

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

Traducción del original en alemán

ROBERTO J. VERNENGO

11ª edición



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2000

económica o política, relación que, por decir así, el orden jurídico encontraría en el material social, sufriendo sólo su determinación externa a través del orden jurídico. Pero así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por las normas jurídicas, sino que consiste en la protección provista por esas normas, la relación jurídica no es una relación vital que fuera determinada externamente por las normas jurídicas, como si se tratara de un contenido disfrazado, por decir así, bajo una forma jurídica sino que es esa forma misma. Es decir, la relación establecida al configurarse justamente a través de las normas jurídicas. La relación jurídica del matrimonio, por ejemplo, no constituye un complejo de relaciones sexuales y económicas entre dos individuos de sexo diferente, que recibe una forma específica a través del derecho. Sin orden jurídico no hay cosa alguna que sea algo así como matrimonio. El matrimonio, como relación jurídica, es una institución jurídica, lo que significa: un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos en su sentido técnico específico y, por lo tanto, un conjunto de normas jurídicas. Las relaciones que aquí interesan, son relaciones entre normas jurídicas, o relaciones entre ciertos hechos determinados por normas jurídicas. Para un conocimiento orientado al derecho como sistema de normas, no existe ninguna otra relación jurídica. Pero también desde el punto de vista de una consideración orientada exclusivamente a la realidad fáctica, debe aceptarse que el derecho —que aquí quiere decir las representaciones que los hombres tienen, provocadas por un orden jurídico presupuesto como válido— puede crear relación fáctica entre los hombres, que, sin esas representaciones —como motivos de la conducta— no se habrían originado, no podrían constituirse sin él.

33. Sujeto de derecho. La persona

a) *Sujeto de derecho.* Según la teoría tradicional, sujeto de derecho es quien es sujeto de una obligación jurídica, o de un derecho subjetivo. Si por derecho subjetivo se entiende, no sólo el mero derecho reflejo —codeterminado en la obligación jurídica—, sino el poder jurídico de reclamar mediante una acción por el incumplimiento de la obligación jurídica, es decir, de participar en la producción de la sentencia judicial, o sea, de la norma individual que ordenará la ejecución de la sanción, como reacción, en razón del incumplimiento de la obligación; y si se acepta que los sujetos de un poder jurídico, esto es, de la facultad (competencia) de producir normas jurídicas o de aplicarlas, no siempre son designados como sujetos de derecho, convendría limitar el concepto de sujeto de derecho al de sujeto de una obligación jurídica, distinguiendo el concepto de sujeto obligado, del concepto de sujeto de un poder jurídico. Pero en tanto que en el lenguaje jurídico tradicional la función de producción o aplicación de normas jurídicas es atribuida a la comunidad jurídica, el con-

cepto de sujeto de un poder jurídico coincide con el de órgano de derecho.¹⁰⁴ Debe advertirse que al expresar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción, y que con la expresión de que un individuo es sujeto de un poder jurídico, de una facultad o de una competencia, o de que tiene un poder jurídico, una facultad o competencia, no se dice más sino que, según el orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen o aplican normas jurídicas, o que determinados actos de ese individuo participan en la producción o aplicación de normas jurídicas. En el conocimiento dirigido a las normas jurídicas no interesan —lo que debe subrayarse permanentemente— los individuos en cuanto tales, sino sólo determinadas acciones y omisiones de los mismos, determinadas por normas jurídicas, configurando el contenido de las mismas. Cuando se dice que un individuo, como órgano de derecho, produce derecho o lo aplica, que un individuo, como sujeto de derecho, acata o viola el derecho, sólo se expresa así, en un lenguaje personalizado, la distinción funcional que aparece entre dos tipos diferentes de conducta humana determinados por el orden jurídico. Los conceptos personalizados de "sujeto de derecho" y "órgano de derecho",¹⁰⁵ no son conceptos necesarios para la descripción del derecho. Se trata, a la postre, de conceptos auxiliares que, como el concepto de derecho reflejo, facilitan la exposición. Su utilización es admisible sólo si se tiene conciencia de sus características. Poner claridad al respecto es la tarea emprendida por la teoría pura del derecho. Cuando ella también utiliza esos conceptos, sólo lo hace en el sentido aquí establecido.

Así como la ciencia jurídica tradicional pone en primer término, en el concepto del derecho en sentido subjetivo, al facultamiento frente a la obligación jurídica, de igual modo considera el sujeto de derecho, en primer término, como sujeto de facultades y sólo en segundo término, como sujeto de obligaciones jurídicas. El concepto de sujeto de derecho se encuentra notoriamente en estrechísima relación, en la teoría tradicional, con su concepto de derecho subjetivo como facultamiento. El concepto de un sujeto de derecho como portador de un derecho subjetivo (en el sentido de facultad) es aquí, en el fondo, no más que una modificación de ese concepto de derecho subjetivo, que, en lo esencial, ha sido recortado siguiendo el patrón del derecho de propiedad. Como en el concepto de derecho subjetivo, también en el de sujeto de derecho es determinante la representación de una entidad jurídica independiente del orden jurídico, de una subjetividad jurídica que el derecho, por

¹⁰⁴ Debe recalcar, con todo, que el uso lingüístico jurídico no es consistente, y que, en especial, el demandante, que ejerce un auténtico poder jurídico, no es designado "órgano". Cf. *supra*, p. 158.

¹⁰⁵ Cf. *supra*, p. 155.

decir así, encuentra ya en el individuo, o en ciertos grupos, subjetividad a la que tiene sólo que reconocer, o necesariamente debe reconocer, si no quiere perder su carácter de "derecho". La oposición entre el derecho en sentido objetivo, y el derecho en sentido subjetivo, entre una objetividad jurídica y una subjetividad jurídica, constituye una contradicción lógica en la teoría, en tanto afirma simultáneamente ambas como existentes. Esa contradicción se expresa de la manera más evidente cuando se explica el sentido del derecho objetivo, como norma heterónoma, como una relación obligatoria, inclusive como coacción, mientras que la esencia de la subjetividad jurídica consistiría justamente en la negación de toda relación obligatoria; consistiría en la libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía. Así, Puchta, por ejemplo, escribe: "El concepto fundamental del derecho es la libertad... el concepto abstracto de libertad es: posibilidad de autodeterminarse en algún respecto... El hombre es sujeto de derecho en cuanto le corresponde esa posibilidad de autodeterminarse, en cuanto tiene una voluntad."¹⁰⁶ Es decir, por ser libre.

Es cosa evidente el carácter ficticio de esta definición del concepto de subjetividad jurídica. Dado que, en la medida, en general, en que puede hablarse, en el terreno jurídico, de una autodeterminación del individuo, como sujeto de derecho, a saber, en el terreno del llamado derecho privado, y en especial tomando en cuenta el hecho del contrato como productor de derecho, como negocio jurídico, sólo encontramos una autonomía en un sentido muy limitado e impropio. Puesto que nadie puede hacerse a sí mismo de derechos, dado que el derecho del uno sólo aparece presuponiendo la obligación del otro, y tal relación jurídica, según el orden jurídico objetivo, por lo común sólo puede constituirse, en el campo del derecho privado, a través de las declaraciones coincidentes de voluntad de dos individuos. Y ello solamente en tanto el contrato es establecido, por el derecho objetivo, como hecho productor de derecho, de suerte que la determinación jurídica proviene finalmente de ese derecho objetivo, y no del sujeto de derecho sometido a él, no pudiendo decirse que en el derecho privado se dé una plena autonomía.

Es fácil ver la función ideológica de toda esta definición conceptual, plena de contradicciones, del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo.

¹⁰⁶ G. I. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10ª ed., 1878, t. 1, pp. 4-6. La contradicción, consistente en considerar a la libertad como concepto fundamental del derecho, que, según Puchta, es, según dice en el prólogo (*op. cit.*, p. 8), también norma, y, por ende, relación obligatoria, se hace más aguda en cuanto esta teoría del derecho por libertad no entiende únicamente la autodeterminación empírica, sino, por sobre todo, la libertad metafísica de la voluntad, la libre voluntad humana fundada en su semejanza con la divinidad, pero al mismo tiempo representa esa voluntad humana como sometida a la voluntad divina. Así, dice Puchta (*op. cit.*, p. 1: "El hombre es semejante a dios por su libertad...", aunque en la p. 6 afirma: "La libertad no ha sido dada al hombre para que sea su voluntad misma su finalidad y su patrón..."; "El hombre tiene la libertad para llevar a cabo, mediante su libre determinación, la voluntad de dios... En la obediencia a dios encontramos la verdadera libertad."

Se trata de mantener la idea de que la existencia del sujeto de derecho, como portador del derecho subjetivo —es decir, como titular de propiedad privada— es una categoría trascendente frente al derecho objetivo, al derecho positivo creado y modificable por los hombres; la idea de una institución que pondría a la configuración del contenido del orden jurídico un límite insuperable. El concepto de un sujeto de derecho, frente al derecho objetivo, como portador del derecho subjetivo se hace así más importante, cuando el orden jurídico, que garantiza la institución de la propiedad privada, es reconocido como un orden mudable, siempre cambiante, creado por el arbitrio humano, y no como un orden fundado en la eterna voluntad de dios, en la razón o en la naturaleza; sobre todo, cuando la producción de ese orden se cumple a través de una experiencia democrática. La idea de un sujeto de derecho, independiente en su existencia del derecho objetivo, como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más "derecho" que el derecho objetivo mismo, serviría para proteger la institución de la propiedad privada de su eliminación por el orden jurídico. No es difícil de entender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se liga al valor ético de la libertad individual, al valor ético de la personalidad autónoma, cuando en esa libertad se incluye siempre la propiedad.¹⁰⁷ El orden que no reconoce al hombre como personalidad libre

¹⁰⁷ Muy característica, en este respecto, es la filosofía jurídica de Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, obras completas editadas por Georg Lasson, t. vi, *Philosophischen Bibliothek*; t. 24, Leipzig, 1921). La esencia de la personalidad se encuentra en la libre voluntad. "La universalidad de esta voluntad libre para sí es la relación formal autoconsciente y simple, aunque carente de contenido, a su propia particularidad —en esa medida, el sujeto es persona. En la personalidad encontramos que yo me sé... como el infinito, el universal y el libre" (párrafo 35). "La persona tiene que dar a su libertad una esfera externa, para poder ser como idea" (párrafo 41). Esta esfera externa de la libertad es la propiedad. "La voluntad libre tiene por de pronto, para no permanecer como una voluntad abstracta, que darse existencia, y el primer material sensible de esa existencia son las cosas; es decir, las cosas externas. La primera modalidad de la existencia es la que debemos admitir como propiedad, la esfera del derecho formal y abstracto... La libertad que aquí tenemos es lo que denominamos persona; esto es, el sujeto que es para sí mismo libre, y que se da existencia en las cosas" (agregado al párrafo 33). "En relación con las cosas externas, lo razonable, es que yo posea propiedad" (párrafo 49). "Recién con la propiedad la persona aparece como razón" (agregado al párrafo 41). "La persona, que se autodistingue, actúa con respecto de otra persona, y sólo tienen reciprocamente existencia como propietarios" (párrafo 40). De todo ello se sigue "que sólo la personalidad da derecho sobre las cosas, y que de ahí el derecho personal sea esencialmente derecho real (de cosas)" (párrafo 40). Además, se sigue "la necesidad de la propiedad privada": (agregado al párrafo 46) y el rechazo del comunismo como contrario a la naturaleza del derecho, como delito. Puesto que con la propiedad mi voluntad personal se me hace objetiva, como voluntad particular, esa propiedad contiene el carácter de una propiedad privada... La idea platónica del Estado contiene como principio general un delito contra la persona, al caracterizarla como incapaz de propiedad privada. La representación de una hermandad piadosa, o amistosa, libremente lograda, entre los hombres, con comunidad de los bienes y prohibición del principio de la propiedad privada, puede imaginarse fácilmente por quien desconoce la naturaleza de la libertad del espíritu y del derecho, y no lo contribuye en sus momentos específicos" (párrafo 46). Son notorias las tendencias políticas de esta teoría de la persona.

en este sentido, es decir, el orden que no garantiza el derecho subjetivo de propiedad, sería un orden que en ningún caso debería ser considerado como orden jurídico.

b) *La persona como persona física.* La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derecho con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no sólo los hombres, sino también otros entes —como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas por acciones, municipios y Estados— pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de “portador” de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador puede ser no sólo el hombre, sino también esos otros entes. El concepto de un “portador” de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos y obligaciones jurídicas en cuestión, se habla de personas jurídicas. Se contraponen así la persona física, como una persona “natural”, a la persona jurídica, que sería una personalidad “artificial”, construida por la ciencia del derecho, como no “real”. Por cierto que existen tentativas de demostrar que la persona jurídica también es “real”. Pero esas tentativas son tanto más inútiles cuando un análisis más minucioso demuestra que también la llamada persona física es una construcción artificial de la ciencia del derecho; que la persona física sólo es una persona “jurídica”.

Si, en el caso de la persona jurídica, los derechos y obligaciones jurídicos tienen que ser “sustentados” por algo que no es un hombre, en el caso de la llamada persona física también aquello que “sustenta” los derechos y obligaciones, y que es común a la persona física y a la jurídica, en cuanto ambas son personas como “portadoras” de derechos y obligaciones, tiene que ser algo distinto del hombre, que en el caso analizado aparece como portador, algo que el hombre tiene en igual medida que los grupos considerados personas jurídicas. Se dice también, por cierto, que el hombre tiene personalidad, que el orden jurídico otorga personalidad al ser humano, y no necesariamente a todos los seres humanos. Los esclavos no son personas, carecen de personalidad jurídica. La teoría tradicional no niega que “persona” y “ser humano” son dos conceptos distintos, aun cuando cree poder afirmar también que, en los derechos modernos, a diferencia de los antiguos, todos los hombres son personas, o tienen personalidad jurídica.

¿En qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, la calidad de persona? En no otra cosa sino en que el orden jurídico impone obligaciones y otorga derechos a los hombres. “Ser persona”, o “tener personalidad jurídica” es idéntico a tener obligaciones jurídicas y

derechos subjetivos. La persona, como “portador” de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones y derechos, como cuyo portador es representado. Así como el árbol, del cual en un lenguaje sustantivista, que es expresión de un pensamiento sustancializante, se dice que tiene tronco, ramas, hojas y flores, no constituye una sustancia diferente de ese tronco, ramas, hojas y flores, sino que es su concepto comprensivo, la unidad de esos elementos. La persona física o jurídica que “tiene”, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad.

Si se investiga especialmente la situación objetiva representada en la teoría tradicional como “los derechos y obligaciones de una persona jurídica”, y si se entiende por “derecho” un derecho subjetivo en el específico sentido técnico de la palabra, es decir, el poder jurídico o competencia que se ejerce a través de una acción judicial, resulta que esos derechos y obligaciones tienen como contenido conducta humana al par que en el caso de una persona física, y que en este sentido, y sólo en éste, son derechos y obligaciones de hombres. Sólo mediante conducta humana puede ejercerse un derecho, cumplirse una obligación o violársela. De ahí que no pueda ser la referencia a un hombre la característica distintiva entre la persona física o natural y la persona jurídica o artificial. De ahí que no pueda definirse tampoco la denominada persona física, en oposición a la jurídica, como un hombre calificado de alguna suerte, a saber, mediante el tener derechos y obligaciones. Semejante definición tiene que ser dejada a un lado, de igual modo que la definición del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por el derecho, sino la protección jurídica de un interés, la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre. Esta unidad recibe expresión también en el concepto de sujeto de derecho que la teoría tradicional identifica con la persona jurídica. Que el hombre sea sujeto de derecho, es decir, que sea sujeto de derechos y obligaciones, significa, como en lo que antecede se ha subrayado con énfasis, que la conducta humana es contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos; es decir, que significa lo mismo decir que un hombre es persona, o que tiene personalidad jurídica. Lo que se presenta efectivamente en ambos casos —tanto en la persona física, como en la jurídica— es conducta humana como contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que configuran una unidad. Persona jurídica es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas —o más correctamente:

puesto que esas obligaciones y derecho son normas jurídicas—, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. La cuestión consiste en establecer cuál sea, en uno y otro caso, el factor que establece esa unidad.

La unidad de las obligaciones y derechos subjetivos, es decir, la unidad de las normas jurídicas que aquí interesan, que constituye una persona física, está dada en cuanto el contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta de uno y el mismo hombre; es la conducta de uno y el mismo hombre la determinada por esas normas jurídicas. La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica.

c) *La persona jurídica (asociaciones)*. La esencia de la persona jurídica, que la jurisprudencia tradicional contraponen a la llamada persona física, puede mostrarse de la manera más intuitiva con un análisis del caso típico de tal persona jurídica: la sociedad dotada de personalidad jurídica. Tal sociedad es definida, por lo común, como una asociación de hombres a la cual el orden jurídico impone obligaciones y otorga derechos, que no pueden ser considerados obligaciones o derechos de los hombres que constituyen, como miembros, la asociación; de los hombres que pertenecen a esa asociación. Justamente porque esas obligaciones y derechos de alguna manera, por cierto, afectan los intereses de los hombres que constituyen el grupo, pero no son, según sostiene la teoría tradicional, obligaciones o derechos de ellos, se les interpreta como de la asociación, y ésta es concebida como una persona.

Las relaciones jurídicas de una persona jurídica son expuestas, poniendo por caso, en la siguiente forma. Se dice, por ejemplo, que una sociedad alquila una casa, o compra un inmueble. El derecho de usar la casa, es decir, de excluir de ese uso a los no miembros del grupo; la propiedad del inmueble, es decir, el derecho de explotar el fundo y excluir de esa utilización a los no miembros del grupo, es derecho de la asociación, pero no derecho de los miembros. Si ese derecho fuera lesionado, es la asociación, pero ningún miembro aislado, el que debe iniciar la acción ante el tribunal correspondiente; y la suma que sirve para reparar el daño provocado por la lesión, obtenida por vía de una ejecución forzosa civil, entra en el patrimonio de la asociación, y no en el patrimonio de los miembros particulares. La obligación de pagar el alquiler al locador de la casa, el precio al vendedor del fundo inmobiliario, o el impuesto inmobiliario al municipio, es obligación del grupo, pero no obligación de sus miembros, puesto que en caso de no cumplirse con esa obligación, es decir, de incurrir la asociación en delito, la demanda del locador, o

del vendedor, el proceso penal del funcionario fiscal no se dirige contra los miembros, sino contra la asociación en cuanto tal; y la ejecución coactiva no se cumple sobre los patrimonios de los miembros, sino sobre el patrimonio de la asociación. Hay casos, por cierto, en que el patrimonio societario no alcanza, pudiendo entonces dirigirse la ejecución forzosa sobre el patrimonio de los miembros, es decir, casos en que la responsabilidad por el delito no queda limitada al patrimonio del grupo, sino en que también los miembros responden con sus patrimonios del delito. Pero el caso de la responsabilidad limitada de la asociación es justamente aquel en que pareciera estar muy próxima la admisión de una personalidad jurídica del grupo.

En la exposición de las relaciones jurídicas de un grupo, como personalidad jurídica, aparecen dos tipos diferentes de enunciados. Por un lado la afirmación de que el grupo, como persona actuante, efectúa ciertos actos, en especial actos jurídicos, lleva a cabo un negocio jurídico, por ejemplo, celebrando un contrato, presenta una demanda, cumple una obligación jurídica, o lesiona con su comportamiento una obligación jurídica, es decir, incurre en un delito. Así como que es sujeto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos, en cuanto el orden jurídico le impone obligaciones y le confiere derechos subjetivos. Con un enunciado del primer tipo, que se refiere al grupo como una persona activa, siempre se describe la conducta de un hombre determinado, mediante la cual la persona jurídica actúa. Se trata siempre de la acción u omisión de un hombre determinado que es interpretada como la acción u omisión del grupo, referida a la persona jurídica y atribuida a ella. El hombre, a través del cual el grupo actúa como persona jurídica, y cuyo comportamiento es atribuido al grupo, es designado como órgano de la asociación. El problema de la asociación, como persona activa, es el problema, ya tratado aquí, del órgano comunitario, es decir, el problema de la atribución de la función, desempeñada por determinado individuo a la comunidad. Referido este problema a la persona jurídica de la asociación, la cuestión radica en establecer bajo qué condiciones se interpretará la conducta de un hombre como conducta de un grupo como persona jurídica; bajo qué condiciones se podrá referir esa conducta y atribuírsela a la persona jurídica;¹⁰⁸ bajo qué condiciones un hombre, en su carácter de órgano de una asociación, ejecuta u omite determinada acción. Estrechamente relacionado con ello se encuentra el problema de la asociación como sujeto de obligaciones y de derechos subjetivos. Dado que las obligaciones y los derechos subjetivos sólo pueden tener por contenido conducta humana, el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos. Con la afirmación de que la asociación, como persona jurídica, es sujeto de obligaciones y derechos, se describen obligaciones y derechos que siempre son obligaciones y derechos de determinados hombres,

¹⁰⁸ Cf. *supra*, pp. 154 y ss.