por *género y diferencia* podría ser discutible respecto de aquellos conceptos cuyos género y diferencia son claros. Por ejemplo, en relación con un concepto como “compraventa”, dicho método sería idóneo si la definición de “contrato” fuera satisfactoria y las prestaciones permitieran la individualización del tipo contractual. En contraste, tal claridad no se presenta en el caso de la distinción entre *derechos personales y reales*, de lo cual son muestra tanto la disparidad de géneros a los cuales los remiten los distintos autores, como la polisemia de dichos géneros.

Así, como bien lo señalara Hohfeld, no solo el término “derecho” es polisémico, sino que tal polisemia conduce a dificultades en el razonamiento jurídico. En el caso de estudio, dichas dificultades se expresan en la descripción de conceptos medulares para el derecho privado, como los de *derechos personales y reales*. A lo anterior se suma que la definición por género y diferencia no es satis-

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, Hart señaló que: “Aunque quien tiene un derecho tiene usualmente una expectativa o un poder, la expresión ‘un derecho’ no es sinónima de palabras como ‘expectativa’ o ‘poder’, incluso si se le añade ‘basada en el derecho’ o ‘garantizada por el derecho’”. Traducción de: “Though one who has a right usually has some expectation or power, the expression ‘a right’ is not synonymous with words like ‘expectation’ or ‘power’ even if we add ‘based on law’ or ‘guaranteed by law’”. H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1982, p. 23.

¹⁵ Traducción de: “Bentham’s reason for rejecting the common method of defining legal words was that ‘among such abstract terms we soon come to such as have no superior genus. A definition *per genus et differentiam* when applied to these it is manifest can make no advance [...] As well in short were it to define in this manner a preposition or a conjunction [...]’. *A Fragment on Government*, ch. V, n. 5, §§ 7-82”. *Ibid.*, pp. 31-32.

factoria para aquellos conceptos jurídicos cuyo género no es fácilmente identificable o no está claramente definido. Por lo anterior, en relación con conceptos jurídicos complejos como estos, un procedimiento distinto resulta necesario.

(Re)definición

Basado en las ideas de Bentham, Hart no solo describió la ineptitud de la metodología por *género y diferencia*, sino que además explicitó que los términos jurídicos no se referían a conceptos que se correspondieran directamente con entidades fácticas:

Palabras como “deber”, “obligación”, “derecho” en efecto requerían, según Bentham, los métodos especiales de análisis que él inventó para las *ficciones lógicas*, como un sustituto de la forma directa de definición por “género y especie”, la cual consideraba inaplicable. Así, aunque resulte complejo, los enunciados sobre los derechos o los deberes de la gente eran reductibles por métodos adecuados a enunciados sobre hechos simples y sin misterio. No podemos decir qué nombran o expresan las palabras “obligación” o “derecho”, porque, dice Bentham, ellas no nombran nada; sin embargo, podemos decir lo que significan las afirmaciones en las que estas palabras se emplean.¹⁶

En relación con un procedimiento distinto para la definición de los términos jurídicos, el texto anterior revela un primer elemento: la consideración de su uso en contexto; no se trata de definir el término “derecho” aisladamente, sino de considerar el significado de oraciones en las cuales el mismo se utiliza comprensible y naturalmente. De manera consonante, Himma, al describir el análisis conceptual de conceptos jurídicos, señaló la relevancia de la observación del uso como un paso necesario, aunque no suficiente, para delimitar un significado.¹⁷

Aunque Bentham y Himma comparten la necesidad de remitir la descripción de los conceptos jurídicos al uso de los mismos, sus aproximaciones

¹⁶ Traducción de: “Words like ‘duty’, ‘obligation’, ‘right’ did indeed, according to Bentham, require special methods of analysis which he invented for logical fictions as a substitute for the straightforward form of definition by genus and species which he held inapplicable to them. Yet, though complex in this way, statements about men’s rights or duties were reducible by proper methods to statements of plain unmysterious fact. We cannot say what the words ‘obligation’ or ‘right’ name or stand for because, says Bentham, they name nothing; but we can say what statements employing these words mean”. *Ibid.*, p.11.

¹⁷ En este sentido, cfr. Kenneth Einar Himma, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en: Michael Freeman y Ross Harrison, eds., *Law and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 6 y ss.

presentan una diferencia principal. El primero señaló que los términos no deben definirse individualmente considerados, sino en enunciados donde aparecen de manera natural en el discurso; para el segundo, la observación del uso es importante pues este determina el significado, lo cual no impide que de manera posterior pueda llegarse a una definición del concepto por fuera de enunciado alguno. En cualquier caso, la observación del uso de los conceptos constituye un elemento fundamental para discernir los significados de los conceptos jurídicos, y, en el caso de esta investigación, para discernir tanto la dicotomía *derechos personales y reales*, como los diversos conceptos que en la misma subyacen al término derecho. Para lo anterior, es necesario determinar un escenario donde realizar dicha observación, es decir determinar una muestra relevante del uso de los términos *derecho personal y derecho real*.

Un vistazo adicional a los textos de la doctrina latinoamericana reseñados inicialmente basta para verificar que los mismos no constituyen una muestra ideal: no solo entre dichos autores el diálogo es escaso, sino que además no es posible reconstruir una secuencia en la reflexión teórica que permita explorar las distintas perspectivas desde donde se ha considerado la dicotomía. Sin embargo, en tales textos se identifica una característica común que podría servir de indicio conducente a una muestra relevante: la construcción teórica a partir de una remisión permanente a la doctrina extranjera, de manera preponderante a la francesa, incluso con mención de distintos momentos cuando esta ha seguido una postura dominante.¹⁸ Si las referencias utilizadas en dichos textos se dividen en tres categorías (*i. e.* fuentes latinoamericanas, fuentes francesas y otras fuentes), se encuentra la siguiente dispersión:

Tabla 2. Origen de las referencias

Origen de las fuentes	Número de referencias	Porcentaje
Latinoamericanas	109	20,3 %
Francesas	209	39,1 %
Otras	217	40,6 %

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovich señalan la *Teoría clásica* propuesta por Aubry y Rau, y la *Teoría personalista* propuesta por Planiol, entre otros (cfr. A. Rodríguez, M. Somarriva Undurraga y A. Vodanovich, *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, op. cit., pp. 58 y ss.). En el mismo sentido, cfr. René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones: el derecho de las obligaciones y su evolución*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 21 y ss.; Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 76 y ss.; Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones: derechos reales y obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1964, pp. 55 y ss.; Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 9 y ss.

La información anterior es un indicio significativo de la influencia que la doctrina francesa ha tenido en la doctrina latinoamericana con respecto a la distinción entre *derechos personales* y *derechos reales*. Se observa que el 20,3 % de las fuentes referidas son latinoamericanas, el 39,1 % son francesas y el 40,6 % pertenecen a autores de otras nacionalidades, generalmente de Europa continental. Asimismo, la exposición de estos derechos en la doctrina francesa representa un caso interesante, pues es posible reconstruir el desarrollo de una línea de pensamiento con importantes planteamientos, críticas y réplicas entre distintos autores sobre puntos particulares de la dicotomía.

Una observación crítica del proceso discursivo francés daría lugar a dos resultados fundamentales: primero, revelar algunos elementos importantes con respecto a los “derechos personales” y a los “derechos reales”; segundo, constituir una muestra significativa del uso del término “derecho” en el derecho privado. En consecuencia, la primera parte de la investigación consistirá en una exploración crítica de tres momentos fundamentales que, en relación con los conceptos examinados, se pueden señalar en la doctrina francesa: estos son la Teoría Clásica, la Teoría Personalista y algunos autores más recientes que reintrodujeron la obligación *propter rem* como el elemento determinante para la distinción. El resultado de este proceso de deconstrucción será una enumeración de aquellos elementos que de manera coherente se pueden afirmar en relación con los *derechos personales* y *reales*. La perspectiva de la exploración será analítica, es decir tendiente a esclarecer tanto las relaciones entre los conceptos, como las posibles faltas de coherencia entre las mismas.

Con todo, la deconstrucción que constituye el objeto de la primera parte no basta para una formulación sistemática y con pretensiones de generalidad de los conceptos. Tal como lo señala Himma, el análisis conceptual requiere un ejercicio teórico posterior:

El análisis conceptual podría comenzar por algo que se parece a la lexicografía, aunque es considerablemente más que esta. El análisis conceptual, como se hace en la metafísica, la meta-ética o la filosofía del derecho, va más allá de la sola identificación de las opiniones compartidas; este es, por supuesto, el trabajo de un lexicógrafo que registra patrones empíricos de uso de palabras. El análisis conceptual pretende teorizar estas opiniones por medio de la identificación más profunda de los compromisos que las mismas implican o presuponen, así como de principios más generales que los explican.¹⁹

¹⁹ Traducción de: “Conceptual analysis might start from something that resembles lexicography, but it is considerably more than this. Conceptual analysis, as it is done in metaphysics, meta-ethics

En el presente caso, dicha teorización deberá considerar la ambigüedad vertical del término “derecho”, la cual consiste en que algunos conceptos nombrados con el término “derecho” forman parte a su vez de otros conceptos nombrados con el mismo término: *e. g.* un *derecho personal* vincula a un deudor y a un acreedor, titular este de un *derecho personal*. Si un símil fuera posible, la segunda parte se ocupará de identificar los “conceptos átomo” que componen los “conceptos molécula” de derecho. Para lo anterior, se partirá de un análisis de las parejas de correlativos propuestas por Hohfeld en su primer ensayo sobre conceptos jurídicos fundamentales. Así se abandonará por un momento la discusión centrada en la doctrina privatista y la metodología empírica, para dirigirse a un objeto diferente que será abordado de la mano de elementos básicos de la lógica deóntica. Lo anterior permitirá esclarecer, desde una perspectiva igualmente analítica, un conjunto limitado de conceptos útiles para explicar coherente y sistemáticamente estructuras más complejas, de manera particular algunos conceptos nombrados con el término derecho.

Por último, la tercera parte será la conjunción del resultado de las precedentes: a partir de los conceptos formulados en la segunda parte se intentará una reconstrucción de los resultados de la primera parte.

Una característica común delimita la totalidad del objeto de estudio: solo serán considerados conceptos denominados con el término *derecho* que sean de naturaleza jurídica. Afirmar que un derecho es jurídico excluye no solo su existencia como un fenómeno fáctico,²⁰ sino también la pregunta por los derechos morales. El tipo de fenómeno que será estudiado depende íntegramente de la existencia de un ordenamiento jurídico. Por tanto, en caso de duda sobre la naturaleza de un derecho, basta preguntar si el mismo permanecería cuando el ordenamiento jurídico perdiera su vigencia; solo si la respuesta es negativa, dicho derecho hace parte de aquellos que integran el objeto de estudio. No es posible afirmar en sentido jurídico que un sujeto tiene un derecho sin un ordenamiento jurídico que dé origen al mismo.²¹

or philosophy of law, goes deeper than just identifying shared views; that, of course, is the job of a lexicographer who records empirical patterns of word-usage. Conceptual analysis attempts to theorize these views by identifying deeper metaphysical commitments that they imply or presuppose, as well as more general principles that explain them”. K. E. Himma, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en: M. Freeman y R. Harrison, *op. cit.*, p. 6.

²⁰ Hohfeld comenzó su exposición de las modalidades jurídicas con una reflexión similar, y señaló que la causa de la confusión radicaba, de un lado, en la íntima conexión entre los fenómenos fácticos y las consecuencias jurídicas a ellos relacionados; de otro lado, en la ambigüedad e imprecisión de algunos conceptos jurídicos. En este sentido cfr. W. N. Hohfeld, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

²¹ Al respecto, en un eco de Alexy, Bernal Pulido señala que “[...] si un derecho existe, debe valer

Para recapitular, el texto que presenta los resultados de esta investigación está dividido en tres partes: la primera contiene una observación crítica de la distinción entre *derechos personales* y *derechos reales* en la dogmática francesa, con énfasis en las discusiones que sobre tales conceptos han tenido lugar desde finales del siglo XIX; en la segunda se estipulará un conjunto de conceptos jurídicos fundamentales a partir de una reflexión crítica sobre los propuestos por Hohfeld en 1913; en la tercera se reinterpretarán los resultados de la primera, a partir de los conceptos estipulados en la segunda. En relación con la estructura general del texto, las partes se dividen en capítulos y estos, a su vez, en secciones. Para la lectura de las tres partes no es imperativo un orden específico: la primera parte, por ejemplo, presenta un estado del arte que supone un mayor conocimiento jurídico para su comprensión; en contraste, la segunda es de fácil comprensión para un lector no iniciado en temas jurídicos y, a su vez, sirve de preparación para la comprensión de la tercera parte, donde se formula la distinción entre derechos personales y reales según la terminología que se estipula en la investigación.

La primera y la segunda parte presentan escenarios y voces diferentes: la bibliografía de aquella será fundamentalmente de origen francés; la de esta se referirá de manera preponderante a la Teoría General del Derecho anglosajona. En relación con las fuentes, luego de un intercambio de correspondencia con el profesor Himma, quien señaló que “[...] es importante ir a los textos originales en aquellos casos en los cuales una palabra (por ejemplo derecho) es ambigua [...]”,²² los textos serán tomados en el idioma original cuando sea posible. En consecuencia, se dispondrá tanto una traducción propia en el cuerpo del texto, la cual sirve de sustento para el razonamiento, como el texto original en una nota al pie; lo anterior resulta de interés para el lector, pues una interpretación distinta de las fuentes podría generar una discusión.

Por último, el derecho privado colombiano estará siempre presente, de una manera particular en cada parte: en la primera responderá a la generalidad con la que se describe el derecho civil en la dogmática francesa, para servir bien de ejemplo, bien de contraejemplo;²³ en la segunda y en la tercera parte servirá de fuente para los ejemplos normativos.

una norma que garantice la existencia de ese derecho”. Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 81 y 82.

²² Kenneth Himma (Seattle Pacific University, Departamento de Filosofía), comunicación personal del 25 de enero de 2012: “I think it is important to go to the original texts in certain cases where a word –e. g., ‘claim’– is ambiguous”.

²³ Con *generalidad* se significa la falta de limitaciones de las definiciones con respecto a un ordenamiento jurídico específico, idea que será desarrollada en la Introducción de la primera parte.