

Colección mayor
FILOSOFÍA Y DERECHO

5

CARLOS SANTIAGO NINO

Introducción al análisis del derecho

2ª edición ampliada y revisada

12ª reimpresión



EDITORIAL
ASTREA

el uso común, sólo puede hacerse a costa de reconocer otros tipos de normas jurídicas, además de las que disponen sanciones.

6. El concepto de derecho subjetivo

a) *Los derechos subjetivos en general*

Muchas veces decimos cosas de este tenor: “Yo tengo derecho de vestirme como quiero”, “Juan tenía derecho a que le diesen vacaciones”, “Pedro tiene derecho a comer en la pensión”, “Nadie tiene derecho a invadir el domicilio ajeno”, “Todos tenemos derecho a publicar las ideas por la prensa”, “El derecho de voto es irrenunciable”.

En estas frases, la expresión “derecho” no hace referencia a un sistema de normas, o sea, a lo que se suele llamar “derecho objetivo” (el derecho argentino, el derecho comercial, el derecho de seguros, etc.) sino a una situación particular en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo.

La situación en que decimos que se da un derecho subjetivo de alguien también se suele calificar utilizando otras expresiones como “libertad”, “permiso”, “licencia”, “atribución”, “privilegio”, “facultad”, “poder”, “posibilidad”, “garantía”, etcétera. Estos términos son sinónimos parciales de “derecho” (en el sentido subjetivo) y es conveniente tenerlos en cuenta para distinguir diferentes significados de la última expresión.

Sin embargo, antes de emprender esta tarea, es necesario decir algo respecto de la relación que tienen los derechos subjetivos con el derecho objetivo.

Para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

Ya sea con el fundamento de que Dios ha insuflado en las criaturas humanas derechos como el de vivir, disfrutar de la propiedad, de elegir los gobernantes, etc., o alegando que tales derechos derivan de la naturaleza racional del hombre o mediante

otras justificaciones, los autores iusnaturalistas sostienen que lo único que puede hacer con ellos el derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio. Además el derecho positivo *debe* proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera no sería digno de ser llamado "derecho".

Esta ideología está admirablemente expuesta en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, dictada en 1791 como culminación de la Revolución Francesa: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho de libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión".

El positivismo metodológico no se opone, en cuanto tal, a la idea de que puede haber derechos con las características que los iusnaturalistas les asignan (es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado). Pero sostendrá que tales derechos son *morales* y no *jurídicos*.

El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión "derecho" implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes *jurídicos* deben ser verificables en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.

Los positivistas sostendrían que en un caso como el recién mencionado el derecho *moral* de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico y, en consecuencia, no se refleja en un derecho jurídico correlativo. Esto sin duda afecta negativamente a la justificabilidad y fuerza obligatoria moral del sistema en cuestión, pero no impide —a diferencia de lo que piensan los iusnaturalistas— que el sistema sea considerado un orden *jurídico* (recuérdese que para el positivismo metodológico el hecho de que un sistema sea jurídico no implica que tenga fuerza obligatoria moral).

Los llamados "derechos individuales" son primordialmente derechos morales, sin perjuicio que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el "derecho" internacional y en los derechos nacionales democráticos. Como derechos morales que son, la libertad de cultos, de expresión, de asociación, el derecho a la vida, a la

integridad corporal, al debido proceso judicial, etcétera, son derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Precisamente los derechos individuales están dirigidos a los órganos estatales e implican su *deber moral* de reconocerlos dictando normas que creen los derechos jurídicos correspondientes y no realizando actos que los restrijan. (El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales sin que, muchas veces, sean al mismo tiempo derechos jurídicos, no implica que estén dirigidos sólo a los legisladores; también los jueces son moralmente responsables de sus decisiones y deben tener en cuenta los derechos morales de la gente.)

De modo que la defensa de los derechos humanos no es, contra lo que muchas veces se ha supuesto, un monopolio del iusnaturalismo. El positivismo metodológico de ningún modo niega su existencia en tanto sean vistos como derechos morales (que son, en definitiva, los que importan para justificar una acción o decisión). Lo que el positivismo rechaza son proposiciones acerca de derechos subjetivos jurídicos que no sean empíricamente verificables sobre la base de normas jurídicas positivas.

Hay otras corrientes del pensamiento que, si bien no derivan los derechos subjetivos jurídicos de un ordenamiento supraempírico, los consideran como algo que el derecho positivo no crea sino que reconoce o protege.

Rudolf von Ihering (en *El espíritu del derecho romano*), opina que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Sostiene que la "utilidad, el bien, el valor, el goce, el interés, tal es el primer elemento del derecho. Pero esos bienes no son sólo materiales; hay otros bienes de mayor valor: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, etcétera. El derecho atiende unos y otros; el derecho privado existe para asegurar a un hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses, ayudarle a cumplir los fines de su vida". Más adelante, agrega que el segundo elemento del derecho subjetivo es la protección jurídica del interés; se protege un interés cuando se concede al que lo tiene una *acción* para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones del derecho.

La tesis de von Ihering es objetada por Kelsen. El autor de la *Teoría pura* sostiene que no es posible identificar al derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés. Puede haber derecho subjetivo sin interés; por ejemplo, se tiene

el derecho de propiedad aun sobre cosas que no nos interesan; también puede haber interés sin derecho, como el que ambiciona una cosa ajena.

Según Kelsen, debe eliminarse el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo.

Los enunciados que se refieren a derechos subjetivos jurídicos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo.

Esto no quiere decir que la expresión "derecho subjetivo" sea sinónima de "derecho objetivo" y pueda reemplazarse una por otra. La idea es que las oraciones en que la primera aparece pueden ser traducidas a oraciones diferentes en las que aparece la segunda.

Como sostiene Kelsen, hablar en términos de derechos subjetivos jurídicos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada.

¿Cómo puede hacerse la traducción de las oraciones que versan acerca de derechos subjetivos jurídicos en oraciones que describen lo que dispone un sistema jurídico objetivo?

Esto depende del significado con que se use "derecho subjetivo", ya que esta expresión es notoriamente ambigua en el lenguaje de los juristas.

Kelsen propone distinguir los sentidos de "derecho subjetivo" (jurídico) que analizaremos a continuación.

1) "*Derecho*" como equivalente a "*no prohibido*". Este es el sentido que tiene la palabra "derecho" en frases de este tenor:

"Tengo derecho a vestirme como quiera".

"Juan tenía derecho a vender ese producto".

"Los bancos tienen derecho a no prestar a quienes no ofrecen garantía".

"Tenemos derecho a fumar en clase".

Según Kelsen, este tipo de oraciones son traducibles a otras que afirman que un cierto derecho objetivo *no prohíbe* la conducta en cuestión; es decir, en términos kelsenianos, que *no hay en el sistema una norma que establezca una sanción para la acción de que se trata* (von Wright también distingue un sentido equivalente del término "permiso", al que, para diferenciarlo de otros, llama "permiso débil").

De acuerdo con esta regla de traducción, el primer enunciado

que se presentó como ejemplo podría reformularse de esta forma: "No hay ninguna norma jurídica que establezca una sanción contra quien se viste de determinada forma".

Hay contextos en que la traducción debe ser un poco más compleja, ya que lo que quiere decirse con la expresión "tener derecho a..." no es, en esos casos, que no hay una norma que prohíba cierto comportamiento, sino que esa norma existe pero es inválida, porque quien la formuló no tenía competencia o autorización para hacerlo.

De este modo, cuando, por ejemplo, se dice: "tengo derecho a fumar en clase", muchas veces se da la situación en que alguien, por ejemplo el profesor, intenta prohibirlo, o sea, pretende formular una norma prohibiendo tal conducta. Lo que el alumno, en el ejemplo, quiere decir con "tengo derecho a fumar" es que el profesor no es competente para dictar esa norma prohibitiva. Es decir, que aquí no se describe la ausencia de una norma prohibitiva sino la falta de una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. En este caso, es equivalente decir "tengo derecho a X", que decir "usted no tiene derecho a prohibirme X".

Pero ¿es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, que tenemos derecho a ejecutarla?

Bien se podría objetar a las traducciones precedentes que del hecho de que un sistema normativo no contenga una norma que prohíba un tipo de conductas, no se puede inferir que el sistema permita tales conductas.

Puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, estaríamos frente a lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa*, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería tan poco legítimo decir que tenemos derecho a ejecutar la conducta no normada como sostener que tal acción nos está prohibida, pues falta la base normativa que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones.

Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas.

Según la *Teoría pura* cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo.

Esto es así, según Kelsen, porque todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que "todo lo que no está prohibido, está permitido". De modo tal que, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución.

De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerársela como implícita aun cuando no está formulada expresamente por el legislador.

Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin (en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*) han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que resumiré brevemente omitiendo ciertos tecnicismos.

El principio de clausura, como todo enunciado, sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico; por ejemplo, si "permitido" significara en él nada más que "no prohibido", substituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido", lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo (o sea el principio es necesario).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgar al término "permitido" un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición, por ejemplo, cualquiera de los restantes significados de "derecho subjetivo" que veremos aquí. Si adoptamos este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente.

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como dice Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante el sistema puede, indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho.

En relación con nuestro tema, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si "derecho subjetivo" se usara como equivalente a "no prohibido", habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando decimos, en este sentido, que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como nos guste, etc., estamos sosteniendo sólo que no nos han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas, o que deben ayudarnos a ejecutarlas, o que no nos pueden sancionar por el hecho de haberlas llevado a cabo.

Claro está, que si el sistema normativo que nos sirve como marco, contiene (tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos) una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado "Fulano tiene derecho a X" no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato,

la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente.

Parece que un sentido de "derecho subjetivo" limitado a describir *la ausencia de una norma prohibitiva* (sin que esto implique que la acción en cuestión está autorizada o que está prohibido sancionarla o interferir con ella) tiene muy poco uso en el lenguaje común y jurídico, y si la expresión se usara con este significado, resultaría difícil evitar los equívocos provocados por la aureola de permisibilidad que tiene el término "derecho" en los usos centrales.

2) "*Derecho*" como *equivalente a autorización*. En muchas ocasiones la expresión "derecho subjetivo" se usa en frases como éstas:

"La municipalidad le otorgó a Pedro el derecho a instalarse en esta esquina."

"El profesor nos dio derecho a interrumpir la clase."

"El patrón me otorgó el derecho a entrar al trabajo más tarde."

"Tengo derecho a inspeccionar la fábrica."

Estas frases describen la *existencia de normas que permiten o autorizan los comportamientos mencionados*. Por ejemplo, una traducción adecuada de la primera oración sería: "el intendente dictó una ordenanza que autoriza a Pedro a instalarse en esa esquina".

Kelsen, en su última versión de la *Teoría pura*, admite este significado de la palabra "derecho". Tal admisión es curiosa ya que, como se ha dicho, este sentido supone la existencia de normas permisivas, lo que contradice la exigencia de Kelsen de que todas las normas de un sistema jurídico tengan un carácter prohibitivo (mediante la estipulación de una sanción para cierta conducta).

De acuerdo con el sistema de normas primarias que propone Kelsen, las únicas autorizaciones jurídicas posibles son, como ya vimos, las dirigidas a los órganos para la aplicación de sanciones (y esto sólo si se interpreta el "deber ser" como autorización).

De manera que hay un reconocimiento por parte de Kelsen, en su última obra general, de que su esquema de normas jurídicas es insuficiente y que deben incluirse otras clases de normas, como son las que otorgan autorización para realizar ciertas conductas.

También von Wright distingue este sentido de "derecho subjetivo", aun cuando lo relaciona con el término más genérico "permiso".

Von Wright llama "permiso fuerte" al que depende de la existencia de una norma que autoriza un cierto comportamiento, a diferencia del permiso en sentido débil que designa, como se ha visto, la mera ausencia de prohibición. Pero todavía este permiso fuerte, al que denomina también "simple tolerancia", debe distinguirse de estos otros permisos que tienen aun un grado mayor de fuerza y que corresponden a otros sentidos de la expresión "derecho subjetivo", que luego analizaremos siguiendo la clasificación de Kelsen (en esta graduación el permiso más fuerte implica lógicamente a los más débiles).

El autor finlandés se pregunta si el permiso que consiste en una mera tolerancia puede reducirse a alguno de los restantes caracteres normativos, "prohibido" y "obligatorio". Afirma que la cuestión no es clara teniendo en cuenta que, cuando una autoridad declara que va a tolerar un cierto acto, no siempre prohíbe perturbarlo u obliga a facilitar su ejecución. La ausencia de esta obligación o de aquella prohibición es justamente lo que distingue a este permiso de otros que tienen aún más fuerza.

¿En qué consiste, entonces, el declarar que se tolerará un acto, o sea, el autorizarlo? Von Wright no da una respuesta concluyente pero señala dos posibles interpretaciones. De acuerdo con la primera de ellas, tolerar un acto sería manifestar que se tiene la *intención* de no interferir en la realización del acto; si fuera así al permitir algo, en este sentido, no estaría dictando una norma, ya que las declaraciones de intención no son normas. La segunda interpretación sugiere que el que autoriza un cierto acto, está formulando una *promesa* de no interferir en la ejecución del acto; aquí sí cabe ver a este tipo de permisos como normas, pues, en general, se entiende a las promesas como normas autónomas, o sea normas que uno se dicta a sí mismo, con el sentido de obligarse a determinada conducta.

3) "*Derecho*" como *correlato de una obligación activa*. Con el significado del epígrafe se dicen frases como éstas:

"Tengo derecho a que usted me cuide mi casa."

"Diego tiene derecho a que su deudor le pague."

"El Estado tiene derecho a percibir los impuestos necesarios para su desenvolvimiento."

"Por el precio que pagamos tenemos derecho a una comida diaria."

Como en los casos anteriores, según Kelsen, estos enunciados pueden ser traducidos a proposiciones sobre el derecho objetivo.

Tal traducción no necesita aquí romper el esquema kelseniano de las normas jurídicas como juicios que imputan sanciones a ciertos actos y admitir normas que expresamente autoricen determinadas conductas. Esto es así porque Kelsen otorga a fra-

ses como las mencionadas un significado equivalente al de otras que describen el *deber jurídico* de alguien.

Habíamos visto que, en la teoría kelseniana, alguien tiene un deber jurídico de ejecutar un acto, cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta.

Ahora bien, hay veces que la conducta obligatoria tiene como destinatario a una cierta persona. Por ejemplo, yo estoy obligado a pagar el alquiler al dueño de mi casa, a dar de comer a mis hijos, a dictar clases en la universidad. En tales casos la *misma relación jurídica* puede ser descripta poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarnos en la situación del sujeto obligado. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de “derecho” en lugar de hacerlo usando la expresión “deber”; sin embargo nos referimos a la misma situación.

Por eso dice Kelsen que el derecho subjetivo, en este sentido, es un mero “reflejo” o “correlato” de un deber jurídico. En lugar de decir, por ejemplo, “Fulano tiene la obligación de pagarme”, decimos a veces “yo tengo derecho a que Fulano me pague”. La expresión “derecho subjetivo” no denota, a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas, ninguna situación distinta de la mencionada por la palabra “deber”.

Kelsen aclara que esta forma de hablar de la situación en que alguien tiene una obligación, está limitada por ciertas concepciones corrientes respecto a quiénes pueden ser titulares de derechos. Por ejemplo, cuando alguien tiene una obligación hacia un animal, tal como la de alimentarlo, no se suele decir que el animal tiene el derecho correlativo, no porque haya algún inconveniente conceptual en hacerlo, sino porque se opone a ciertos prejuicios arraigados sobre el origen de los derechos. (En el caso de los derechos morales, cada vez es más frecuente hablar de los derechos de los animales.)

4) “Derecho” como correlato de una obligación pasiva. Este significado es análogo al anterior, con la única diferencia de que aquí el derecho subjetivo no es un correlato de una obligación de hacer, sino de un deber de no hacer, de omitir.

Por ejemplo, decimos:

“Tengo derecho a descansar con tranquilidad.”

“Juan tiene derecho a que no se instale un negocio competidor en la misma cuadra.”

“Roberto tiene derecho a que el vecino no le tape el sol con una pared.”

En todos estos ejemplos, las frases pueden ser traducidas por otras equivalentes que hablan del deber de alguien o de todos de no perturbar el descanso, no instalar un comercio o no levantar una pared.

La relevancia particular de esta modalidad de derecho subjetivo reside en que Kelsen incluye en esta clase a uno de los derechos más controvertidos desde el punto de vista teórico y político, el de propiedad.

En efecto, entre los derechos subjetivos que son correlatos de obligaciones pasivas (lo mismo vale para las activas) Kelsen distingue dos grupos: los relativos y los absolutos. Los derechos relativos son los que se correlacionan con el deber de una persona determinada o de un conjunto de personas determinadas; los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas. El derecho a que el vecino no levante una pared es relativo; el derecho a descansar es absoluto.

Según Kelsen, el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa.

De este modo, el autor de la *Teoría pura* se enfrenta a la pesada tradición de la dogmática civil tradicional consistente en distinguir entre derechos personales y reales. Los primeros constituirán relaciones entre individuos, los últimos, entre los que se encontraría el derecho de propiedad, son vínculos entre individuos y cosas. Kelsen sostiene, con evidente razonabilidad, que no hay ningún lazo mágico entre los individuos y las cosas que permita hablar de “derecho”; los derechos siempre consisten en relaciones entre individuos, y, en el caso del derecho que mencionamos, lo único que la expresión “propiedad” describe es una obligación de toda la sociedad frente a cierto individuo, consistente en no perturbar sus actos sobre una cosa determinada.

Sin embargo el tema del derecho de propiedad será objeto de mayor análisis en otro apartado.

5) “*Derecho*” como acción procesal. A veces decimos cosas de este tenor:

“Tengo derecho a lograr que el inquilino desaloje mi casa.”

“Juan tiene derecho a que Roberto lo indemnice por los daños que le produjo a su coche.”

“El comprador tiene derecho a reclamar la escrituración del inmueble.”

En estos ejemplos, se da, al igual que en los dos casos anteriores, un deber jurídico del cual el derecho es un correlato. Sin embargo, en esos enunciados, se sugiere un elemento adicional que distingue este uso de “derecho” de los precedentes: la posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación. A esta posibilidad se la llama en el lenguaje jurídico “acción” (en el sentido procesal). Así se dice “usted tiene una acción para hacer que los intrusos desocupen su propiedad”; “el que ha sido perjudicado patrimonialmente tiene una acción de resarcimiento”, etcétera.

Kelsen llama a este significado de “derecho” sentido *técnico* o *estricto* porque, a diferencia de los dos anteriores, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una *noción autónoma*.

Pero que el derecho en sentido técnico sea un concepto autónomo no significa que sea independiente del derecho objetivo. Por el contrario, las acciones procesales son condiciones mencionadas en las normas primarias como antecedentes de las sanciones que ellas establecen.

Se ha visto que el acto antijurídico no es la única condición que describe el antecedente de las normas primarias kelsenianas; hay, en general, muchas otras condiciones y muchas veces entre ellas se encuentra la acción procesal. Por ejemplo, una norma civil puede decir: “Si (a) dos personas contratan, (b) una no cumple lo pactado y (c) la otra lo demanda, debe ser ejecución forzada contra el que no cumplió. Una norma penal a su vez puede disponer: “Si (a) alguien mata y (b) el fiscal lo acusa, debe ser diez años de prisión para el homicida”. Las condiciones señaladas con (b) en ambas normas constituyen un derecho subjetivo en sentido técnico o “acción procesal”.

O sea que, decir que alguien tiene un derecho, en este sentido, consiste en afirmar que su conducta está mencionada en una norma entre las condiciones para que se aplique una sanción.

Kelsen señala que el hecho de que se otorguen a los particulares acciones para reclamar la aplicación de sanciones es una téc-

nica particular que utilizan algunos órdenes jurídicos, pero no otros. En el derecho penal no es generalmente utilizada, monopolizando las acciones procesales ciertos funcionarios públicos. En el derecho civil, esta técnica es típica de los sistemas capitalistas, en los que se otorga a los particulares la facultad de convenir sus negocios y la de demandar, o no, a quienes no cumplen según sea su interés; en cambio, en los sistemas socialistas, su vigencia está muy restringida.

Cuando se otorga a los particulares este tipo de derechos se los hace participar en la creación del orden jurídico, pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma jurídica particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo.

6) *Derecho político.* También la palabra “derecho” se usa en frases de este tipo:

“El pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes.”

“La libertad de expresar sus ideas por la prensa es un derecho de todo ciudadano.”

Estas dos frases corresponden a dos nuevos sentidos de la expresión “derecho subjetivo”, los cuales están vinculados con cuestiones de organización política. (Como hemos visto, muchas veces, cuando se habla de estos derechos se está aludiendo a derechos *morales* y no jurídicos, o sea derechos que el Estado tiene el deber moral de convertir en derechos jurídicos.)

Veamos el primero de los sentidos mencionados.

En los sistemas democráticos, se faculta a los ciudadanos a participar en la creación de normas generales, ya sea autorizándolos a sancionar ellos mismos tales normas —democracia directa— o a elegir los órganos encargados de dictarlas —democracia indirecta—.

El derecho electoral es del mismo tipo que el derecho subjetivo en sentido técnico que se analizó antes; pues, en ambos casos, la voluntad del individuo es una condición necesaria para que se dicte una norma jurídica, general, en el caso del derecho político, y particular, en el de la acción procesal.

Kelsen señala, sin embargo, una diferencia importante entre ambos tipos de derechos: mientras la acción procesal siempre tiene como

objetivo reclamar el cumplimiento de un deber jurídico o una sanción por su incumplimiento, en el caso del derecho electoral no hay tal vinculación con un deber jurídico. Puede muy bien haber un deber correlativo al derecho político, como el del funcionario obligado a recibir el voto del elector, pero el derecho electoral no tiende al cumplimiento de ese deber, así como tampoco la demanda tiene por objeto el cumplimiento del deber de recibirla por parte del juez.

El otro sentido del derecho político se relaciona con los llamados "derechos y garantías fundamentales" como los consagrados por nuestra Constitución en los arts. 14 a 18.

Estos derechos protegen a los individuos contra la sanción de ciertas normas que contradicen otras de nivel superior.

Supongamos, por ejemplo, que el Congreso dicta una ley restringiendo la libertad de prensa, ¿qué puede hacer un individuo afectado por esa ley? Recurrir a los tribunales reclamando la anulación de esa ley por ser contraria a lo dispuesto por la Constitución (en nuestro sistema sólo es posible obtener la anulación de la norma para el caso particular que se plantea, no su derogación judicial para todos los casos).

De modo que este derecho político es análogo al derecho en sentido técnico, o acción procesal, en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento la maquinaria judicial. Sin embargo, el objetivo de la acción en uno y otro caso es distinto: en el caso del derecho en sentido técnico consiste en obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico; en el de la garantía fundamental, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior.

De cualquier modo, en todos estos casos de derechos subjetivos, se describe el hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos.

El jurista norteamericano W. N. Hohfeld distinguió en un famoso ensayo (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*), diferentes sentidos de "derecho subjetivo", que sólo parcialmente concuerdan con los que aquí hemos mencionado.

Los sentidos que distinguió Hohfeld fueron denominados por él "pretensión", "privilegio", "potestad" e "inmunidad".

Un aspecto interesante del desarrollo de Hohfeld consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus *opuestos jurídicos* (o sea

los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota), y por sus *correlativos jurídicos* (es decir los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene un derecho, en los distintos sentidos expuestos).

a) Uno tiene una *pretensión* frente a alguien cuando esa persona está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a nosotros (por ejemplo, un acreedor tiene una pretensión frente a quien le debe una suma de dinero). Cuando no tenemos cierta pretensión, se puede calificar nuestra situación como una de *no-derecho*.

b) Uno tiene un *privilegio* frente a alguien cuando ese individuo está en la situación correlativa de *no-derecho* a cierta conducta (por ejemplo, uno tiene el privilegio de entrar en un inmueble cuando nadie tiene el derecho de impedirnos entrar). Por otra parte, el opuesto de la situación de privilegio es la de *deber* (si alguien no tiene el privilegio de entrar en un inmueble es porque tiene el deber de no entrar).

c) Uno tiene una *potestad jurídica* frente a alguien cuando puede modificar sus relaciones jurídicas (es el caso, por ejemplo, de un apoderado respecto de su mandante o de cualquier funcionario en el ámbito de su competencia). Si alguien tiene una potestad jurídica frente a otro, éste está en la situación correlativa de *sujeción jurídica* frente al primero. Por otra parte, el opuesto de la potestad es una situación de *incompetencia* (o sea el que no puede modificar ciertas relaciones jurídicas no tiene competencia en ese respecto).

d) Uno tiene *inmunidad* frente a otro cuando el otro está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su *status* jurídico (es el caso, por ejemplo, del propietario de una casa frente a otro que quisiera vender o alquilar la casa). A su vez, la inmunidad implica ausencia de *sujeción*, que es el concepto opuesto.

Estas relaciones entre los diferentes sentidos de "derecho subjetivo" que señala Hohfeld y sus conceptos correlativos y opuestos pueden mostrarse en el cuadro que sigue:

OPUESTOS

CORRELATIVOS	pretensión	no-derecho
	deber	privilegio
	privilegio	deber
	no-derecho	pretensión
	potestad	incompetencia
	sujeción	inmunidad
	inmunidad	sujeción
	incompetencia	potestad

b) *El derecho de propiedad en particular*

Conviene prestar un poco más de atención al tema del derecho de propiedad, dado que presenta una serie de complicaciones teóricas, no pocas de las cuales se originan en las connotaciones ideológicas que tiene la mayor parte de las discusiones sobre la cuestión y el trasfondo místico que subyace en la idea de propiedad.

Se ha dicho que la concepción tradicional sobre los derechos reales y en particular sobre el derecho de propiedad los caracteriza como un vínculo directo entre una persona y una cosa. Típica de esta idea es la definición que de "dominio" (término equivalente a "propiedad") da el art. 2506 de nuestro Cód. Civil cuando dice: "*El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*".

Esta concepción de la propiedad como una relación, no entre personas, sino entre una persona y una cosa, no es aceptada, en términos generales, por la teoría del derecho contemporánea.

¿En qué consiste esa relación hombre-cosa, en virtud de la cual se define “propiedad”? Alguien podría decir que se trata de un conjunto de actos de uso, usufructo y disposición que un individuo ejerce sobre un objeto. Pero una cosa es realizar esos actos y otra es tener derecho de hacerlo. El propietario puede no usar un inmueble a pesar de tener derecho a tal uso, y alguien que no es propietario puede usar una casa, sin derecho a hacerlo.

La propiedad no es, entonces, una relación fáctica de una persona con una cosa, sino, en todo caso, un derecho a estar en esa relación fáctica. Pero, cuando tratamos de analizar qué quiere decir “tener derecho a ejercer actos de uso, usufructo y disposición sobre un bien”, pronto nos encontramos, entre otras, con normas que establecen la prohibición de todos los demás individuos de perturbar tales actos. Es decir, forma parte esencial del concepto de propiedad una cierta relación normativa entre un individuo y los restantes.

La idea de que hay una especie de vínculo de hecho entre el individuo y la cosa de la cual es propietario, independientemente de la relación normativa del primero con otros hombres —la que se considera como una mera consecuencia—, ha sido tratada especialmente por los realistas escandinavos como un resabio del pensamiento mágico primitivo. Hägerström dice al respecto:

“Pareciera, pues, que lo que se quiere indicar por derecho de propiedad y pretensiones legítimas, es que son fuerzas reales, que existen con total independencia de nuestros poderes naturales; fuerzas que pertenecen a un mundo distinto del de la naturaleza, y que la legislación o las otras formas de creación del derecho simplemente liberan. La autoridad del Estado se limitaría a prestar su ayuda para hacer que estas fuerzas, en la medida de lo posible, incidan en la realidad, pero ellas existen antes de que se preste esa ayuda. De esta manera, podemos entender por qué uno lucha mejor cuando cree que le asiste un derecho. Sentimos que hay aquí fuerzas misteriosas en el trasfondo de las que podemos obtener apoyo.”

Los autores han hecho varias tentativas de superar el punto de vista metafísico que, consciente o inconscientemente, identifica al derecho de propiedad con un vínculo sobrenatural entre una persona y una cosa.

Ya se ha hecho referencia al intento de identificar a la propiedad con hechos empíricamente verificables, como ser actos de

uso, goce y disposición que un individuo ejerce sobre un bien. Vimos que esta caracterización no agota el significado del término "propiedad". Tampoco consiguen elucidar completamente su significado otras tesis que también identifican la propiedad con hechos de varias especies, por ejemplo la predicción de ciertas consecuencias fácticas, la prueba del título, etcétera.

La concepción de Kelsen, ya analizada, que consiste en considerar al derecho de propiedad como el simple correlato de una obligación general de omitir ciertos actos, es, sin duda, esclarecedora de algunos usos del término "propiedad"; pero, sin embargo, no proporciona una traducción adecuada para todas las oraciones en que "propiedad" aparece. Por ejemplo, en la frase muy frecuente: "si alguien es propietario, entonces puede disponer libremente de la cosa", muy difícilmente pueda reemplazarse "propietario" por una descripción de un conjunto de obligaciones de los demás hombres.

Un enfoque fecundo ha sido ensayado por varios realistas escandinavos, en especial Alf Ross y Karl Olivecrona. Estos autores sostienen la tesis de que "propiedad" no tiene referencia semántica alguna, o sea no denota ningún hecho ni empíricamente verificable ni, por supuesto, supraempírico.

El pensamiento de Ross (expuesto en su libro *Sobre el derecho y la justicia*) puede ser sintetizado como sigue:

Hay proposiciones de la ciencia jurídica en que el término "propiedad" aparece en su consecuente, por ejemplo:

h_1 : "Si una persona se encuentra en poder de una cosa por tradición de su antiguo dueño, entonces es propietario de aquélla".

h_2 : "Si una persona ha estado en poder de una cosa durante 20 años, entonces es propietaria de aquélla."

h_3 : "Si una persona ha recibido una cosa por herencia, entonces es propietaria de aquélla."

Hay otras proposiciones jurídicas en las que la palabra "propiedad" aparece en su antecedente, por ejemplo:

c_1 : "Si una persona es propietaria de una cosa, entonces le está permitido venderla."

c_2 : "Si una persona es propietaria de un inmueble, entonces tiene acción para desalojar a los intrusos."

c_3 : "Si una persona es propietaria de una cosa, entonces puede percibir sus frutos."

Si tenemos en cuenta la conjunción de estos dos tipos de enunciados, tendremos entonces enunciados complejos de este tenor:

a: “Si alguien ha adquirido una cosa por tradición o por prescripción de veinte años o por sucesión, entonces es propietario y, en consecuencia, puede vender la cosa, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos.”

Veamos esto en un esquema que presenta Ross, escribiendo “H” para mencionar los hechos condicionantes que hacen que uno sea propietario (herencia, prescripción, tradición), “P” para la situación de ser propietario, y “C” para las consecuencias de ser propietario:

$$\begin{array}{c} H_1 \searrow \\ H_2 \rightarrow P \rightarrow C_1, C_2, C_3 \\ H_3 \nearrow \end{array}$$

Como se observa en el esquema, la relación que tienen entre sí los hechos condicionantes es diferente de la que rige entre las consecuencias. Los hechos condicionantes están en *disyunción*, porque basta uno sólo de ellos para que alguien sea propietario; en cambio, las consecuencias jurídicas están en *conjunción*, puesto que la propiedad implica el conjunto de ellas.

Esta exposición sugiere la idea tradicional de que la propiedad es un estado que se da *entre* ciertos hechos condicionantes y determinadas consecuencias jurídicas, distinguiéndose tanto de los primeros como de las últimas. Una cosa serían los hechos que hacen a uno propietario y otra el ser propietario, y también sería diferente el hecho de ser propietario de las consecuencias que ese *status* acarrea.

La tesis de Ross consiste en rechazar ese punto de vista tradicional.

El escritor danés sostiene que en los enunciados del tipo de *a*, que se dio como ejemplo, como así también en el esquema simbólico que se presentó a continuación, la mención de la calidad de propietario es totalmente superflua.

Se podría formular el siguiente enunciado, *a'* que tiene exactamente el mismo significado que *a*:

a': “Si alguien tiene una cosa por tradición o por prescrip-

ción de veinte años o por sucesión, entonces puede venderla, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos.”

Lo que está representado por este esquema:

$$\begin{array}{l} H_1 \searrow \\ H_2 \rightarrow C_1, C_2, C_3 \\ H_3 \nearrow \end{array}$$

Como se observa, la única diferencia entre a y a' es que en el segundo ha desaparecido la cláusula “. . . entonces es propietario. . .” Si admitimos que, a pesar de eso, a tiene el mismo significado que a' , la conclusión es que la cláusula mencionada está de más. En otras palabras, la frase “es propietario” no describe ninguna situación diferente de la que describen las frases que la preceden y la siguen. En a el término “propiedad” no tiene referencia semántica alguna; es, como dice Olivecrona, una palabra “hueca”, o sea, una palabra que no denota ningún tipo de hechos.

Esta conclusión no debe hacer pensar que la palabra “propiedad” no cumple ningún papel efectivo en el lenguaje jurídico y que las frases en que aparece no designan proposición significativa alguna.

Olivecrona, que coincide con Ross en el desarrollo precedente, señala que en nuestro lenguaje ordinario hay un conjunto bastante amplio de palabras “huecas”, que no denotan hecho alguno y que, sin embargo, tienen una importante función técnica. Pone, como ejemplo, el caso de los términos que designan unidades monetarias, “peso”, “dólar”, “libra”, etcétera. Estas palabras actualmente no denotan ni una cantidad de metal, como ocurría en otras épocas, ni ciertos billetes de papel (puesto que el término “peso”, por ejemplo, es lo que justamente permite la equivalencia entre ciertos conjuntos de billetes). Sin embargo, estas palabras cumplen una función técnica relevante en las transacciones económicas.

¿Cuál es la función técnica que corresponde al término “propiedad”?

Ross y Olivecrona coinciden en una explicación del siguiente tenor:

Prestemos atención a las oraciones h_1 , h_2 , h_3 que antes se dieron como ejemplos. Observemos que en su consecuente figura la frase “es propietario”.

Si quisiéramos eliminar esa cláusula en tales enunciados, lo podríamos hacer sin inconvenientes conceptuales. Pero ¿qué ten-

dríamos que poner en lugar de tal cláusula? La respuesta obvia es que habría que enunciar el conjunto de consecuencias jurídicas mencionadas en el enunciado *a*. Así en vez de h_1 , tendríamos que formular, por ejemplo, el siguiente enunciado h'_1 : “Si una persona se encuentra en poder de una cosa por tradición de su antiguo dueño, entonces puede disponer de la cosa, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos.”

Si tenemos en cuenta que las consecuencias jurídicas son muchas más que las mencionadas en el ejemplo, en cualquier derecho positivo moderno, advertimos la economía de palabras que se obtiene usando el término “propiedad” y la ventaja de presentación que tiene h_1 sobre h'_1 .

Ahora traigamos a colación las oraciones c_1 , c_2 y c_3 . También aquí la cláusula “es propietario” puede ser eliminada sin cambiar el sentido del enunciado. Para eso debemos reemplazar aquella cláusula por, en este caso, la enunciación de los hechos condicionantes mencionados en la oración *a*. De este modo, en vez de c_1 , por ejemplo, tendríamos este enunciado c'_1 : “Si alguien está en poder de una cosa por tradición o por herencia o por prescripción, entonces puede disponer de la cosa.”

Como también en este caso los órdenes jurídicos modernos no se limitan a establecer los tres hechos condicionantes mencionados en el ejemplo, nuevamente advertimos el poder de síntesis que tiene la palabra “propiedad”.

Vale decir que la función técnica del término “propiedad” consiste en reemplazar la mención de una conjunción de consecuencias jurídicas en frases que indican un hecho condicionante y en reemplazar la mención de una disyunción de hechos condicionantes en oraciones que señalan una cierta consecuencia. Esto, sin que el término “propiedad” denote ni la disyunción de condiciones ni la conjunción de consecuencias, ni ningún otro hecho o estado que esté entre los primeros y las últimas. Ni siquiera es posible sostener que la palabra “propiedad” tiene denotación, aunque ella es ambigua, ya que denotaría, a veces, la disyunción de hechos condicionantes y, a veces, la conjunción de consecuencias. Si esto fuera así, sería admisible decir “si alguien es propietario (en un sentido), entonces es propietario (en el segundo sentido)”, lo que resulta chocante en el lenguaje ordinario, aun teniendo en cuenta la supuesta ambigüedad de “propiedad”.

Esta que acabamos de señalar no es la única función del término "propiedad". Olivecrona señala dos funciones más, aparte de la técnica, con un desarrollo que reconstruimos a continuación someramente.

Hay un grupo de expresiones del lenguaje ordinario que difícilmente se pueden clasificar en las categorías corrientes de descripciones, directivas, exclamaciones, etcétera. A tales expresiones, estudiadas especialmente por J. L. Austin, se las ha llamado "realizativas" u "operativas", porque tienen la característica de que, pronunciarlas en un contexto adecuado y bajo ciertas condiciones, supone *realizar la acción* que la expresión menciona.

Un ejemplo característico de este tipo de expresiones es "prometer"; decir "yo prometo", en determinadas condiciones, no consiste en describir algo ni en prescribir alguna cosa, sino en realizar una cierta acción, precisamente la acción de prometer. Del mismo modo, decir en cierto contexto "yo te bautizo con tal nombre" es bautizar; decir "os declaro marido y mujer" es formalizar un matrimonio; decir "acepto", en cierto contexto, es aceptar.

El término "propiedad" puede, a veces, formar parte de una expresión realizativa.

Cuando un juez dice: "declaro a Fulano propietario de este bien", lo está convirtiendo en propietario y no describiendo o prescribiendo algo. Cuando alguien manifiesta: "cedo la propiedad de esta casa a Fulano", está cediendo la propiedad.

Formular este tipo de frases no es relevante por el significado descriptivo que eventualmente puedan tener (incluso, como en el caso de "propiedad", puede tratarse de palabras huecas), sino porque el hecho de pronunciarlas es condición para que sean aplicables determinadas normas. Que alguien diga, en cierto contexto, "cedo mi propiedad a Fulano", es condición para que determinadas reglas que establecen ciertas consecuencias jurídicas se apliquen a Fulano.

Olivecrona agrega que el formular expresiones realizativas, en ciertos contextos y de acuerdo con determinadas reglas, produce en la gente efectos psicológicos definidos. Decir "esto es de tu propiedad" provoca una sensación de permisibilidad, como una especie de luz verde que permite el paso; decir "esto no es tuyo", provoca la sensación, opuesta, de prohibición, como una luz roja que impide pasar. Al hecho de producir estos efectos psicológicos en la gente Olivecrona lo llama "función de signo de las palabras huecas", pues se trata de una función no determinada por el significado de tales palabras, sino por un hábito adquirido por los hombres, condicionado a oír ciertas palabras en un contexto determinado y de acuerdo con reglas determinadas.

También Olivecrona asigna al término "propiedad" una función informativa indirecta.

Desde que "propiedad" no denota nada, cuando se dice "Diego tiene la propiedad de esta cosa", no es posible que se esté dando alguna información. Sin embargo, la gente considera a frases semejantes como informativas. ¿Cuál es la explicación de esta aparente dis-

cordancia entre el sentido común y la tesis de Ross y Olivecrona sobre la falta de significado descriptivo de "propiedad"?

Olivecrona contesta de este modo: una respuesta fácil podría ser que cuando alguien dice "Diego es propietario" está informando que Diego ha participado de algún hecho condicionante, como ser que ha poseído la cosa por veinte años. Sin embargo, esta solución no es satisfactoria, porque el que dice eso no quiere hacer mención al hecho que origina la propiedad —el que le puede resultar indiferente e incluso puede ignorar— sino a algún supuesto efecto que surge de aquel hecho. La respuesta que a Olivecrona le parece admisible es que, independientemente del hecho misterioso que quiera mencionar quien habla, cuando se formula la expresión "Diego es propietario" se lo hace de acuerdo con ciertas reglas; entonces, aunque la expresión no describa la aplicabilidad de las reglas en cuestión, como sólo se la usa cuando aquéllas son aplicables, el interlocutor se informa indirectamente, al oír la expresión, de que ciertas normas se aplican al caso de Diego.

Un ejemplo, en cierta medida análogo, puede aclarar la explicación precedente de Olivecrona. Cuando alguien exclama "¡ay!", no está *describiendo* un dolor, sino *expresándolo* (a diferencia de decir "me duele"). Sin embargo, como sólo se exclama "¡ay!" sinceramente cuando se está dolorido, el interlocutor puede inferir que quien lo dice, se encuentra en ese estado; por lo que "¡ay!", que no es un término descriptivo, ofrece una información indirecta cuando es pronunciado en condiciones adecuadas. Del mismo modo, la frase "Diego es propietario" no describe nada; pero como sólo se formula cuando ciertas reglas son aplicables, del hecho de que fue pronunciada, el interlocutor puede inferir la aplicabilidad de aquellas reglas.

Los desarrollos que acabamos de ver sobre el concepto de propiedad no son, sin duda, concluyentes y cabe esperar nuevas contribuciones esclarecedoras respecto al punto. Sin embargo, constituyen pasos importantes hacia el objeto de desmitificar una noción que está fuertemente vinculada a los resabios del pensamiento mágico y oscurecido por posturas ideológicas.

Las tesis expuestas no suponen tampoco una toma de posición en la discusión de filosofía política sobre cuál es el régimen de propiedad más justo. Pretenden esclarecer el esquema conceptual que se usa tanto en esas discusiones, como en el análisis del derecho positivo. La única consecuencia indirecta que pueden tener los desarrollos teóricos precedentes, respecto a la controversia ideológica sobre el régimen de propiedad, consiste en disolver las racionalizaciones de algunos mitos sobre las relaciones de los hombres con las cosas, sobre los que se ha fundado algunas justificaciones de ciertos sistemas de propiedad.