W. N. Hohfeld

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

Distribuciones Fontamara, S.A.

IV. LAS RELACIONES JURIDICAS FUNDAMENTALES CONTRASTADAS ENTRE SI

Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a "derechos" (subjetivos) y "deberes", y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados, tales como *trusts*, opciones de compra, *escrows*,* intereses "futuros", intereses de personas colectivas, etcétera. Aun cuando la dificultad se vinculara exclusivamente con lo inadecuado y ambiguo de la terminología, la seriedad de aquélla justificaría, empero, que se la considere merecedora de un claro reconocimiento y de esfuerzos persistentes para mejorar las cosas; porque en cualquier problema razonado cuidadosamente, ya sea un problema jurídico como de otro tipo, las palabras "ca-

* *Escrow*. "Llámase 'escrow' a un documento que una persona, que por virtud del mismo asume una obligación o concede un derecho, entrega a un tercero para que éste lo tenga en su poder hasta que ocurra un hecho contingente o se cumpla una condición, y para que, a su vez, si esto ocurre, lo entregue a la persona en favor de quien el primero se ha obligado o a favor de quien ha constituido el derecho. Por extensión, la palabra se aplica para designar: 1) el estado o condición de un instrumento por el que, v. gr., se transfiere la propiedad sobre un inmueble, cuando ese instrumento se encuentra en forma condicional en poder de un tercero; y 2) el hecho de la posesión o retención del instrumento por un tercero mientras no se haya cumplido la condición. Se dice así que un documento ha sido entregado en *escrow*". *Black's Law Dictionary*, 4ª ed., pág. 641. (*N. del T.*)

maleón" constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro como para la expresión lúcida.[25] En los hechos, empero, la men-

[25] En relación con esto, son importantes las palabras de uno de los grandes maestros del *Common law*. En su notable *Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, pág. 190, expresa el profesor James Bradley Thayer:

"A medida que nuestro derecho se desarrolla se hace cada vez más importante dar carácter definido a su fraseología; las distinciones se multiplican, surgen nuevas situaciones y complicaciones de hecho, y el viejo equipo de ideas, distinciones y frases tiene que ser cuidadosamente revisado. El derecho no difiere tanto de otros temas de estudio como para que la claridad de pensamiento no signifique una poderosa ayuda para aprehenderlo. Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se las usa".

Tal vez la nota más característica de la gran contribución constructiva de este autor al régimen jurídico de la prueba consiste en su constante insistencia en la necesidad de clarificar nuestra terminología jurídica y hacer cuidadosas "discriminaciones" entre conceptos y términos que constantemente son empleados como si fueran uno y el mismo. Ver, por ejemplo, *ibid.*, págs. 7, 183, 189 a 90, 278, 306, 351, 355, 390 a 93. Todos aquellos que han estudiado el régimen de la prueba conocen la gran influencia que han ejercido esas distinciones.

También vienen al caso las observaciones comparativamente recientes del profesor John Chipman Gray en su libro *Nature and sources of the Law*, 1909, Pref. pág. vii:

"El estudiante de derecho se ve asaltado a veces por la idea de que no se está ocupando de cosas sino de palabras, que se ocupa de la forma y el tamaño de las fichas de un juego de logomaquia. Pero cuando se da plena cuenta de cómo estas palabras han pasado y pasan por dinero, no solo por tontos y para tontos, sino por y para los espíritus más agudos, el estudiante de derecho recibe la impresión de que hay allí una tarea que merece ser hecha, siempre que se la haga con mérito".

No menos significativa y llena de sugestión es la reciente frase, característica de uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo, el juez Holmes. En *Hyde c/ United States* (1911), 225 U.S. 347, 391, el ilustrado juez señaló agudamente: "Es una de las desdichas del derecho que las ideas se enquistan en frases y después de ello, y durante largo tiempo, dejan de originar nuevos análisis".

Véase también el voto del juez Field en *Morgan c/ Louisiana* (1876), 225, U.S., 217, 223, y el del juez Peckham en *Phoenix Ins. Co. c/ Tennessee* (1895), 161, U.S. 174, 177, 178.

("Todo estudiante de lógica conoce, pero rara vez se hace cargo de ello, el poder y la influencia histórica efectiva de las palabras para moldear el pensamiento y afectar el resultado de una controversia". Profesor John Henry Wigmore, en 28 *Harvard Law Review* (1914). Véase también juez Beck en *City of Dubuque c/ Ill. Central R. R. Co.*, 1874, 39 Ia. 56, 64.)

cionada falta de adecuación y la ambigüedad de términos infortunadamente reflejan, con demasiada frecuencia, la correspondiente pobreza de los conceptos jurídicos vigentes y la confusión que impera respecto de ellos. Que las cosas son realmente así surgirá en alguna medida, pienso, de la exposición que sigue.

Las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales, después de todo, son *sui generis*. Es por ello que los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, si no completamente inútiles. De acuerdo con esto, la línea de ataque más promisoria consiste en exhibir todas las diversas relaciones en un esquema de "opuestos" y "correlativos", y luego proceder a ejemplificar su alcance y aplicación individuales en los casos concretos. Trataré de desarrollar el método siguiente: *

Opuestos jurídicos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
	no-derecho	deber	incompetencia	sujeción
Correlativos jurídicos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
	deber	no-derecho	sujeción	incompetencia

Derechos (subjetivos) y Deberes. Tal como ya se sugirió, la palabra "derechos" (subjetivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjetivo) en sentido estricto; y esa imprecisión en el uso de la palabra ha sido ocasionalmente reconocida en fallos judiciales. Tal como observó el juez Strong en *People vs. Dikeman*:[26]

> "La palabra 'derecho' (subjetivo) es definida por los lexicógrafos como que denota, entre otras cosas, *propiedad, interés, potestad, prerrogativa, inmunidad, privilegio* [Dic-

* En el cuadro o esquema y en todo el ensayo hemos traducido "*power*" como "potestad", "*liability*" como "sujeción" y "*disability*" como "incompetencia". En ello hemos seguido el criterio que usamos al traducir el cap. V de *On Law and Justice* de Alf Ross (*Sobre el Derecho y la Justicia*), EUDEBA, 1963) inspirado parcialmente en Hohfeld. (*N. del T.*)

[26] (1852) 7 How Br., 124, 130.

cionario Walker: 'Derecho' (subjetivo)]. En el campo del derecho se la aplica con más frecuencia a la propiedad en sentido restringido, pero a menudo se la usa para designar *potestad, prerrogativa* y *privilegio*".

También hallamos un reconocimiento de esta ambigüedad en el lenguaje empleado por el juez Jackson en *United States v. Patrick*: [27]

> "Las palabras 'derecho' (subjetivo) o 'privilegio' tienen, por supuesto, una diversidad de significados, según la conexión o contexto en los que aparecen. Su definición, según los lexicógrafos, incluye aquello que podemos hacer en ejercicio de una 'pretensión (*claim*) jurídica', 'potestad jurídica', 'autorización', 'inmunidad otorgada por una autorización', 'investidura con derechos (subjetivos) especiales o peculiares'."

Del mismo modo, hallamos ese reconocimiento en el lenguaje del juez Sneed en *Lonas v. State*: [28]

> "A un Estado, en consecuencia, le está prohibido crear y aplicar cualquier prescripción jurídica que cercene los *privilegios* e *inmunidades* de los ciudadanos de los Estados Unidos. Se ha dicho que las palabras *derechos*, *privilegios* e *inmunidades* se usan abusivamente, como si fueran sinónimos. La palabra *derechos* (subjetivos) es genérica, común, y abarca todo aquello que puede ser legítimamente pretendido".[29]

[27] (1893) 54 Fed. Rep., 338, 348.

[28] (1871) 3 Heisk. (Tenn.), 287, 306-307.

[29] Véase también, para observaciones judiciales análogas, *Atchinson & Neb. R. Co. c/ Baty* (1877), 6 Neb. 37, 40. ("La expresión *derecho* [subjetivo] en una sociedad civil quiere decir aquello que un hombre está facultado a *tener*, o a *hacer*, o a *recibir* de otros, dentro de los límites prescriptos por el orden jurídico"); *San Francisco c/ S. V. Water Co* (1874), 48 Cal., 531. ("Tenemos que determinar los *derechos, privilegios, potestades, deberes y obligaciones* de la Spring Valley Water Co., con referencia al orden jurídico general"); (*Shaw c/ Profitt* (1910), 57 Or. 192, 201; 109 Pac., 584, 587, voto del juez Slater: "La expresión 'derecho' (subjetivo) denohta entre otras cosas 'propiedad', 'interés', 'potestad', 'prerrogativa', 'inmunidad' y 'privilegio', y en el campo del derecho se lo aplica con mayor frecuencia a la propiedad en sentido restringido").

Compárese también Gilbert, *Evidence* (4ª ed., 1777), 126: "Los hombres de un condado, ciudad, pueblo, comunidad, parroquia, etcétera, constituyen prueba de los *derechos, privilegios, inmunidades* y asuntos de ese pueblo, ciudad, etcétera".

[30] Ver *Kearns c/ Cordwainers' Co.* (1859), 6 C.B.N.S., 388, 409 (interpretando la Thames Conservancy Act, 1857, 20 y 21 Vict.c. cxlvii, s. 179: "Ninguna de las potestades conferidas por esta ley... llegará hasta eliminar, alterar o disminuir ningún derecho, pretensión, privilegio, franquicia, exención o inmunidad... que actualmente corresponda a algún propietario de cualquier inmueble"); *Fearon c/ Mitchell* (1872), L. R. 7 Q. B., 690, 695. ("Queda por resolver la otra cuestión, esto es la de si el caso cae bajo la cláusula de la s. 50 de la Vict. 21 y 22, c. 98, que dispone que 'por aplicación de esta sección no será establecido ningún mercado que interfiera con ningún derecho, potestad o privilegio de que goce ninguna persona dentro del distrito, sin consentimiento de ella' "); Cal. Civ. Code, sec. 648a: "Con arreglo a este título podrán constituirse asociaciones de construcción y préstamo, con o sin garantía u otra seguridad, con todos los derechos, potestades y privilegios, y sometidas a todas las restricciones y responsabilidades establecidas en este título": Tenn. Const. de 1934, Art. 9, sec. 7: "La legislatura no tendrá potestad para aprobar ninguna ley que conceda a ningún individuo o individuos, derechos, privilegios e inmunidades o exenciones distintas de..." (Véase también *State c/ Conlon* (1895), 65 Conn., 478, 490, 491.)

[31] (1894) 1º Ind. App., 60; 37 N. E., 303, 304.

Es interesante observar, también, que podemos hallar una tendencia a hacer distinciones en muchas cláusulas constitucionales y legales. Por supuesto que es imposible decir en qué medida quienes proyectaron los textos respectivos pudieron haberse representado con precisión las distinciones que nos ocupan.[30]

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra "derecho" (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el "deber" correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto "derecho" (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en "deber" como su correlativo invariable. Tal como se dijo en el caso *Lake Shore & M.S.R.Co. c/ Kurtz*: [31]

> "Un deber jurídico o una obligación jurídica es aque-

llo que uno debe o no debe hacer. 'Deber' y 'derecho' (subjetivo) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho, se viola un deber".[32]

En otros términos, si *X* tiene el derecho de excluir a *Y* de un inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que *Y* tiene frente a *X* el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra "derecho" (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra "pretensión" (*claim*) resultaría ser la mejor.[32a] En relación con esto es instructivo el lenguaje empleado por lord Watson en *Studd vs. Cook*:[33]

"Cualquiera que sean las palabras que en una transacción sobre bienes muebles se reconozcan por la ley de Escocia como suficientes para crear un derecho o pretensión (*claim*) a favor de un albacea (*executor*)... tienen que surtir efecto jurídico si se las usa respecto de bienes inmuebles en Escocia".

Privilegios y "No-derechos". Tal como se indicó en el esquema de las relaciones jurídicas, un privilegio es el opuesto de un

[32] Véase también *Howley Park Coal, etc. Co. c/L. & N. W. Ry* (1913) A. C. 11, 25, 27 (voto del vizconde Haldane L. C.: "Existe una obligación de *lateral support* [el derecho de *lateral support* es el que asiste al propietario de un fundo, respecto del propietario del fundo vecino, a que el inmueble del primero se apoye en el del segundo. (N. del T.)] de parte del vecino, y en ese sentido hay un derecho correlativo de parte del propietario del primer inmueble"; voto de lord Shaw: "Hay un derecho recíproco al *lateral support* para sus inmuebles respectivos y una obligación recíproca de parte de cada propietario... No puede tener lugar ninguna disminución del derecho, por una parte, ni de la obligación, por la otra, salvo como consecuencia de un contrato...")

Para efectos similares, compárese *Galveston etc. Ry Co. c/ Harrigan* (1863), 76 S. W. 452, 453 (Tex. Civ. App.) Véase también *Gray, Nature and Sources of Law*, sec. 25: "El derecho (subjetivo) es correlativo del deber; donde no hay deber no puede haber derecho (subjetivo)".

[32a] Expresó al juez Stayton en *Mellinger c/ City of Houston* (1887), 68 Tex., 45, 3 S. W., 249, 253: "Un derecho (subjetivo) ha sido correctamente definido como una pretensión bien fundada, y esto último no significa nada más y nada menos que una pretensión reconocida o tutelada por el orden jurídico".

[33] (1883) 8 App. Cas., pág. 597.

deber, y el correlativo de un "no-derecho". En el ejemplo último, mientras que *X* tiene un *derecho* o *pretensión* a que *Y* no entre en el inmueble del primero, *X* tiene el *privilegio* de entrar en el inmueble; o, con otras palabras, *X* no tiene el deber de permanecer fuera del mismo. El privilegio de entrar en el inmueble es la negación del deber de permanecer fuera de él. Como este caso lo muestra, a esta altura es menester algo de cautela; porque cada vez que se dice que un determinado privilegio es la mera negación de un *deber*, lo que se quiere decir, por supuesto, es que es la negación de un deber que tiene un contenido o tenor precisamente *opuesto* al del privilegio en cuestión. Así, si por alguna razón especial, *X* ha celebrado un contrato con *Y* por el cual el primero se obliga a entrar en su inmueble, es obvio que *X* tiene frente a *Y* tanto el privilegio de entrar como el *deber* de hacerlo. El privilegio es perfectamente compatible con este tipo de deber, porque el último posee el *mismo* contenido o tenor que el privilegio. Pero sigue siendo verdad que, en lo que se refiere a *Y*, el privilegio de entrar que tiene *X* es la negación exacta del deber de *permanecer fuera* del inmueble. Del mismo modo, si *A* no se ha comprometido frente a *B* a realizar cierto trabajo para el último, el privilegio de *A* de *no* realizarlo es la negación misma del deber de *realizarlo*. Aquí también el deber con que se contrasta el privilegio es de un contenido o tenor exactamente opuesto al de éste.

Pasemos ahora a la cuestión de los "correlativos". Se recordará, por supuesto, que un deber es el correlativo invariable de aquella relación jurídica que con mayor propiedad recibe el nombre de derecho (subjetivo) o pretensión. Siendo así las cosas, si fueran menester más pruebas respecto de la fundamental e importante diferencia entre un derecho (o pretensión) y un privilegio, seguramente se las hallaría en el hecho de que el correlativo de la última relación es un "no-derecho", expresión que usamos en razón de que no existe ninguna palabra acuñada para expresar este concepto. Así, el correlativo del derecho de *X* a que *Y* no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene

X de entrar es, de modo manifiesto, el "no-derecho" de Y a que X no entre.

En vista de las consideraciones formuladas hasta aquí, parece evidente la importancia de preservar totalmente diferenciadas la concepción de "derecho" (subjetivo) (o pretensión) y la concepción de "privilegio". Más aún, es igualmente claro que tenemos que usar una palabra distinta para representar la última de las relaciones. Sin duda, como ya se señaló, es muy común que se emplee la palabra "derecho" (subjetivo) en forma indiscriminada, aun cuando la relación designada sea realmente un privilegio;[34] y con excesiva frecuencia esta identidad en la expresión implica que quien se vale de ella tiene ideas confusas o borrosas. Pueden hallarse buenos ejemplos de esto aun en lugares inesperados. Así, el profesor Holland en su libro *Jurisprudence*, al referirse a un diferente y conocido tipo de ambigüedad, propio de *"Ius"* en latín, de *"Recht"* en alemán, de *"Diritto"* en italiano y de *"Droit"* en francés —palabras que se usan para expresar "no solo un 'derecho' (subjetivo) sino también 'Derecho' (objetivo)"—, observa muy acertadamente:

> "Si el uso de un mismo término para expresar ideas muy diversas se tradujera únicamente en la necesidad... de emplear paráfrasis torpes u obviamente inadecuadas, no se seguiría de allí un gran perjuicio; pero, por desgracia, la identidad de los términos parece surgir de manera irresistible una identidad entre las ideas expresadas con ellos".[35]

[34] Para no citar sino unos pocos dentro de una innumerable lista de ejemplos judiciales de este uso impreciso, mencionemos *Pearce c/ Scotcher* (1882), L. R. 9 Q. B., 162, 167; *Quinn c / Leathen* (1901) A. C. (*passim*); *Allen c / Flood* (1898) A. C. 1 (*passim*); *Lindley c / Nat. Carbonic Acid Gas Co.* (1910), 220 U. S., 61, 75; *Smith c / Cornell Univ.* (1894) 45 N. Y. Supp., 640, 643; *Farnum c / Kern Valley Bk.* (1910), 107, Pac., 568. [Para un ejemplo notable de esta confusión de ideas, ver el voto del juez Avery en *State c / Austin* (1894), 114 N. C., 855, 862: "Un derecho individual es aquello que una persona está facultada a tener o a recibir de otros, o a hacer, bajo la protección de la ley". Véase también, el voto del juez Channel en *Starey c / Graham* (1899) 1 Q. B., 406, 411]. Véase también, *post.* n. 38.

[35] *Elements of Jurisprudence* (10ª ed.), 83.

Es curioso, sin embargo, que en el mismo capítulo en el que aparece este párrafo —el capítulo sobre "derechos" (subjetivos)— las nociones de derecho (subjetivo), privilegio y potestad parecen entremezclarse, y eso ocurre aun cuando el ilustrado autor señala que "el correlativo... de derecho (subjetivo) es deber jurídico", y que "este par de términos expresan... en cada caso, el mismo estado de cosas visto desde ángulos opuestos". Si bien hay que leer todo el capítulo para apreciar la seriedad de esta ausencia de discriminación, basta con transcribir un solo pasaje por vía de ejemplo:

> "Si... el poder del Estado protege a una persona para que pueda llevar a cabo sus deseos, y compele a otras personas a realizar aquellos actos u omisiones que sean neceserios para que dichos deseos puedan llevarse a cabo, entonces la primera persona tiene 'derecho' a llevarlos a cabo".[36]

El comienzo de este pasaje sugiere la noción de privilegio; la continuación, la de derechos (subjetivos) (o pretensiones), y la parte final, la de privilegio.[36a]

Dificultades similares parecen presentarse en el inteligente y atractivo libro del profesor Gray *The Nature and Sources of Law*. En el capítulo sobre "Derechos (subjetivos) y Deberes" el distinguido autor adopta la posición de que un derecho siempre tiene como correlativo a un deber;[37] y parece definir la primera relación sustancialmente según el significado más restringido de "pretensión". Los privilegios, las potestades y las inmunidades son *prima facie* ignorados, y uno recibe la impresión de

[36] *Ibid.*, 82.

[36a] Comparar también Holland, *Jurisprudence* (10ª ed.), 139: "El dueño de un jardín tiene *un derecho* a su exclusivo goce que no puede ser ejercido contra un individuo más que contra otro, sino contra todos"; también, pág. 163: "Los derechos a la seguridad y la libertad personal (...), limitados (...) por *el derecho* de los padres y guardianes a sancionar y mantener bajo custodia a los individuos de corta edad". La confusión persiste a lo largo de todo el análisis. Véase págs. 185, 200, 316, y n. 30; pág. 200.

[37] Véase *Nature and Sources of the Law*, 1909, secs. 25, 45, 184.

que todas las relaciones jurídicas pueden ser incluidas bajo los conceptos de "derecho" (subjetivo) y de "deber". Pero con la mayor de las vacilaciones y el mayor respeto podemos aventurar la sugestión de que buen número de los ejemplos de Gray parece mostrar que tal tratamiento es inadecuado. Así, por ejemplo, nuestro autor dice:

> "A mí me gusta la ensalada de langostinos, y si puedo pagar por ella, el orden jurídico protegerá mi interés en comerla. En consecuencia, tengo derecho a comer la ensalada de langostinos por la que he pagado, aunque sepa que ese plato siempre me produce cólicos".[38]

Este pasaje parece sugerir primariamente dos clases de relaciones: 1) los respectivos privilegios de una persona, frente a *A*, *B*, *C*, *D* y otros, en relación con la ingestión de la ensalada, o, correlativamente, los respectivos "no-derechos" de *A*, *B*, *C*, *D* y otros, a que aquella persona no la coma; 2) los respectivos derechos (o pretensiones) de dicha persona, frente a *A*, *B*, *C*, *D* y otros, a que éstos no interfieran con el acto físico de comer la ensalada o, correlativamente, los deberes respectivos de *A*, *B*, *C*, *D* y otros de no interferir.

Estos dos grupos de relaciones parecen perfectamente distintos. En un caso dado los privilegios podrían existir aun cuando no existieran los derechos mencionados. *A*, *B*, *C*, *D*, dueños de la ensalada, podrían decirle a *X*: "Coma la ensalada si puede; tiene nuestra licencia para hacerlo, pero no nos comprometemos con Ud. a no interferir". En tal caso los privilegios existen, de modo que si *X* consigue comer la ensalada, no habrá violado derecho alguno de las partes. Pero resulta igualmente claro que si *A* consiguiera retener el plato de manera tal que *X* no pudiese comer su contenido, no se habría violado ningún derecho de este último.[39]

[38] *Nature and Sources of the Law*, 1909, sec. 48.

[39] Pueden observarse otros ejemplos en la obra del profesor Gray. En la sección 53, dice: "Así, el dueño de un inmueble tiene el derecho de expulsar a un intruso de su «castillo», por la fuerza. Si el intruso lo demanda por daños y perjuicios, el propietario puede requerir del tribunal que deniegue su concurso al intruso. En otros términos, los derechos de un individuo incluyen no solamente la potestad de requerir en forma eficaz el concurso de la sociedad organizada contra otro, sino también la potestad de requerir en forma eficaz de la sociedad que se abstenga de ayudar a otro".

Esto, sostenemos respetuosamente, parece confundir el privilegio del dueño de expulsar al intruso (y el no-derecho de este último) con un complejo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades *potenciales* concernientes a la supuesta acción legal.

En la sección 102 el mismo autor dice: "Si hay una ordenanza en el sentido de que los agentes de policía pueden matar a todos los perros que no usen collar, aquéllos pueden tener el derecho de matar a los perros sin collar, pero éstos no tienen el deber jurídico de usar collar"

Parecería, sin embargo, que lo que ha hecho la ordenanza es crear un privilegio: la ausencia del deber de no matar que, de otro modo, hubiera existido con relación al dueño del perro. Además, ésa parece ser la connotación más natural del párrafo. El mismo no sugiere sino muy remotamente la idea de los derechos concomitantes del agente de policía, frente a todos los demás, de no ser interferido por éstos mientras mata al perro.

Véase también, secciones 145, 186.

(Compárese el siguiente párrafo de Holmes, *The Common Law*, 214: "Un derecho no es sino un permiso para ejercer ciertos poderes naturales, y, dadas ciertas condiciones, obtener protección, restitución o compensación mediante el concurso de la fuerza pública".)

[40] Puede observarse, al pasar, que una ley que prive a una parte de privilegios de ese tipo puede dar lugar a serias cuestiones constitucionales por aplicación de la Enmienda XIV. Véase, por ejemplo, *Lindley c / Nat. Carbonic Gas Co.* (1910), 220 US, 61. Véase también *Rideout c / Knox*

El carácter y la importancia esenciales de la distinción pueden quizás mostrarse mediante una ligera variación de los hechos. Supongamos que *X*, dueño ya de la ensalada, contrata con Y que él (*X*) no comerá esa concreta ensalada. *X* no ha celebrado un contrato semejante con *A*, *C*, *D* y otros. Una de las relaciones que ahora existe entre *X* e *Y* es, como consecuencia de ello, fundamentalmente distinta de la relación entre *X* y *A*. Respecto de *Y*, *X* no tiene el privilegio de comer la ensalada; pero respecto de *A* o cualquiera de los otros, *X* tiene ese privilegio. Cabe observar, de paso, que el derecho de *X* a que *Y* no coma la ensalada subsiste, aun cuando el privilegio de comerla que tenía *X* se ha extinguido.[40]

Sobre fundamentos ya subrayados, parecería que la línea de

razonamiento seguida por lord Lindley en el famoso caso *Quinn vs. Leathem* merece comentarios:

> "El demandante tenía los *derechos* ordinarios de todo súbdito británico. Gozaba de la *libertad* de ganarse la vida como le pareciera adecuado, siempre que no violase alguna ley especial que prohibiera ganársela así, y siempre que no transgrediese los derechos de otras personas. Esta *libertad* presuponía la *libertad* de realizar transacciones con otras personas que quisieran tratar con él. *Esta libertad* es un *derecho* reconocido por las normas jurídicas; su *correlativo* es el *deber* general de cada individuo de no impedir el libre ejercicio de esta *libertad* salvo en la medida en que su propia libertad pueda justificar que lo haga. Pero la *libertad* o el *derecho* que tiene una persona de realizar transacciones con los demás es ineficaz, a menos que los demás tengan la libertad de tratar con esa persona si así lo desean. Cualquier interferencia con la libertad de los demás para tratar con una persona afecta a ésta".

Una "libertad" considerada en cuanta relación jurídica [o "derecho" (subjetivo) en el sentido impreciso y genérico de esta palabra], tiene que significar, si ha de poseer algún contenido definido, precisamente la misma cosa que *privilegio*;[42] y por cierto ésta es, aproximadamente, la connotación del término tal como se lo usa las tres primeras veces en el pasaje citado. Es igualmente claro, tal como ya se indicó, que ese privilegio o libertad para tratar con otros a voluntad podría muy concebiblemente existir sin que hubiera derecho concomitante alguno contra los terceros respecto de ciertos tipos de interferencia.[43] Que haya o no tales derechos (o pretensiones) concomitantes es, en definitiva, una cuestión de justicia y conveniencia; y, como tal, debe ser considerada según sus propios méritos. El único correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión está constituido por los "no-derechos" de los "terceros". En consecuencia sería un *non sequitur* concluir que de la mera existencia de tales libertades se sigue que los "terceros" están sometidos a un *deber* de no interferir, etcétera. Sin embargo, en la mitad del citado pasaje del voto de lord Lindley hay un rápido desplazamiento, que incurre en circularidad en el uso de los términos. En primer lugar, la "libertad" en cuestión se transforma en un "derecho"; y luego, posiblemente bajo la influencia seductora de esta última palabra, se da por sentado que el "correlativo" tiene que ser "el deber general de cada uno de no impedir", etcétera.[43a]

Otro ejemplo interesante e instructivo es el que puede tomarse de la tan a menudo citada opinión de lord Bowen en el caso *Mogul Steamship vs. Mac Gregor*.[44]

> "Enfrentamos en este caso un aparente conflicto o antinomia entre dos derechos que son igualmente considerados por las normas jurídicas: el derecho de los actores a ser protegidos en el ejercicio legítimo de su ocupación, y el derecho de los demandados a realizar su negocio como mejor les parezca, siempre que no cometan un acto ilícito en perjuicio de otros."[44a]

Como señala el ilustrado juez, el conflicto o antinomia es solo aparente; pero este hecho parece ser oscurecido por los significados rápidamente cambiantes, y muy indefinidos, con los que la palabra "derecho" (subjetivo) es usada en el pasaje que acabo de citar. Interpretándolo como un todo, parece obvio que lo que hay que entender por "el derecho de los actores" en rela-

(1889), 148 Mass., 368 (decide que es constitucional una ley que limita el privilegio de un propietario de erigir cierto tipo de "vallas divisorias").

41 (1901) A. C., 495, 543.

42 Véase págs. 58-67.

43 Compárese *Allen c / Flood* (1898) A. C. 1.

43a Para un tratamiento más preciso de la concepción de "libertad" y "derecho" (subjetivo), ver el análisis del juez Cave citado *infra*, págs. 63-64.

44 (1889) 23 Q. B. D., 59.

44a Compárese el uso similar (e inapropiado) de la expresión "derechos en conflicto" que hace el juez Holmes en *Boston Ferrule Co. c/ Hills* (1893), 159 Mass., 147, 149-150.

ción con los demandados es un derecho o pretensión en sentido estricto; mientras que lo que hay que entender por "el derecho de los demandados" en relación con los actores es un privilegio. Siendo así las cosas, los "dos derechos" mencionados al comienzo del pasaje, como son respectivamente una pretensión y un privilegio, no podrían entrar en conflicto entre sí. En la medida en que los demandados tienen privilegios, los actores carecen de derechos; y, a la inversa, en la medida en que los actores tienen derechos los demandados carecen de privilegios (un "no privilegio" es igual al deber de contenido opuesto).[45]

Hasta aquí hemos dado por sentado que la palabra "privilegio" es la más apropiada y satisfactoria para designar la mera negación de deber. ¿Hay buenas razones para ello?

En su libro *Roman Law* dice Mackeldey: [46]

[45] Podrían citarse una cantidad casi innumerable de casos para ejemplificar una mezcla similar de conceptos fundamentales y el rápido desplazamiento en el uso de los términos; y ello aun cuando, también en esos casos, los problemas en juego eran de tal naturaleza que invitaban a un razonamiento más cuidadoso. Para unos pocos casos de este tipo, ver *Allen c/ Flood* (1898) A. C. 1 (voto del juez Hawkins, pág. 16: "Sé que puede preguntarse: ¿cuál es el derecho del actor que se dice violado? Mi respuesta es ésta: ese derecho que nunca debió haberse desatendido, al que ya he hecho referencia, a saber, el derecho a seguir libremente nuestra legítima vocación"; Lord Halsbury, pág. 84: "Excavar en tierra de nuestra propiedad en las circunstancias expresadas es algo que no requiere causa o excusa. Podemos actuar por simple capricho, pero el derecho a la tierra propia es absoluto en la medida en que no interfiramos con los derechos de los demás"; Lord Ashbourne, pág. 112: "Los actores tenían, en mi opinión, un indiscutible derecho a seguir su vocación legítima... Pienso que el estado del orden jurídico sería muy insatisfactorio si permitiera a quien ha transgredido dolosamente ese derecho, sin licencia o justificación legítimas, escapar de las consecuencias de su acción"); *Quinn c / Leathem* (1901) A. C., 495, 533; *Lindsley C. Natural Carbonic Gas Co.* (1910), 220 US., 61, *Roberson c / Rochester Folding Box Co.* (1902), 171 N. Y., 538 (juez Parker, pág. 544: "El llamado derecho a la intimidad, como la frase lo sugiere, se funda en la pretensión de que un hombre tiene derecho a pasar por este mundo, si así lo quiere, sin que se publique su fotografía"); *Wabash St. Louis & P. R. Co. c/ Schacklet* (1933), 105 Ill., 364, 389.

En *Purdy c/ State* (1901) 43 Fla., 538, 540, se emplea la anómala expresión "derecho de privilegio".

[46] (Trad. de Dropsie) Secciones 196 y 197.

> "Las normas jurídicas positivas contienen principios generales materializados en las reglas de derecho... o, por razones especiales, establecen algo que difiere de esos principios generales. En el primer caso, ellas contienen un derecho común (*jus commune*), en el segundo una ley especial (*jus singulare s.exorbitans*). La última es favorable o desfavorable... según que aumente o que restrinja, en oposición a la regla común, los derechos de aquéllos para quienes ha sido establecida. La ley especial favorable (*jus singulare*), como así también el derecho (subjetivo) creado por ella... es llamado en Derecho Romano beneficio del derecho (objetivo) (*beneficium juris*) o privilegio (*privilegium*)..." [47]

Primero una ley especial, y luego por asociación de ideas, una ventaja especial conferida por tal ley. Con estos antecedentes, no debe sorprendernos que la palabra "privilegio" sea con frecuencia usada, aun hoy, en el sentido de una ventaja jurídica especial o peculiar (ya se trate de un derecho en sentido estricto, de un privilegio, de una potestad o de una inmunidad), perteneciente ya a un individuo, ya a alguna clase particular de personas.[48] Hay, por cierto, una cantidad de decisiones judiciales que reconocen que éste es uno de los significados del término en

[47] La misma cuestión es expuesta en forma de algún modo menos clara, en las *Institutes* de Sohm (Trad. de Ledlie, 3ª ed.), 28.

Véase también, *Rector etc. of Christ Church c/ Philadelphia* (1860), 24 How., 300, 301, 302.

[48] De acuerdo con un uso más antiguo, la palabra "privilegio" se empleaba con frecuencia para indicar una "franquicia", y esta última designaba en realidad un complejo heterogéneo de derechos, privilegios, potestades o inmunidades especiales, etcétera... Así en un viejo libro, *Termes de la Ley*, aparece la siguiente definición: "Los 'privilegios' son libertades y franquicias concedidos a un cargo, ciudad o baronía por la gran carta del Rey, cartas patentes, o Ley del Parlamento, tales como *toll, sake, socke, infangstheefe, oufangstheefe, turne, delfe* y otros más".

Compárese *Blades c / Higgs* (1685), 11 H. L. Cas., 621, 631, voto de lord Westbury: "La propiedad *ratione privilegii* es el derecho que por una franquicia peculiar antiguamente otorgada por la Corona, por virtud de prerrogativa, uno podía tener de atrapar animales *ferae naturae* en tierra

cuestión.[49] La palabra tiene, empero, una significación más amplia aún en el uso ordinario, no técnico; así lo demuestra el hecho de que a menudo se usa la expresión "privilegios *especiales*" para indicar un contraste con los privilegios ordinarios o generales. Más aún, la connotación predominante específica de la palabra, tal como se la usa en el habla corriente, parece ser la de una mera *negación de deber*. Esto se manifiesta en la repetida expresión "Ese es su privilegio", que significa, por supuesto, "Ud. no tiene ningún deber de hacer otra cosa".

Por ello no debe sorprendernos hallar, tras un amplio examen de precedentes judiciales, que el sentido técnico *predominante* del término es, de modo análogo, el de negación de *deber jurídico*.[50] Hay dos ejemplos muy comunes de esto, que se refieren respectivamente a las "comunicaciones o informes privilegiados" * en las normas referentes a delitos contra el honor, y al "privilegio contra la auto-incriminación" en el derecho pro-

ajena; y de la misma manera, cuando los animales eran capturados por virtud del privilegio, pasaban a ser propiedad absoluta del titular de la franquicia".

[49] Ver *Humphrey c/ Pegues* (1872), 16 Wall., 244, 247, voto del juez Hunt: "Todos los 'privilegios' así como las potestades y derechos de la primera compañía fueron concedidos a la segunda. Difícilmente puede imaginarse un privilegio más amplio e importante que una inmunidad perpetua de gravámenes. Contiene la idea esencial de un beneficio o una ventaja peculiares, de una exención especial respecto de una carga que pesa sobre otros".

Véase también, *Smith c / Floyd* (1893), 140 N. Y., 337, 342; *Lonas c / State* (1871) 3 Heisk., 287, 306, 307; *Territory c / Stokes* (1881), 2 N. M. 161, 169, 170; *Ripley c / Knight* (1878), 123 Mass., 515, 519; *Dike c / State* (1888), 38 Minn., 366; *Re Miller* (1893) 1 Q. B. 327.

Comparar *Wisener c / Burrell* (1911), 28 Okla., 546.

[50] Comparar *Lousville & N. R. Co. c/ Gaines* (1880), 3 Fed. Rep., 266, 278, voto del juez Baxter: "Paschal dice (la palabra privilegio) designa un derecho especial que corresponde a un individuo o clase, *propiamente* es una *exención* respecto de algún *deber*".

* En materia de delitos contra el honor se habla de "comunicación o informe privilegiado" para aludir a una afirmación objetivamente injuriosa para una persona, hecha a un tercero en cumplimiento de un deber político, judicial, social o personal. En tales circunstancias no hay calumnia ni injuria, aunque la afirmación sea falsa, salvo que, en los casos de cumplimiento de deberes sociales o personales, el informante haya procedido con dolo. (*Black's Law Dictionary*, 4ª ed., pág. 349). (*N. del T.*).

cesal. Respecto del primer caso, es elemental que si se da un cierto grupo de hechos operativos, existe un privilegio que, de lo contrario, no sería reconocido.[51] Resulta igualmente claro, por supuesto, que aun cuando se den todos esos hechos, como supusimos hace un instante, la adición del dolo como hecho nuevo, por ejemplo en los casos del llamado "privilegio condicional", excluirá el privilegio que de otro modo existiría. Es evidente, también, que en todos los casos en que el privilegio existe, el mismo no es especial en el sentido de que se origina en una ley especial, o de que es conferido como un favor especial a un individuo en particular. El mismo privilegio existe, por virtud de reglas generales, para cualquier persona que se encuentre en las mismas circunstancias. Así, del mismo modo, en el derecho procesal, el privilegio contra la auto-incriminación significa la mera negación del deber de declarar, deber que tiene toda persona en relación con las cuestiones ordinarias; y, como es obvio, ese privilegio, si surge de algún lado, solo surge de leyes generales.[52]

Tal como ya se señaló, aun cuando tanto el concepto como la palabra "privilegio" hallan ejemplo conspicuo en las normas relativas a los delitos contra el honor y en las normas procesales, ellos tienen, sin embargo, una significación y una utilidad

[51] Para un uso adecuado de los términos "privilegio" y "privilegiado", en relación con los delitos contra el honor, véase el voto del juez Hawkins en *Allen c / Flood* (1898), A. C. 1. 20-21.

[52] En relación con el deber general de prestar declaración testifical, puede usualmente obtenerse el cumplimiento directo mediante la coerción física consistente en un procedimiento actual o potencial por desacato (*contempt*); y aparte de ello el incumplimiento podría someter al transgresor a una responsabilidad fijada por ley consistente en una multa a favor de la parte perjudicada o, en caso de que se haya producido un daño efectivo, a una acción de *common law* por daños y perjuicios.

El tema de los testigos es considerado habitualmente una rama del llamado derecho *adjetivo*, como cosa distinta del derecho *sustantivo*. Pero como he tenido oportunidad de señalar en otra ocasión ("*The Relations between Equity and Law*", 11 *Michigan Law Review*, 537, 554, 556, 569), parece no haber una diferencia intrínseca o esencial entre aquellas relaciones jurídicas que se refieren al derecho "sustantivo" y aquellas que se refieren al derecho "adjetivo".

mucho más amplias dentro del uso judicial. Para aclarar esto recordaremos ahora unos pocos y variados precedentes judiciales. En el caso *Douman*,[53] resuelto en el año 1583, y registrado en Coke, el tribunal aplicó el término al tema del uso abusivo de un bien ajeno que se ocupa con derecho:

> "Y en lo que atañe a la objeción que se formuló, en el sentido de que el mencionado privilegio de no ser responsable por uso absoluto no puede existir sin documento escrito de transferencia de derechos (*deed*), a ello se respondió y decidió que si fuese admitido que en tales casos hace falta un documento de ese tipo, entonces sin duda servirían todos los actos de constitución de derechos limitados, aunque se concede que la cláusula concerniente al privilegio de referencia sería nula".

En el famoso caso *Allen vs. Flood*,[54] el voto del juez Hawkins nos brinda un pasaje útil para los fines que tenemos ahora en vista:

> "Toda persona posee un privilegio... en interés de la justicia pública de poner en movimiento el derecho penal contra otro, si el primero de buena fe, y fundándose en una causa razonable y probable, cree que el segundo es culpable de un delito... No hay que suponer, empero, que el odio y la mala voluntad existentes en el ánimo de un acusador han de *destruir* necesariamente el *privilegio*, porque no es imposible que tal odio y mala voluntad se basen en razones muy naturales y excusables..."

Al aplicar el término "privilegio" en relación con el tema de la propiedad, el juez Foster, de la Corte Suprema de Maine, dijo en el caso *Pulitzer vs. Livingston*:[55]

> "Es contrario al orden público jurídico que subsistan a favor de terceros títulos, derechos patrimoniales o potestades por virtud de cuya existencia, operación o ejercicio se restrinja o impida el completo e ilimitado goce de un bien, *con todos los derechos, privilegios y potestades inherentes a la propiedad*, después de transcurrido el término de duración de la vida de personas hoy existentes y 21 años y fracción más".

[53] (1583) Coke 1.
[54] (1898) A. C. 1, 19.
[55] (1896) 89 Me., 359.

Como último ejemplo en relación con este problema, mencionaremos el lenguaje empleado por el barón Alderson en *Hilton c/ Eckerley*: [56]

> "*Prima facie*, es el privilegio de todo comerciante, en un país libre, regular su propio modo de actuar, según su criterio y elección, en todas las cuestiones que no sean contrarias a la ley".[57]

El sinónimo más próximo de "privilegio" jurídico parece ser "libertad" jurídica.[57a] Así resulta con bastante claridad de un pasaje instructivo y lleno de distinciones no frecuentes, que aparece en el voto del juez Cave en *Allen vs. Flood*: [58]

> "Los derechos personales que nos son más familiares son: 1) El derecho al buen nombre; 2) El derecho a la seguridad y a la libertad físicas; 3) El derecho de propiedad. Con otras palabras, los derechos concernientes a la mente, al cuerpo y al patrimonio...

[56] (1856) 6 E. & B., 47, 74.
[57] Para otros ejemplos de uso adecuado del término en cuestión, véase *Borland c / Boston* (1882), 132 Mass., 89 ("derechos, privilegios, potestades o deberes municipales") *Hamilton c / Graham* (1871), L. R. 2. H. L. (Sc.), 167, 169, opinión de Hatherley L. C.; *Jones c / De Moss* (1911), 151 Ia., 112, 117; *Kripp c / Curtis* (1886), 71 Cal. 62, 63; *Lamar c/ Booth* (1874), 50 Miss., 411, 413; *Weller c/ Brown* (1911), 160 Cal., 515; 117 Pac., 517; *Mathews c / People* (1903), 202 Ill., 389, 401; *Abington c / North Bridgewater* (1840), 23 Pck. 170, *Huntley c / Gaskell* (1906) A. C. 56, 57 ("derechos, privilegios e inmunidades"); *Aikens c/ Wisconsin* (1904), 195 U. S. 196, 206 (juez Holmes: "Ninguna conducta goza de un privilegio absoluto tal como para justificar todos los planes posibles de los que ella pueda ser parte").
[57a] Compárese la expresión: "Libertad de palabra".
[58] (1898) A. C. 1, 29.

En lo que sigue, la palabra "derecho" (subjetivo) se usará, en la medida de lo posible, siempre en el mismo sentido; y es muy necesario insistir en esto, pues durante los debates de este juicio se la usó con frecuencia en un sentido mucho más amplio y más indefinido. Se dijo, así, que todo hombre tiene un perfecto derecho a disparar un arma de fuego, cuando todo lo que se quiso decir fue que todo hombre goza de la *libertad* de disparar un arma, en la medida en que, al hacerlo, no viole o infrinja los derechos de los demás, lo que constituye una cosa muy distinta de un derecho, cuya violación o perturbación puede ser remediada o impedida por acción del orden jurídico".[59]

[59] He tomado la referencia a la opinión del juez Cave de la obra *Jurisprudence* de Salmond. Citando este caso y otro, *Starey c / Graham* (1889) 1 Q. B. 406, 411, el ilustrado autor adopta y usa exclusivamente la palabra "libertad" para indicar el opuesto de "deber", y al parecer pasa por alto la importancia de *privilegio* en este contexto. Curiosamente, además, en su *Treatise on Torts*, su examen del régimen jurídico de la difamación no indica en forma expresa qué *privilegio*, en relación con este tópico, representa meramente *libertad* o *"no-deber"*.

Sir Frederick Pollock, en su libro sobre *Jurisprudence* (2ª ed., 1904), 62, parece negar que la libertad jurídica representa como tal una verdadera relación de derecho. Dice así, *inter alia*: "El acto puede ser correcto en el sentido popular y rudimentario de no ser prohibido, pero la libertad no tiene el carácter de un derecho subjetivo jurídico hasta que tomamos en cuenta el riesgo de una interferencia no autorizada. Es deber de todos nosotros no interferir con la libertad lícita de los demás. Esto coloca a los llamados derechos (subjetivos) pimitivos dentro de la esfera de la regla y de la protección jurídicas. *A veces se piensa que la potestad o libertad legítima es cosa distinta del derecho a no ser interferido; pero por la razón que acabamos de dar, esta opinión, aunque plausible, no parece correcta*". Compárese también Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics* (1882) cap. I.

Es difícil advertir por qué, empero, la situación "privilegio" + no-derecho" entre *X* e *Y* no es una relación jurídica tan real como relación "deber + derecho" entre dos partes cualesquiera, que es la relación precisamente opuesta a la primera. Quizás el hábito de reconocer únicamente a la última el carácter de una relación jurídica deriva en mayor o menor medida de la tendencia tradicional a concebir el derecho como que consiste en "órdenes" o reglas imperativas. Esto, sin embargo, parece ser una falacia. Una regla de derecho que *permite* es una regla tan real como la que *prohíbe*, y, del mismo modo, decir que el orden jurídico *permite* un acto dado a *X* en sus relaciones con *Y* importa predicar una relación jurídica tan grande como decir que el derecho *prohíbe* un cierto acto a *X* en sus relaciones con *Y*. Que esto es así, parece estar confirmado, en alguna medida, por el hecho de que el primer tipo de acto será ordinariamente considerado "lícito" y el segundo "ilícito". Comparar *Thomas c / Sorrel* (1673), Vaughan, 331, 351 citado infra, nota 63.

Mientras que hay muchos otros ejemplos del uso adecuado de la palabra "libertad", tanto en fallos judiciales[60] como en documentos de transferencia de inmuebles,[61] no es en modo alguno

[60] Comparar *Dow c / Newborough* (1728), Comyns, 242 ("Porque el *use* sólo es una libertad de gozar de los beneficios, pero como dos personas no pueden gozar separadamente de los beneficios, en consecuencia no puede haber un *use* sobre un *use*". Habría que hacer notar que en este caso, y en el que seguidamente citaremos, junto con la libertad o privilegio, hay potestades y derechos, etc., asociados: por ejemplo, la *potestad* de adquirir el dominio de las cosas separadas del bien inmueble); *Bourne c / Taylor* (1808), 10 East, 189 (juez Ellenborough: "La segunda cuestión es si la réplica debió haber negado la libertad de trabajar las minas [...]. La palabra *libertad*, también, implica la misma cosa. Importa, *ex vi termini*, que es un privilegio a ser ejercido sobre los bienes de otro"); *Wickham c / Hawkes* (1840), 7 M & W, 63, 78-79; *Quinn c / Leathem* (1901) A. C. 495, 534 (lord Lindley); *Pollock c / Farmer's Loan & Trust Co.* (1895), 157 U. S. 429, 652 (juez White: "derechos y libertades"); *Mathews c / People* (1903), 202 Ill., 389, 401 (juez Magruder: "Está ahora bien establecido que el privilegio de contratar es tanto una libertad como un derecho patrimonial"); *Ferris c / Frohman* (1911), 223 U. S. 424, 432 (juez Hughes: "Dio a los autores la sola libertad de publicar sus libros"); *Allgeyer c/ Lousiana* (1897), 165 U. S., 578, 592 (juez Peckman: "tiene que tener la libertad de hacer ese acto..."); *Aikens c / Wisconsin* 1904), 195 U. S. 194, 205 (juez Holmes: "Sería imposible sostener que la libertad para asociarse a fin de realizar tal acto ilícito [...] se encuentra entre los derechos que la Enmienda XIV está destinada a preservar").

Para el uso *legislativo* de la palabra en cuestión, véase la Copyright Act, 8 Anne (1709) c. 19 ("Tendrá el único derecho y libertad de publicar cada libro y libros durante el plazo de...").

Como la palabra "privilegio" (ver supra pág. n. 48), la palabra "libertad" es usada en ocasiones, especialmente en los libros más antiguos, para indicar una franquicia, o complejo de derechos, privilegios, potestades o inmunidades especiales. Así, en *Maxims* (1641) de Noy, se lee esta definición: "Libertad es un privilegio real en manos de un súbdito" ,y de igual modo, *Blackstone* (2 *Com.* 37) dice: "Las palabras franquicia y libertad son usadas como términos sinónimos; y su definición es: un privilegio real, o rama de la prerrogativa del Rey, que subsiste en manos de un súbdito".

La definición es citada en *S. F. Waterworks c/ Schottler* (1882), 62 Cal. 69, 106 y *Central R. & Banking Co. / State* (1875), 54 Ga., 401, 409. Comparar también *Rex vs. Halifax & Co.* (1891), 2 Q. B., 263.

[61] Comparar *Proud c / Bates* (1865), 34 L. J. (N. S.), 406 ("Con

una palabra tan común o precisa como "privilegio". La primera palabra es usada, con mucha mayor frecuencia, en el sentido de la libertad física o personal (esto es, ausencia de restricción física), como cosa distinta de una relación jurídica; y también con mucha frecuencia se la emplea con la connotación de libertad política *general*, como algo distinto de una relación particular entre dos individuos determinados. Además, la palabra "privilegio" tiene la ventaja de darnos, como derivación, el adjetivo privilegiado, de una transacción privilegiada, de una transferen- "privilegiado". Así, a menudo es conveniente hablar de un acto privilegiado, de una transacción privilegiada, de una transferencia privilegiada, etcétera.

La palabra "licencia", usada a veces como si fuera sinónimo de "privilegio", no es estrictamente apropiada. Éste es simplemente otro de los numerosos casos en que los hechos físicos y psíquicos se confunden tan frecuentemente con la relación jurídica que ellos crean.[61a] Cuando se la usa correctamente, "licencia" es una palabra genérica para indicar un grupo de hechos *operativos* necesarios para crear un privilegio en particular. Esto resulta especialmente evidente cuando se usa la palabra inglesa "license" en la frase, común en ese idioma, "leave and license".*

potestad plena y amplia libertad para excavar, explotar y trabajar el mismo, con todas las libertades, privilegios, etc., necesarios y convenientes etc.); *Hamilton c / Graham* (1871), L. R. 2 H. L. (Sc.) 166, 167; *Attersoll c / Stevens* (1808), 1 Taunt, 183; *Wicham c / Hawker* (1840) 7 M. & W., 63, 78-79.

61 a Véase, por ejemplo, el voto del juez Lurton en *City of Owensboro c / Cumberland Telephone etc. Co.* (1913), 230 U. S., 58, 64; 33 Sup. Ct., 988, 990: "Es obvio que el derecho conferido por la ordenanza en cuestión es algo más que una mera licencia". Se ha definido generalmente una licencia como un mero privilegio personal, de carácter temporario, de realizar actos en el inmueble del otorgante de ella, privilegio que es revocable a voluntad de éste, salvo que, según sostienen algunas autoridades, en el ínterin se hayan realizado gastos que el otorgante de la licencia tuvo en cuenta al otorgarla".

* *"Leave and license."* Defensa que puede alegarse frente a una acción en la que el demandante se agravia porque el demandado ha transgredido derechos, patrimoniales o personales, del primero. La defensa consiste en invocar el consentimiento del demandante con el acto por el cual se agravia. (*N. del T.*)

Este aspecto es puesto de relieve en una parte del voto del juez Adams en *Clifford c/ O'Neill:*[62]

> "Una licencia es simplemente un permiso para hacer un acto que, sin tal permiso, importaría una violación de la propiedad ajena... El goce continuado del ***privilegio conferido***, cualquiera sea el tiempo de duración del mismo, jamás llegará a constituir un interés tangible sobre el inmueble afectado".

Potestades y Sujeciones (*Liabilities*). Tal como se indicó en el esquema preliminar de las relaciones jurídicas, una potestad jurídica (como cosa distinta, por supuesto, de un poder físico o psíquico) es el opuesto de una incompetencia jurídica, y el correlativo de una sujeción jurídica. Pero, ¿cuál es la naturaleza intrínseca de una potestad jurídica como tal? ¿Es posible analizar el concepto representado por este importante término del lenguaje jurídico, cuyo uso es constante? Un análisis demasiado profundo podría parecer metafísico y poco útil; de tal modo, lo que presentaremos aquí solo tiene la pretensión de ser una explicación aproximada, suficiente para fines prácticos.

Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que

62 (1896) 12 App. Div., 17; 42 N. Y. Sup., 607, 609.

63 Véase en concordancia con esto el frecuentemente citado pasaje de *Thomas c / Sorrel* (1873), Vaughan, 331, 351 ("Una dispensa o licencia en rigor no transfiere interés alguno, ni altera ni transfiere propiedad en nada, sino que se limita a transformar en legítima una acción que sin ella habría sido ilegítima. Así, una licencia para cazar en un parque privado, para entrar en morada ajena, etcétera, solo son acciones que, sin la licencia, habrían sido ilícitas").

Compárese también *Taylor c / Waters* (1817), 7 Taunt., 374, 384: "Esos casos dan prueba abundante de que puede concederse una licencia para gozar un privilegio en un inmueble, sin que para ello sea menester documento escrito, no obstante lo establecido en el *Statute of Frauds*". [Esta es una ley dictada por el Parlamento inglés en 1677, y adoptada en casi todos los estados norteamericanos. Establece que respecto de cierto tipo de contratos o transacciones no podrá admitirse acción judicial alguna si no media un documento escrito suscripto por la parte obligada. ***Black's Law Dictionary***, 4ª ed., pág. 789 (*N. del T.*). En este caso, la licencia (hechos operativos) es más o menos confundida con los privilegios (la relación jurídica creada): *Heap c / Hartley* (1889), 42 Ch. D., 461, 470.

no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego.

Esta segunda clase de casos —potestades en sentido técnico— tiene que ser examinada ahora un poco más de cerca. El sinónimo más próximo para un caso ordinario cualquiera parece ser "competencia" (jurídica).[64] Esta última expresión es obviamente la opuesta a "incompetencia" o "incapacidad". La palabra "derecho" (subjetivo), que con tanta frecuencia e imprecisión se usa en conexión con esto, es un término infortunado para estos fines. Como resultado de su empleo es común que haya confusión de pensamiento, y también ambigüedad de expresión.[65] El término "capacidad" es igualmente desafortunado; porque, como ya hemos visto, cuando se lo usa con la debida discriminación denota un grupo particular de hechos operativos, y no una relación jurídica.

Es fácil dar muchos ejemplos de potestades jurídicas. Así *X*, propietario de una cosa mueble, tiene la potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa (derechos, potestades, inmunidades, etcétera), mediante la totalidad de hechos operativos que llamamos abandono; y —simultánea y correlativamente— la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, por ejemplo, la potestad de adquirir el dominio del mismo mediante apropiación.[66] *Del mismo modo, X* tiene la potestad de transferir su interés a *Y*, esto es, de extinguir su propio interés y, al mismo tiempo, crear en *Y* un nuevo interés correspondiente.[67] Así también, *X* tiene la potestad de crear obligaciones contractuales de tipos diversos. Los casos de *agency* * son igualmente instructivos. Mediante el uso de alguna expresión *metafórica* tal como *qui facit per alium, facit per se,* con frecuencia se oscurece la verdadera naturaleza de las relaciones propias de la *agency*. La creación de una relación de *agency* implica, *inter alia,* la concesión de potestades jurídicas al llamado *agent,* y la creación de sujeciones correlativas para el

[64] Compárese *Remington c/ Parkins* (1873), 10 R. I., 550, 553, voto del juez Durfee: "Una potestad es la capacidad para obrar".

[65] Véase *People c / Dikeman* (1852), 7 Howard Pr., 124, 130; y *Lonas c / State* (1871), 3 Heisk (Tenn.), 287, 306, citado supra página 37.

Véase, también, *Mabre c / Whittaker* (1906), 10 Wash. 656, 663. (Las leyes de Washington establecen que "el marido tendrá la administración de todos los bienes gananciales, pero no tendrá *derecho* a vender o a afectar los inmuebles, salvo con el consentimiento de la mujer..." Voto del juez Scott: "Derecho" (subjetivo) en el sentido en que esa expresión se usa aquí, significa potestad".)

Compárese, también, *St. Joseph Fire & Marine Ins. Co. c / Hanck* (1876), 63 Mo. 112, 118.

Podrían darse innumerables ejemplos adicionales en los que el uso de la palabra "derecho" (subjetivo) apunta en realidad a una potestad, más que a un derecho en el sentido de una pretensión.

[66] Es de hacer notar que el abandono dejaría a *X* exactamente con los privilegios y potestades del mismo tipo que cualquier otra persona.

[67] Compárese *Wynehamer c / People* (1856), 13 N. Y., 378, 396. (Voto del juez Comstock: "No puedo imaginar ninguna noción de propiedad que no incluya las caracteristicas esenciales con las que la propiedad se presenta bajo las leyes de la sociedad [...]. Entre ellas se cuentan, fundamentalmente, el derecho del ocupante o propietario a usar y gozar [de los objetos] exclusivamente, y *su potestad absoluta de venderlos y disponer de ellos*"); *Bartemeyer c / Iowa* (1873), 18 Wall., 129, 137 (Voto del juez Field: "El derecho de propiedad sobre algo incluye la *potestad de vender el objeto y de disponer de él,* así como la de uso o goce del mismo"); *Low c / Rees Printing Co.* (1894), 41 Neb., 127, 146 (voto del juez Ryan: "La propiedad, en sentido amplio, no es la cosa física que puede ser el objeto del dominio, sino este derecho, la posesión, y *la potestad de disponer* que se pueda haber adquirido sobre ella").

Puesto que la potestad de disposición es con frecuencia uno de los elementos fundamentales de un interés jurídico complejo (o conglomerado de propiedad), es obvio que una ley que extinga esa potestad pueda, en un caso dado, ser inconstitucional, en cuanto priva de su propiedad al dueño sin debido proceso legal. Véanse los casos que acabamos de citar.

* *Agency.* En sentido amplio, toda relación en la que una persona representa a otra mediando autorización de ésta. En sentido restringido se aplica a la representación para actuar por otro en transacciones comerciales. El representante se llama *agent* y el representado *principal.* Dentro de la acepción amplia, quedan incluidas las relaciones entre el empleador y sus empleados (*master* y *servants*), en cuanto los últimos actúan en representación del primero. La noción se asemeja, aunque no equivale exactamente, a nuestro mandato. (Ver *Black's Law Dictionary,* voces *Agency, Mandate* y *Mandato*). *(N. del T.)*

principal.[68] Es decir, una parte, *P*, tiene la potestad de crear potestades de *agency* en cabeza de la otra parte, *A*. Por ejemplo, la potestad de transferir la propiedad de *P*, la potestad de imponer obligaciones (llamadas) contractuales sobre *P*, la potestad de "recibir" el dominio de una propiedad de manera que el mismo sea adquirido por *P*, etcétera. Es bueno observar, al pasar, que la palabra inglesa *authority* (autoridad), usada con tanta frecuencia en los casos de *agency*, tiene una connotación muy ambigua y elusiva. Empleada correctamente en relación con el punto presente, la palabra parece ser un término abstracto o cualitativo que corresponde a la "autorización" concreta, y esta última consiste en un grupo particular de hechos operativos que tienen lugar entre el *principal* y el *agent*. Con demasiada frecuencia, empero, la palabra en cuestión es empleada de modo tal que se mezclan y confunden estos hechos operativos con las potestades y privilegios así creados en cabeza del *agent*.[69] Sostengo

[68] Para un caso que pone de manifiesto la naturaleza de las potestades de *agency*, especialmente las potestades "unidas a un interés", véase *Hunt c / Rousmanier* (1823), 8 Wheat 173, 201.

Es interesante señalar que en el Código Civil alemán, los artículos relativos al mandato están expresados en términos de potestades. Por ejemplo, el art. 168: "La extinción de la potestad está determinada por las relaciones jurídicas sobre las que se funda el otorgamiento de ella. La potestad es también revocable en caso de que continúe la relación jurídica, salvo que resulte algo distinto de esta última".

Dicho sea de paso, cabe también señalar que, en los usos lingüísticos ingleses, la expresión "*power of attorney*" ha llegado a emplearse, por asociación de ideas, para designar el mero instrumento operativo que crea las potestades de un *agent*. [La expresión "*power of attorney*", usada en sentido amplio, alude al poder para representar a otro. Usada en sentido restringido, se refiere al poder para representarlo en cuestiones de derecho (*N. del T.*).

[69] Para ejemplos del empleo impreciso y confuso de la palabra "autoridad" en casos de *agency*, y también en problemas de derecho internacional privado que reclaman un razonamiento estricto, véase *Pope c / Nickerson* (1844), 3 Story, 465, 473, 476, 481, 483; *Lloyd c / Guibert* (1865), 6 B & S., 100, 117; *King c / Sarria* (1877), 69 N. Y., 24, 28, 30-32; *Risdom etc. Works c / Furness* (1905) 1 K. B., 304 (1906) 1 D. B., 49.

Para una crítica de estos casos en relación con la cuestión presente, véase mi artículo *The individual Liability of Stockholders and the Conflict of Laws* (1909), 9 *Columbia Law Review*, 492, 512, n. 46, 521, n. 71; 10 *Columbia Law Review*, 542-544.

que una discriminación cuidadosa de estas cuestiones ayudaría mucho a clarificar ciertos problemas de las normas sobre *agency*.[70]

Esencialmente similares a las potestades de los *agents* son las potestades de los representantes designados para atender intereses patrimoniales. Así, también, las potestades de los funcionarios públicos, intrínsecamente consideradas, son comparables a las de los *agents*; por ejemplo, la potestad que tiene un oficial de justicia (*sheriff*) para sacar a la venta la propiedad de un particular, con arreglo a un *writ of execution.** La potestad que tiene un donante, en una donación *mortis causa*, de revocar la donación y privar de título al donatario, es otro claro ejemplo de los elementos jurídicos que estamos considerando;[71] también lo es la potestad que algunas leyes acuerdan al acreedor prendario facultándolo para sacar a la venta la cosa prendada.[72]

Hay casos, por otra parte, en los que la verdadera naturaleza de las relaciones en juego no ha sido, quizás, claramente reconocida. Así en el caso de venta condicional de una cosa mueble,

[70] La comprensión clara y el reconocimiento de que la relación de *agency* trae aparejada la creación de potestades jurídicas puede ser de importancia crucial en muchos casos, especialmente, como ya sugerimos, en relación con problemas de derecho internacional privado. Además de los casos citados en la nota anterior, podemos mencionar otros dos: *Milliken c / Pratt* (1878), 125. Mass. 374, que no trae análisis alguno de los problemas de *agency;* y, por otra parte, *Freeman's Appeal* (1897), 68 Conn., 553, que incluye un cuidadoso análisis del juez Baldwin sobre la relación de *agency*. Este análisis lo condujo a una solución esencialmente opuesta a la del caso de Massachusetts. Dijo entonces *inter alia* el juez:

"Tal fue, en efecto, el acto por el cual la Sra. Mitchell trató de hacer algo par lo cual carecía de capacidad jurídica por la vía de designar a su marido como su *agent* para entregar la garantía al banco. El marido no tenía más potestad para hacer operativa la garantía, mediante la entrega en Chicago a uno de sus acreedores en Illinois, que la que habría tenido para hacerla operativa mediante su entrega aquí, si hubiera sido librada a favor de uno de sus acreedores en Connecticut. Lo decisivo no es el lugar de la entrega sino la potestad de entrega".

* *Writ of execution.* Orden emanada de un tribunal para ejecutar una resolución del mismo. (*N. del T.*)

[71] Véase *Emery c/ Clough* (1885), 63 N. H., 552 ("derecho o potestad de revocación").

[72] Véase *Hudgens c/ Chamberlain* (1911), 161 Cal., 710, 713, 715. Para otro ejemplo de potestades basadas en la ley, véase *Capital etc. Bk. c/ Rhodes* (1903) 1 Ch., 631, 655 (potestades bajo leyes de registración).

suponiendo que el comprador ha cumplido con todas sus obligaciones salvo el pago de la última cuota, y que la oportunidad para pagarla ha llegado, ¿cuál es el interés de ese adquirente en lo que hace al dominio de la cosa: ¿Tiene él, como con frecuencia se ha supuesto, un simple *derecho* contractual a que el vendedor le transfiera el dominio, una vez que efectúa el último pago? ¿O tiene él, con independencia de la voluntad del vendedor, la potestad de privar del dominio a éste y de adquirir por su cuenta un título perfecto? Aunque el lenguaje empleado en las decisiones judiciales no es siempre tan claro como podría serlo, parece que el comprador tiene precisamente este último tipo de potestad.[73] Fundamentalmente considerada, la típica transacción de *escrow,* en la que el cumplimiento de las condiciones se halla dentro del control volitivo del beneficiario del acto, es, en cierta medida, similar a la venta condicional de una cosa mueble; y cuando el problema se reduce a sus términos más simples, parece

[73] Aunque los tribunales usan la confusa palabra "derechos" (subjetivos), es evidente que lo que está realmente en juego son potestades.

Así, en el instructivo caso *Carpenter c/ Scott* (1831), 13 R. I. 477, 479, el juez Matteson, hablando por el tribunal, dijo: "De acuerdo con ella (la venta condicional), el comprador adquiere no solo el derecho a la posesión y al uso, sino también el derecho a transformarse en dueño absoluto una vez que cumpla con los términos del contrato. Son derechos de los que no puede privarlo ningún acto del vendedor y que, a falta de alguna estipulación en el contrato que lo limite, el comprador puede transferir por venta o dación en garantía. Cumplidas las condiciones de la venta, el título a la propiedad se consolida en el comprador, o, en caso de que haya vendido o dado el bien en garantía, en su adquirente o acreedor, sin necesidad de un nuevo documento de venta. Estos derechos constituyen un interés en la propiedad efectivo y presente que, como hemos visto, es susceptible de ser transferido por venta o dación en garantía".

Es interesante advertir que en el pasaje anterior, la palabra "derecho" (subjetivo) es usada primero para indicar *privilegios* de posesión y uso; luego se la emplea primariamente en el sentido de potestad jurídica, aunque posiblemente hay una mezcla parcial de esta idea con la de una pretensión jurídica, o derecho (en la connotación más restringida); por último el término (usado en plural) es empleado por tercera vez para agrupar juntos los privilegios, potestades y pretensiones del comprador.

Otro caso que indica en substancia la naturaleza verdadera del interés del comprador es *Christensen c/ Nelson* (1901), 38 Or., 473, 477, 479, que señala, en efecto, que las potestades del comprador, así como sus privilegios, pueden ser transferidos a otro, y que una oferta adecuada constituye "el equivalente de pago".

posible resolverlo con facilidad recurriendo a la noción de potestades jurídicas. Una vez que se ha constituido el *escrow*, el otorgante conserva aún el título jurídico; pero el beneficiario posee una potestad irrevocable para privar a aquél de ese título cumpliendo con ciertas condiciones (esto es, mediante la adición de ciertos hechos operativos) y, a la vez, para constituir un título a favor suyo. Mientras esa potestad subsiste, el otorgante está sometido, por supuesto, a la sujeción correlativa de verse privado de su título.[74] Del mismo modo, en el caso de la transferencia de un inmueble en dominio pleno, sujeta a una condición resolutoria, después de cumplida la condición, el que hizo la transferencia tiene lo que comúnmente se llama *a right of entry*. Esto es, el derecho de tomar o recobrar la posesión del inmueble entrando en él de manera pacífica. Sin embargo, si analizamos el problema, se verá que lo que primordialmente tiene el otorgante de la transferencia son dos atribuciones jurídicas: (1) el privilegio de entrar al inmueble, y (2) la potestad, mediante esa entrada, de privar de título al beneficiario de la transferencia.[75] El dominio de éste perdura, sometido a la sujeción correlativa de verse privado de él, hasta que aquella potestad sea efectivamente ejercida.[76]

Pasando ahora al campo de los contratos, supongamos que *A* envía una carta a *B* ofreciéndole en venta el inmueble Whiteacre, de propiedad del primero, en 10.000 dólares. La carta es

[74] Véase *Davis c/ Clark* (1897), 58 Kan., 100, 48/Pac. 563, 565; *Leiter c/ Pike* (1889), 127 Ill., 287, 326; *Welstur c/ Trust Co.* (1895), 145 N. Y., 275, 283; *Furley c/ Palmer* (1870), 20 Oh., St., 223, 225.

La proposición de que la potestad del beneficiario es irrevocable debe ser atenuada en el sentido de que podría ser extinguida (o modificada *pro tanto*) como resultado de una transacción entre el otorgante y un individuo que tenga la posición de un *comprador de buena fe*, o equivalente.

Apenas si es necesario agregar que los tribunales, en lugar de analizar los problemas del *escrow* en términos de potestades como aquí se indica, acostumbran expresar la cuestión y decidirla en términos de "entrega", "cumplimiento de condiciones", etcétera.

[75] En relación con esto vale la pena señalar que Sudgen, en su trabajo *Powers* (8ª ed., 1861), contrariamente a la práctica general, usa la expresión "*potestad* de entrar por condición transgredida".

[76] Para ejemplos varios de potestades, ver las opiniones correctas en *Bk. of S. Australia c/ Abrahams* (1875), L. R. 6 P., 265; *Barlow c/ Ross* (1890), 24 Q.B.D., 381, 384.

oportunamente recibida. Estos hechos operativos han creado una potestad a favor de *B* y una sujeción concomitante para *A*. Depositando una carta de aceptación en el correo, *B* tiene la potestad de imponer una obligación potencial o imperfecta [77] *ex contractu* sobre *A* y sobre sí mismo. Suponiendo que la tierra vale 15.000 dólares, ese particular elemento jurídico —la relación de "potestad *plus* sujeción" entre *A* y *B* —parece tener un valor de unos 5.000 dólares para *B*. La sujeción de *A* subsistirá durante un plazo razonable, a menos que, en ejercicio de su potestad de hacerlo, *A* la extinga previamente mediante la serie de hechos operativos conocidos como "revocación". Esto último es habitualmente descripto diciendo que la "oferta" de *A* "continuará" o "permanecerá" abierta" durante un lapso razonable, o durante el plazo definido efectivamente especificado, a menos que *A* previamente "retire" o "revoque" tal oferta.[78] Si bien no cabe duda de que en la gran mayoría de los casos el uso de estas expresiones no perjudica, tal forma de enunciar la cuestión parece representar, empero, una mezcla de elementos no jurídicos y jurídicos que, en cualquier problema que requiera un razonamiento cuidadoso, deberían ser distinguidos. Una oferta, considerada como una serie de actos operativos físicos y psíquicos, ha agotado su fuerza y se transforma en *functus officio* tan pronto como tal serie ha sido completada mediante la "recepción por el destinatario". La cuestión real apunta, en consecuencia, al posible *efecto jurídico* en ese momento. Si el mismo consiste en la potestad de *B* y en la correlativa sujeción de *A*, son sin duda estas *relaciones jurídicas* las que "continúan" o "permanecen abiertas" hasta que sean modifi-

[77] En lo que concierne a obligaciones imperfectas, véase *Frost c/ Knight* (1872), L. R. 7 Ex. 111, voto del juez Cockburn.

[78] Compárese *Boston R. Co. c/ Bartlett* (1849), 3 Cush., 225: "Aunque el documento que firmó el demandado no era más que una oferta, que podía ser revocada, sin embargo mientras permaneció en pie, sin ser revocada, era una oferta continua durante el plazo que se señaló para su aceptación, y durante la totalidad del tiempo restante fue en cada momento una oferta; pero tan pronto como se la aceptó dejó de ser una mera oferta".

Compárese también la forma de los enunciados que trae Ashley, *Contracts* (1911), 16 y sig.

cadas por la revocación u otros hechos operativos.[78a] Lo que hasta aquí hemos dicho con respecto a los contratos celebrados por correspondencia se aplica, *mutatis mutandi*, a todo tipo de contratos. Aun cuando las partes estén presentes, la oferta crea una sujeción que afecta al ofertante, junto con una potestad correlativa que beneficia al destinatario de la oferta. A los fines presentes, la única diferencia consistiría en el hecho de que tal potestad y tal sujeción expirarían en un lapso muy corto.

Quizás la justificación práctica de este método de análisis es de alguna manera mayor respecto del tópico de las opciones. En su destacado libro *Contracts*, dice Langdell: [79]

> "Si el ofertante estipula que su oferta permanecerá en pie durante un tiempo especificado, la primera pregunta es si tal estipulación constituye un contrato obligatorio... Cuando tal estipulación es obligatoria, surge una nueva pregunta, a saber, si hace a la oferta irrevocable. Se ha sustentado como opinión común que ése es el caso, pero esto, claramente, es un error... Una oferta es simplemente uno de los elementos de un contrato; y para la celebración de un contrato es indispensable que las voluntades de las partes concurran, a los ojos de la ley, en el momento de la celebración. En consecuencia, una oferta que no puede ser revocada por quien la formuló es una imposibilidad jurídica. Además, si la estipulación transformara la oferta en irrevocable, sería un contrato no susceptible de ser violado, lo que es también una imposibilidad jurídica. Por lo tanto, el único efecto de tal estipulación, es dar al destinatario de la oferta el derecho a obtener daños y perjuicios si la estipulación es transgredida por la revocación de aquélla".[80]

[78a] Véase el enunciado insólitamente claro de Holmes en *Brauer c/ Shaw* (1897), 168 Mass., 198, 200. "Por su elección y acto, ellos produjeron una relación con los actores que éstos podían transformar en un contrato por un acto de su parte."

[79] Landgell, *Summary of Contracts* (2ª ed., 1880), sec. 178.

[80] Las premisas *a priori* y conclusiones específicas de Langdell han sido adoptadas por muchos otros autores que han escrito sobre el tema.

En relación con las potestades y sujeciones creadas respectivamente por una oferta ordinaria y por una opción, es interesante considerar las sujeciones de una persona dedicada a una "ocupación pública" (*"public calling"*). Porque, según parece, la posición característica de esa persona es intermedia, casi se podría decir, entre la que ocupa un ofertante contractual común y la que ocupa quien ha dado una opción. Ha sido habitual afirmar, hablando en términos generales, que tal parte se halla sometida a un *deber* actual frente a todos los demás. Se cree, empero, que esto es erróneo. Así, el profesor Wyman, en su trabajo sobre *Public Services Companies*,[82] expresa lo siguiente:

> "El deber que tiene todo aquel que ejerce una ocupación pública es primariamente *un deber* de servir a todos los que forman parte del público... Es en cierto modo difícil ubicar este excepcional deber en nuestro sistema jurídico... La verdad es que la obligación que tiene quien ha asumido el cumplimiento de un deber público es *sui generis*".[83]

Sostengo que las dificultades del distinguido autor surgen primariamente de que no ve que el dueño de una posada, el transportador y otros que de igual modo hacen una oferta al público, se encuentran sometidos a *sujeciones* presentes, más que a *deberes* presentes. Correlativas a esas sujeciones son las potestades respectivas de los distintos miembros del público. Así, por ejemplo, una persona cualquiera que está de viaje tiene la potestad jurídica, si formula su pedido de manera adecuada y ofrece pagar lo suficiente, de imponer al posadero el deber de darle alojamiento. Si el posadero transgrede el deber así creado, el viajero tendrá una acción. Parecería, por lo tanto, que el dueño de la posada está, en alguna medida, en la misma situación del que ha dado una opción a todos los viajeros. La única diferencia consiste, en lo que atañe a los efectos jurídicos netos, en que el posadero puede extinguir sus sujeciones actuales, y las potesta-

[82] Secciones 330-333.

[83] En el mismo sentido, véase Keener, *Quasi-Contracts* (1893), pág. 18.

El razonamiento que antecede pasa por alto el hecho de que una oferta común crea *ipso facto* una relación jurídica —una potestad y una sujeción— y que es esta relación (y no los hechos físicos y psíquicos que constituyen la oferta) la que "permanece abierta". Si se conceden estos puntos, parece no existir dificultad en reconocer un acuerdo de opción unilateral apoyado en *consideration* * o materializado en un instrumento formal, acuerdo que confiere a la parte que puede ejercer la opción la potestad irrevocable de crear, en cualquier momento dentro del plazo estipulado, una obligación bilateral entre ella y quien dio la opción. Correlativa con esa potestad habría, por supuesto, una sujeción para el último, que éste no tendría potestad de extinguir. Los tribunales parecen no tener dificultades en alcanzar sustancialmente este preciso resultado, si bien sus explicaciones usan siempre la terminología del "retiro de la oferta" y expresiones similares, que dan la idea de elementos físicos y psíquicos.[81]

Véase, por ejemplo, Ashley, *Contracts* (1911), 25 y ss.: R. L. McWilliams, "Enforcements of Option Agreements" (1913), 1 *Calif. Law Review*, 122.

* *Consideration.* Es uno de los requisitos para que haya contrato obligatorio en el derecho anglo-norteamericano. Consiste en todo beneficio recibido o a recibir por la parte que se ha comprometido a hacer algo, o en todo perjuicio o pérdida sufrido o a sufrir por la persona en favor de quien se ha hecho la promesa. Solo si hay tal beneficio y/o perjuicio puede exigirse el cumplimiento de la acción prometida. La mera promesa (*nudum pactum*) no crea obligaciones exigibles. (*N. del T.*)

[81] Para un reciente pronunciamiento judicial sobre el tema, véase *W. G., Reese Co. c/ House* (1912), 162, Cal., 740, 745, voto del juez Sloss: "Donde hay *consideration*, la opción no puede ser retirada durante el lapso acordado para la duración de ella, mientras que si no hay *consideration*, la parte que ha dado la opción puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación, aunque cuando no haya expirado el plazo límite... Tal oferta, una vez aceptada debidamente, constituye un contrato obligatorio para ambas partes y cuyo cumplimiento ambas pueden exigir".

En el mismo sentido, véase *Linn c/ McLean* (1885), 80 Ala 360, 364; *O'Brien c/ Boland* (1893), 166 Mass., 481, 483 (oferta bajo sello).

La mayoría de los casos que reconocen la potestad irrevocable de la persona en cuyo favor se ha dado la opción, se han presentado en juicios de *equity* por cumplimiento en especie, pero parece no haber razón para dudar que la misma doctrina sería aplicada en una acción de *common law* para obtener daños y perjuicios. De acuerdo con este criterio véase *Baker c/ Shaw* (1912), 68 Wash., 99, 103 (*dicta* en una acción por daños y perjuicios).

des correlativas de los viajeros, *abandonando su ocupación*. Sin embargo, por otra parte, sus sujeciones son más gravosas que las de un ofertante contractual común, toda vez que no puede extinguir dichas sujeciones por ningún acto simple análogo a la revocación de una oferta.

Posiblemente alguna cautela es necesaria respecto de todas las "potestades jurídicas" consideradas hasta aquí. Por ejemplo, en el supuesto de la potestad de enajenación del propietario común, es menester distinguir con cuidado entre la potestad *jurídica*, el poder *físico* de hacer las cosas necesarias para el "ejercicio" de la potestad jurídica, y, por último, el *privilegio* de hacer esas cosas, en caso de que tal privilegio realmente exista. Puede ocurrir que exista o que no. Así si X, propietario de un inmueble, ha celebrado un contrato con Y, comprometiéndose a no venderlo a Z, los actos de X, necesarios para ejercer la potestad de enajenar el inmueble a Z son "privilegiados" en las relaciones entre X, y toda otra persona que no sea Y; pero obviamente, entre X e Y, el primero no tiene el privilegio de realizar los actos necesarios; o, invirtiendo la frase, X tiene frente a Y el deber de no hacer lo que es necesario para ejercer la potestad.

En vista de lo que llevamos dicho, poco es lo que tenemos que agregar respecto de la sujeción en cuanto tal. Se trata, como hemos dicho, del correlativo de una potestad y del opuesto de una inmunidad (o exención). Mientras que, sin duda, la palabra "sujeción" (*liability*) a menudo y en forma imprecisa es usada como sinónimo de "deber" u "obligación" creemos, a partir de un examen amplio de los precedentes judiciales, que la connotación que hemos adoptado como la que más se adecua a la palabra en cuestión se justifica plenamente. Señalaremos ahora algunos pocos casos que tienden a indicar eso. En *Mc Neer c/ Mc Neer*,[84] el juez Magruder usó los conceptos de potestad y sujeción de la manera siguiente:

> "En vida de la propietaria, sin embargo, el interés de ésta en el inmueble carecía de aquellos *elementos constitu-*

[84] (1892) 142 Ill., 388, 397.

> *yentes de la propiedad*, tales como la *potestad de disposición* y la *sujeción frente a una ejecución forzada*, que antes le habían conferido el carácter de un dominio consolidado".

En el caso *Booth c/ Commonwealth*,[85] el tribunal tuvo que interpretar una ley de Virginia que establece "que todas las personas libres de sexo masculino y de raza blanca, mayores de 20 años y menores de 61, estarán sujetas a servir como jurados, salvo las excepciones que más adelante se establecen". Es obvio que esta ley solo impuso una *sujeción* y no un deber. Es una sujeción que somete a la creación de un deber. El último sólo surgirá cuando, en ejercicio de sus potestades, las partes litigantes y los funcionarios del tribunal hayan hecho lo que es necesario para imponer el deber específico de cumplir las funciones de jurado. El lenguaje del tribunal, por conducto del juez Moncure, es particularmente apto para indicar que el concepto de sujeción es el opuesto, o la negación, del concepto de inmunidad (o exención):

> "La fórmula a la vez expresa e implícita es 'está sujeto', lo que tiene un significado muy diferente al de decir que 'reúne las condiciones'... Significa que está 'obligado' o 'ligado'... Una persona eximida de actuar como jurado no está sujeta a actuar como tal, y una persona que no está sujeta a actuar como jurado está eximida de prestar tal servicio. Los términos parecen ser convertibles".

En *Emery c/ Clough* [86] hallamos otro buen ejemplo de uso judicial. Con relación a una donación *causa mortis* y a la sujeción del donatario de verse privado de su interés por el ejercicio de la potestad de revocación del donante, el juez Smith dijo:

> "El título al bien donado *causa mortis* pasó mediante la entrega revocable únicamente en vida del donante, y su muerte perfecciona el título del donatario al hacer concluir el derecho del donante o *potestad de revocación* (*defeasance*). La propiedad pasa directamente del donante al dona-

[85] (1861) 16 Grat., 519, 525.
[86] (1885) 63 N.H., 552.

tario... y después de la muerte del donante el donatario sólo está sujeto a verse privado de su interés en favor de los acreedores del donante. El derecho y la potestad del donante cesan con su muerte".

Quizás el sinónimo más cercano de sujeción es "sometimiento" o "responsabilidad". En relación con esta última palabra, resulta interesante recordar un párrafo del voto del juez Day en *Mc Elfresh c/ Kirkendale*:[87]

> "Las palabras 'deuda' y 'sujeción' no son sinónimas, y no es común que se las entienda como tales. En lo que se refiere a las relaciones patrimoniales entre las partes, 'sujeción' es una palabra de significado más amplio que deuda. Sujeción es responsabilidad".

Mientras que la palabra en cuestión tiene la connotación genérica y amplia ya indicada, no hay duda de que con frecuencia indica esa forma especial de sujeción (o complejo de sujeciones) que es correlativa de una potestad (o complejo de potestades),[88] perteneciente a un litigante y a los diversos funcionarios del tribunal. Tal fue el significado que se le atribuyó a cierta ley de california en el caso *Lattin c/ Gillette*.[89] Dijo el juez Harrison:

> "La palabra 'sujeción' expresa la condición en la cual es colocado un individuo después de haber transgredido un contrato, o tras haber violado cualquier obligación que pese sobre él. Bouvier la define como 'responsabilidad'." [90]

[87] (1873) 36 Ia. 224, 226.

[88] Compárese *Attorney General c/ Sudeley* (1896), 1 Q. B. 354, 359, (voto de lord Esher: "Lo que se llama un derecho de acción ('right of action') no es la *potestad* para iniciar una acción. Cualquiera puede iniciarla aunque no tenga derecho alguno"); *Kroessin c/ Keller* (1895), Minn., 372 (voto del juez Collins: "La potestad de iniciar tales acciones").

[89] 95 Cal., 317, 319.

[90] Nos sentimos inclinados a pensar en la sujeción exclusivamente como una relación gravosa. Pero, en su amplio significado técnico, esto no es necesariamente así. En efecto, *X*, dueño de un reloj, tiene la potestad de abandonar su propiedad, esto es, de extinguir derechos, potestades, e inmunidades relativos al reloj (no, sin embargo, sus privilegios, por cuanto hasta que alguno haya adquirido título sobre el reloj abandonado, *X* tendría los mismos privilegios que antes); y correlativamente con la potestad de abandono de *X* existe la sujeción de todos los demás. Pero tal sujeción, en lugar de ser gravosa o molesta, es todo lo contrario. Con relación a otra persona *M*, por ejemplo, es una *sujeción de ver creados en su favor (aunque con prescindencia de su voluntad) un privilegio y una potestad* referente al reloj. Esto es, el privilegio de tomar posesión, y la potestad, al hacer esto, de consolidar el título. Ver *Dougherty c/ Creary* (1866), 30 Cal., 290, 298. Compárese esta forma agradable de sujeción con la *sujeción de ver creado un deber*, por ejemplo, la de quien ha dado una opción en un caso en que el valor de la propiedad ha aumentado considerablemente.

Inmunidades e incompetencias. Tal como se señaló ya, una inmunidad es el correlativo de una incompetencia ("no-potestad"), y el opuesto (o la negación) de una sujeción. Quizás resulte ya obvio, como consecuencia del bosquejo preliminar y del examen hecho hasta ahora, que una potestad ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho presenta frente a un privilegio. Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro, y un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro. Del mismo modo, una potestad es el "contralor" afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica dada, respecto de otro individuo; mientras que una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o 'contralor' jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica.

Unos pocos ejemplos bastarán para aclarar esto. *X*, propietario de un inmueble, tiene, como hemos visto, la potestad de enajenarlo a *Y* o a cualquier otra persona. Por otra parte, *X* tiene también varias inmunidades frente a *Y* y todos los demás. Porque *Y* está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de *X* en dirección a sí mismo o hacia un tercero. Y lo que vale para *Y* se aplica también a todo otro individuo que no haya adquirido, por virtud de hechos operativos especiales, la potestad de enajenar la propiedad de *X*. Si un oficial de justicia (*sheriff*) ha sido debidamente facultado, mediante un *writ of execution*, para vender el interés de *X*, entonces las cosas son muy distintas; la sujeción de *X* será correlativa de la potestad de aquel funcionario.

Esa sujeción será el opuesto mismo de la inmunidad (o exención). Es elemental, además, que, frente al oficial de justicia, X podría ser inmune o estar exento respecto a ciertas parcelas, y estar sujeto (*liable*) en relación con otras.[90a] De igual manera, si X ha designado en debida forma a un *agent* para vender un determinado inmueble, en tal caso y en relación con ese inmueble, X tiene frente al mismo una sujeción y no una inmunidad.

Por más de un siglo en los Estados Unidos se ha litigado mucho en torno del problema de las inmunidades frente a las potestades de imponer gravámenes. Si persistiera aún algún sentimiento de desconfianza acerca de la importancia "práctica" de la necesidad de precisar y distinguir los conceptos y términos jurídicos, quizás algunas de esas dudas se verían aventadas al considerar los numerosos casos sobre exenciones impositivas que han llegado a la Suprema Corte. Así, en *Phoenix Ins, Co. c/ Tennessee*,[91] el juez Pechkam expresó el punto de vista del tribunal de la siguiente manera:

> "Al otorgar a la *De Soto Company* 'todos los derechos, privilegios e inmunidades' de la *Bluff City Company*, se han empleado todas las palabras que pueden considerarse necesarias para acordar a la primera la exención de gravámenes de que gozaba la segunda. Sin embargo, en el acto siguiente, por el cual se otorgó la carta de la apelante, la palabra 'inmunidad' fue omitida. ¿Hay que atribuir algún significado a esa omisión y, en caso afirmativo, cuál? Pensamos que hay que atribuirle algún significado. La palabra 'inmunidad' expresa en forma más clara y definida que las otras la intención de incluir una exención de impuestos. Dicha exención es descripta con más precisión como una 'inmunidad' que como un privilegio, aunque no puede negarse que esta última palabra puede a veces, bajo algunas circunstancias, incluir tales exenciones".

[90a] Véase como usa "inmunidad" el juez Moore en *Gollnick c/ Marvin* (1911), 60 Or., 312, 118 Pac., 1016.

[91] (1895) 161 U.S., 174, 177.

En *Morgan c/ Louisiana*[92] se lee una interesante discusión en el voto del juez Field. Se resolvió que una vez ejecutada, en un cobro hipotecario, la franquicia y propiedad de una compañía ferroviaria, la inmunidad de impuestos de que ella gozaba no pasa al comprador en la ejecución. Al sostener esas tesis el juez Field dijo:

> "Tal como ha resuelto a menudo este tribunal, toda la comunidad está interesada en preservar sin disminuciones la potestad de imposición... La exención de impuestos a favor de la propiedad de la compañía, y la exención de sus funcionarios y empleados respecto del servicio militar y de la carga de servir como jurado, fueron concedidos en beneficio de la compañía y solo de ella. En cuanto a su carácter personal, esas exenciones son análogas a las exenciones de ejecución de ciertos bienes de deudores, establecida por leyes de los distintos estados".[93]

[92] (1876) 93 U.S. 217, 222.

[93] Véase, en el mismo sentido, *Picard c/ Tennessee, etc. R. Co.* (1888), 130 U. S. 637, 642 (juez Field); *Rochester Railway Co. c/ Rochester* (1906), 205 U. S. 236, 252 (juez Moody, quien pasa revista a los numerosos casos sobre el tema).

En *Internal & G. N. Ry Co. c/ State* (1899), 75 Tex., 356, se adoptó un punto de vista diferente respecto a la enajenabilidad de una inmunidad impositiva. Hablando por conducto del juez Stayton, dijo el tribunal:

"Examinando las cláusulas de la ley del 10 de marzo de 1871, pensamos que no puede dudarse de que la exención de impuestos conferida por ella, en lugar de ser un derecho que pertenece únicamente al apelante, es un derecho inherente al bien al que se aplica, y pasa a las manos de quienquiera llegue a ser su propietario (...). La existencia de este derecho incrementa el valor del bien. Hay que suponer que los accionistas y los acreedores han tratado con la entidad confiando en el contrato que le daba la exención, y ésta no puede serle quitada por ley, por disolución de la entidad, o de ninguna manera que no sea suficiente para transferir título de una persona a otra. El derecho de exención de impuestos está asegurado por la misma garantía que asegura el título a aquellos que son propietarios de inmuebles otorgados según la ley en cuestión, y aunque la entidad puede ser disuelta, continuará en favor de las personas que sean titulares de la propiedad a la que se aplica la inmunidad. La disolución legítima de una persona jurídica extinguirá todas las franquicias y privilegios de la entidad otorgados por el acto de concesión de la personería; pero si la entidad tiene derechos, privilegios y franquicias de la naturaleza de la propiedad, asegurados por contrato

En lo que se refiere a las inmunidades, los dos fallos judiciales citados en último término apuntan, respectivamente, a problemas de interpretación y a problemas de enajenabilidad. En muchos otros casos, se han presentado complicados problemas constitucionales como resultado de leyes que limitan o extienden los diversos tipos de inmunidades. En oportunidades diversas los litigantes tuvieron oportunidad de apelar tanto respecto de la cláusula que proscribe la limitación de obligaciones que surgen de los contratos, como respecto de la que veda privar a una persona de su propiedad sin debido proceso legal. Esto vale en especial para las exenciones de impuestos [94] y las exenciones de ejecución.[95]

Si se me permite decir algo acerca de las meras palabras en cuanto tales, lo primero que hay que observar es que se ha abusado del término "derecho" (subjetivo) en el campo de las inmunidades, así como en otros.[96] Sin embargo, tal como lo señalaron las opiniones judiciales ya citadas, el mejor sinónimo es, por supuesto, el término "exención".[97] Es instructivo señalar también, que la palabra "impunidad" tiene connotaciones muy similares.

basado en *consideration*, los mismos sobrevivirán después de la disolución de la entidad, en beneficio de aquellos que pueden tener un derecho o una pretensión justa sobre los bienes de la entidad disuelta".

En relación con las exenciones de *homestead* ("bien de familia"), ver el voto del juez Sloss, en *Smith c/ Bougham* (1909), 156 Cal., 359, 365: "Una declaración de *homestead*... agrega ciertos privilegios e inmunidades al título que podría tenerse en ese tiempo".

94 Véase *Choate c/ Trapp* (1912), 224 U.S. 665.

95 Véase *Brearly School, Limited c/ Ward* (1911), 201 N.Y, 358: 94 N.E., 1001 (una decisión interesante, con tres votos en disidencia). Los otros casos sobre el tema están compilados en Ann. Cas., 1912 259.

96 Ver *Brearly School, Limited c/ Ward*, citado en la nota precedente; también *Internat. & G. N. Ry Co. c/ State* (1899), 75 Tex., 357, citado *supra*, nota 91.

97 Comparar también *Wilson c/ Gaines* (1877), 9 Baxt. (Tenn.) 546, 550-551, juez Turney: "El uso en las leyes de solo dos de las palabras de la Constitución, a saber, «derechos» y «privilegios», y la omisión de emplear las otras dos que le siguen de inmediato, a saber, «inmunidades» y «exenciones», cualquiera de las cuales habría aclarado la interpretación en que se apoya el recurrente, demuestran que existió una intención deliberada por parte de la legislatura en el sentido de no acordar el beneficio reclamado".

Solo muy rara vez se ve que un tribunal trata de formular una distinción sutil entre inmunidad y exención. Así, en un caso reciente, *Strahan c/ Wayne Co.* (junio, 1913), 142 N.W. 678, 680 (Neb.), el juez Barnes dijo: "Se ha sostenido, por el gran peso de las autoridades, que la dote no es inmune (a las leyes de impuesto sucesorio) porque es dote, sino (...) porque perteneció a la mujer en forma no perfecta durante la vida del marido (...). Hablando estrictamente, la parte de la viuda debía ser considerada inmune, más que exenta, en relación con el impuesto sucesorio. Está libre de ese impuesto; no es que haya sido eximida de él".

98 (1877) 2 Swanst., 170.

* *Injunction*. "Una prohibición, dictada por un tribunal de *equity*, dirigida a una de las partes en un juicio, por la cual se ordena a ésta abstenerse de realizar algún acto que está llevando a cabo, o que amenaza hacer. Debe tratarse de un acto: a) lesivo a la persona o a los intereses del actor y b) de tal naturaleza que no exista respecto del mismo remedio adecuado en derecho." Véase *Black's Law Dictionary*, 4ª ed., pág. 923. (*N. del T.*)

99 En *Skelton c/ Skelton*, se observará, la palabra "impunidad" y la palabra "exención" se emplean como el opuesto a sujeción frente a las potestades de un demandante en una acción judicial.

Esto se hace evidente en la interesante distinción hecha por el lord canciller Finch en *Skelton c/ Skelton*,[98] caso decidido en 1677:

> "Al decir esto no pretendo en modo alguno admitir que la *equity* aumente las restricciones de las incompetencias que ha creado una ley del parlamento. Y en lo que se refiere al otorgamiento de *injunctions* * para hacer cesar el uso abusivo de un inmueble, hago una distinción entre el caso en que el ocupante sólo tiene *impunitatem* y el caso en que tiene *jus in arboribus*. Si el ocupante tiene sólo una simple indemnidad o *exención* frente a una acción (en derecho) en caso de incurrir en uso abusivo, es adecuado que se lo restrinja mediante una *injunction* que le prohíba cometerlo".[99]

En la última parte del análisis precedente, se han examinado ocho conceptos jurídicos. Ellos han sido comparados entre sí con algún detalle. Me ha guiado el propósito de poner de manifiesto no solo su intrínseco significado y alcance, sino también sus relaciones recíprocas y los métodos que se siguen al aplicarlos, en el

razonamiento judicial, para la solución de los concretos problemas que se plantean en los juicios. Antes de concluir podemos aventurar una sugestión general referente a la gran importancia práctica de una apreciación clara de las distinciones y discriminaciones hechas. Si se me permite una metáfora doméstica, estos ocho conceptos —derechos y deberes, privilegios y no-derechos, potestades y sujeciones, inmunidades e incompetencias— parecen ser lo que podría llamarse el "mínimo denominador común del derecho". Las fracciones (1/3, 2/5, etcétera) pueden *superficialmente* parecer tan diferentes entre sí que desafían toda comparación. Sin embargo, si se las expresa en términos de sus mínimos denominadores comunes (5/15, 6/15, etcétera) la comparación se torna fácil, y pueden descubrirse semejanzas fundamentales. Lo mismo puede decirse, por supuesto, acerca de los conceptos genéricos de más bajo nivel, a los que pueden reducirse todos los "elementos jurídicos".

Volviendo, por ejemplo ,al tema de las potestades, a primera vista podría resultar difícil descubrir alguna semejanza esencial y fundamental entre las ventas condicionales de cosas muebles, las transacciones de *escrow*, los acuerdos por los que se confiere una opción, las relaciones de *agency*, las potestades de designación, etcétera. Pero si todas esas relaciones se reducen a sus términos genéricos de más bajo nivel, los conceptos de "potestad jurídica" y "sujeción jurídica" se presentan como aplicables, de manera predominante, aunque no exclusiva, a lo largo de toda la serie. Mediante ese proceso, se hace posible no solo descubrir semejanzas esenciales y analogías esclarecedoras, en medio de lo

Para ejemplos similares recientes, ver *Vacher & Sons, Limited c/ London Society of Compositors* (1913), A. C., 107, 118, 125 (voto de lord Macnaghten: "Ahora nada hay de absurdo en la idea de una asociación o cuerpo que goza de inmunidad frente a acciones judiciales"; lord Atkinson: "Conferir inmunidad absoluta a los *trustees*", etc.)

Comparar también *Baylies c/ Bishop of London* (1913), 1 Ch. 127, 139, 140, voto del juez Hamilton (Comparar también las observaciones del juez Swinfen Eady en *Thornhill c/ Weeks* (1913), 1 Ch., 438, 442.

Para ejemplos de uso correcto del término "incompetencia", como equivalente de la negación de una potestad jurídica, véase *Poury c/ Hordern* (1900), 1 Ch., 492, 495; *Sheridan c/ Elden* (1862), 24 N. Y., 281, 384.

que superficialmente se presenta como una variedad infinita e irremediable, sino también discernir principios comunes de justicia y otros valores por debajo de los diversos problemas jurídicos en juego. Una consecuencia indirecta, aunque muy práctica, de esta afirmación es que con frecuencia se hace posible, por virtud de tal análisis, usar como autoridades persuasivas precedentes judiciales que, de otro modo, podrían parecer completamente irrelevantes. Si esta observación es válida respecto de las potestades, parecería serlo igualmente respecto de los restantes conceptos básicos del derecho. En suma: mientras más profundo es el análisis, percibimos con mayor claridad la fundamental unidad y armonía que existe en el campo del derecho.