UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Profesor Andrés Jana Linetzky
Segundo semestre año 2015
Derecho Civil I

MATERIALES VII

RELACIÓN JURÍDICA Y DERECHO SUBJETIVO

I. Relación Jurídica

1. BARROS BOURIE, Enrique. *Relación jurídica y derechos subjetivos*. Materiales preparados sobre la base de apuntes de clases (1999). pp. 1-55.
2. NINO, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003. pp. 190-195.
3. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Volumen Segundo, Las Relaciones Obligatorias. Madrid, Civitas, 1993. pp. 47-62, 83-100.
4. HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F, Fontamara, 1979. pp. 45-87.

II. Derechos Subjetivos

5. VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso, 1976. pp. 25-57.
6. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho.* Octava Edición, México D.F, Editorial Porrúa, 1995. pp. 138-157.
7. VON IHERING, Rudolph. *La dogmática jurídica.* Buenos Aires, Editorial Losada, 1946. pp. 173-227.
8. DABIN, J. *El derecho subjetivo*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 69-100.
9. NINO, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003. pp. 195-216.
10. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derecho Civil.* Tomo Primero. Santiago, Editorial Jurídica, 1998. pp. 315-317, 323-334.
11. JANA, Andrés; MARÍN, Juan Carlos. *Recurso de protección y contratos.* Santiago, Editorial Jurídica, 1996. pp. 19-38.
12. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid, Trotta, 2000. pp. 33-62.
13. WALDRON, Jeremy. *A Right to do Wrong*. The University of Chicago Press, Vol. 92, No. 1, 1981. pp. 21-39.

Universidad de Chile
Facultad de Derecho

DERECHO CIVIL I
TERCERA PARTE

RELACIÓN JURÍDICA Y DERECHOS SUBJETIVOS

Profesor Enrique Barros

Estos materiales han sido preparados por el profesor para fines docentes sobre la base de sus apuntes de clases. El autor agradece cualesquiera comentarios que puedan contribuir a perfeccionar versiones posteriores.

I, Oct. 99

CAPITULO PRIMERO
RELACIÓN JURÍDICA

I. RELACIONES DE LA VIDA SOCIAL Y RELACIONES JURÍDICAS

1. El derecho se ocupa de relaciones interpersonales. Por eso, aunque en el derecho moderno tiende a ocupar un lugar preponderante el derecho subjetivo (tanto en el derecho privado como en el constitucional), el concepto más elemental de todo ordenamiento es la relación jurídica[1]. La relación jurídica atiende precisamente a que el sustrato esencial del derecho no es el individuo aislado, sino en su situación relacional con otras personas.

   A pesar de su importancia para comprender el derecho, la relación jurídica no es un concepto técnico, que sea empleado por la ley. Es un concepto doctrinario, cuyo valor es, por un lado, acentuar el carácter social del derecho y, por otro, mostrar que sólo ciertas relaciones sociales son jurídicamente relevantes.

   En efecto, aunque el derecho tiene necesariamente su sede en la sociedad, no todas las relaciones sociales son también relaciones jurídicas. Las relaciones de amistad, de cortesía, de afecto, de respeto recíproco por lo general no le son relevantes. Y si lo resultan, la relevancia jurídica de la relación está a menudo reducida a ciertos elementos fundamentales. Al derecho no le resultan por lo general relevantes los afectos o los grados de satisfacción que se producen en una relación entre arrendador y arrendatario, o incluso entre padres e hijos. Así, sólo le resultan pertinentes las obligaciones del arrendador y del arrendatario y las facultades, derechos y deberes de los padres respecto de los hijos. El grado de satisfacción del arrendatario con la cosa arrendada sólo es relevante en la medida que se relacione con las obligaciones asumidas por el arrendador; y el grado de ternura o de confianza que exista entre padres e hijos sólo resulta relevante para el derecho en casos extremos, como, por ejemplo, al decidir el juez acerca de lo que más conviene al hijo menor a efectos de otorgar la tuición en caso de separación de los padres.

2. La eficacia del derecho está dada en importante medida porque se limita a normar aspectos o secciones específicas de la realidad. Por eso, es característica del experto en derecho su destreza para seleccionar los hechos a efectos de dar por establecida una relación jurídica y definir su alcance.

   La relación jurídica supone una abstracción respecto de la realidad. Del conjunto de relaciones sociales el derecho califica sólo algunas como relevantes: Y, aún más específicamente, aquellas relaciones sociales que el derecho norma, no son consideradas en toda su complejidad vital concreta, sino en razón de algunos de sus elementos. En otras palabras, del continuo de las relaciones de la vida, sólo una parte es calificada como pertinente por el derecho.

3. En consecuencia, la relación jurídica comprende dos elementos: uno relacional, que se expresa en un vínculo entre personas que acaece en la realidad social; otro propiamente jurídico, que está dado por una norma de derecho, que puede provenir de la ley, de un contrato u otro acto jurídico, o de otra fuente reconocida por el derecho, y que establece como relevantes ciertos aspectos de ese

---

[1] La palabra derecho se usa indistintamente en sentido objetivo (de ordenamiento jurídico) y subjetivo (de potestad para obrar en satisfacción de los propios intereses). La manera más precisa de referirse a uno y otro es adjetivando el concepto de derecho como derecho objetivo y subjetivo, respectivamente. Sin embargo, en el lenguaje corriente usamos por lo general sólo la palabra derecho y del contexto suele resultar inequívoco si nos referimos a uno y otro. Por tal razón se usará en lo sucesivo la palabra derecho en ambos sentidos, salvo que se estime necesaria la calificación.

vínculo social.

El concepto de relación jurídica muestra que el ámbito de lo social que resulta jurídicamente relevante es variable, pero siempre limitado. Por un lado, ello es consistente con la naturaleza de la justicia, la virtud o bien jurídico por excelencia. La justicia es la menos exigente de las virtudes; no exige particular heroísmo en el cumplimiento del deber, ni amor hacia el prójimo (como la caridad), sino le basta con atribuir a cada uno lo suyo (esto es, lo que le corresponde como derecho). Por otro lado, en las sociedades constituidas bajo los principios del constitucionalismo democrático, el derecho es reticente a interferir en el ámbito crecientemente privado de las convicciones religiosas o de las diversas formas de vida que coexisten en una sociedad pluralista; ello, en contraste, ha dado lugar a nuevos institutos de protección jurídica de la individualidad, como se muestra en los derechos de la personalidad.

II. SENTIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

4. La relación jurídica comprende un vínculo entre personas, en virtud del cual surgen, por lo general, uno o más derechos subjetivos y uno o más deberes jurídicos correlativos.

La doctrina jurídica contemporánea ha tendido a concebir el derecho privado y crecientemente el derecho público, desde la perspectiva de los derechos subjetivos. Ello se explica por razones éticas (porque el derecho subjetivo es el instrumento jurídico de la libertad), como por razones lógicas (porque la gran generalidad de las normas jurídicas puede ser concebida a la luz de un sujeto titular de un derecho amparado por el orden jurídico). Sin embargo, la noción de relación jurídica posee la ventaja de poner en evidencia la estructura interpersonal que subyace al derecho, incluido el derecho privado.

El derecho privado atiende a las relaciones que se tienen por una persona con otras personas determinadas (como ocurre en las relaciones de familia o con las que emanan de un contrato de arrendamiento), o las que surgen entre el titular del derecho y el resto de la comunidad como efecto del señorío reconocido respecto de ciertos bienes, y que puede ser hecho valer respecto de los demás (como ocurre con el derecho a la vida privada o con el derecho de propiedad). En el primer caso la relación jurídica es relativa, pues están determinados tanto el titular del derecho, como quien soporta el deber jurídico. En el segundo caso es absoluto, pues el vínculo queda establecido entre el sujeto a quien el derecho reconoce el derecho subjetivo y el resto de la comunidad, que tiene un deber de tolerancia y respeto. La distinción será analizada en mayor detalle al tratar los derechos absolutos y relativos.

5. La relación jurídica usualmente es compleja, pues comprende un conjunto de relaciones específicas que están relacionadas entre sí. El contrato de compraventa, por ejemplo, es una institución que crea entre comprador y vendedor un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, interdependientes entre sí: el comprador tiene, entre otros, el derecho a que le sea transferida la cosa vendida, a que el vendedor le garantice la posesión si un tercero reclama derecho preexistente sobre ella, a que la cosa sirva para su uso convenido o natural; el vendedor, por su parte, tiene el derecho principal a recibir el precio y otros derechos conexos. Por otra parte, los derechos y deberes del comprador y del vendedor están internamente conexos entre sí, de modo que se influencian recíprocamente; así si el comprador no paga el precio, el vendedor puede suspender la tradición de la cosa (art. 1552) o pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios (art. 1489 y 1826 II).

Algo parecido rige respecto de los derechos absolutos. Así, por ejemplo, los derechos de la

personalidad suelen encontrar su límite en la libertad de información, de modo que la relación jurídica que tenemos con los demás respecto de nuestra honra o privacidad está sustancialmente configurada también por la posición que el derecho reconoce a los demás para informar al público sobre asuntos de interés general (Constitución, art. 19 números 4° y 12°). Lo mismo se muestra en el derecho absoluto patrimonial por excelencia, el de propiedad, cuya definición legal contiene en sí dos extremos: por un lado, la propiedad asegura el derecho a usar, gozar y disponer arbitrariamente de una cosa, pero, por el otro, se establece que tales atributos deben ejercerse dentro de los límites de la ley (en el sentido genérico de derecho objetivo con que frecuentemente es usado el término ley en el derecho civil) y el derecho subjetivo ajeno (art. 582).

En atención a la complejidad que suele presentar, la relación jurídica ha sido concebida metafóricamente como un organismo o estructura que comprende un conjunto de relaciones específicas definidas por el derecho (Larenz/Wolf). La ventaja de poner énfasis en la relación jurídica como elemento estructural del derecho privado radica en que la atención se pone en la función relacional que el derecho necesariamente posee. Ese vínculo interpersonal se expresa en derechos y en deberes, que suelen estar interrelacionados entre sí. Ello no significa discutir la función técnica primordial que tiene el derecho subjetivo en el derecho moderno. Sólo que a la luz de la relación jurídica, los derechos subjetivos resultan discernibles como atribuciones que la ley confiere a las personas en sus relaciones con los demás; que es el enfoque clásico de la doctrina de la justicia.

III. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

(a) Sujetos

6. La relación jurídica de derecho privado es un vínculo entre personas privadas. Pertenece al ámbito que los pensadores políticos han definido como sociedad civil. Ello no impide que el poder público participe en la creación y control de la observancia de reglas aplicables a relaciones privadas (como lo hace efectivamente en ámbitos tan diferentes como la familia y el mercado de valores). Significa más bien que en la relación jurídica ninguno de los sujetos actúa como portador de una autoridad pública respecto de los otros.

Por eso, aunque en una relación jurídica de derecho privado participen personas jurídicas de derecho público, ello no altera su naturaleza, pues el ente público no puede invocar una prerrogativa especial frente a las otras personas que participan del vínculo. En las relaciones jurídicas de derecho privado participan sujetos que pueden tener diferentes conocimientos, destrezas o fortunas, pero que carecen de potestad para normar el comportamiento de los demás. El derecho privado tiende más bien a corregir ciertos desequilibrios, estableciendo reglas que limitan posiciones de poder (como el ordenamiento sobre libre competencia y los estatutos protectores de incapaces, trabajadores, inversionistas o consumidores. por ejemplo).

(b) Derecho subjetivo, acción civil y acción procesal

7. En su forma más usual las relaciones jurídicas privadas dan lugar a uno o más derechos subjetivos. El derecho subjetivo privado se muestra en el reconocimiento por la ley de una acción civil o pretensión que se puede hacer valer por medio de un tribunal. Así, el propietario tiene el derecho a gozar privativamente de la cosa; y si ese derecho es perturbado porque un tercero actuando con negligencia destruye la cosa, el propietario tiene el derecho conexo a ser indemnizado por quien causó el daño. Esta pretensión que el derecho reconoce al titular del derecho subjetivo infringido puede tener por objeto que sea restituido en el derecho (como cuando el propietario reclama

restitución de la cosa que está bajo posesión de un tercero) o puede tener un objeto diferente (como ocurre en el caso de la indemnización del perjuicio causado por la destrucción de la cosa).

Desde un punto de vista técnico, el elemento esencial del derecho subjetivo reside en el reconocimiento de la acción o pretensión que se puede hacer valer coactivamente por intermedio de los tribunales. La relación jurídica, que expresa un vínculo normativo entre dos o más personas sólo es reconocible como específicamente jurídica si existe una norma que establece una pretensión (algo que se puede pedir que se haga efectivo coactivamente si el derecho es infringido). Por mucho que se pueda objetar la tesis positivista de que el único elemento estructural del derecho reside en la sanción que el derecho establece, no puede desconocerse que una diferencia esencial del derecho respecto de otras instituciones normativas (la religión, la moral, las costumbres) radica en que su eficacia está garantizada porque se reconocen acciones.

La acción civil es el instrumento que pone el derecho subjetivo en pie de guerra: es la pretensión que se puede hacer valer coactivamente. Para hacer valer la pretensión, a su vez, se hace valer un tercer derecho, el de reclamar la intervención de un tribunal. Se trata de una forma particularmente eficaz del derecho de petición, cual es la de provocar que se trabe una relación jurídica procesal con el demandado y con el tribunal competente. Este derecho a solicitar la intervención judicial también recibe el nombre de derecho a la acción. Sin embargo, este derecho procesal a la acción, es diferente de la pretensión o acción civil. La acción en sentido procesal es un derecho potestativo (ver infra pár. 44), que se posee y ejerce aunque en definitiva el juez declare que el demandante no tenía la pretensión o acción civil que reclamaba. En tal evento la acción en sentido procesal (derecho a exigir la intervención de la justicia) ha sido ejercida exitosamente (porque el tribunal se ha pronunciado sobre el asunto) aunque haya denegado la existencia legal de la pretensión (por ejemplo, por falta de prueba o porque estaba prescrita). En ello se muestra que hay una diferencia entre la acción civil o pretensión y la acción procesal. La doctrina romana extendió el nombre de acción (*actio*) a ambos derechos, de modo que en el lenguaje jurídico marcado por la tradición romanista, se habla de acción indistintamente en el sentido procesal y material (civil o constitucional, por ejemplo). Aunque la palabra 'pretensión' expresa correctamente el sentido de la acción civil, de modo que puede usarse indistintamente con ésta, no resulta sencillo para la dogmática civil abandonar el término acción (reservándolo al derecho procesal). En efecto, el Código Civil y la doctrina civil hablan de acción en sentido de pretensión, y no resulta necesario sustituir ese uso. Como ocurre con la palabra 'derecho', del contexto casi siempre resulta inequívoco si el término es usado en un sentido sustantivo o procesal. En lo sucesivo se hará referencia indistinta a los conceptos de acción o pretensión para referirse a la acción en sentido sustantivo (civil o constitucional).

(c) Deber jurídico

8. En su sentido más elemental el derecho es normativo porque establece deberes de conducta. El deber cautelado por medio de una sanción coactiva es la definición más simple que se ha dado del derecho positivo. Por elemental que sea el deber (como ocurre con los deberes de tolerancia que son el correlato de los derechos absolutos), en general el derecho subjetivo se soporta en un deber de conducta que el derecho establece respecto de otros. Ello se muestra especialmente cuando al derecho subjetivo sigue la acción civil. Aquello que desde el punto de vista activo, del titular del derecho subjetivo, aparece como acción (reinvindicación, indemnización, resolución), desde el punto de vista de quien ha infringido el deber aparece como sanción (tener que restituir la cosa que poseía; pagar indemnización; soportar la ineficacia de un contrato).

Aunque lo usual en el derecho privado es que la observancia de los deberes está cautelada por

quienes son titulares de derechos subjetivos correlativos (al comprador corresponde exigir que el vendedor entregue la cosa vendida), es usual en el caso de las regulaciones legales y administrativas que no den lugar a derechos subjetivos privados. Es el caso, por ejemplo, de las reglas del tránsito o de las que regulan las emisiones industriales, que dan lugar a sanciones penales o administrativas, pero que sólo excepcionalmente dan lugar a una acción civil indemnizatoria. El mero incumplimiento de la regla no da lugar a acción privada; sólo quien sufre un daño a consecuencias del incumplimiento de unl deber de cuidado tiene una acción civil para perseguir que cese el daño y se le indemnicen los perjuicios. De ahí que los derechos subjetivos privados no sean el correlato necesario de los deberes jurídicos. Por cierto que ello no significa que el cumplimiento del deber no esté protegido por una acción; sólo que ésta pertenece a la autoridad pública q ue asume el interés de la comunidad (como ocurre con las infracciones a la ley del tránsito que no den lugar a accidentes).

A la inversa, también existen derechos que no tienen como contrapartida un deber de otra persona. Es el caso de los derechos que el orden jurídico otorga para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas privadas. Así, por ejemplo, el mandatario tiene derecho a renunciar al encargo y el titular de un derecho de opción tiene la potestad de configurar el contrato que la otra parte le ha prometido celebrar. En estos casos se habla de derechos en el sentido de potestades para producir efectos jurídicos por medio de actos jurídicos (unilaterales o bilaterales). Alguna distinguida doctrina niega que en estos casos pueda hablarse propiamente de 'derechos', reservando este concepto para los derechos que tienen por correlato un deber ajeno (Coviello). Sin embargo, en el lenguaje jurídico se habla usualmente de 'derechos' para referirse a estas potestades, que la doctrina denomina 'derechos potestativos' (infra, pár. 44). Lo peculiar de estos derechos es que tienen su antecedente en una regla contractual o legal que confiere la respectiva competencia[2].

9. El deber jurídico puede aparecer relegado a un segundo plano en ciertas relaciones jurídicas privadas, como ocurre en el caso de la propiedad, de los derechos de la personalidad y, en general, de los derechos absolutos. En otros casos, por el contrario, el deber tiene una significación esencial, como ocurre en las relaciones de familia o en las que tienen su origen en un contrato. El lenguaje que emplea el derecho civil es sintomático de la diferencia: la propiedad es tratada como uno de los 'derechos reales'; los derechos de crédito, por el contrario, forman parte del 'derecho de obligaciones'. En un caso, lo determinante es la relación del titular de derecho con el bien y resalta el aspecto activo del derecho (como define el art. 577 I el derecho real); en el otro, resulta esencial la conducta del obligado (véanse ilustrativamente los arts. 578 I, 1438, 2314). Por eso, aunque desde un punto de vista lógico se puede afirmar que toda relación jurídica tiene idéntica estructura, lo cierto es que, como las relaciones de la vida, el deber jurídico tiene una dimensión variable en la relación jurídica: hay prerrogativas que podemos hacer valer respecto de cualesquiera otros (donde el deber es difuso y secundario), y derechos a que alguien se comporte de una cierta manera (donde el deber es preciso y determinante del contenido del derecho). Ello se muestra si se compara la relación jurídica existente en razón de un contrato entre un técnico que presta un servicio a una empresa y el derecho de propiedad. Mientras en el último caso lo determinante es definir atributos o potestades que el derecho reconoce al titular sobre la cosa, en el segundo, el derecho de la empresa sólo resulta discernible a la luz de los deberes de conducta que soporta el técnico. En ambos casos la relación podrá tener los mismos elementos lógicos, pero el tipo de vínculo es diferente. Así se explica que la más importante clasificación del derecho patrimonial sea en derechos reales (Código Civil, libro II) y obligaciones (Código Civil, libro IV).

---

[2] Técnicamente estos derechos potestativos no tienen su origen en normas que prescriben una conducta (reglas normativas o simplemente normas), sino en reglas que confieren potestades o competencias normativas (llamadas por H.L.A. Hart reglas secundarias o de reconocimiento).

IV. NACIMIENTO, VIGENCIA Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA

10. Las relaciones jurídicas tienen vigencia en un horizonte temporal definido; el vínculo interpersonal que ellas expresan nace, perdura y se extingue. El derecho señala cuales hechos tienen precisamente el efecto creador, modificatorio o extintivo de las relaciones jurídicas. Por eso, para dar por establecida una relación jurídica (y, por tanto, los derechos subjetivos que ella expresa), resulta necesario acreditar los hechos que la ley califica como condicionantes para su nacimiento, modificación o extinción. Genéricamente, esos hechos que tienen efectos jurídicos son denominados hechos jurídicos.

En este plano también se plantea la relevancia de las cuestiones de hecho en la vida práctica del derecho. Para hacer valer judicialmente una pretensión, el actor debe probar los hechos que sirven de antecedente a la relación jurídica respectiva: si se reclama reinvindicación, habrá de probarse la propiedad, lo que a su vez supone probar los hechos que dan lugar a los modos de adquirir la propiedad; si se reclaman perjuicios emanados de un hecho ilícito que ha causado daño, deberán probarse todos los hechos que la ley señala como requisitos para que haya lugar a la acción indemnizatoria (daño, hecho culpable, causalidad entre el hecho y el daño): si se reclaman alimentos, deberá ser probada la relación de familia que da lugar a ese derecho. En cada caso la ley fija las condiciones o requisitos de hecho concurrentes para que la pretensión sea reconocida. Por eso, la vida del derecho supone atender a los hechos a la luz del derecho, lo que se muestra en el lugar decisivo que tiene la prueba de los hechos en el proceso judicial.

11. Los más elementales hechos jurídicos son el nacimiento y la muerte. Las relaciones jurídicas de mayor entidad se originan por el hecho del nacimiento y vinculan a la persona que nace con el resto de la comunidad y con su familia (derechos de la personalidad y de familia). Incluso antes del nacimiento, ya la gestión da lugar a relaciones jurídicas de protección (Constitución, art. 19 N°1 II, Código Civil, arts. 74 II y 75 y las normas penales que sancionan el aborto). A su vez, la muerte es otro hecho natural que produce tanto la extinción, como el nacimiento de relaciones jurídicas: extingue los derechos de quien muere y, al mismo tiempo, da origen a una nueva relación jurídica respecto de los bienes transmisibles del causante, que son adquiridos en razón de un modo de adquirir que tiene por hecho condicionante precisamente la muerte (sucesión por causa de muerte).

12. Además de los hechos naturales que el derecho califica de jurídicos, como el nacimiento y la muerte, parte esencial del derecho privado está constituido por hechos del hombre voluntarios que tienen efectos generadores, modificatorios o extintivos de relaciones jurídicas.

El más genérico de los hechos voluntarios que poseen ese efecto es el acto jurídico. El acto jurídico tiene su fundamento en una atribución de competencia que el derecho otorga a las personas para intervenir autónoma y descentralizadamente en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas. Por eso, el acto jurídico ha sido definido como un hecho jurídico voluntario realizado con intención de producir efectos jurídicos. A la definición usual habría que agregar que tales efectos son reconocidos por el derecho en razón de una regla que otorga el respectivo derecho potestativo. El acto jurídico es expresión del principio de la autonomía privada, en virtud del cual, dentro de los límites que establecen la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts- 1461 u 1467), los sujetos privados pueden regular sus propias relaciones.

El más característico de los actos jurídicos es el contrato, caracterizado como el acto jurídico bilateral o convención que tiene por efecto crear obligaciones y, por consiguiente, los derechos

personales correlativos). Pero también otros actos jurídicos, diferentes del contrato, poseen efectos en derecho privado (como el testamento, el reconocimiento de hijo natural o la convención que modifica el plazo de una obligación preexistente). Las finalidades pueden ser múltiples y en su perfeccionamiento pueden participar una o más partes (actos jurídicos unilaterales o bilaterales). Su tipificación completa no es posible, porque el principio de autonomía privada comprende la facultad de realizar actos jurídicos que no están previstos por la ley.

Finalmente, la ley atribuye efectos jurídicos a otros hechos del hombre que no son realizados en ejercicio de una potestad creadora, modificatoria o extintiva de relaciones jurídicas. Es el caso de los hechos que causan daño a un tercero que bajo ciertas circunstancias dan a éste un derecho a ser indemnizado (usualmente cuando han sido realizados con dolo o culpa) o de otros hechos voluntarios que dan lugar a obligaciones restitutorias como ocurre cuando se ha pagado lo que no se debía y, en general, en las hipótesis de enriquecimiento sin causa (véanse arts. 1437, 2284, 2314).

13. En definitiva, el derecho atribuye a ciertos hechos jurídicos efectos que se materializan en el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Estos hechos corresponden a aquellas secciones de la realidad social, e incluso natural, que resultan relevantes a efectos del derecho. Del conjunto inaprensible de acontecimientos que afectan la vida de relación, el derecho selecciona algunos como relevantes y les atribuye efectos jurídicos. Esa es la conexión más elemental que existe entre las normas del derecho y la realidad.

14. Así, la estructura lógica esencial de la relación jurídica muestra lo característico del derecho: sólo algunos hechos de la realidad son calificados como relevantes. Esta tipificación de lo jurídicamente relevante puede ocurrir con distinta precisión, pero usualmente se exigirá de la técnica legislativa o contractual que el hecho que condiciona el nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica sea definido con tanta inequivocidad como resulte posible atendido el fin de la norma.

La importancia del hecho condicionante que da origen a la relación jurídica se muestra en el derecho privado en la diferencia entre derecho subjetivo y meras expectativas. Sólo una vez cumplido el hecho condicionante del nacimiento de la relación jurídica, la mera expectativa, no protegida por el derecho objetivo, deviene en un derecho subjetivo, que sí es objeto de protección civil y constitucional.

CAPITULO SEGUNDO
DERECHO SUBJETIVO

I. FUNCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO PRIVADO

15. La relación jurídica permite comprender el derecho como un vínculo normativo entre personas, acentuando el aspecto relacional del ordenamiento. Sin embargo, la noción de relación jurídica tiene un rol técnico secundario en el derecho privado, en comparación con la de derecho subjetivo. El derecho subjetivo se relaciona con el predominio de la persona en la tradición jurídica moderna. El derecho subjetivo es la forma como el derecho concibe la autonomía que el derecho reconoce a las personas para desarrollar su vida y su actividad del modo más libre que resulte compatible con la libertad de los demás y con los intereses colectivos o difusos de la sociedad. En tal sentido, la construcción dogmática del derecho privado en torno a la idea de derecho subjetivo no es moralmente neutra (es ideológica, señala Kelsen). Sin embargo, como lo ha expresado un jurista contemporáneo, "la idea del derecho subjetivo mantiene viva la concepción de que el derecho privado y la protección jurídica que le es característica, finalmente sirven a la conservación de la libertad del individuo en la sociedad, que la libertad personal es una de las ideas fundamentales del derecho, para cuyo efecto existe un derecho privado; pues el derecho privado es el derecho de los miembros de una comunidad que actúan con independencia recíproca y según sus propias decisiones" (H. Coing).

A este individualismo ético, que constituye el trasfondo valórico de la construcción moderna del derecho privado a partir de la noción de derechos subjetivos, se agrega la versatilidad técnica del concepto. El derecho como se ha señalado, no se limita a reconocer posiciones respecto de los demás, sino agrega el elemento de la pretensión (acción en sentido civil) y de la acción procesal para reclamar la intervención de la justicia. Por lo general, la pretensión puede ser hecha valer exclusivamente por el titular del derecho subjetivo. En otras palabras, el orden jurídico otorga a cada persona los instrumentos para que haga valer sus derechos. El comprador tiene el derecho a que el vendedor le haga tradición de la cosa vendida. Si el vendedor no satisface su derecho, la ley define las pretensiones que puede hacer valer el comprador (ejecución forzada, resolución del contrato, indemnización por el retardo) y le abre la posibilidad de demandar al tribunal competente un pronunciamiento (en ejercicio de la acción procesal). La comunidad pone a disposición los medios, pero es el propio titular del derecho quien debe hacerlo valer. Por eso, el aspecto personal del derecho subjetivo no sólo se muestra conceptualmente como atributo de libertad, sino constituye una característica técnica del derecho privado y, esencialmente, también del constitucional: la observancia del derecho privado es tarea de los interesados, a quienes el derecho otorga las acciones civil y procesal.

16. Desde un punto de vista filosófico e histórico, se ha criticado que la noción de derecho subjetivo se apoya en una concepción individualista de la persona, que asume que la sociedad puede ser entendida como una yuxtaposición de personas dotadas de prerrogativas que recíprocamente pueden hacer valer en su propio interés (individualismo metódico). Así, el derecho quedaría despojado del aspecto relacional que le resulta constitutivo. Por mucho que el derecho subjetivo, en el derecho privado y en el constitucional, haya sido el instrumento conceptual y técnico para ampliar la libertad personal, tendría por efecto ignorar el papel que tiene en el derecho la noción de justicia, que atiende a un orden armonioso que atribuye bienes en una perspectiva relacional (M. Villey); o tiene el efecto de limitar la deliberación pública acerca de lo que es correcto desde el punto de vista del derecho, que la retórica de los derechos subjetivos tiende a ocultar (M.A. Glendon).

El concepto de derecho subjetivo también ha sido atacado desde la perspectiva opuesta del positivismo. La noción de derechos subjetivos resulta sospechosa para un concepto positivista de derecho construido a partir de la identificación de derecho y estado. Lo característico del derecho es su forma de validación y la coactividad asociada a sus sanciones. El rol del derecho es dirigir la conducta bajo amenaza de sanciones. Sólo indirectamente puede hablarse de derechos, en consecuencia, porque éstos sólo serían el reflejo de normas orientadas a regular el comportamiento: el derecho subjetivo sería un elemento secundario de una norma cuyo sentido esencial estaría dado por la sanción a una cierta conducta (H. Kelsen).

A pesar de estas reservas, el concepto de derecho subjetivo ha conservado un rol predominante en la construcción legal y doctrinaria del moderno derecho privado. Las críticas, con todo, han obligado plantear problemas cruciales que la doctrina radicalmente individualista que culminó en el s. XIX había ignorado. Ejemplos de esta evolución son el recurso a conceptos normativos generales como los de buena fe (art. 1546), orden público y buenas costumbres (art. 1461) para establecer un límite interno y externo al ejercicio legítimo de los derechos (infra, cap. VIII).

II. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

(1) El derecho subjetivo como poder

17. Concebido el derecho subjetivo como instrumento técnico para garantizar esferas de libertad y autodeterminación a las personas, el núcleo de su definición jurídica resulta ser la atribución al titular de un poder de actuación cautelado por el derecho. El derecho subjetivo comprende un "poder hacer" y un "poder excluir" del goce de los bienes sobre los que recae.

No debe extrañar que el concepto de derecho subjetivo se remonte a la temprana modernidad, especialmente a la escolástica española del s. XVI, que lo definió precisamente como facultad o potestad que se reconoce por el derecho a su titular. El concepto fue desarrollado a propósito de la propiedad y sirvió para expresar la libertad de que gozaba el propietario para usar, gozar y disponer de la cosa, en oposición a las vinculaciones típicas del ordenamiento medioeval (Luis de Molina).

Esta idea es refirmada por los juristas de la escuela moderna del derecho natural y recibe su consagración en el código francés de 1804. A ello se agrega, en el s.XIX, la influencia del individualismo ético de Kant, quien había definido el derecho como "el conjunto de condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conjugado con el arbitrio del otro bajo una ley general de libertad". El derecho positivo aparece como forma externa de la libertad; su papel es reconocer un ámbito de libertad a la persona, lo que supone ampliar el ámbito de decisiones que queden entregadas a su propia voluntad. Por mucho que el derecho subjetivo sólo aparezca en la relación jurídica (esto es, en la relación entre persona y persona, determinada por una regla de derecho), el concepto es abstraído de esa relación jurídica y deviene en un poder que se reconoce a la voluntad del titular, sea que lo ejerza personalmente o por medio de sus representantes legales (como ocurre con los incapaces).

18. El concepto de derecho subjetivo como poder que el derecho reconoce al titular es puramente formal. El derecho subjetivo otorga una prerrogativa que el titular ejerce a discreción. Así, el propietario respecto de la cosa, toda persona respecto de su vida privada, el acreedor respecto de la prestación del deudor tienen derechos cuyo ejercicio está entregado a su propio arbitrio. El titular del derecho no tiene por qué justificar sus actos u omisiones en la medida que actúe en el marco de su derecho.

Por otra parte, el concepto de derecho subjetivo como poder muestra la forma de actuación del derecho subjetivo. Si éste es afectado, se ha visto que es al propio titular a quien está entregada la defensa, para cuyo efecto el derecho objetivo proporciona los medios sustantivos (pretensión, esto es, lo que se puede pedir o acción en sentido civil) y procesales (el derecho a exigir una decisión judicial o acción en sentido procesal).

(2) El derecho subjetivo como interés cautelado por el derecho

19. Bajo influencia utilitarista, el derecho positivo ha sido concebido, en contraste con el enfoque del individualismo ético, como un medio para aumentar el bienestar. El elemento central del derecho pasan a ser los fines que persiguen satisfacer sus normas. Desde esta perspectiva, los más diversos intereses humanos pueden ser cautelados por medios jurídicos. El derecho subjetivo es definido, en consecuencia, como un interés jurídicamente protegido (Jhering).

La definición del derecho como interés se ha mostrado fértil para explicar el sentido y alcance del derecho subjetivo. En efecto, concebido como poder jurídico el contenido del derecho queda entregado exclusivamente a las normas del derecho positivo que definen sus atributos. Pero tal definición formal del alcance del derecho no resulta suficiente cuando se trata de discernir su contenido y sus límites (infra, cap. VIII).

20. Cuando se hace referencia al interés como elemento esencial del derecho subjetivo no se alude al interés concreto de los sujetos de una relación jurídica. Desde la perspectiva del bienestar o del bien general resulta necesario que el derecho ordene la vida en común, lo cual exige generalidad. Por eso, al derecho privado le preocupan las instituciones del contrato, de la propiedad. En consecuencia, el interés relevante para determinar el alcance y límites del derecho subjetivo no es el interés concreto del titular, sino el genérico de todos los que se encuentran en las situaciones de comprador, de propietario o de hijo. En otras palabras, del mismo modo como no puede haber un lenguaje privado de cada cual, tampoco pueden haber instituciones jurídicas que atiendan a las peculiaridades específicas de los intereses en juego en cada relación jurídica. Los intereses relevantes a efectos del derecho subjetivo tienen necesariamente un carácter general y abstracto: son los cautelados por la respectiva institución jurídica.

(3) Evaluación

21. Carece de sentido el intento de descubrir cual es la esencia del instituto jurídico del derecho subjetivo, porque se trata de un concepto instrumental del derecho, especialmente en el derecho privado y constitucional. Con todo, pareciera que la noción de derecho subjetivo no puede prescindir de la idea de poder jurídico reconocido al titular. El derecho privado actúa sobre la base de entregar a cada cual el ejercicio y cautela de sus derechos. Por eso, a pesar de las reservas que plantea la doctrina del interés, no se ha debilitado la concepción de los derechos como el reconocimiento de un poder para controlar un deber (Raz). Incluso las doctrinas que niegan la categoría de derecho subjetivo finalmente deben recurrir a conceptos análogos (como el de 'situación jurídica subjetiva', que usa parte de la doctrina italiana contemporánea), al momento de analizar el sistema del derecho privado. En consecuencia, los intereses o bienes cautelados son relevantes al momento de determinar el contenido y límites del derecho subjetivo, pero no afecta el carácter esencialmente atributivo de un "poder hacer" o "poder impedir" que caracteriza a todo derecho subjetivo.

Sin embargo, la definición de un concepto fundamental, como el de derecho subjetivo, supone un

discernimiento diferenciado de las funciones del derecho: "cualquiera libertad, concebida como derecho altera la distribución de poderes: confirma o confiere poder a algunas personas restringiendo los poderes de otras" (Weinreb). De este modo, por mucho que la libertad contenga un elemento moral de autodeterminación, también supone consecuencias para los demás. Por eso, la definición del derecho subjetivo como poder necesariamente debe ser moderada por la finalidad del derecho de contribuir al bienestar general (o al bien común, según la clásica denominación del derecho natural).

Así, no debe extrañar que la doctrina tienda a aceptar la unión de los contrarios, con la consecuencia de que el derecho subjetivo es concebido como un poder jurídico que el derecho reconoce a la persona con el fin de que disfrute de un bien o satisfaga sus propios intereses. En este concepto mixto la incondicionalidad formal del poder aparece moderada por la idea de fin: el poder es reconocido sólo para la satisfacción de intereses legítimos.

III. CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO

De la explicación precedente se concluye que todo derecho subjetivo comprende un poder jurídico reconocido al titular para realizar muy diversos intereses o bienes humanos. Así, el derecho privado reconoce derechos subjetivos tan distintos como la propiedad sobre cosas corporales, el derecho de autor, el crédito que emana de un contrato de préstamo de dinero, o el que se tiene sobre la honra y la privacidad.

En cada caso, el derecho subjetivo se expresa en la atribución de facultades al sujeto titular del derecho subjetivo. En la medida que el contenido de esa atribución puede ser en extremo diferente según el tipo de derecho subjetivo, los deberes correlativos que genera la relación jurídica recíprocamente también pueden ser muy diversos: deberes de mero respeto (como la propiedad o la privacidad), de realizar una cierta conducta en favor del titular (como en la prestación de servicios) y, en general, cualquier conducta orientada a satisfacer el bien o interés protegido por el derecho.

Como se ha expresado, también existen derechos que no corresponden a una norma de conducta que debe ser observada por un tercero, sino constituyen potestades que la ley o el contrato atribuyen al titular para crear, modificar o extinguir mediante acto jurídico una relación jurídica (infra párr. 44).

23. El grado de determinación del derecho subjetivo es una dimensión variable. Los derechos constitucionales están, por ejemplo, expresados en el texto de la Constitución de una manera muy general, de modo que su alcance, límites y la forma como concurren recíprocamente está esencialmente entregado al desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Por su analogía constitucional lo mismo ocurre con el aspecto privado de los derechos de la personalidad, cuyas fronteras son difusas, porque aún no se establece una doctrina comúnmente aceptada respecto de su alcance y sus límites.

Con todo, la tendencia de todo sistema de derecho evolucionado es a definir con cierta precisión las atribuciones que comprenden los derechos, lo que suele ocurrir por vía legal o contractual. Lo característico del derecho subjetivo es la exclusividad que se reconoce al titular, lo que exige al menos un núcleo relativamente inequívoco acerca del bien o interés cautelado. Con todo, a menudo, especialmente en el derecho constitucional, tal núcleo es muy abstracto y no contiene las condiciones específicas de ejercicio del derecho. La mayor ventaja relativa del derecho privado, que es asimismo condición de su eficacia como ordenamiento jurídico básico de la actividad económica,

es la relativa precisión del contenido atributivo de los derechos subjetivos que confiere: los derechos del propietario, del acreedor, del heredero están definidos con la suficiente precisión como para que exista certeza acerca de su alcance y, por consiguiente, de su valor económico.

IV. LA PROTECCIÓN MATERIAL DEL DERECHO SUBJETIVO: LA ACCIÓN CIVIL O PRETENSIÓN.

(1) Derecho subjetivo y pretensión

24. Se ha visto que el contenido de un derecho subjetivo no necesariamente coincide con la pretensión que el derecho reconoce a su titular para hacerlo valer coactivamente ante terceros. La acción civil o pretensión constituye un derecho conexo al derecho subjetivo: así, por ejemplo, si un tercero interviene ilícitamente causando daño en la propiedad ajena, el propietario tiene el derecho conexo al de propiedad de ser indemnizado de los perjuicios. Este derecho conexo no es idéntico al derecho de propiedad, pero le es instrumental.

En nuestra tradición jurídica generalmente se reconoce al titular de un derecho patrimonial una acción en naturaleza para obtener la satisfacción directa del interés cautelado por el derecho: así, el titular de un derecho de crédito tiene la acción de ejecución forzada de la obligación y el titular real goza de la acción reinvindicatoria para recuperar su posesión. La acción constitucional de protección ha completado el sistema de acciones civiles en naturaleza, extendiéndolas a derechos extrapatrimoniales. Por cierto que a veces la acción en naturaleza no resulta posible (como cuando se ha causado un daño irreparable a una cosa ajena), caso en el cual el titular dispone de una acción en equivalencia (la indemnización de perjuicios).

Aunque el derecho principal sea absoluto -esto es, sea de aquéllos que se pueden hacer valer contra cualquiera persona (infra, párr. 50), la pretensión siempre es un derecho relativo, que se hace valer contra una o más personas específicas (como se muestra en el ejemplo de la indemnización que se hace valer respecto de quien ha causado el daño y de la reinvindicación que se hace valer contra el actual poseedor).

La acción civil o pretensión representa aquello que tiene derecho a pedir judicialmente el titular de un derecho subjetivo. El vehículo de que se sirve la pretensión es la acción en sentido procesal, que se materializa en la demanda judicial. Por eso, el Código de Procedimiento Civil al designar el contenido de la demanda civil señala que ésta debe contener "La enunciación clara y precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal" (art. 254 N°5), esto es, de las acciones civiles o pretensiones que se hacen valer por medio de la acción procesal (demanda).

25. La pretensión constituye en verdad un elemento esencial del derecho subjetivo. De la naturaleza de la pretensión se puede inferir el alcance de un derecho. En efecto, un derecho sin pretensión, sin algo que resulte exigible a la siga de su infracción, carece de sentido en el terreno del derecho (a diferencia de la moral). Por eso, se ha dicho que el derecho, una vez lesionado, soporta una especie de metamorfosis y deviene en una pretensión.

El derecho reconoce la existencia de deberes jurídicos que no resultan exigibles (como ocurre en materia civil con las obligaciones naturales; ver art. 1470). Por lo mismo, a tales deberes no corresponden derechos subjetivos: sólo si el deudor cumple voluntariamente tales obligaciones, se muestra que la obligación existía, porque no existe pago de lo no debido y, por consiguiente, quien recibe no tiene el deber de restituir.

26. La esencialidad de la acción civil en relación con el derecho subjetivo se muestra ejemplarmente a propósito de la extinción por prescripción. Las acciones se pierden por prescripción extintiva (esto es, por no haberse ejercido durante un lapso de tiempo) o por prescripción adquisitiva del mismo derecho por un tercero (véanse arts. 2492, 2514 y 2498). La prescripción extintiva opera respecto de los derechos personales y la adquisitiva, respecto de los reales. Lo relevante en el caso de la prescripción extintiva es que el derecho subjetivo no se extingue por vía principal, sino consecuencial: porque prescribe extintivamente la acción civil, el derecho subjetivo amparado por ésta pierde su sustento. La satisfacción del derecho subjetivo queda entregada a la voluntad del deudor, como en el caso de los deberes morales: la obligación civil que tenía el deudor deviene en una obligación puramente natural que carece de acción (art. 1470 N°2).

(2) Tipos de acciones

27. Cada rama del derecho reconoce acciones para hacer valer las normas del respectivo ordenamiento: así, la acción penal persigue la responsabilidad por delitos penales; las acciones constitucionales de amparo, protección e inaplicabilidad persiguen la cautela de las garantías constitucionales y asegurar la supremacía de la Constitución. El más complejo sistema de acciones corresponde al derecho privado, lo que es explicable atendida la amplia sección de la vida social que es objeto de sus normas. La pretensión que tiene su fundamento en el derecho privado es la acción civil.

28. Cada tipo de derechos subjetivos privados, se caracteriza por un conjunto de acciones civiles que los protegen. De este modo, la clasificación de las acciones civiles corresponde esencialmente a los tipos de derechos. Así, en materia patrimonial el código habla de acciones reales para referirse a las pretensiones que hacen de derecho reales (art. 577 II) y de acciones personales para referirse a los que nacen de derechos personales (art. 578).

29. Las acciones patrimoniales pueden, además, ser muebles o inmuebles, según sea la cosa que se debe (art. 580). El propio Código señala los ejemplos: "Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble" (art. 580 in fine). Asimismo son muebles las acciones que persiguen la ejecución de un hecho, toda vez que según la ley, "los hechos que se deben se reputan muebles" (art. 581). La clasificación de las acciones en muebles e inmuebles tiene importancia a efectos de determinar el tribunal que será competente para conocer del conflicto: si la acción es inmueble, será por lo general el del lugar donde éste se halle; si es mueble, por lo general será el del domicilio del demandado (Código Orgánico de Tribunales, arts. 134 ss.).

(3) Pluralidad de acciones

30. Es frecuente que el incumplimiento de la conducta debida de lugar a diversas acciones. Un ejemplo legal es el conjunto de acciones que surgen para el acreedor si el deudor incumple una obligación de hacer (como la de construir un camino). El art. 1553 entrega al acreedor tres acciones diferentes: que se apremie al deudor, con arrestos o multas a efectos de que cumpla su obligación (Código de Procedimiento Civil, art. 543); que se transforme de obligación en una de pagar una suma de dinero necesario para encargar la realización de la obra o servicio a un tercero; o que se paguen derechamente los perjuicios sufridos en razón del incumplimiento. Otro ejemplo de pluralidad de acciones se presenta con ocasión del incumplimiento de una de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral, esto es, de aquéllos en que las partes se obligan recíprocamente (art. 1489); la parte cumplidora posee respecto de la incumplidora dos acciones alternativas, además de una copulativa: que se haga efectivo el cumplimiento forzado de la obligación, o bien que se declare resuelto el contrato, además de la indemnización de perjuicios en uno y otro caso.

El ejemplo también muestra que las acciones plurales pueden ser incompatibles (como ocurre con las de resolución y cumplimiento forzado, en caso de incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato bilateral) o pueden ser compatibles y, consecuencialmente, acumulables (como ocurre con la de indemnización de perjuicios, en el mismo ejemplo).

31. Un problema se presenta cuando el hecho que precede a la acción puede ser calificado de diversas maneras. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las lesiones causadas a un paciente por un médico negligente: el hecho puede ser calificado como incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales, que se rige por las normas de la responsabilidad contractual; o también puede ser calificado como un atentado contra el derecho a la integridad corporal, que se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual. ¿Puede la víctima elegir la acción que habrá de ejercer, según cuál sea la de su mayor ventaja?, ¿o bien debe predominar una calificación sobre la otra, de modo que la víctima sólo tenga la acción que emana de la calificación que resulta correcta? Si la ley no resuelve la cuestión, se plantea un problema interpretativo que, por lo general, sólo se puede resolver atendiendo a la relevancia relativa de las instituciones en juego. En el ejemplo hay razones para afirmar que sólo procede la acción contractual en razón de la supremacía del acuerdo contractual (que haría prevalecer el principio de que las relaciones privadas se rigen preferentemente por el acuerdo de las partes, si lo hay). Pero también se puede invocar que el interés de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual es proteger a la víctima (lo que haría prevalecer la función reparadora de la indemnización). La doctrina más reflexiva se resiste a dar una respuesta puramente conceptual a la materia, lo cual muestra que incluso en problemas de apariencia puramente técnica, como es el concurso de acciones, la solución de vacíos legales o de concurrencia de soluciones interpretativas supone recurrir a fines y principios orientadores que no usualmente están formulados en la ley.

(4) Excepciones del demandado

32. Se ha mostrado la diferencia entre la pretensión o acción civil (aquello que el titular del derecho subjetivo tiene derecho a exigir en caso que le sea infringido) y la acción procesal (la petición que se plantea a un tribunal para que conozca y resuelva acerca de la pretensión que plantea el demandante o actor en sentido procesal). La acción procesal es el medio o vehículo para hacer valer la pretensión o acción civil (supra, párr. 24). Una diferencia análoga, se puede plantear desde el punto de vista pasivo. Tanto la acción civil o pretensión, como la acción procesal, pueden ser impugnadas por el demandado. El derecho de defensa del demandado está reconocido constitucionalmente (art. 19 N°3 II) y constituye un derecho potestativo que no está sujeto a otros límites que los propios de todo derecho subjetivo (infra, párr. VIII 3b v).

33. El demandado puede defenderse por dos vía alternativas: puede simplemente negar la pretensión que hace valer el demandante, caso en el cual se habla de alegaciones o defensas; o bien puede alegar hechos o circunstancias que persiguen atacar la acción procesal o la pretensión o acción civil, en cuyo caso interpone excepciones.

La interposición de alegaciones o defensas produce esencialmente un efecto probatorio en el juicio. El actor se verá en la necesidad de probar los hechos jurídicos que han dado lugar a la relación jurídica que invoca como fundamento de su pretensión (art. 1698).

34. La acción procesal no es en principio neutralizable, pues sólo excepcionalmente los tribunales tienen la competencia para declararla inadmisible. Sin embargo, el demandado dispone de las llamadas excepciones dilatorias, cuyo fin es corregir vicios de procedimiento (Código de

Procedimiento Civil, art. 303). Su efecto es postergar el inicio del juicio (de ahí su denominación). Son, por ejemplo, excepciones dilatorias la incompetencia del tribunal ante el cual ha sido presentada la demanda (de modo que la demanda debe ser presentada ante otro tribunal) y la falta de un requisito formal en la interposición de la demanda (como, por ejemplo, que la demanda no contenga pretensiones concretas). Una vez corregidos los vicios o rechazadas las excepciones dilatorias, el demandado no puede evitar ser llevado a juicio.

35. Las excepciones que tienen por fin neutralizar la acción civil o pretensión se denominan excepciones perentorias, y son interpuestas, por lo general, en la contestación de la demanda. Las excepciones perentorias, a diferencia de las alegaciones o defensas, se basan en hechos jurídicos cuyo efecto es impedir el nacimiento, destruir o suspender la pretensión del actor.

La más típica de las excepciones perentorias que impiden el nacimiento del derecho invocado, es la nulidad del acto o contrato que el actor señala como fundamento de su pretensión. La nulidad produce el efecto de que las partes son restituidas al estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el acto o contrato nulo (art. 1.687 I). Aunque también puede ser objeto de acción, la nulidad es la más fuerte de las excepciones: se impugna que el derecho subjetivo haya alguna vez existido, porque se priva de eficacia jurídica al acto que le sirve de antecedente.

Una excepción perentoria que tiene por objeto destruir la pretensión es la prescripción. No se discute la existencia del derecho subjetivo, sino la extinción de la acción civil para hacerlo efectivo, sea porque otra persona adquirió la propiedad sobre la cosa (prescripción adquisitiva, que es la forma como consecuencialmente se pierden los derechos reales) o porque ha prescrito extintivamente por no haberse ejercido la acción en el plazo que la ley concede (prescripción extintiva, que es la forma como se extinguen los derechos personales). Genéricamente, son excepciones de este tipo las que no tienen por objeto negar la existencia del derecho, sino alegar su extinción. Es, por ejemplo, el caso del pago de lo que se debía y, en general, los modos de extinguir las obligaciones (ver art. 1567).

Las excepciones perentorias pueden también referirse a que el deber no resulta exigible, aunque sea reconocido. La finalidad de la excepción en estos casos es suspender el ejercicio de la acción. Presentan una cierta analogía con las excepciones dilatorias, pero no pretenden corregir procedimiento (defectos de la acción procesal), sino postergar la exigibilidad del derecho invocado por el actor. Son excepciones de este tipo la existencia de un plazo aún pendiente (art. 1496, primera frase) y la que tiene cada parte en un contrato bilateral a no cumplir con su propia obligación mientras la otra no cumpla, o no se allene a hacerlo en la forma y tiempo debidos (art. 1552).

36. Las excepciones se fundan en hechos jurídicos que les sirven de fundamento (por ejemplo, un vicio de nulidad, el plazo de prescripción o el pago). Es un principio jurídico que quien invoca hechos en su favor debe probarlos. El principio está establecido por el código en materia de derecho de obligaciones (art. 1698), pero es de aplicación general en el derecho privado. En consecuencia, quien plantea una excepción tiene la carga de probar aquellos hechos que la justifican. Distinto es el caso si se plantea una mera alegación o defensa: en la medida que el demandado se limita a desconocer el derecho invocado por el demandante, corresponde a éste probar los hechos que sirven de antecedente a ese derecho (idem).

V. SUJETO TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO.

37. Una doctrina jurídica asentada afirma que no hay derecho subjetivo sin sujeto que sea su titular. Recíprocamente, el lugar central del derecho subjetivo en la construcción moderna del derecho privado se asienta precisamente en la autonomía que se reconoce a la persona para hacer valer bienes o intereses que le son reconocidos.

38. Cualquier sujeto de derecho es titular de derechos subjetivos. Ello se expresa en la capacidad de goce, el más elemental de los atributos de la personalidad, y que se expresa precisamente en la aptitud jurídica para ser titular de derechos.

Las personas naturales son titulares de derechos en una mayor extensión que las jurídicas, porque disponen, además de los derechos privados, los públicos de participación política y en toda su extensión los derechos de la personalidad. Sin embargo, en cuanto resulten compatibles con su propia naturaleza, tales derechos también se extienden a las personas jurídicas. Así, se ha llegado a discutir si disponen de un derecho a la honra y otros derechos de la personalidad. En general, la tendencia expansiva del derecho subjetivo a todas las formas de personalidad es un reflejo del lugar central que posee ese concepto en el derecho contemporáneo: un interés legítimo o un bien que una persona jurídica pretenda, requiere revestir la forma de un derecho para que obtenga cautela civil o constitucional.

39. Del mismo modo como los grupos de personas organizados en la forma de personas jurídicas son titulares de derechos, también lo es la comunidad en general, representada por el Estado, a nivel central, y por las municipalidades a nivel local. De este modo, los intereses de la comunidad son cautelados por personas jurídicas de derecho público a las que la Constitución confiere esa función. En este aspecto reside, desde la perspectiva de los derechos subjetivos, la *summa divisio* del derecho en público y privado: los intereses públicos son cautelados por órganos de la administración del Estado y por las municipalidades, que son los entes territoriales por excelencia en un régimen político unitario, como es el chileno; las relaciones privadas, incluso aquéllas en que participan entes públicos (como cuando el Estado contrata servicios o adquiere una cosa), dan lugar a derechos subjetivos privados regidos por el derecho privado.

Desde luego que también el derecho privado cumple funciones de interés general. De hecho, las instituciones jurídicas de la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil y la familia poseen funciones esenciales para el bienestar de la comunidad. Con todo existe una diferencia esencial si se atiende al interés cautelado: el derecho privado no autoriza a los sujetos privados para actuar en representación de intereses o bienes colectivos, por lo general indivisibles (como la seguridad pública), sino radica en cada persona la responsabilidad para hacer valer sus derechos (en tal sentido, a pesar de su sede constitucional, el recurso de protección participa esencialmente de las características del derecho privado).

40. La distinción entre intereses colectivos, que deben ser hechos valer por entes públicos (órganos de la administración del estado y municipales) y la atribución a los sujetos privados de derechos y acciones civiles o constitucionales para ejercer sus propios derechos tiende a diluirse en el caso de los llamados intereses difusos. Es típico de los intereses difusos que pertenecen separadamente a diversas personas (a título de intereses privados de esa persona), pero que, sin embargo, tienen una cierta dimensión colectiva o supraindividual. Lo determinante en el interés difuso es que, a diferencia del interés colectivo, es discernible un interés concreto de diversos individuos, a diferencia de aquél que hace referencia a un interés general indivisible (como el interés en la defensa nacional, por ejemplo).

Son típicamente intereses difusos los referidos en las antiguas acciones civiles populares, entregadas a cualquier sujeto para prevenir ciertos riesgos que amenazan a muchos: la acción civil para solicitar el cuidado o destrucción de obras que amenazan a los que transitan por caminos, plazas u otros lugares de uso público (art. 948), y para solicitar que cese el riesgo de daño que por imprudencia o negligencia ajena amenace a personas indeterminadas (art. 2.333). En ambos casos podría decirse que quien acciona participa de un riesgo, que, sin embargo, en virtud de su agregación al riesgo que afecta a muchos otros, adquiere una entidad colectiva, que justifica la acción popular y, especialmente el premio que se otorga a quien la ejerce judicialmente (arts. 948 II y 2.334).

41. Técnicamente, en el caso de intereses difusos validados por el derecho positivo existe un derecho individual a la acción civil, en la medida del daño o del riesgo que sufre cada persona en particular. Sin embargo, ocurre a menudo que este interés individual es de una intensidad tan débil que difícilmente podrá ser configurado como derecho subjetivo. Es lo que usualmente ocurre en materias de medio ambiente o de patrimonio cultural o natural, por ejemplo.

Surge en el derecho moderno la pregunta acerca de los medios más eficaces para hacerse cargo de estos bienes. En general, el derecho es reticente a admitir que personas o grupos diferentes a las municipalidades o los órganos de la administración del Estado asuman la representación de intereses generales. Por eso, la tendencia es que la acción pertenezca personalmente sólo a aquéllos cuyos derechos hayan sido personalmente afectados. En tal sentido, las acciones populares reconocidas por el Código Civil son excepcionales y de derecho estricto (esto es, su alcance se limita a los precisas situaciones referidas por la ley).

Un camino para evitar que las personas privadas se arroguen la representación de intereses generales y para que, sin embargo, los intereses difusos tengan suficiente protección es la creación de órganos administrativos especializados (como el Servicio Nacional del Consumidor o la Fiscalía Nacional Económica), que eventualmente pueden ejercer una cautela administrativa o actuar judicialmente. Más cercanas a las técnicas propias del derecho privado son las acciones civiles colectivas (class actions) provenientes del derecho norteamericano, que autorizan, mediante procedimientos sencillos, la adhesión de un número indeterminado de titulares de una pretensión para actuar conjuntamente (por ejemplo, en casos de productos defectuosos que causan daño a amplios sectores de la población); el procedimiento de las acciones colectivas supone que cada cual ejerce su derecho; sin embargo al distribuirse los costos y riesgos de no tener éxito en la acción procesal se hace económicamente viable la acción civil que pertenece a muchos.

VI TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS

42. Atendida la generalidad que posee el concepto de derecho subjetivo, resulta inevitable que los diversos tipos de derechos presenten características diferentes entre sí. Las distinciones que a continuación son analizadas no tienen un interés puramente clasificatorio, sino corresponden a tipos de derechos que participan de una estructura distintiva, que se muestra en sus características y en las pretensiones conexas que se reconocen al titular.

(1) Derechos públicos y derechos privados

43. Los derechos subjetivos públicos y los privados corresponden a la principal división del derecho objetivo. Por consiguiente el derecho subjetivo será público o privado según pertenezca al derecho público o al privado la norma que da lugar a la relación jurídica. En este lugar sólo se hará una referencia general a los derechos subjetivos públicos.

Hay derechos subjetivos públicos que se reconocen a las personas. Algunos son derechos políticos de participación ciudadana, especialmente el derecho a sufragio y el de postulación a cargos públicos. Otro conjunto es el de los derechos fundamentales consagrados por la constitución y por tratados internacionales, cuya peculiaridad es que no sólo se pueden ejercer contra órganos del estado, sino también directamente respecto de otras personas privadas (especialmente en el caso de los derechos cautelados por el recurso de protección). En cuanto rigen las relaciones entre personas privadas, y a pesar de su fundamento constitucional, pertenecen típicamente al ámbito interpersonal del derecho privado. Algunos derechos fundamentales se materializan en el derecho privado en los llamados derechos de la personalidad (infra, párr. 81).

Pero también existen derechos públicos que son el instrumento que el Estado y las municipalidades poseen respecto de las personas en ejercicio de la potestad pública (como el derecho a la percepción de impuestos). Recíprocamente, las personas privadas tienen derechos respecto del Estado en cuanto al funcionamiento de los servicios públicos en la forma establecida por la ley.

El ámbito de los derechos que se pueden hacer valer contra el Estado (en tanto existe el deber legal de alguno de sus órganos de satisfacer un interés o un bien) depende de la extensión del llamado estado social; son típicamente derechos sociales, como la educación y la salud. La extensión de los derechos sociales es esencialmente tarea de la ley, pues su satisfacción supone atribuir recursos públicos[3].

También existen los derechos funcionarios, que expresan el estatuto laboral y funcional de la administración del Estado, en cuanto establece derechos patrimoniales y estrictamente funcionarios a quienes participan en la gestión pública.

De esta tipificación no exhaustiva se puede comprobar que los derechos públicos son de índoles muy diversas. Su estudio detallado pertenece al derecho constitucional y al administrativo.

(2) Derechos potestativos y derechos a la conducta ajena

44. En general, según una distinción que se remonta a la filosofía analítica (Wittgenstein, J.L. Austin, Searle) y que ha sido recogida por la teoría del derecho (Hart), se pueden distinguir dos tipos de reglas: unas prescriben conductas estableciendo deberes y derechos subjetivos correlativos; otras establecen una autorización o competencia para crear nuevas reglas o modificar reglas vigentes. Las primeras son propiamente normas de conducta; las segundas confieren potestades para conformar relaciones jurídicas nuevas o para modificar las existentes.

En un orden jurídico complejo las potestades normativas están distribuidas entre diversos órganos. Típica del derecho privado, sin embargo, es la potestad de las personas para crear, modificar y extingir relaciones jurídicas por medio de actos jurídicos privados. El acto jurídico resulta eficaz en virtud de la atribución a las personas de ordenar por si mismas las relaciones en que participan. El principio jurídico que expresa esta potestad se denomina autonomía privada (llamada libertad

---

[3] Es sintomático de ello que los derechos sociales consagrados por la Constitución no den usualmente acción para exigir su satisfacción. En general, los derechos que significan una prestación positiva del Estado (educación, salud) sólo pueden ser satisfechos mediante la atribución de recursos públicos, materia que corresponde esencialmente decidir al legislador (Constitución, art. 64). Por eso, resulta explicable que los derechos a la educación y a la salud no están amparados por la acción constitucional de protección (las garantías del art. 19 números 9 y 10 están excluidas de la enumeración que hace el art. 20 de la Constitución). Con todo, hay casos en que se ha reconocido por vía de protección el derechos a recibir prestaciones públicas de salud con fundamento en el derecho a la vida reconocido en el art. 19 N°1 de la Constitución (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXII (1985) N°3, secc. 5a., pág. 277 ss.).

contractual en cuanto habilita para celebrar contratos que resulten jurídicamente obligaciones).

45. La autonomía privada tiene usualmente como límite que nadie puede imponer deberes a otro sin su propio consentimiento. Por eso, el acto jurídico más general es el contrato, un acto jurídico bilateral (convención), en virtud del cual dos partes convienen en ciertas obligaciones. El derecho otorga plena fuerza obligatoria a los contratos que se celebran en el marco autorizado por la ley (art. 1.545). Esa es la más amplia regla potestativa que conoce el derecho privado.

Las personas privadas también pueden tener facultades para modificar o extingir relaciones ya existentes: pueden convenir en que un contrato quede sin efecto (resciliación), en el pago de una obligación (en que una parte da a la otra lo debido y ésta acepta lo pagado), en conceder un plazo para el cumplimiento, en transferir una a la otra la propiedad sobre una cosa (tradición) y sobre cualesquiera otras materias lícitas. En congruencia con el principio de autonomía privada, las normas legales del derecho privado tienen un carácter supletorio, esto es, rigen a menos que las partes de la respectiva convención no acuerden lo contrario.

Más excepcionalmente, estos derechos potestativos también pueden ejercerse en la forma de actos jurídicos unilaterales que dan lugar a nuevas relaciones jurídicas.

Los típicos derechos potestativos unilaterales que dan lugar a nuevas relaciones jurídicas son el derecho a testar y el derecho a la acción procesal. Mediante el testamento el testador establece relaciones jurídicas relativas a su patrimonio que tendrán efecto después de su muerte (alterando, dentro de los límites que la ley establece, el destino que la ley fija supletoriamente a ese patrimonio en ausencia de testamento). Mediante la acción procesal, quien asegura tener una pretensión fundada en un derecho subjetivo puede provocar unilateralmente la creación de una relación jurídica procesal.

El acto unilateral más concreto que configura relaciones jurídicas es la ocupación, mediante la cual se adquiere por un acto voluntario de apropiación el dominio sobre una cosa que no pertenece a nadie, a condición de que su adquisición esté tolerada por el derecho (art. 606). Quien ocupa una cosa carente de propietario (*res nullius*) configura un derecho de propiedad por el mero acto jurídico unilateral de la ocupación (la aprensión de la cosa con ánimo de hacerse dueño).

El derecho a configurar unilateral una relación jurídica puede tener su fuente también en un contrato. Es típicamente el caso del contrato de opción, en cuya virtud una parte se obliga para con otra a venderle o comprarle un bien a un cierto precio si ésta ejerce unilateralmente la opción en un plazo futuro. A pesar de su importancia en el comercio contemporáneo la opción no está regulada por el Código Civil, de modo que debe regirse por las normas del contrato de promesa de celebrar un contrato (art. 1.554).

En circunstancias que es típico de los actos jurídicos que sólo producen efectos relativos a quienes participan en él, la creación unilateral de relaciones jurídicas es de derecho estricto, esto es, sólo procede cuando existe una autorización legal o contractual expresa.

47. Pero también puede ocurrir que una persona tenga el derecho potestativo a actuar unilateralmente sobre relaciones jurídicas ya existentes. Es el caso, por ejemplo, del derecho a poner término a una relación mediante declaración de terminación del contrato de trabajo (Código del Trabajo, art. 155 ss.); de desahucio del arrendamiento (art. 1.951); de renuncia del socio a la sociedad (art. 2.108); de renúncia del mandatario al encargo recibido (art. 2.167) o de revocación por el mandante del encargo conferido al mandatario (art. 2.165). En general, se concede un derecho unilateral de

terminación en los contratos que producen efectos permanentes en el tiempo (llamados de tracto sucesivo) y que no tienen plazo convenido.

En estos casos, como en aquéllos en que una persona está autorizada para crear unilateralmente relaciones jurídicas, se hace excepción a la regla de que una relación jurídica personal sólo puede ser extinguida o modificada en razón del consentimiento de todas las partes. Por eso, la potestad unilateral debe estar establecida por la ley o en el contrato. La ley establece a menudo, sin embargo, limitaciones a este acto unilateral como medida de protección al otro contratante (como típicamente ocurre con los contratos de trabajo y arrendamiento de inmuebles), sea exigiendo fundamento o razón, como en el contrato de trabajo (Código del Trabajo, art. 160 s.), sea estableciendo plazos para que se haga efectiva la terminación como en el arrendamiento de bienes urbanos (ley N°18.101).

48. Los derechos potestativos se ejercen mediante acto jurídico. Tienen la característica, anticipada al comenzar esta sección, de que no dan derecho respecto de la conducta ajena, de modo que no tienen como contrapartida un deber jurídico. Corresponden a competencias o potestades que el orden jurídico confiere a las personas para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas privadas. Su estudio pertenece a la doctrina del acto jurídico y del contrato. En lo sucesivo, salvo que se haga referencia expresa a los derechos potestativos, cuando se hable de derechos se tendrán en consideración aquéllos que tienen como contrapartida un deber jurídico.

(3) Tipos de derechos subjetivos según sus efectos; derechos absolutos y relativos

49. El aspecto técnico del derecho subjetivo se muestra en esta clasificación: el derecho subjetivo puede tener correlato pasivo el deber de todas las otras personas, caso en el cual es **absoluto**; o el deber de conducta de una o más personas determinadas, caso en el cual es **relativo**. La clasificación atiende a la estructura de la relación jurídica existente entre el titular del derecho y quienes soportan el deber.

50. (i) Los derechos absolutos tienen como contrapartida el deber universal de respetar el goce exclusivo de un bien por parte del titular. Los derechos de la personalidad, en el ámbito extrapatrimonial, y los reales, en el patrimonial, son los tipos de derechos absolutos que se distinguen en el derecho privado.

Lo característico de los derechos absolutos es que conceden al titular un ámbito de libertad o señorío respecto de bienes patrimoniales de las creaciones del espíritu y de calidades esenciales de su personalidad. Por lo mismo el derecho absoluto comprende la facultad de excluir a terceros del bien que el derecho atribuye en exclusividad al titular: el propietario tiene derecho a excluir a terceros de la cosa (a menos que estos terceros tengan un derecho concurrente) y toda persona tiene derecho a que su intimidad, imagen, honra y los demás bienes de la personalidad no le sean turbados o privados (salvo que intervenga su aceptación).

La cautela de los derechos absolutos se produce por vía de la acción constitucional denominada de protección, que persigue prevenir o poner término a la turbación o privación del derecho (en la medida que sea reconducible a una garantía constitucional amparada con la protección según el art. 20 de la Constitución) y mediante las acciones civiles que corresponden (acción reinvindicatoria, acción de omisión o cesación de una turbación, acción indemnizatoria). Aunque el derecho sea absoluto, la acción civil o constitucional se tiene respecto de aquélla persona concreta que ha desconocido o afectado el goce del derecho.

51. (ii) Los derechos relativos tienen por objeto la conducta de personas determinadas que están obligadas a hacer o no hacer algo. El derecho es relativo porque sólo se refiere a una o más personas. Son típicamente derechos relativos en el orden patrimonial, los derechos personales o de crédito que tiene el acreedor respecto del deudor en una relación obligatoria (por ejemplo, la que emana de un contrato de compraventa). En el orden extrapatrimonial los principales derechos relativos se producen en el ámbito de la familia y de las corporaciones (asociaciones profesionales, por ejemplo).

Las acciones civiles que surgen de los derechos personales son de muy diversa índole desde la ejecución forzada de la obligación o indemnización de perjuicios en el orden patrimonial, hasta la acción para reclamar la paternidad que el hijo (representado legalmente si es menor) puede entablar en contra del padre que no lo ha reconocido voluntariamente. La acción personal se dirige contra el sujeto pasivo de la respectiva relación jurídica.

(4) Tipos de derechos subjetivos según su objeto

52. Los derechos extrapatrimoniales tienen por objeto un bien jurídico no susceptible de avaluación pecuniaria, como la vida, la honra, la libertad, la intimidad privada o la relación de cuidado al interior de la familia.

Sin embargo, la infracción de un derecho extrapatrimonial puede tener efectos patrimoniales. Ante todo, porque la lesión de un bien extrapatrimonial suele causar un daño moral consistente en un perjuicio corporal o espiritual (lesiones físicas; dolor afectivo por la muerte de un hijo u otra persona particularmente cercana; pérdida de la honra o la privacidad, por ejemplo). El daño moral no es reparable en naturaleza; sin embargo, es comúnmente aceptado en el derecho moderno que deba ser retribuido a la víctima en la forma de una indemnización en dinero.

Por otra parte, de la lesión de un derecho extrapatrimonial se pueden seguir, además del daño moral, perjuicios patrimoniales. Así, de un accidente causado negligentemente, que lesiona la integridad física (esto es, un derecho de la personalidad, de naturaleza extrapatrimonial) se pueden seguir perjuicios patrimoniales, en razón de la incapacidad temporal para trabajar (lucro cesante) o de los gastos de atención médica (daño emergente).

De este modo, los derechos extrapatrimoniales suelen tener un aspecto patrimonial latente que se muestra en la pretensión indemnizatoria que usualmente sigue a su lesión. Los principales derechos privados extrapatrimoniales son los derechos de la personalidad y los derechos de familia.

53. (iii) Los derechos patrimoniales son susceptibles de avaluación pecuniaria. Tienen por objeto directo una ventaja económica apreciable en dinero. Los derechos patrimoniales constituyen el instrumento jurídico de la economía privada. Se clasifican en reales (el más amplio de los cuales es la propiedad) y personales (como los que surgen de un contrato).

54. En los párrafos siguientes se analizarán los principales tipos de derechos subjetivos. Primeramente serán analizados los derechos patrimoniales, luego los de familia y finalmente los de la personalidad.

(5) Derechos patrimoniales

(a) Derechos reales

(i) Concepto:

55. El artículo 577 del Código Civil define los derechos reales como "aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona".

Esta definición responde a la concepción clásica, que concibe al derecho real como una relación directa entre el sujeto titular del derecho y una cosa. El derecho real expresa una relación inmediata y excluyente de señorío de una persona sobre una cosa, de modo que el aspecto pasivo se manifiesta esencialmente cuando el derecho es infringido. Por cierto que el derecho real tiene por correlato un sujeto pasivo universal: todos tenemos el deber de respetar el derecho del titular sobre la cosa. Pero se trata de un deber de mera tolerancia y respeto, característica típica de los derechos absolutos.

El más amplio derecho real es el de dominio o propiedad que confiere al titular facultades de usar, gozar y disponer de una cosa según su arbitrio dentro de los límites de la ley y del derecho ajeno (art. 582). El dominio establece un poder sobre la cosa que el titular ejerce discrecionalmente dentro de lo que según el derecho positivo resulta admisible.

(ii) Objeto de los derechos reales:

56. Con la sola excepción de la herencia (que recae sobre una universalidad jurídica), los derechos reales recaen sobre cosas determinadas. Cosa en sentido jurídico es el objeto susceptible de apropiación, y que posee, por lo tanto, valor económico. A su vez, las cosas pueden ser corporales, incorporales e inmateriales.

Las cosas corporales "son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos" (art. 565), como, por ejemplo, un terreno o un automóvil; y las cosas incorporales "son las que consisten en meros derechos (arts. 565; 576 y siguientes).

La calificación de los derechos como cosas facilita la actuación del derecho como instrumento de una economía basada en intercambios: no sólo las cosas corporales pueden ser objeto de derechos (y por consiguiente, transferibles), sino también los derechos. Así, el crédito que tiene el comprador para que el vendedor le entregue la cosa comprada es un derecho y, como tal, una cosa incorporal. Sobre estas cosas incorporales señala el artículo 583 existe una especie de propiedad. Es decir, la ley admite que seamos titulares de derechos sobre derechos: así, se puede transferir o gravar un crédito; se puede ceder un usufructo (para que el usufructuario se apropie de los intereses) y, en general, actuar sobre los derechos como propietario. Sólo el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre cual recae (porque carece de sentido una propiedad sobre la propiedad). En consecuencia, los derechos son cosas y como tales objetos de apropiación, de modo que pueden transferirse y transmitirse. En el ejemplo de la compraventa, el comprador tiene propiedad sobre su crédito contra el vendedor y éste tiene propiedad sobre su crédito por el precio, con la consecuencia de que uno y otro pueden ser heredados, en caso de muerte del titular, o transferidos a un tercero, por acto entre vivos.

A pesar de las reservas de la doctrina (A. Guzmán), la jurisprudencia ha tendido a extender en cierto sentido descontroladamente el derecho de propiedad sobre derechos (así, por ejemplo, se ha

afirmado que hay propiedad sobre la matrícula universitaria). Esta expansión del derecho de propiedad ha tenido su sede especialmente en el recurso de protección. En circunstancias que la protección es una pretensión que sólo puede hacerse valer respecto de los derechos constitucionales expresamente enumerados en el art. 20 de la Constitución, la jurisprudencia ha tendido en ocasiones a extender el concepto de "propiedad sobre derechos" a la titularidad sobre derechos que sólo remotamente podrían ser calificado siquiera de patrimoniales. No existe una evolución análoga en el ámbito estrictamente civil.

Excepcionalmente, existen derechos personalísimos, que no pueden ser transferidos ni gravados: son cosas incomerciables (artículo 1464 N°2), ligadas exclusivamente a satisfacer una necesidad del titular (derecho de alimentos, art. 304; derechos de uso y habitación, art. 819).

57. Finalmente, el derecho conoce las cosas inmateriales, que comprenden las creaciones del espíritu, esto es, "las producciones del talento o del ingenio" (art. 584). Son cosas sobre las cuales se tiene una especie de propiedad protegida por la ley (leyes sobre propiedad intelectual N°17.336 que regula el derecho de autor, y sobre propiedad industrial N°19.039, que regula marcas, patentes, modelos y otras invenciones). Sobre las creaciones del espíritu se tiene un derecho moral a ser identificado como autor (ley N°17.336, art. 14) y además se tiene un derecho patrimonial, que la ley asimila a la propiedad (art. 584). Así, el autor de una obra o de un programa de computación puede autorizar contractualmente su edición o su utilización por tercero y el dueño de una marca o de una patente industrial puede transferirla a un tercero[4].

(iii) Los tipos de derechos reales están establecidos por la ley.

58. El artículo 577 II del Código Civil señala que son derechos reales: el derecho de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso y habitación, las servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. También son reales, en parte, el derecho de censo[5], y el derecho de aprovechamiento de aguas (Código de Aguas, art. 6°).

La única fuente de derechos reales es la ley. No hay otros derechos reales que los expresamente establecidos. A diferencia de los derechos personales, que quedan entregados a la creatividad espontánea, se ha entendido que los tipos de derechos reales son establecidos por normas de orden público. Su carácter absoluto hace que su efecto universal resulte demasiado extenso como para que quede entregado a la voluntad privada de creación de otros tipos de derechos reales.

(iv) Tipos de derechos reales:

59. Si bien, el titular de un derecho real tiene un poder inmediato sobre la cosa, este poder puede ser pleno o limitado. El más amplio de los derechos reales es el de propiedad. Sin embargo, el derecho de propiedad puede estar limitado por la existencia de otros derechos reales concurrentes sobre la misma cosa. Estos derechos reales constituyen, por consiguiente, derechos reales limitados a ciertas

---

[4] El derecho de autor que consagra la ley sobre propiedad intelectual tiene un doble carácter, patrimonial y extrapatrimonial. Al derecho patrimonial que se tiene sobre la creación objetivada (que permite, por ejemplo, al escritor ceder los derechos a una empresa editorial), se suma el derecho moral que el autor tiene sobre la identidad y sobre la integridad de su obra (ley N°17.336, art. 14).

[5] El censo es una institución legal que dejó de ser aplicada luego que el Código Civil le introdujera severas modificaciones. En el censo se conviene una renta (derecho personal) que queda garantizada por una propiedad censuada (derecho real). De ahí la norma del art. 579. Hace algunos años fue utilizada como medio de evadir las obligaciones para con los acreedores (sustrayendo un bien de la persecusión del os acreedores hipotecarios); sin embargo, los tribunales no dieron lugar a las excepciones en razón del fraude.

facultades del dominio (usufructo, uso y habitación y servidumbre) o cumplen funciones de garantía de cumplimiento de obligaciones (prenda e hipoteca). Características especiales tiene el derecho de herencia, que recae sobre todo el patrimonio del causante (esto es, no sólo comprende derechos, sino también obligaciones).

60. Propiedad: La propiedad es el derecho más amplio que se puede tener sobre una cosa. El Código Civil lo define como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (art. 582).

La propiedad es el derecho real más extenso tanto en atención a su objeto, como en cuanto a las propiedades o facultades que confiere. Así, pueden ser objeto de propiedad cualquier tipo de cosas, ya sea corporales (art. 582), incorporales (art. 583) o inmateriales (art. 584).

Igualmente es el más extenso en cuanto a las facultades que otorga, ya que confiere el derecho a usar, a gozar y disponer de la cosa. La facultad de usar la cosa consiste en aprovecharse de ella sin alterar su naturaleza, esto es, de servirse de la cosa (como habitar una casa o conducir un automóvil). La facultad de gozar la cosa agrega al uso un elemento adicional: el aprovecharse de los frutos y productos de la cosa[6]. La facultad de disponer de la cosa comprende dos prerrogativas distintas entre sí: la facultad de disponer materialmente de la cosa (como, por ejemplo, consumiéndola o transformándola) y la facultad de disponer jurídicamente de ella (como, por ejemplo, transfiriéndola o gravándola con prenda o hipoteca).

Si el propietario está privado del uso o del goce porque se ha constituido algún derecho real de usufructo, uso o habitación sobre el bien, se dice que es **nudo propietario**: conserva la propiedad, pero carece de sus atributos principales. Con todo, siempre está latente que la propiedad se vuelva a consolidar porque en el derecho moderno las desmembraciones del dominio son esencialmente temporales. Solo las servidumbres suelen ser perpetuas (pero se pueden extinguir por prescripción si no son ejercidas).

61. Herencia: Si bien la herencia se asimila a la propiedad en cuanto a la extensión de las facultades que confiere a su titular, se diferencia porque no recae sobre cosas singulares, sino sobre un patrimonio (universalidad jurídica). Por eso, la herencia no sólo comprende derechos, sino también todas las obligaciones transmisibles del difunto (art. 1097). El derecho de herencia puede ser transferido a un tercero como universalidad jurídica (cesión del derecho de herencia).

62. Derechos reales que constituyen desmembramientos del dominio: Los derechos reales de usufructo, uso y habitación y servidumbre que otorgan al titular uno o más de los atributos del dominio reciben en conjunto el nombre de desmembraciones del dominio. El desmembramiento no extingue el derecho del propietario, sino que lo grava con una limitación, el propietario está privado del todo o parte del uso y goce del bien sobre el que recae.

Los **derechos de uso y habitación** confieren a su titular el derecho de usar una cosa y de habitar una casa, respectivamente, esto es, se limitan naturalmente a la facultad de uso. Sólo excepcionalmente se puede reconocer al titular la facultad de gozar de una parte limitada de sus utilidades y productos. En consecuencia, es un usufructo limitado a la facultad de uso (y excepcional y

[6] Son frutos aquellas cosas que provienen de otra cosa principal en forma periódica y renovable. Pueden ser naturales (como, por ejemplo, los frutos de un árbol) o civiles (como los intereses de un mutuo de dinero o la renta de arrendamiento) (art. 644 y 647 Código Civil). Los productos, en cambio, se caracterizan por ser no renovables y agotables (como, por ejemplo, el mineral que se extrae de una mina).

limitadamente al goce). Es un derecho personalísimo, de modo que es instransferible e incomerciable (art. 811 inc. 1°). La fuente más frecuente en la práctica de derechos de uso y habitación es el testamento.

El derecho de usufructo comprende las facultades de usar y gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla o de devolverla en igual cantidad y calidad. En tal sentido, el usufructuario tiene amplias facultades sobre la cosa, pero, por lo general, no puede disponer materialmente de ella. Puede constituirse un usufructo tanto sobre cosas corporales como incorporales, tales como acciones o créditos de dinero (donde los frutos son respectivamente los dividendos y los intereses). Como en el caso de los derechos de uso y habitación, la constitución del usufructo es una práctica usual en el derecho sucesorio, como cuando el causante quiere asegurar testamentariamente el goce de una cosa a un heredero en particular.

Las servidumbres constituyen una limitación o gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro predio de distinto dueño (art. 820). Se caracterizan por ser un gravamen que soporta la propiedad, pero que no afecta genéricamente el uso o goce de la cosa (como los derechos de uso, habitación y usufructo), sino consisten en una carga específica que se impone a un inmueble en beneficio de otro. La servidumbre tiene la peculiaridad de ser un derecho doblemente real: quien soporta el gravamen es el predio sirviente, quienquiera sea a lo largo del tiempo el dueño de ese predio, y es titular del derecho el propietario de otro predio (predio dominante), también con independencia de quien sea ese dueño. Una típica servidumbre es la de tránsito: en favor de un predio (predio dominante) que carece de acceso a un camino público, la ley establece el derecho de gravar otro predio (predio sirviente), con la carga de tener que soportar el paso hacia el predio dominante, beneficiado con la servidumbre (art. 847). Es frecuente que la ley establezca servidumbres con el objeto de favorecer el desarrollo de actividades económicas: las de tránsito y de acueducto provienen del derecho romano y tienen por finalidad favorecer la explotación económica de la tierra; hoy se han establecido otras servidumbres legales en favor de empresas que prestan servicios públicos, como la transmisión eléctrica (DFL 1, 1982, Ley General de Servicios Eléctricos). La servidumbre legal grava la propiedad, de modo que la ley debe reconocer indemnización al propietario (Constitución, art. 19 N°s. 21 y 26). Así lo establecen el Código Civil (art. 848) y las leyes especiales que las conceden para la prestación de servicios públicos (así, por ejemplo, Ley General de Servicios Eléctricos, art. 51).

Las servidumbres también pueden ser convenidas entre los respectivos propietarios. Así, nada impide que el propietario de un predio lo grave con la servidumbre voluntaria de no edificar a más de una cierta altura, en beneficio del propietario de otro predio, interesado en conservar la vista; la servidumbre, en tal evento, será vendida y transferida al propietario del predio dominante por el propietario del predio que queda gravado (arts. 1810, 1801 II y 698).

63. Derechos reales de garantía: También se pueden constituir sobre una cosa derechos reales de garantía: la prenda y la hipoteca. Se establecen con el objeto de caucionar el cumplimiento de una obligación. La prenda y la hipoteca afectan el valor del bien gravado al cumplimiento de una obligación propia o ajena. La hipoteca recae sobre un inmueble (art. 2407) y la prenda sobre un bien mueble (art. 2384 y diversas leyes especiales).

Los derechos de garantía operan sobre la base de que un crédito queda garantizado con el valor de una cosa que se da en prenda o en hipoteca. El acreedor tendrá así el derecho de venta que consiste en pedir que se enajene la cosa (en remate ordenado por el juez) para pagarse de su crédito con el precio de dicha venta forzada. Además de este derecho de venta, el titular de un derecho real de garantía tiene dos derechos poderosos que fortalecen la garantía de pagarse del crédito caucionado

con el dinero que se obtenga de esa venta: los derechos de persecusión y preferencia.

Cualquier derecho personal se puede hacer valer sobre todo el patrimonio del deudor. En definitiva, los bienes entran y salen de ese patrimonio, de modo que sólo al momento de la ejecución se sabrá sobre qué bienes se habrá de ejercer el derecho. Por el contrario, quien garantiza su crédito personal con una prenda o una hipoteca, tendrá el derecho a perseguir la cosa, esto es, a hacer efectivo el derecho a la venta con independencia de quienquiera sea el actual propietario de la cosa. Como derechos reales, la prenda y la hipoteca recaen sobre la cosa, y se hacen valer contra quien sea su propietario al momento de ejercerse la acción.

Igualmente, en caso de ser necesario proceder a la enajenación forzada de los bienes del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, el titular del derecho real de prenda o hipoteca tendrá un derecho de preferencia. La garantía real constituida sobre un bien permite el pago preferente del crédito garantizado con el producto de la venta. Se altera así el principio en razón de las garantías reales el principio de la igualdad de los acreedores, que dispone que si existen varios acreedores sobre un patrimonio que resulta insuficiente para dar cumplimiento a todas las obligaciones, se procede a pagar a prorrata, esto es, en forma proporcional a los créditos, prescindiendo de las fechas en que se contrajeron dichas obligaciones (arts. 2469, 2474 N°3 y 2477).

(v) Acciones constitucionales y civiles para cautelar los derechos reales:

64. Los titulares de derechos reales tienen, esencialmente, la acción real que persigue hacer efectivos los atributos que comprende el derecho respectivo. Además, pueden disponer de acciones penales, de la acción constitucional de protección y de una acción civil indemnizatoria.

Desde un punto de vista civil, de todo derecho real nace una acción real que lo cautela (art. 577, inc. 2°). Esta acción civil confiere a su titular la facultad de perseguir la cosa con miras a recuperarla de quien la posea. La acción real por excelencia es la reivindicatoria. Su titular por antonomasía es el propietario de una cosa singular que ha perdido la posesión de la cosa y tiene por objeto que su poseedor sea condenado a restituirsela (art. 889). Del mismo modo, pueden ser reinvindicados los otros derechos reales, excepto la herencia (art. 891). El heredero, por su parte, está protegido por la acción real de petición de herencia, que tiene por objeto que se le adjudique la herencia que está siendo ocupada por otra persona (art. 1264 y siguientes).

65. De gran eficacia para el amparo de derechos patrimoniales es la acción constitucional de protección (llamada recurso de protección). La Constitución Política garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (artículo 19 N°24). Esta garantía constitucional está cautelada con la acción de protección, que persigue poner término, mediante un procedimiento muy expedito y ante la Corte de Apelaciones respectiva, un tribunal a la privación, perturbación o amenaza del derecho de propiedad (artículo 20). En la medida que sobre los derechos reales y personales se tiene un derecho de propiedad, la protección alcanza también a estos derechos. La protección es una acción de urgencia que persigue poner pronto término a interferencias en el derecho constitucional amagado. En la práctica, cumple respecto de otros derechos constitucionales, la función que tiene el recurso de amparo (*habeas corpus*) respecto de la libertad personal.

66. El recurso de protección tiene una analogía funcional estrecha con las acciones posesorias que conoce el derecho civil. Estas acciones se reconocen al poseedor (sea o no propietario) y tienen por objeto se restituya la cosa o cesen las turbaciones que afectan la posesión sobre un inmueble. En la práctica, en los recursos de protección se satisface la necesidad de una solución de urgencia

similar. Una acción constitucional ha venido en verdad a llenar un vacío en el sistema de acciones civiles de urgencia (las acciones posesorias sólo se refieren a la posesión de inmuebles). La Corte no está a menudo en condiciones de pronunciarse definitivamente sobre quien tiene el derecho, pero ordena las medidas de protección que estime urgentes o razonables, sin perjuicio de que el asunto sea luego discutido en un juicio civil ordinario. Como en las acciones posesorias, la acción de protección tiene a menudo por objeto que se mantenga el *statu quo*, evitándose la autotutela.

Funcionalmente equivalente a la accion constitucional de protección es la acción civil para que se cese un acto que afecta un derecho o, para impedir que se produzca o para remover los efectos dañinos (Alessandri). Sin embargo, ante la ausencia práctica de medios procesales eficaces para hacer valer esta acción civil con la urgencia debida, el recurso de protección ha devenido en la solución más socorrida para poner término a turbaciones de hecho a los derechos enumerados en el art. 20 de la Constitución.

67. Además, si la acción u omisión de un tercero daña la cosa o afecta el derecho de que se es propietario, el titular tiene la acción civil indemnizatoria. Es una acción personal, que es independiente de la reinvindicatoria cuyo objeto es hacer efectiva la responsabilidad civil de quien causa a otro un daño ajeno. La acción indemnizatoria surge de los delitos o cuasidelitos civiles y de las hipótesis legales de responsabilidad estricta u objetiva (infra, párr. 70).

Esta acción civil indemnizatoria es sin perjuicio de las acciones penales que proceden en caso que el hecho sea además constitutivo de delito contra la propiedad (robo, hurto, apropiación indebida, por ejemplo).

II. Derechos personales

(i) Concepto y naturaleza jurídica

68. Los derechos personales o créditos son aquéllos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (art. 576).

El derecho personal expresa un vínculo patrimonial relativo, en virtud del cual una parte (deudor) debe realizar una prestación en provecho de la otra (acreedor). Supone, por tanto, la existencia de tres elementos que individualizan la relación jurídica: deudor, acreedor y prestación.

69. La relación jurídica que da lugar a derechos personales es relativa: el derecho personal se tiene respecto de una o más personas determinadas que están obligadas a realizar una cierta prestación, que también es determinada. Atendidas esta determinación del sujeto pasivo y la circunstancia de que el derecho no recae sobre una cosa, sino sobre una conducta del deudor, el derecho personal usualmente es denominado desde la perspectiva pasiva de la obligación (así, en el sistema de derecho civil se habla del 'derecho de las obligaciones' y no del 'derecho de créditos').

A diferencia del derecho real, en que el sujeto pasivo sólo se individualiza al momento en que a la infracción del derecho principal sigue una pretensión en contra de alguien determinado, el núcleo original del derecho personal está constituido por la prestación exigible de un deudor previamente individualizado. Así, el objeto del derecho personal (y recíprocamente de la obligación) es la prestación debida por el deudor. El derecho no recae sobre la cosa misma, como en la propiedad, sino en la conducta que se puede exigir del deudor. Así, en virtud de la compraventa, por ejemplo, el comprador no adquiere derecho sobre la cosa vendida, sino el derecho personal a que el vendedor

se la entregue y transfiera. El comprador tiene un derecho personal que se refiere a la conducta del vendedor y no un derecho real sobre la cosa, que pueda hacerse valer frente a cualquier tercero. De esta forma, los derechos reales son más fuertes que los derechos personales, en cuanto se pueden hacer valer en contra de cualquier persona indistintamente (*erga omnes*), mientras que los personales sólo dan acción en contra de quien se encuentra obligado a dar, hacer o no hacer una cosa en beneficio del acreedor.

Por lo mismo, el deber de tolerancia que impone el derecho real no constituye una deuda que forme parte del pasivo del patrimonio de quienes debemos respetarlo, mientras que la obligación sí constituye una carga patrimonial negativa, que debe ser descontada del valor total de los derechos (activos) a efectos de determinar el valor del patrimonio de la persona.

(ii) Fuentes de las obligaciones (esto es, de los derechos personales)

70. La relación jurídica que da lugar a derechos personales puede tener como antecedente hechos muy diversos. Los diferentes tipos de hechos jurídicos que dan lugar a derechos personales son denominados en el derecho civil **fuentes de las obligaciones**. El código, siguiendo la clasificación de las fuentes romanas tardías, distingue como fuentes de las obligaciones el contrato; los delitos y cuasidelitos, el cuasicontrato y la ley (art. 1437).

El **contrato** es una convención que genera obligaciones: como se ha visto al tratar los derechos potestativos, el derecho privado atribuye la potestad a las personas de generar relaciones jurídicas obligatorias en virtud de su mutuo consentimiento (arts. 1438 y 1545). El contrato es el instrumento jurídico de los intercambios. Por eso, desde el punto de vista del derecho, el mercado se materializa en innumerables contratos.

El **cuasicontrato** es una de las instituciones más oscuras del derecho privado. En el fondo, es un resumidero de figuras legales que den lugar a obligaciones restitutorias. La definición legal es tan abstracta como vacía: el cuasicontrato tiene su origen en un hecho voluntario y lícito al cual el derecho atribuye el efecto de generar ciertas obligaciones (arts. 2284 I y II y 1437). Los principales cuasicontratos se asocian al principio del enriquecimiento sin causa. Es el principio que subyace a los cuasicontratos de pago de lo no debido y, más remotamente, de agencia oficiosa, que da lugar a una acción restitutoria en favor de quien sin mandato cuida espontáneamente de intereses ajenos. Aunque no está designado expresamente como fuente genérica de las obligaciones, el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho que constituye, junto a los cuasicontratos expresamente regulados, una fuente de obligaciones restitutorias (obligaciones cuyo objeto es reparar los gastos en que otro ha incurrido en beneficio de un tercero o restituir lo que injustamente se ha recibido).

Los **delitos y cuasidelitos** consisten en hechos ilícitos, que lesionan un derecho o interés legítimo de un tercero, cometidos con dolo o culpa (art. 2284, 2314 ñy 2329). Aunque la regla general siga siendo que sólo se responde por daños causados por hechos culpables o dolosos, en el derecho moderno existen hipótesis especiales de **responsabilidad estricta u objetiva** la responsabilidad se produce por el solo hecho de causarse el daño, sin que sea necesario que concurra dolo o negligencia del autor del daño. Esta forma de responsabilidad no emana, entonces, de un delito (dolo) o cuasidelito (culpa) civiles, sino se trata de una responsabilidad estricta u objetiva, en que

la ley atribuye responsabilidad por el solo hecho material de haber causado el daño[7]. Técnicamente se trata de obligaciones legales, pero se acostumbra por razones sistemáticas tratarlas conjuntamente con los delitos y cuasidelitos civiles porque unas y otras tienen por objeto indemnizar daños causados a bienes de terceros (responsabilidad extracontractual).

La ley, por último, establece obligaciones tanto en el ámbito del derecho público (obligaciones tributarias, por ejemplo), como del privado (obligaciones de pagar alimentos del art. 321, por ejemplo).

A la regulación jurídica de los derechos personales o de crédito se encuentra dedicado el libro IV del Código Civil, titulado "De las obligaciones en general y de los contratos". Esta materia, que comprende algo menos de la mitad de las disposiciones del Código Civil, será objeto de un estudio profundizado en el transcurso del curso sobre derecho de obligacones.

(iii) Tipos de prestaciones a que se puede estar obligado respecto del acreedor de un derecho personal

71. La prestación a que está obligado el deudor, y que constituye el objeto sobre el cual recae el derecho personal, puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa.

El concepto de dar una cosa tiene en el derecho un significado diferente al lenguaje corriente: no consiste en la mera entrega de la cosa (que proporciona una situación jurídica de mera tenencia, que se diferencia del derecho real recaído sobre la cosa misma), sino en la obligación de hacer tradición de la cosa [8]. Así, el vendedor tiene una obligación de dar, porque la prestación no consiste en una simple entrega, sino que tiene por objeto, además, hacer al comprador poseedor pacífico de la cosa o de algún derecho real sobre ella. Por el contrario, la obligación del arrendador no consiste en crear derecho real alguno en favor del arrendatario, de modo que su obligación es de simple entrega, lo que técnicamente constituye una obligación de hacer. El arrendatario tiene materialmente la cosa, pero lo hace reconociendo el derecho del propietario: es mero tenedor y no poseedor (arts. 700 y 714). En otras palabras, la obligación de dar incluye la obligación de entregar (art. 1548), pero la excede, en tanto la entrega debe constituir al que recibe en poseedor de la cosa o de un derecho real sobre ella[9].

La obligación de hacer consiste en cualquiera conducta positiva, que no sea la de transferir la propiedad u otro derecho real. Así, es una obligación de hacer la del mandatario de cumplir el

---

7 Se suele poner como ejemplo de responsabilidad estricta u objetiva la que soporta el propietario de un vehículo motorizado por los daños causados por la culpa o dolo del conductor (ley N°18.290, Ley de Tránsito, art. 174). Se trata, en verdad, de una responsabilidad estricta del propietario (quien responde por el solo hecho de haber facilitado o tolerado el uso del vehículo por un tercero), que, sin embargo, tiene por antecedente la culpa o dolo del conductor. Existe, por el contrario, responsabilidad estricta propiamente tal en el caso de accidentes provocados por aeronaves (Código Aeronáutico, arts. 152 ss.) y en otras hipótesis legales específicas. Los ámbitos más amplios de responsabilidad estricta en el derecho comparado, como son la responsabilidad ambiental y por productos defectuosos, está sujeta en Chile al régimen general de responsabilidad por culpa o dolo.

8 Se expresa aquí el concepto de tradición en un sentido técnico: la tradición es un modo de adquirir la propiedad y los otros derechos reales (art. 670). A veces el código usa la palabra tradición en un sentido genérico, asimilándola a la entrega (así, por ejemplo, en la definición del contrato de comodato o préstamo de consumo; art. 2174). En la doctrina jurídica se ha asentado el uso técnico de la palabra 'tradición' sólo para referirse al acto de transferencia y no a la mera entrega material.

9 No es el momento de distinguir entre posesión y derecho real. La posesión es una situación de hecho que usualmente acompaña al derecho de propiedad: el poseedor es presumido dueño de la cosa o del derecho sobre la cosa (un usufructo, por ejemplo) y goza de una apariencia de derecho que está protegida por las acciones posesorias (art. 916) y que puede llevarle a adquirir la cosa por prescripción (arts. 2492 y 2498).

encargo; la del contratista de una obra material, de construirla; del arrendador, de entregar la cosa arrendada. La obligación de hacer puede también recaer en actos jurídicos, como la que emana del contrato de promesa de celebrar un contrato (art. 1554), en que la prestación consiste en celebrar otro contrato (una compraventa, por ejemplo).

La obligación de no hacer tiene por objeto una abstención. Esta puede consistir en que no se realice un acto material (como la de no construir en un cierto terreno), como también en la omisión de actos jurídicos (como la prohibición de gravar y enajenar, que es frecuente cuando en contratos de compraventa ha quedado un saldo de precio pendiente de pago). Se diferencia del deber de tolerancia y abstención que es contrapartida del derecho real, en que la obligación está doblemente determinada: en cuanto al objeto (el deudor está obligado a no hacer algo específico) y en cuanto a los obligados (que son necesariamente una o más personas determinadas).

(iv) Acciones que nacen de los derechos personales

El derecho personal conlleva la expectativa cautelada por el derecho de que el deudor cumplirá la obligación. Esta cautela se expresa en las acciones personales que el acreedor puede ejercer en contra del deudor en caso de incumplimiento. Estas acciones persiguen el cumplimiento de la obligación, ya sea en naturaleza o en equivalencia: en naturaleza, si se persigue el pago de la obligación, esto es, que ésta se cumpla en la forma debida (ejecución forzada); se persigue el cumplimiento en equivalencia si el objeto de la pretensión es el pago de una cantidad de dinero que reemplace el beneficio que habría significado el cumplimiento completo y oportuno de la obligación (indemnización de perjuicio)[10].

73. La distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer tiene importancia desde el punto de vista de las acciones civiles que puede ejercer el acreedor en caso de incumplimiento. En otras palabras, lo que puede pedir el acreedor en caso de incumplimiento de una obligación depende, ante todo, del tipo de la prestación debida, como se verá en el curso de obligaciones.

74. Los derechos personales están cubiertos por una garantía general, que comprende todos los bienes del deudor. Si bien, el deudor que contrae una obligación no pierde la facultad de administrar sus bienes, sí adscribe su patrimonio al cumplimiento de la obligación que contrae. En consecuencia, la acción personal se hace valer contra todo el patrimonio del deudor, esto es, contra los bienes presentes y futuros (derecho de prenda general, art. 2465). Pero, el patrimonio, como universalidad jurídica, está formado por un conjunto de bienes que está en constante movimiento: nuevos bienes son adquiridos y otros son enajenados. La acción civil personal se dirige en contra de los bienes que forman el patrimonio del deudor al tiempo de ejercerse la acción. En definitiva, el acreedor asume el riesgo de que el valor que tenía el patrimonio al tiempo de originarse la obligación haya disminuído al momento de hacerla efectiva (o no haya aumentado en la forma esperada por el acreedor).

Como se ha expresado al tratar los derechos reales de garantía (supra, párr. __), el principio básico que opera en caso de existir varios acreedores que hacen valer sus créditos en un patrimonio insuficiente, es el de igualdad: los acreedores concurren en el patrimonio del deudor a prorrata de sus créditos, esto es, se pagan proporcionalmente al monto de sus respectivos derechos. Sólo excepcionalmente la ley establece preferencias en favor de ciertos acreedores. Es el caso, por

[10] A ello se agregan otras acciones personales específicas: así, la acción resolutoria, en contra de la parte incumplidora en un contrato bilateral, es una acción personal que persigue la ineficacia del contrato (art. 1489); también lo es la acción pauliana o revocatoria, que persigue dejar sin efecto las contratos celebrados por un deudor para disminuir su patrimonio, en fraude de sus acreedores (art. 2468).

ejemplo, de ciertos créditos laborales en caso de insolvencia de una empresa (art. 2472 N°8) o de los créditos garantizados con derechos reales, prenda o hipoteca (art. 2474 N°3 y 2477).

III Resumen de diferencias entre derechos reales y personales

75.

DERECHO REAL	DERECHO PERSONAL
a) Absoluto	a) Relativo
b) Recae sobre una cosa y tiene como contrapartida un deber general de respeto y tolerancia	b) Objeto: recae en una prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer (acción personal contra el patrimonio).
c) Otorga derecho de persecución: acción real que se dirige contra la cosa, quienquiera la tenga.	c) No se pueden perseguir los bienes que salen del patrimonio: acción personal sobre los bienes que comprenda el patrimonio al momento de su ejercicio.
d) El titular no requiere mediación de tercero para gozar de su derecho: se ejerce directamente sobre la cosa (ejemplo, usufructuario).	d) El titular obtiene satisfacción de su derecho por medio de una prestación del deudor (ejemplo, arrendatario).
e) Los deberes correlativos no forman parte pasiva del patrimonio.	e) Las obligaciones forman parte pasiva del patrimonio del deudor.

(6) Derechos de familia

76. De las relaciones de familia surgen deberes y derechos: entre padres e hijos (sean matrimoniales o extramatrimoniales) y entre cónyuges. Jurisprudencialmente se han reconocidos efectos patrimoniales a las uniones de hecho.

Es característica de los derechos de familia su inalienabilidad (no son susceptibles de enajenación por acto entre vivos) y su intransmisibilidad (no se sucede en ellos por causa de muerte): son inherentes a las relaciones personales existentes al interior de la familia.

77. En el terreno extrapatrimonial, resulta en extremo discutible concebir las relaciones de familia a la luz de los derechos subjetivos. Originariamente los derechos de familia fueron concebidos en la perspectiva de los derechos de señorío: del marido sobre la persona de la mujer[11] y de los padres (especialmente del padre) sobre la persona de los hijos[12]. En circunstancias que las relaciones personales de familia han pasado a ser concebidas desde la perspectiva del deber, y no de la potestad sobre la persona de la mujer y los hijos, ha cambiado sustancialmente el principio que inspira las normas. Los derechos de familia son concebidos esencialmente como un estatuto que beneficia a la persona respecto de quien se ejercen, especialmente el menor. Se definen, en

---

11 El art. 132 del Código Civil definía la potestad marital como "el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y los bienes de la mujer".

12 El art. 219 del Código Civil disponía que "los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre i su madre; pero estarán especialmente sometidos al padre".

consecuencia, a la luz del fin protector que satisfacen. Son derechos-función que no pueden ser concebidos como poder.

Así, la ley de filiación que ha introducido esenciales modificaciones al Código Civil, concibe las relaciones personales entre padres e hijos a la luz del mejor interés del niño (art. 224). El cuidado del niño, cuando los padres viven separados, ha dejado así de ser un derecho de la madre, del cual podría ser privada sólo por depravación (antiguo art. 223), sino deberá ser discernido de acuerdo con el interés de que el niño crezca en un ambiente afectivo y social que facilite su pleno desarrollo.

78. Las relaciones de familia también poseen una dimensión patrimonial. El más esencial de los derecho patrimoniales de familia es el derecho de alimentos que se tiene por un miembro de la familia respecto de los demás en caso de carecer aquél de bienes para la subsistencia (art. 321 ss.). La relación matrimonial da lugar también a relaciones económicas entre los cónyuges que se expresan en el régimen de bienes del matrimonio. La ley chilena establece como régimen supletorio o normal la llamada sociedad conyugal, pero también autoriza pactar separación de bienes o participación en los gananciales (arts. 135, 1715 y 1723). Los derechos patrimoniales de familia participan de los caracteres de derechos personalísimos: son irrenunciables, inalienables e intransmisibles.

79. Los derechos de familia dan lugar a **acciones civiles expatrimoniales** orientadas a reclamar la filiación que no esté legalmente determinada (como la pretensión que pertenece al hijo contra el padre que no le ha reconocido) o a impugnar la filiación que aparece determinada (como la acción que dirige el padre para que se deje sin efecto el estatuto filiativo que hace que su hijo aparezca legalmente como hijo de un tercero). La acción de determinación de filiación puede tener efectos patrimoniales subsecuentes (establecida la paternidad mediante la acción de filiación, nace la acción para reclamar alimentos). Otra importante acción expatrimonial de familia es la acción de tuición, en virtud de la cual el padre o madre solicita judicialmente que se le atribuya el cuidado personal del hijo menor.

En el terreno de las **acciones patrimoniales**, las relaciones de familia dan lugar a la acción civil de alimentos que tiene por objeto que se reconozca una pensión en dinero en la forma y cuantía que determine el juez (art. 333).

A su vez, las acciones civiles que surgen del régimen de bienes del matrimonio dependen del régimen convenido. Las acciones que tienen recíprocamente quienes han mantenido una unión de hecho no están tipificadas por el derecho. La unión de hecho no da lugar *per se* a relaciones patrimoniales entre los convivientes; sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido a instituciones civiles del derecho patrimonial para corregir los efectos injustos. Así, se ha estimado que entre los convivientes existiría una especie de comunidad de bienes o que cabría aplicar el principio de enriquecimiento sin causa si durante la convivencia uno de ellos ha generado ingresos y acumulado ahorros y el otro se ha dedicado a labores domésticas.

(7) Derechos de la personalidad

(i) Concepto y alcance

80. Se entiende que los **derechos de la personalidad** son inherentes a la persona. En tal sentido son atributos de la personalidad que el derecho moderno atribuye a toda persona. Por eso, se caracterizan por ser originarios, porque nacen con ella; absolutos, porque pueden ejercerse contra todos; intransferibles e intransmisibles, pues la persona no puede desprenderse de ellos y además,

imprescriptibles, porque no se ganan ni se pierden por su goce o su desuso.

Estos derechos miran tanto a la integridad física y moral de la persona. En el primer sentido tiene por objeto asegurar la propia vida del ser humano y luego su integridad corporal, su salud y s aptitud física. La integridad moral es cautelada protegiendo ámbitos de autonomía y respeto: honra, la privacidad, la autoría de las creaciones del espíritu, la titularidad sobre el nombre, imagen, la voz, la libertad de emprendimiento económico.

Los derechos de la personalidad están expresados en la Constitución de una manera general. La normas del artículo 19 señalan un ámbito de protección, sin definir los límites de los derechos. Po eso, su concreción en reglas más precisas es tarea legal o jurisprudencial. En parte ha comenzad también su regulación legal (así, por ejemplo, la reciente ley N°19.638, sobre protección de datc personales).

Como los demás derechos subjetivos absolutos, los derechos de la personalidad generan debere de respeto correlativo que recaen en todas las personas.

(ii) Acciones para cautelar los derechos extrapatrimoniales

81. Los principales derechos de la personalidad que tienen reconocimiento en sede constitucional están cautelados por el recurso de amparo, para reclamar la libertad personal (Constitución, art 19 N°7) y por el recurso de protección, para obtener restitución o garantía frente a la privación, perturbación y amenaza de la vida, la honra y la intimidad, la inviolabilidad del hogar y la correspondencia y los demás derechos de la personalidad que la constitución cautela con esa acción (Constitución Política, art. 20).

Desde el punto de vista civil los derechos de la personalidad están cautelados por las acciones indemnizatorias antes reseñadas, por el daño moral y (eventualmente) el daño patrimonial conexo. Nada impide, desde el punto de vista de las acciones civiles, que se reconozca una acción civil de omisión cuando se ve afectado un derecho de la personalidad. Según se ha expresado, sin embargo, la ausencia de instrumentos procesales idóneos (al menos reconocidos por la práctica procesal) hace que la cautela en naturaleza del derecho quede entregada en la práctica a la acción constitucional de protección.

A la protección constitucional y civil de los derechos de la personalidad, se agrega eventualmente la acción penal por los delitos tipificados por la ley (homicidio, lesiones, injuria y calumnias, por ejemplo).

VII ADQUISICIÓN, TRANSFERENCIA Y PERDIDA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

(1) Adquisición de los derechos

82. La adquisición de un derecho subjetivo remite al hecho jurídico que determina su radicación en la persona del titular. Si la relación jurídica tiene su origen por el solo nacimiento de la persona, se dice que el derecho subjetivo es innato; si, por el contrario, ese hecho ocurre durante la vida natural o jurídica del sujeto, se dice que el derecho es adquirido. Son típicamente derechos innatos los derechos de la personalidad.

83. A su vez, los derechos adquiridos pueden serlo por vía originaria y por vía derivativa, según el derecho tenga su origen en el sujeto titular, o bien haya sido adquirido de otra persona.

Se produce la adquisición originaria de derechos patrimoniales en el caso de la ocupación (Art. 606), de la accesión (Art. 643) y de la prescripción adquisitiva (Art. 2498). Así, el poseedor de una cosa que no le pertenecía (por ejemplo, porque la adquirió de quien no era su dueño), adquiere originariamente su dominio por prescripción; lo mismo vale en los diversos tipos de accesión, como ocurre, por ejemplo, con los frutos de la cosa sobre la cual se tiene propiedad o usufructo.

La adquisición derivativa significa que proviene de otra persona, que antecedió en el derecho al actual titular. La adquisición derivativa puede tener lugar por acto entre vivos de transferencia (que ocurre mediante la tradición, también llamada cesión del derecho) o por transmisión (esto es, por sucesión por causa de muerte).

La distinción entre adquisición originaria y derivativa es determinante a efectos de definir el alcance del derecho. La adquisición originaria comprende la totalidad de los atributos del derecho. La adquisición derivativa se produce con todas las calidades y vicios que caracterizaban la titularidad del antecesor. Así, por ejemplo, si el tradente del derecho no es dueño de la cosa que transfiere sólo se adquieren los derechos transferibles del mismo tradente sobre la cosa (art. 682 I)[13]. Con todo, cumplido el plazo de prescripción adquisitiva y los demás requisitos legales para prescribir, ocurre el saneamiento del derecho por vía originaria, con la consecuencia de que los vicios de la titularidad del tradente no gravan al nuevo titular, quien puede invocar un dominio sobre la cosa que en él se inicia.

(2) Transferencia y transmisión de derechos

84. La adquisición derivativa de un derecho, se ha visto, puede ser por acto de transferencia o por sucesión por causa de muerte.

Es un principio del derecho privado que la transferencia se produce individualmente respecto de cada derecho. En virtud de este principio de la especialidad no resulta jurídicamente posible transferir el patrimonio como universalidad. Una persona puede enajenar todos sus bienes, pero necesariamente cada derecho será objeto de un acto de tradición[14].

---

[13] El art. 682 I habla de "derechos transmisibles" para referirse a lo que la doctrina civil contemporánea denomina "transferibles". Los conceptos de transmisión y transmisibilidad son usados en referencia a la sucesión por causa de muerte.

[14] En el derecho de sociedades anónimas pareciera haber una excepción al principio de especialidad de las transferencias, porque se señala que la junta de accionistas puede aprobar con una mayoría calificada la enajenación del activo y pasivo de la sociedad (Ley N°18.9046, sobre sociedades anónimas, art. 67 II N°9). Con todo, esa norma sólo establece un requisito relativo

85. Por el contrario, la transmisión por causa de muerte puede ser individual o universal. Se sucede universalmente como heredero, quien, según la ley, representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1.097 I). En otras palabras, en razón de la herencia se produce una continuidad de la persona del causante en el heredero, quien asume la titularidad de todos los derechos y obligaciones transmisibles, de modo que la sucesión es universal.

Pero también es posible que el causante transmita derechos por medio de legados (testamentariamente se lega, por ejemplo, el dominio o usufructo sobre una cosa). Los legatarios no representan al causante (esto es, no son continuadores de su personalidad patrimonial). Su derecho es adquirido a título singular, como en el caso de la transferencia entre vivos.

86. Por regla general los derechos patrimoniales son transferibles y transmisibles y los extrapatrimoniales no lo son. Con todo, existen derechos de naturaleza patrimonial que la ley califica de personalísimos, de modo que no pueden ser objeto de adquisición derivativa por terceros (alimentos; uso y habitación; usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo menor).

87. A diferencia de los derechos subjetivos, los deberes jurídicos no son cedibles pasivamente. Respecto de los derechos absolutos, ello resulta imposible, porque todos resultan obligados. Respecto de los derechos relativos, resulta inadmisible, porque es característico del derecho subjetivo el vínculo con un deudor determinado; así al titular del derecho personal o de crédito no le resulta indiferente si su deudor es una u otra persona. Por eso, el deudor que conviene con un tercero que este último asuma su obligación requiere consentimiento expreso del acreedor; y, aún entonces, ya no será la misma obligación en la que se sucede, sino la antigua se extinguirá y surgirá una nueva (novación por cambio de deudor, arts. 1628 y 1635).

(3) Pérdida de los derechos subjetivos

88. El derecho que ha sido transferido o transmitido subsiste bajo un nuevo titular. Una de las características esenciales de la adquisición derivativa es la permanencia de la relación jurídica, en iguales términos, bajo un nuevo titular del derecho. El derecho subsiste, entonces, con todos sus atributos y preferencias (así, si se trataba de un crédito caucionado con hipoteca, la garantía perdura en favor del nuevo acreedor) y con sus cargas y vicios (si el acto que servía de antecedente al derecho tenía un vicio de nulidad, también se podrá interponer la acción en contra del nuevo titular). En otras palabras, la transferencia o transmisión de un derecho lo deja subsistente en iguales términos bajo un nuevo titular.

89. No es posible en este lugar hacer una enumeración de los innumerables tipos de hechos jurídicos que acarrean la extinción de un derecho subjetivo. Así, la muerte extingue los derechos intransmisibles; el pago, el derecho de crédito; la mayoría de edad, el derecho de usufructo que el padre o madre tienen sobre los bienes del hijo; la destrucción de la cosa, la propiedad que se tenía sobre ella. Sólo en materia de obligaciones la ley trata sistemáticamente los modos de extinguirlas y, consecuencialmente, la extinción de los derechos personales correlativos (art. 1567 ss.). En este lugar sólo se hará referencia a la pérdida de derechos por el transcurso del tiempo (prescripción y caducidad) y por hechos del titular del derecho que tienen por efecto su extinción (preclusión y renuncia)

---

al órgano que debe adoptar la decisión y no constituye una excepción a la manera concreta como se efectúa la transferencia de los derechos que componen el activo. Algo parecido ocurre en el caso de fusión de dos sociedades, caso en el cual se acuerda confundir los patrimonios, lo que supone el deber aportar todos los derechos; la transferencia de derechos que conlleva la fusión se produce, sin embargo, individualmente.

(a) Prescripción

90. El código se refiere a la prescripción extintiva como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492). A pesar de que la definición legal se refiere a acciones y derechos, la prescripción extintiva afecta propiamente la acción. El derecho subsiste, de modo que si el deudor paga una obligación prescrita, el acreedor recibe lo que se le debe y no tiene lugar un enriquecimiento sin causa (obligación natural del art. 1470 III Nª2). Por otro lado, la prescripción tampoco afecta de pleno derecho (*ipso iure*) la vigencia de la acción, sino la hace vulnerable a una excepción perentoria que, una vez interpuesta, tiene el efecto de destruirla (supra, párr. 35).

La prescripción adquisitiva (*usucapio* romana) también tiene efectos extintivos, pero por vía consecuencial: el derecho se extingue para su titular porque un tercero lo adquirió para sí. Por eso, en la prescripción adquisitiva no basta la mera inactividad del titular del derecho, sino es necesario, además, que un tercero haya poseído la cosa por un lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492). Como en la extintiva, la prescripción adquisitiva sólo puede ser renunciada una vez cumplida y debe ser alegada (arts. 2494 y 2493), de modo que tampoco opera de pleno derecho.

La prescripción extintiva es un modo de extinguir acciones personales; por eso, el código la trata entre los modos de extinguir las obligaciones al finalizar el Libro IV y su estudio pertenece a la parte general del derecho de obligaciones. La prescripción adquisitiva es una institución propia del dominio y los demás derechos reales, de modo que será tratada como forma de adquirir en el curso sobre derecho de bienes.

91. Largas discusiones ha habido acerca de la justicia de la institución de la prescripción. Los bienes jurídicos prevalentes son la seguridad jurídica y la paz social. La prescripción responde a la tendencia a transformarse en derecho que tienen las situaciones de hecho consolidadas por el paso del tiempo. En tal sentido, la prescripción satisface un interés general, de modo que las normas que la establecen son de órdenes público, con la consecuencia de que no se puede renunciar anticipadamente (art. 2494 I) y sus plazos no pueden ser convencionalmente alargados.

Con todo, la prescripción desde la perspectiva del titular del derecho, es también una sanción; para el acreedor de un derecho personal que no ejerce su acción, a pesar de que el deudor no ha cumplido con su obligación; y para el propietario o el titular de otro derecho real, que tolera que un tercero posea la cosa sin hacer valer su derecho.

El interés general envuelto en la prescripción lleva a entender sus normas rigurosamente (según una tradición que se remonta a la época del derecho común). Sin embargo, el carácter sancionatorio obliga a interpretar restrictivamente las disposiciones legales en los casos en que la inacción del titular del derecho no resulta imputable a su negligencia[15].

[15] Un ejemplo en este sentido es la interpretación de la norma del art. 2332, que declara prescrita la acción indemnizatoria por un daño extracontractual en cuatro años contados "desde la perpetración del hecho". La jurisprudencia ha declarado, sin embargo, que si el daño se manifiesta con posterioridad al acto negligente doloso, sólo entonces comienza a correr el plazo de prescripción extintiva; de lo contrario la víctima estaría expuesta a que cuando el daño se manifieste (como, por ejemplo, por un sismo que destruya un edificio con defectos de construcción) la acción ya estuviese prescrita.

(b) Caducidad

92. La caducidad extingue los derechos por el sólo transcurso del tiempo, si tales derechos no han sido ejercidos en el plazo que establece la ley o el contrato. Se trata de plazos que determinan el límite temporal en que un derecho puede ser eficazmente ejercido. Transcurrido el plazo se extingue *ipso iure* el derecho. Por eso, la caducidad, a diferencia de la prescripción, afecta al derecho propiamente tal, (no sólo la acción) y lo extingue inexorablemente.

93. El concepto de caducidad, en el sentido extintivo de derechos que aquí se analiza, no es tratado sistemáticamente en el código. Sin embargo, la institución resulta conformada a partir de diversas disposiciones.

Ante todo, la caducidad es la típica consecuencia del cumplimiento de un plazo fatal. Los derechos que no son ejercidos dentro de un plazo fatal caducan por el sólo cumplimiento del plazo. El artículo 49 del Código Civil señala que "cuando se dice que un acto debe ejercerse en o dentro de cierto plazo" se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo (art. 49). De esta forma, cada vez que la ley señala que una actuación debe ejercerse dentro o en un determinado plazo, dicho plazo adquiere el carácter de fatal y el vencimiento del plazo, sin que el acto se haya realizado produce la caducidad del derecho a realizar el acto (el acto extemporáneo no vale).

En materia procesal la regla es más estricta, pues la ley dispone que todos los plazos establecidos por el código respectivo son fatales, cualquiera sea la forma en que se expresen, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal (Código de Procedimiento Civil, art. 64 I). La misma disposición expresa luego con nitidez el efecto de la caducidad: "En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho a la oportunidad para ejecutar un acto se extingue al vencimiento del plazo".

94. La extinción por caducidad es típica de los derechos potestativos, esto es, de aquéllos que autorizan a su titular para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Así, está sujeto a caducidad el derecho del comprador para pagar el precio e impedir la resolución de la compraventa en el caso del art. 1879. A menudo es un problema de interpretación si el plazo establecido para el ejercicio de un derecho es de prescripción extintiva o de caducidad[16].
En el derecho procesal civil se entiende, como se ha visto, que todos los derechos potestativos que se reconocen a las partes están sujetos a plazos de caducidad (Código de Procedimiento Civil, art. 64).

La caducidad también puede tener origen contractual. Así, por ejemplo, son frecuentes en contratos de arrendamiento o sociedad las cláusulas que conceden a las partes un derecho potestativo para ponerles término al finalizar el período de duración convenido, señalándose que si ninguna parte ejerce ese derecho dentro de cierto plazo, se entiende el contrato renovado por otro período de tiempo. Se trata de un derecho a poner término al contrato, sujeto a caducidad si no se ejerce en el plazo convenido.

---

[16] En atención a la naturaleza de los derechos se puede entender que están sujetos a plazos de caducidad el derecho del vendedor a recuperar la cosa en razón de un pacto de retroventa (art. 1885), la acción pauliana o revocatoria, que persigue la ineficacia de los actos fraudulentos del deudor insolvente (art. 2.468) y las acciones de reclamación e impugnación en materia de filiación.

(c) Preclusión

95. Se dice que un derecho precluye cuando se extingue por realizar el titular un acto distinto a ejercer ese derecho. El ejercicio del derecho con posterioridad es extemporáneo; el derecho se ha extinguido precisamente por no haber sido ejercido y porque se realizó otro acto diferente. Como se verá al tratar el límite de los derechos subjetivos (infra, cap. VIII) la preclusión es un caso de aplicación de los actos propios. Es la conducta del titular la que tiene el efecto de producir la extinción.

96. El ámbito de aplicación de la preclusión ha pasado a ser preferentemente el derecho procesal. Si una persona no ha sido debidamente notificada, por ejemplo, tiene derecho a reclamar al juez de ese defecto. Pero si luego de conocer ese vicio, realiza otras actuaciones, distintas de plantear el incidente de nulidad de tal notificación, la ley entiende que no podrá hacerlo después. Resulta obvia la relación entre la preclusión y la buena fe: se priva al litigante del derecho a plantear después el incidente a efectos de evitar maniobras dilatorias (véase el art. 85 del Código de Procedimiento Civil).

97. Atendidos sus drásticos efectos, la preclusión es de derecho estricto. En consecuencia, el efecto debe estar señalado expresamente por la ley o por el contrato. Con todo, en la jurisprudencia comparada se conocen casos de preclusión de *lege ferenda*, como ocurre, por ejemplo, con el arrendador que invoca como causal de término del contrato a plazo fijo una mala conducta del arrendatario ocurrida con un año de anticipación y que no se ha repetido enseguida. El derecho habría precluido por el no ejercicio oportuno de la acción. Sin embargo, resulta preferible tratar estos casos como de abuso de derecho. La preclusión es un efecto demasiado radical para que pueda ser el resultado de una mera interpretación de la voluntad. Como se verá en el capítulo siguiente, la institución del abuso de derecho otorga cautela suficiente a la buena fe en el ejercicio de los derechos.

VIII LIMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS[17]

(a) Sentido y límites de los derechos subjetivos

98. Las instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato. Incluso los derechos que suponen un deber de protección positiva hacia la persona, como ocurre con los derechos sociales, sólo son jurídicamente relevantes cuando el derecho objetivo otorga una acción al titular para hacerlos valer frente a un órgano de la administración del Estado (o, eventualmente, frente a otros sujetos privados, como ocurre con los servicios sociales que son objeto de concesión).

En el núcleo del derecho subjetivo está, a lo menos, la potestad que el derecho concede al titular para hacer efectiva una cierta pretensión. En virtud de la técnica de los derechos subjetivos, el control de la observancia del derecho queda entregada al respectivo titular. Ya en sus orígenes, en el derecho natural de la escolástica española tardía, el concepto de derecho subjetivo expresa que corresponde al propio sujeto la defensa de los intereses que le resguarda el derecho. En contraste, cada vez que el derecho ha sido concebido desde la perspectiva del derecho administrativo, como una técnica heterónoma de regulación de la conducta (como en Kelsen), o desde una perspectiva colectivista, que hace decaer la posición relativa de la persona en relación a los intereses del Estado o de la comunidad (Duguit, Pasukanis), el derecho subjetivo ha sido sustituido por otros conceptos para explicar la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico.

99. Por cierto que el reconocimiento de un derecho subjetivo supone usualmente que se limiten o afecten intereses ajenos: un empresario exitoso tiene, además del derecho que la Constitución le reconoce para realizar su actividad económica, la propiedad sobre marcas conocidas o sobre patentes industriales eficaces, sobre terrenos e instalaciones en lugares estratégicos, es titular de derechos contractuales con proveedores confiables y posee muchos otros derechos que afectan los intereses de sus competidores. El derecho que se tiene para ingresar a una buena universidad, excluye a otros interesados en ocupar ese lugar. Algo análogo se puede decir de la generalidad de los derechos subjetivos privados y de las garantías constitucionales. Lo característico del derecho subjetivo es el poder que el orden jurídico reconoce al titular para inclinar en su favor el respectivo conflicto de intereses. Aún así, sin embargo, todo derecho subjetivo tiene límites. Los más obvios son los que emanan del contenido del derecho (párr. b); mayores dificultades doctrinarias plantean las hipótesis de abuso de derecho (párr. c).

(b) Límites a los derechos derivados de su contenido

100. El contenido del derecho subjetivo se define por sus atributos, esto es, por las facultades que confiere al titular. Cada tipo de derecho encuentra sus límites en esos atributos. La evolución contemporánea del derecho privado se caracteriza por una atención renovada en los límites a los derechos subjetivos que emanan de derechos ajenos y de los intereses de la comunidad. El problema de los límites que el interés social y de los terceros impone a los derechos, también se plantea en un orden jurídico sustentado en el principio de autonomía privada. Típica resulta, en este sentido, la evolución de algunas de las instituciones más características de la economía de mercado. Así, en el derecho de sociedades la ley limita el derecho de los accionistas mayoritarios a gobernar una

---

[17] Este capítulo aparecerá publicado, con ligeras modificaciones, en la revista Derecho y Humanidades N°7 (1999) y constituye una ampliación del texto original que formaba parte de este texto de estudio. En la recopilación bibliográfica he contado con

sociedad anónima, con el fin de proteger los intereses de la propia sociedad y de sus accionistas minoritarios; la legislación sobre contratos masivos con consumidores limita la potestad del productor o comerciante de ofrecer un bien o servicio por medio de condiciones generales de contratación, con el fin a proteger al consumidor confiado o inexperto; la legislación sobre libre competencia limita la libertad de contratar, a efectos de impedir la formación de monopolios. En fin, también un ordenamiento jurídico de la economía basado en una amplia vigencia del principio de autonomía privada establece límites a los derechos para prevenir el abuso de posiciones de poder privado (orden público económico). En último término, ello es una exigencia del principio kantiano de que la libertad de unos debe resultar compatible con la libertad de los demás según una regla general.

101. Una rápida revisión de los principales tipos de derechos subjetivos civiles muestra que el límite del derecho está definido por su propio contenido. Así, la propiedad, el más extenso de los derechos patrimoniales, incluye por definición los dos caracteres constitutivos de todo derecho subjetivo: por un lado, concede al titular las facultades de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, de modo que su ejercicio concreto está definido precisamente como la atribución de una potestad discrecional; pero también se dispone que el ejercicio del derecho está sujeto a la ley y al derecho ajeno (art. 582). La Constitución, a su vez, incluso autoriza a la autoridad pública para privar al titular de su propiedad por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la ley, cumpliéndose los requisitos de autorización legal y de plena indemnización (Constitución, art. 19 N°24). Derechos de terceros sobre la misma cosa (como los derechos reales que limitan el goce de la cosa) o sobre otros bienes (como las cargas recíprocas entre propietarios emanadas de la vecindad) constituyen límites permanentes al ejercicio del derecho. A su vez, el interés general justifica limitaciones a la propiedad establecidas por la ley para fines urbanísticos, ambientales, de salud pública, y muchos otros.

Los derechos personales o de crédito se hacen valer sólo contra el deudor y se refieren a una prestación específica, cuyo alcance está definido por la ley o por el contrato. Sus límites están dados, entonces, por la prestación debida y por el sujeto específico de quien ella puede ser exigida. Pero más allá de ese ámbito de eficacia restringido, que resulta de su naturaleza de derechos relativos, los derechos de crédito están sujetos a precisas reglas que definen las condiciones de su ejercicio, y que dan lugar al millar de normas del Libro IV, el más extenso del Código Civil. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se convienen contractualmente.

Con mayor intensidad se plantea el problema de los límites respecto de los derechos que más bien establecen un ámbito de protección, de modo que sus fronteras son difusas y suelen estar en colisión con otros derechos. Es lo que ocurre, por lo general, con los derechos de la personalidad. La crítica que se realiza por medios de difusión a personas o empresas puede afectar su prestigio, sin que por ello se atente contra su derecho constitucional a la honra. El límite entre la libertad de información y la honra (Constitución, art. 19 N°s. 12° y 4°), por consiguiente, es crucial para determinar la extensión de uno y otro derecho. El contenido preciso de los derechos que reconocen un ámbito de protección no está fijado con precisión por la norma que los establece. Es usual que estos derechos aún no hayan sido concretizados por la ley, por la jurisprudencia, ni por la doctrina, de modo que su contenido sólo se expresa en enunciados constitucionales muy generales. Por eso, resulta inevitable que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión).

Finalmente hay derechos cuyos límites derivan de que no están establecidos en beneficio del titular sino de otra persona. Es el caso de los derechos función, caracterizados porque atribuyen al titular

una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tuición que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica). Son derechos potestativos, porque confieren competencias para realizar ciertos actos jurídicos. Sin embargo, su fundamento no reside en el reconocimiento de una autonomía al titular para discernir sobre los propios intereses, sino están establecidos en el beneficio de terceros. En la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho. De este modo, análogamente a lo que ocurre con las potestades en el derecho público, el fin forma parte inmediata del contenido del derecho y define materialmente el ámbito legítimo de su ejercicio.

102. En definitiva, cada tipo de derechos subjetivos tiene sus propios límites que están definidos por los derechos ajenos o por las normas del derecho objetivo, esto es, por las reglas legales o contractuales que resultan aplicables y por los principios de la respectiva institución. La definición de estos límites externos resulta de un acto de interpretación de las normas legales o de las disposiciones contractuales que reconocen los respectivos derechos. En otras palabras, cada tipo de derechos tiene sus límites en las facultades que el orden jurídico reconoce a su titular; quien actúa fuera de esos límites no lo hace en ejercicio del derecho.

(c) El ejercicio abusivo de un derecho como límite

103. El derecho subjetivo, según lo analizado en el capítulo anterior, reconoce al titular un poder de actuación que queda circunscrito por el ordenamiento normativo, legal o contractual, que configura la respectiva relación jurídica. Cabe entonces preguntarse si el ejercicio del derecho subjetivo puede estar sujeto a límites adicionales a los que establece ese ordenamiento. La doctrina del abuso de derecho sostiene que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo.

Demás está decir que la doctrina del abuso de derecho no tiene un carácter puramente técnico. En verdad, supone una definición acerca de la tarea que corresponde al derecho civil como ordenamiento de las relaciones privadas. La discusión en torno a los límites internos al ejercicio de los derechos expresa, en esencia, la disyuntiva de si el derecho privado es concebido, análogamente al derecho administrativo, como una técnica de regulación, como una especie de ingeniería social orientada a lograr ciertos fines socialmente beneficiosos (que es el concepto que subyace a la doctrina más extensa del abuso de derecho), o si es concebido como un ordenamiento que garantiza facultades de actuación regidas internamente por el principio de libertad (que es el concepto que subyace a la doctrina que niega o restringe severamente la institución del abuso de derecho).

En los siguientes párrafos serán examinados (i) la doctrina que califica el abuso de derecho como una construcción lógicamente inconsistente; (ii) la doctrina que extrema el control del ejercicio del derecho, al exigir que en cada acto de ejercicio de un derecho sean consistentes los motivos concretos del titular con los fines que persigue la norma que lo reconoce; (iii) la doctrina prevaleciente en la dogmática civil contemporánea, que ve el abuso de derecho como un correctivo excepcional, con fundamento en la moral y las costumbres, al ejercicio legítimo de los derechos; y (iv) finalmente, los principales tipos de abuso de derecho reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

(i) El contenido del derecho como único límite: negación de la doctrina del abuso de derecho.

104. Según se ha visto, la pregunta por el límite de los derechos subjetivos se responde esencialmente por el ordenamiento normativo que los reconoce y define. Por cierto que no siempre las normas legales o las disposiciones contractuales fijan exactamente los atributos que el derecho subjetivo confiere. Es lo que ocurre, como se ha visto, con los derechos que la ley se limita a identificar genéricamente, como es el caso de los derechos de la personalidad. Pero también puede ocurrir en un contrato, cuando la ley y el acuerdo de las partes callan o no definen inequívocamente el contenido de las obligaciones. Todo ello forma parte del acto de interpretación y de integración del ordenamiento normativo que sirve de sustento al respectivo derecho subjetivo. Una vez definido el contenido del derecho subjetivo, queda también determinado el ámbito de las facultades conferidas a su titular.

Desde esta perspectiva, resulta lógicamente inconsistente una doctrina del abuso de derecho que plantee nuevos límites, que restringen el poder de actuación del titular más allá de las facultades que le pertenecen precisamente en razón del derecho subjetivo. Hablar de abuso de derecho sería un contrasentido porque "el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber un uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho" (Planiol). En otras palabras, lo característico de tener un derecho consiste precisamente en que el titular, dentro del ámbito de facultades que le son reconocidas por la ley o el contrato, pueda actuar discrecionalmente. El sentido final de la idea de derecho subjetivo radica en el otorgamiento de una potestad para que el titular pueda legítimamente actuar según su propio y exclusivo arbitrio. Así, quien actúa fuera de esa potestades ya no puede invocar el derecho; pero, quien actúa dentro de ellas, jamás podrá hacerlo abusivamente.

Esta doctrina asume los supuestos individualistas del concepto de derecho subjetivo gestado en la modernidad. La doctrina del abuso de derecho, particularmente en el ámbito patrimonial, debilita el principio ético-jurídico de la autonomía privada. El abuso de derecho puede ser un instrumento para la erosión del principio, sobre el cual se ha construido el orden jurídico liberal, de la discrecionalidad e inmunidad en el ejercicio de los derechos subjetivos.

(ii) El abuso como ejercicio contrario a los fines del derecho subjetivo

105. La más extensa doctrina del abuso de derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos, de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo no debe ser concebido como un poder de actuación, que garantiza al titular un ámbito de autonomía y discreción para el desarrollo de su personalidad y de su actividad económica. A las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo. En consecuencia, su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer. El reconocimiento de derechos, desde esta perspectiva, es un instrumento que la sociedad utiliza para defender el interés general: "cada uno de los derechos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme a los fines de la institución" (Josserand). En consecuencia, se incurriría en abuso del derecho subjetivo si los motivos concretos del titular no están conformes al fin o a la función que el derecho subjetivo posee según el ordenamiento que lo establece. El abuso de derecho, según esta doctrina, radicaría en el ejercicio concreto de un derecho que resulta extraño al fin socialmente valioso para el cual ha sido atribuido o contrario a su función. Mientras las normas que establecen

el derecho fijan su límite externo, la institución del abuso de derecho fija su límite interno. Así, el ejercicio que respeta al contenido del derecho subjetivo puede resultar ilícito si no resulta conciliable en concreto con el fin o función social para la cual fue establecido.

106. Algunos ejemplos pueden ilustrar acerca de las dificultades prácticas de una teoría tan extensa del abuso de derecho en el ámbito del derecho privado. El derecho a la vida privada otorga un ámbito de protección de la intimidad que queda excluido de la intromisión y del conocimiento ajeno: ¿cuáles son los fines legítimos que justifican su invocación frente a terceros?; ¿cuál es el criterio para discriminar en concreto entre aspectos de la vida privada que merecen y no merecen cautela a la luz de la función que ese derecho cumple el derecho para el bien general? En un ámbito por completo diferente, el propietario, dentro de los límites externos que establecen la ley y los derechos ajenos, tiene un poder sobre la cosa que se manifiesta en la facultad para excluir de su goce a terceros: ¿deben tener los jueces la facultad de revisar en concreto la manera como el propietario ejerce el derecho, a efectos de juzgar si el uso y goce que hace de la cosa resultan conforme a la función social de la institución? El comprador tiene derecho a exigir al vendedor el cumplimiento de la obligación de dar la cosa: ¿cuáles son los motivos que hacen lícita o ilícita la pretensión de exigir la entrega de la cosa?; ¿podría el vendedor negarse a entregarla argumentando que, a pesar de haberla vendido, necesita la cosa con más intensidad que el comprador?

Un control en concreto del ejercicio de los derechos parece incompatible, en cada uno de los casos reseñados, con el fin más general que cumple la institución del derecho subjetivo. En verdad, la aceptación de una doctrina del abuso de derecho tan extensa como la formulada por Josserand, que supone controlar en concreto como se concilian los motivos de la conducta con las exigencias del bien común, parece más bien consistente con "un estado total de policía, que niega el libre desarrollo de la personalidad" (Medicus). En la práctica, la indagación de los motivos del titular abre un campo exorbitante de discrecionalidad judicial, que priva al derecho subjetivo de su función de certeza. Ante todo, porque las normas de derecho, especialmente las regulaciones administrativas que limitan externamente el contenido de los derechos, usualmente responden a fines diversos que no es tarea sencilla desentrañar; además, porque juzgar el ejercicio concreto del derecho a la luz de los motivos supone una capacidad de discernir, a partir de hechos externos y demostrables, los fines concretos de una acción; esto es, penetrar en el inconmensurable mundo de la subjetividad ajena; finalmente, porque el fin de una norma usualmente se logra mediante reglas generales que no atienden a situaciones concretas, sino a los efectos que se siguen de la respectiva institución.

Por eso, un ámbito garantizado de discreción concedido al titular parece esencial a la noción de derecho subjetivo, en el derecho privado y constitucional. Ello no sólo tiene un significado moral, sino también funcional: el derecho subjetivo, en la justificación más débil que se puede hacer de la institución, es un instrumento técnico que el derecho objetivo establece para cumplir su fin ordenador de la convivencia social. La institución del derecho subjetivo descentraliza la cautela de las normas de derecho en "incontables voces de alarma, listas a desencadenarse a la menor trasgresión", de modo que "pese a su individualismo, resulta ser muy sociológico: para que el derecho objetivo esté intensamente presente en la sociedad, nada mejor que encarnarlo, esto es, subjetivarlo" (Carbonnier). De ello se sigue que una doctrina del abuso de derecho que pretenda juzgar cada acción humana, incluso la amparada por un derecho, a la luz del interés general, no sólo resulta ser contraria a los supuestos de un orden que asume como valiosa la libertad, sino,

además, contribuye a debilitar la eficacia del derecho[18]. Por eso, por atrayente que pueda aparecer bajo una mirada superficial, tal doctrina del abuso de derecho, surgida en el primer tercio del S. XX, época de florecimiento de los colectivismos de distintos signos, no ha logrado apoyo relevante entre los juristas, ni en la práctica jurisprudencial.

(iii) El abuso de derecho como correctivo del ejercicio excesivo o anormal del derecho

107. Por mucho que el ordenamiento normativo que lo reconoce defina el contenido del derecho subjetivo, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo (Trabucchi). Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso de derecho. El derecho, en estas hipótesis, es ejercido dentro de los límites externos que señala formalmente el ordenamiento legal o contractual que lo establece; sin embargo, ese ejercicio puede resultar excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (abuso de derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y de lealtad (abuso de derecho en sentido objetivo). Desde esta perspectiva, la doctrina del abuso de derecho expresa la existencia de un límite moral implícito al ejercicio de los derechos, que se muestra en una conducta del titular que resulta contraria a los estándares normativos mínimos de respeto a la comunidad y a los demás que deben observarse aunque la conducta corresponda formalmente al ámbito de discrecionalidad que el derecho confiere a su titular.

108. Por otra parte, el grado de discrecionalidad de que está dotado el titular de un derecho depende esencialmente del contenido de tal derecho. Una mayor discrecionalidad tiende a restringir proporcionalmente las hipótesis de abuso de derecho. Tradicionalmente se ha acostumbrado en el derecho civil chileno enumerar algunos derechos cuyo ejercicio es *per se* discrecional, de modo que jamás darían lugar a abuso de derecho; se señalan el derecho a testar (art. 999), el derecho del ascendiente para oponerse al matrimonio del hijo menor (art. 105) y el derecho a pedir la división de una comunidad (art. 1317). Tratándose de derechos potestativos que necesariamente se ejercen respecto de terceros no parece necesario excluir *a priori* la posibilidad de que estos últimos puedan ser ejercidos abusivamente. Por el contrario, pareciera que el derecho a disponer libremente de los bienes por testamento, dentro de los límites impuestos por las asignaciones forzosas ordenadas por la ley, es un derecho discrecional que no puede resultar abusivo respecto de nadie.

109. En todo caso, la doctrina que concibe el abuso de un derecho como su ejercicio excesivo o anormal tiene una función correctiva excepcional, en atención a los riesgos de un intervencionismo judicial excesivo, que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas. Por eso, la doctrina del abuso de derecho sólo resulta invocable cuando el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta, que no es posible expresar en modelos de conducta que establezcan las condiciones precisas de su aplicación. Por eso, resulta inevitable una referencia a ideas normativas compartidas que la ley sólo puede expresar en la forma de cláusulas generales.

En los límites del derecho privado se encuentra una invocación a las costumbres y a la razón

[18] En el mismo contexto que antes ha sido citado, el jurista y sociólogo J. Carbonnier se pregunta: "¿Por qué, en toda época las propiedades colectivas han sido tan mal respetadas, a tal extremo que en los países socialistas su protección devino un problema jurídico mayor, y que hizo necesario para defenderla, un derecho penal particularmente riguroso? Ocurre que la propiedad colectiva se presenta como una estructura de puro derecho objetivo, bajo la cual no hay derechos subjetivos donde palpite el corazón" (op.cit., pág. 163 [nota 15]).

compartida espontáneamente por la comunidad. Así, el principio de la autonomía privada encuentra su límite no sólo en la ley y en el orden público que establece el derecho legislado, sino también en las 'buenas costumbres' (arts. 1461 y 1467); y, los contratos deben cumplirse de "buena fe", esto es, no sólo obligan a lo expresado por las partes o por la ley, sino también a aquello que emana de la 'costumbre' o de la 'naturaleza de la obligación' (art. 1546). Gracias a su generalidad, estos conceptos constituyen directivas que se aplican a un número indefinido de situaciones. Aunque tienen filiación romana, el contenido normativo de estos conceptos ha variado con el tiempo. Expresan valoraciones que resultan de una normatividad social que no se expresa en reglas precisas, pero cuya vigencia se muestra usualmente con naturalidad cuando el estándar es infringido. No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una invocación de percepciones compartidas acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable.

Se puede entender por buenas costumbres las exigencias de sociabilidad mínimas que se imponen al sujeto en cautela del bien de la sociedad o de personas indeterminadas. En el derecho privado contemporáneo las buenas costumbres han tendido a desplazarse desde el ámbito de la moral sexual y familiar (que, en general, queda cubierto por el principio de privacidad), hacia los deberes generales de decencia en las relaciones con la comunidad en general. Así, resulta contrario a las buenas costumbres que un empresario incorpore subrepticiamente en las condiciones generales de contratación aplicables a sus contratos con consumidores una cláusula que altera sustancialmente la economía natural del contrato. No es casual que se diga, en ese caso, que la cláusula es 'abusiva': es una conducta incorrecta, contraria a las exigencias mínimas de sociabilidad que el derecho comparte la moral social.

La buena fe se refiere a deberes que surgen en razón de una especial relación que tiene el titular del derecho con la persona que soporta su ejercicio. Se aplica especialmente a las relaciones contractuales, pero también a cualquiera otra situación en que se planteen deberes recíprocos de cuidado (como entre vecinos, por ejemplo). La buena fe invoca aquello que objetivamente se debe entender que forma parte de la relación en atención a su naturaleza. La buena fe es el más potente principio moral que opera supletoriamente respecto de la ley y el contrato en el derecho patrimonial (especialmente de obligaciones). Se expresa en materia contractual en el art. 1546, donde su función es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende pertenecerle atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre. El principio de buena fe tiene aplicación como correctivo al formalismo en la definición de las obligaciones que nacen de un contrato. Elevada a principio general, puede ser concebida como el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, pero que con naturalidad son aceptadas en la comunidad, relativas a la lealtad, la confianza y la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente esperar del titular del derecho.

Las buenas costumbres se refieren esencialmente a las relaciones con la comunidad, y la buena fe, a una relación especial entre quien ejerce el derecho y quien soporta ese ejercicio. Ambos conceptos están referidos en el código chileno a propósito del derecho de los contratos: como límite en la autonomía privada, las buenas costumbres (art. 1461 y 1467); y como elemento de integración del contrato con aquellos elementos que se le entienden pertenecer en razón de la naturaleza de la relación, la buena fe (art. 1546, en relación con art. 1.444). Sin embargo, cualquiera sea su denominación, estos principios tienen alcance general en el derecho privado, pues expresan la forma como los usos normativos vigentes en la sociedad, aquello que forma implícitamente parte de las reglas sociales del juego, complementan el derecho que está positivado en ley o el contrato y limitan el ámbito de lo jurídicamente lícito. Es en este último sentido que resultan relevantes en la institución del abuso de derecho.

110. Con todo, las buenas costumbres y la buena fe son cláusulas generales cuyas condiciones de aplicación son imprecisas e indeterminadas. Contienen una alusión genérica a ideas normativas compartidas espontáneamente en la comunidad acerca de lo que es correcto, pero carecen de una suficiente densidad conceptual, que permita definir las condiciones de su aplicación práctica. En materia de abuso de derecho tienen la ventaja de evocar aquello que resulta socialmente intolerable, de modo que circunscriben el abuso de derecho a casos límites y excepcionales. Pero su vaguedad arriesga comprometer la seguridad en el tráfico en una huida hacia conceptos generales, carentes de referencia a las circunstancias que justifican su aplicación.

A pesar de esta reserva, el derecho privado contemporáneo opta por negar legitimidad al ejercicio del derecho que resulta por completo desproporcionado o impropio. Y aceptado ese principio, resulta inevitable recurrir a conceptos normativos generales. Sólo así se pueden cubrir situaciones que no han sido previstas o que no pueden ser cubiertas por una regla precisa, pero que resultan intolerables a la sensibilidad jurídica. Por eso, los códigos más recientes y la doctrina contemporánea tienden a aludir a estos conceptos normativos y generales (especialmente el de buena fe) al momento de señalar un criterio que indique el límite interno de los derechos.

111. Antes se ha mostrado que la pregunta acerca de si el ejercicio de un derecho resulta abusivo supone que hayan sido precisadas las facultades que el derecho comprende. El problema del abuso sólo se plantea cuando la persona ha actuado conforme a las facultades que le confiere el respectivo ordenamiento legal o contractual. Esta secuencia lógica impide que sean tratados como casos de abuso de derecho preguntas que más bien se refieren a las facultades que definen el alcance (límite externo) del derecho respectivo. Así es improbable, en principio, que se plantee como abuso de derecho la situación de conflicto entre dos derechos en colisión. La tarea de delimitar el ámbito de los derechos es usualmente un problema de interpretación de las normas que los reconocen y de integración de un eventual vacío normativo, tareas que inevitablemente suponen un sopesamiento de los bienes jurídicos en juego. Cada derecho tiene, dicho metafóricamente, la vocación de transformarse en incondicionado. Sin embargo, el derecho ajeno lo determina y limita externamente. El problema del abuso, por el contrario, se plantea respecto de derechos cuyo ámbito de facultades y límites externos ha sido definido, y en circunstancias que el titular actúa dentro del ámbito formal de facultades que el derecho le confiere. La confusión de los planos puede llevar a extender sin necesidad la institución del abuso de derecho[19].

112. Sin embargo, la calificación de un caso como uno de abuso o de concurrencia de derechos no siempre resulta inequívoca. Es, por ejemplo, lo que ocurre con frecuencia en los casos de vecindad. Así, se ha fallado que resulta abusivo el uso que hace de un terreno un club de tiro al vuelo, cuyo funcionamiento provoca ruidos y causa otros riesgos a los propietarios vecinos. La Corte de Pedro Aguirre Cerda, para dar lugar al recurso, argumentó que en virtud del "principio inconcuso del abuso de derecho ..., una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta

[19] Esa crítica podría efectuarse a una sentencia reciente, recaída en un recurso de protección, en que el asunto fue resuelto con referencia al abuso de derecho, en circunstancias que pudo resolverse del mismo modo por la vía de dirimir interpretativamente el concurso de derechos (y, más precisamente, de normas legales de la ley N°18.401 sobre saneamiento de bancos e instituciones financieras). Los supuestos normativos del caso son complejos, de modo que no pueden ser relatados en detalle. En esencia, se trataba de la concurrencia, por un lado, del derecho del Banco Central de Chile de que los bancos que recibieron apoyo financiero de esa institución con ocasión de la crisis financiera de 1983 destinaran parte de sus utilidades a pagar las obligaciones resultantes y, por otro, del derecho de los accionistas a capitalizar las utilidades y postergar, en consecuencia, el pago de aquella obligación. El fallo de la Corte de Santiago (confirmado, con dos disidencias por la Corte Suprema) acepta la demanda del Banco Central sobre la base de que el banco demandado habría incurrido en abuso de derecho al capitalizar las utilidades del respectivo ejercicio, postergando de ese modo la deuda subordinada que el banco recurrido mantenía con el Banco Central.

en forma grave el derecho legítimo de un tercero"[20]. En verdad, es usual que los casos de vecindad puedan ser resueltos tanto por vía de abuso (si se atiende a la anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho) como de conflicto de derechos (si se sopesan en abstracto y en concreto los bienes e intereses cautelados por la propiedad de cada vecino). Se comprueba en estos casos límites que la regla de calificación de un caso como uno de abuso de derecho o de conflicto de derechos tiene necesariamente una zona imprecisa, por nítida que aparezca a primera vista. Por lo demás, entre los tópicos relevantes para determinar el alcance recíproco de los derechos en conflicto figuran precisamente aquellas circunstancias que permiten inferir si es abusivo el ejercicio de alguno de tales derechos (como ocurrió en el caso del club de tiro).

(iv) Situaciones típicas de ejercicio abusivo de un derecho

113. Atendida la generalidad de las cláusulas generales que le sirven de referencia legal y de los principios jurídicos en que se apoya, la doctrina del abuso de derecho tiende a concretarse en grupos de casos típicos. La pregunta por los criterios de concreción del abuso de derecho tiene precisamente la relevancia práctica de circunscribir el ámbito de aplicación de una institución excepcional, que, sin embargo, no puede ser expresada en reglas concretas. La cuestión se plantea análogamente en órdenes jurídicos donde no hay una norma legal general sobre el abuso de derecho (como en el derecho chileno), que donde la ley expresamente consagra la institución; como se ha visto, la formulación legal del principio de que la ley no protege el ejercicio abusivo de los derechos es necesariamente general; así las normas legales, donde han sido introducidas, se han limitado a dar sustento positivo a un principio jurídico que ya ha sido desarrollado de *lege ferenda* por la doctrina y la jurisprudencia. En la exposición que sigue de los principales tipos de abuso de derecho se intentará hacer referencia preferente a situaciones reguladas por la legislación chilena, que contribuyen a construir por analogía, a la luz de un criterio más general, una regla en la materia.

(I) El ejercicio de un derecho con el sólo propósito de causar daño a otra persona.

114. Según la hipótesis de abuso de derecho más comúnmente aceptada, el ejercicio del derecho subjetivo es ilícito cuando el único fin que persigue el autor es causar daño a un tercero: el ejercicio del derecho no reporta al titular utilidad alguna, que no sea satisfacer el interés de dañar a otro. Representa un caso extremo de un acto contrario a las buenas costumbres, de modo que la legislación comparada del último siglo y la doctrina están en acuerdo unánime acerca de su ilicitud. Con todo, se trata de una hipótesis extrañísima en la práctica. No tanto porque sea extraño que el propietario, por ejemplo, quiera sólo molestar al vecino con quien está enemistado, sino porque la experiencia muestra que es en extremo difícil probar el propósito exclusivo de causar daño a otro.

Un antiguo caso holandés muestra las limitaciones de esta forma de abuso de derecho. Jan cubrió con un gran lienzo la hermosa vista que desde su casa tenía su vecino Piet. El juez sancionó a Jan por abuso de derecho, porque el lienzo no tenía otro fin que impedirle la vista al vecino. Entonces, Jan construyó un molino que impedía la vista. El juez ahora ordenó retirar el molino, porque éste no estaba conectado a la fuente de agua, de modo que era por completo inútil para el propietario. Jan, sin embargo, conectó el molino a la fuente de agua. Ahora la acción de supresión del daño fue rechazada: el uso del molino excluye la hipótesis de abuso de derecho, aunque éste haya podido ser construido en otro lugar de la propiedad. El caso muestra que la exigencia de que el único propósito del ejercicio del derecho sea dañar a un tercero presenta usualmente problemas probatorios insuperables y puede ser fácilmente eludida mostrando que la acción persigue algún fin cualquiera que sea atribuible al provecho personal del titular. Desde un punto de vista

[20] Gaceta Jurídica N°55, pág. 73 ss., considerando 15° (pág.76).

estrictamente normativo, sin embargo, esta forma extrema de abuso de derecho es una concreción de la *exceptio doli generalis* proveniente del derecho romano tardío y parece constituir el punto de encuentro más elemental entre la moral y el derecho.

(II) Extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce en otra persona el ejercicio del derecho.

115. Un interesante ejemplo legal de este tipo de abuso de derecho se encuentre en el antiguo art. 945, actualmente, art. 56 del Código de Aguas, que dispone que "cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportara utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo". También en este caso la desproporción es indicio de un abuso. Análogo principio se expresa en la regla del art. 941.

El fundamento de las normas anteriores, esencialmente provenientes del derecho romano, es la buena fe. El mismo deber de lealtad puede inferirse respecto de cualesquiera derechos cuyo ejercicio genera deberes de consideración respecto de quienes deben soportarlo. Aunque el principio se aplica preferentemente a relaciones personales, también puede surgir de derechos de propiedad, especialmente en relaciones de vecindad.

116. Aplicaciones prácticas del abuso de derecho en razón de la desproporción entre el interés del titular y el efecto que produce el ejercicio del derecho pueden invocarse, por ejemplo, a propósito de dos efectos característicos de los contratos bilaterales: la excepción de contrato no cumplido (art. 1.552) y la resolución por incumplimiento (art. 1489). En ambos casos, el incumplimiento de una parte otorga a la otra parte una poderosa excepción (no cumplir por su parte lo debido, en el caso del art. 1552) y una pretensión de ineficacia del acto (la resolución del contrato, en el caso del art. 1489). Resulta, sin embargo, contrario a la buena fe (y, por tanto, es abusivo) que una parte se resista a cumplir con su parte en el contrato o demande su resolución en razón de un pequeño incumplimiento que resulta accidental en el contexto general de la operación. En tal evento, tendrá el acreedor acciones indemnizatorias (que se traducen económicamente en un efecto análogo a la rebaja de precio en el caso de los vicios redhibitorios), pero no podrá invocar aquellos derechos, que pueden resultar desproporcionados, y que más bien expresan un pretexto para poner término a la relación contractual.

Pero también puede haber situaciones de ejercicio desproporcionado de un derecho en otros ámbitos, distintos de la vecindad y de las relaciones obligatorias, como lo ilustran ejemplos provenientes del derecho comparado. Un interesante caso de abuso de derecho por desproporción entre el derecho invocado y el daño producido a un tercero se presentó en España a consecuencias de una concesión que la autoridad otorgó a una empresa para utilizar las arenas de una playa; el titular de la concesión explotó de tal modo las arenas, que dejó indefensa ante las marejadas a una instalación industrial próxima. El fallo sancionatorio del concesionario consideró que el daño era inmoral o antisocial en forma objetiva, porque proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Otro caso muy conocido se produjo en Alemania a poco de entrar en vigencia el Código Civil. El propietario de un antiguo castillo estaba enemistado con su hijo, a quien negaba la entrada a la propiedad; el hijo reclamó ante el tribunal que la negativa de acceso de su padre era abusiva, porque le impedía visitar la tumba de su madre, enterrada en el lugar. La defensa del padre argumentó que no había abuso de derecho, según el art. 226 del código alemán, porque la negativa no tenía por interés dañar al hijo, sino evitar al padre anciano el malestar de encontrarse con éste. El tribunal estimó que se trataba de un ejercicio excesivo o anormal del derecho de propiedad, porque nada impedía que el hijo fuese autorizado en ciertas fechas conocidas para entrar a la

propiedad, conservando el padre la posibilidad de evitar el encuentro que no deseaba. En otras palabras, la negativa absoluta no estaba justificada atendido el interés legítimo (no el derecho) que tenía el hijo por visitar la tumba de su madre.

La idea de completa desproporción en el ejercicio de un derecho, que hace de éste un acto inmoral o antisocial, subyace a muchos casos en que la jurisprudencia comparada da lugar intuitivamente a la pretensión de abuso de derecho, sin articular razones. Así, la corte de casación francesa estimó abusivo que el propietario de un terreno se negara a que su vecino entrara a efectos de hacer reparaciones en su propio inmueble. No había en el caso puro interés de dañar, de modo que la hipótesis más nítida de abuso de derecho estaba descartada; más bien era un caso en que la conducta resulta objetivamente contraria a los deberes mínimos de sociabilidad que hace suyos el derecho objetivo. En definitiva, las hipótesis de desproporción en el ejercicio de un derecho suponen un ejercicio desleal o de mala fe (como cuando se invocan incumplimientos insustanciales para sustraerse a la aplicación de un contrato) o bien una extrema mezquindad, que se expresa en que el ejercicio del derecho se hace con desconsideración grave de los daños que se causan al tercero.

(III) Actos propios.

117. La más típica aplicación del principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos se refiere a los llamados actos propios. Según un antiguo proverbio no es lícito *venire contra factum propium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho. Bajo diversas formulaciones, este principio muestra un análogo desarrollo jurisprudencial en el derecho privado de distintos sistemas jurídicos.

El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene por su parte un derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad que caracterizan al abuso de derecho. Para que se configure el abuso de derecho basado en actos propios no basta que se haya insatisfecho una expectativa ajena creada por la conducta precedente del titular, sino se exige, además, un juicio normativo acerca de la deslealtad de la conducta del titular, por atentar contra los deberes recíprocos de respeto que surgen implícitamente de las relaciones personales. Por eso, en general, es una institución típica del derecho de obligaciones.

118. Un ejemplo de contradicción con los actos propios es la excepción de prescripción interpuesta por quien hasta la víspera del cumplimiento del plazo ha negociado con el acreedor. Sería el caso del vendedor a quien le es reclamado por el comprador un vicio redhibitorio de la cosa, ante cuya evidencia inicia una negociación para determinar si procede reparar el vicio o sustituir la cosa; luego, una vez cumplido el breve plazo del art. 1866, el vendedor interrumpe la negociación, invocando la prescripción. En la especie el vendedor podría alegar que no ha habido propiamente interrupción de la prescripción, porque no se ha reconocido la obligación que surge del vicio (interrupción natural del art. 2518 II). Con todo, resulta abusivo y desleal negociar, generando la confianza de que el acuerdo sólo depende de una cuestión de hecho (por ejemplo, si se puede reparar el vicio de la cosa, o si, por el contrario, es necesario sustituirla), para luego suspender la negociación cuando se cumple el plazo que hace nacer la excepción de prescripción. El acto propio anterior hace abusivo el ejercicio del derecho potestativo a interponer esa excepción en razón del abuso que se hace de la confianza generada en la otra parte.

El abuso de derecho por actos propios se extiende al ejercicio de la acción (o excepción) de nulidad por un vicio formal, por quien conoció en su momento el vicio y exigió, antes de ejercer la acción de nulidad, el cumplimiento de la obligación que le reportaba el contrato (la situación es análoga pero no idéntica a la que plantea el art. 1682, que será analizado en infra pár. 29).

Del mismo modo, quien por sus propios actos ha creado la apariencia de que cierta persona es su representante, con poderes suficientes para realizar ciertos contratos, no puede luego pretender que no le obliga un contrato que le ha devenido desventajoso, con el argumento de que el empleado que lo convino en su nombre carecía de poder de representación (art. 2160 I). Si con anterioridad tal empleado había celebrado contratos semejantes, que fueron reconocidos como válidos por el empresario, suele existir la apariencia de un poder suficiente, que ha sido creada por un acto propio del empresario, de modo que resulta contrario a la buena fe contradecir la confianza creada en la contraparte.

119. En suma, se puede comprobar que la doctrina de los actos propios es un importante correctivo de justicia material al formalismo jurídico. Sin embargo, es conveniente reiterar que no toda contradicción con el actuar previo resulta abusiva *per se*. El titular de un derecho puede cambiar de opinión acerca de si lo ejercerá o no, o acerca de la forma de ejercerlo, de modo que nadie puede exigir que en el futuro se deba comportar del mismo modo que lo haya hecho con anterioridad. A menos que con su conducta haya creado la legítima confianza de que en el futuro actuará de un cierto modo, en términos que resulte desleal no hacerlo, como se ha visto en los casos de la oferta, de la negociación sobre los vicios redhibitorios, de la nulidad por vicios formales alegada luego de haber gozado de los beneficios del contrato o de los poderes aparentes. A la expectativa creada en el otro por la propia conducta, se agrega como requisito que resulta incorrecto o contrario a la decencia, atendidas las circunstancias, defraudar la confianza creada.

(IV) Ejercicio de un derecho adquirido de mala fe.

120. En este grupo de casos también está comprometida la propia conducta de quien luego ejerce abusivamente el derecho. El acto propio consiste en un ilícito en que se incurre concientemente al momento de adquirir el derecho.

En nuestro derecho civil existen algunas importantes aplicaciones de este tipo de abuso de derecho. El art. 1683, que regula la nulidad absoluta, priva de la acción de nulidad al contratante que celebró el acto o contrato "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". El contratante no puede hacer valer en su favor su mala fe inicial, ejerciendo la acción de nulidad, si luego llega a tener interés en que el contrato resulte ineficaz. A un principio análogo responde la norma del art. 1481 II: si una obligación en favor de un tercero depende de que se cumpla una condición, ésta se entenderá cumplida si quien debe ejecutar la prestación interviene por medios ilícitos para que la condición no se cumpla, o para que la otra persona de cuya voluntad dependa, no coopere al cumplimiento.

Se puede estimar que estas reglas legales responden a un principio más general: quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito. Así, por ejemplo, si en un contrato se otorga a una de las partes el derecho potestativo a ponerle término hasta una cierta fecha, la otra parte no puede argumentar la caducidad de ese derecho si ella misma hizo imposible recibir oportunamente la comunicación en la forma prevista en el contrato (bloqueando el receptor de facsímiles o impidiendo el acceso de correspondencia, por ejemplo). En definitiva, si alguien por medio de un acto ilícito obtiene un derecho o una excepción contra otra persona, ésta puede

oponerse al ejercicio de este derecho. Se trata de un caso de aplicación de la *exceptio doli*, en cuya virtud el derecho otorga defensa frente a acciones cuyo origen está contaminado por la mala fe.

(V) Desviación del fin de un derecho potestativo.

121. El derecho privado otorga potestades jurídicas que no constituyen derechos a la conducta ajena, sino facultades para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La principal regla que otorga derechos potestativos, o competencias jurídicas, es la del art. 1545, que consagra la facultad de regular mediante contratos las relaciones privadas patrimoniales. Sin embargo, la ley o el contrato establecen otros derechos potestativos, muchos de los cuales se materializan en actos jurídicos unilaterales. Así, también son derechos potestativos los que la ley confiere para revocar un mandato (art. 2165) o para desahuciar el contrato de arrendamiento (art. 1951 I). Es en el ámbito de estos derechos potestativos donde se produce una cierta analogía del derecho privado con el administrativo: el derecho objetivo concede competencias para producir efectos jurídicos mediante contratos u otros actos jurídicos. Por eso, no es extraño que respecto de estas facultades se planteen en el derecho privado situaciones de abuso de derecho que presentan analogías con la "desviación de poder" que es típica del abuso de derecho en el derecho administrativo: una facultad que ha sido concedida con una cierta finalidad (por la ley o por el contrato) es desviada de ese fin con el propósito de satisfacer un interés que no está cautelado por la norma.

En este tipo de situaciones resulta pertinente la doctrina del abuso de derecho que atiende a los fines de la norma que atribuye un derecho y a los propósitos perseguidos por el titular en el ejercicio concreto de ese derecho. Con todo, también en este caso el abuso de derecho es una institución excepcional: las facultades que la ley o el contrato confieren no están sujetas en principio a escrutinio judicial, pues es inherente a la autonomía privada que sean ejercidas según el arbitrio prudencial del titular del derecho. Con esa reserva de excepcionalidad, en principio, todo derecho potestativo puede ser ejercido abusivamente, como ocurre cuando se hace con el solo fin de dañar a un tercero. En los párrafos siguientes se hará referencia a los principales grupos de casos de abuso por desviación del fin para el que es reconocido un derecho potestativo en el derecho privado.

122. Los casos más claros en que procede el abuso de derecho por desviación del fin se refieren a los derechos-función, esto es, aquéllos que son reconocidos al titular a efectos de que cumpla un deber de cuidado respecto de otra persona o de un patrimonio ajeno. La función configura en estos casos el contenido del derecho y también actúa como límite a su ejercicio abusivo.

Uno de los desarrollos contemporáneos más importantes del derecho privado reside en identificar estos derechos-función, con el efecto radical de que se cambia el acento desde la mera potestad formal hacia el fin. Es el caso de la autoridad paterna, que según el nuevo ordenamiento de la filiación debe ser ejercida en atención al mejor interés del niño (art.242 II); y de la administración de las sociedades anónimas, que los directores deben emprender en el solo interés de la sociedad y no del interés particular de ellos mismos o de los accionistas que los hayan elegido (ley N°18.046, arts. 39 ss.).

123. En cierto sentido pueden ser asimiladas a las situaciones de desviación de poder los abusos cometidos al redactarse por una parte las condiciones generales de contratación bajo las cuales se ofrecen bienes o servicios al público. Atendida la diferente posición de información que tiene el consumidor acerca de los bienes ofrecidos y, particularmente, acerca del contenido efectivo de las cláusulas propuestas, puede ocurrir que éstas alteren abusivamente la economía del contrato en beneficio del empresario que las propone. La facultad de proponer las condiciones del contrato es

un derecho potestativo que se funda en el principio de la autonomía privada. Nada impide que las partes se alejen del contenido natural de los contratos, establecido por la ley y por la costumbre (los usos normativos), con el solo límite del orden público y las buenas costumbres (arts. 1545 y 1461). Por lo mismo, nada impide tampoco que una parte proponga a otra un contrato que se aleja de la estructura natural prevista por la ley. Sin embargo, puede ocurrir que las condiciones generales propuestas subrepticiamente, o sin que el consumidor tenga razonable posibilidad de informarse atendidas sus circunstancias, alteren la economía básica del contrato en favor del proponente (quien, por ejemplo, no se hace responsable de los vicios redhibitorios mediante una simple referencia en la "letra chica" del contrato a que no se aplicará al contrato el art. 1857). En tales casos se puede configurar una situación de abuso de derecho por desviación de la potestad que el derecho confiere para configurar en la oferta las condiciones del contrato. Atenta contra la decencia exigida en la conducta para con los demás (buenas costumbres) y contra la lealtad que se debe a la contraparte de un contrato (buena fe), quien abusa de la inexperiencia ajena en la materia del contrato o de su confianza en que las condiciones de venta responden a lo que naturalmente se entiende pertenecer a una relación contractual.

La jurisprudencia comparada construyó por esta vía caminos de control de las condiciones generales de contratación (o contratos de adhesión, según la denominación francesa), aún antes de que leyes especiales regularan la materia. En todo caso, la doctrina del abuso de derecho, por desviación de un derecho potestativo, subsiste como principio correctivo de orden general, especialmente cuando la legislación es incompleta, como en el caso chileno.

124. Particular atención requiere también el abuso del derecho potestativo a provocar la terminación unilateral de contratos de larga duración (tracto sucesivo). En los contratos de arrendamiento, mandato, sociedad, trabajo, suministro, y demás de larga duración, es de la naturaleza que, a falta de plazo convenido, se les pueda poner término unilateralmente. Con todo, resulta evidente que una relación de larga duración supone especiales deberes reciprocos de lealtad al momento de ponerle término.

Así, por ejemplo, el propio código señala que no vale la renuncia de un socio que se hace intespestivamente o de mala fe, sin consideración a los intereses de los demás socios o con el fin de apropiarse de una ganancia de la sociedad (arts. 2110 y 2111). El mandatario, por su parte, también puede renunciar al encargo, pero debe continuar ocupándose de los asuntos encomendados por el mandante por un tiempo razonable para que éste pueda proveer a los negocios encomendados (art. 2.167). En el derecho del trabajo, un capítulo importantísimo es precisamente la terminación unilateral de la relación laboral por desahucio del empleador (Código del Trabajo, arts. 155 ss.). Pero, más allá de las disposiciones legales especiales, rige el principio general de que no se puede abusar del derecho potestativo a poner término a una relación jurídica de larga duración. Así, el principio se aplica, por ejemplo, a la relación continua de suministro de un insumo esencial por un proveedor a un empresario industrial. El derecho potestativo a poner término a una relación de larga duración tiene por fin cautelar la libertad futura de las partes (lo cual resulta congruente con la garantía constitucional de la libertad personal, al menos en casos extremos). Sin embargo, el derecho potestativo a poner término a una relación contractual indefinida es desviado de su función si es utilizado de una manera desleal, con negligente o dolosa desconsideración de la confianza de la contraparte. El aviso razonablemente anticipado, como la ley exige en la sociedad o el mandato, resulta ser una condición necesaria que debe cumplir en tales casos el acto potestativo de terminación.

(VI) Abuso de formas o instituciones jurídicas.

125. El abuso de las formas o instituciones jurídicas se relaciona con una comprensión estructural de los fines que cumplen las instituciones del derecho privado, que es típica del desarrollo doctrinario ocurrido en las últimas décadas. Hace un siglo, se estimaba que la libertad contractual comprendía la facultad de celebrar contratos que tuviesen por objeto la distribución de mercados para evitar la competencia; también se consideraba que la habilidad técnica de los abogados era siempre eficaz para eludir la aplicación de normas legales obligatorias, si al negocio prohibido por la ley se le daba una forma contractual que no quedara formalmente cubierta por la norma legal respectiva. Se tendía a entender el concepto de orden público formalmente, de modo que el ejercicio de las potestades en un sentido contrario a la institución respectiva resultaba lícito, con la sola condición de que no se infringiera una norma legal específica. Por el contrario, la doctrina del abuso de las formas e instituciones jurídicas se caracteriza porque somete a control el ejercicio de derechos potestativos en un sentido que resulta contrario a los supuestos normativos del respectivo ordenamiento. En tal sentido, se trata de una especie de abuso de derecho por desviación del fin que justifica el reconocimiento de una potestad.

126. Ello vale especialmente en el marco del orden público económico, que está configurado por las instituciones jurídicas, funcionalmente vinculadas entre sí, del contrato, la autonomía privada y la libre competencia. Así, existe abuso del derecho potestativo a convenir un contrato si la oferta es manipulada en términos que resulten contrarios al cabal discernimiento de la otra parte (como ocurre con las cláusulas abusivas propuestas como condiciones generales de contratación); y existe abuso de la autonomía privada cuando dos o más empresas que dominan un mercado se distribuyen áreas de influencia a efectos de no competir entre ellas.

127. También existe un abuso de la institución de la autonomía privada cuando para evitar la aplicación de una norma de orden público (que no está a disposición de las partes) se realizan uno o más actos jurídicos que formalmente son lícitos, pero que conducen al efecto económico que la ley pretende impedir. Es el caso del fraude a la ley, un tipo de desviación del fin en el ejercicio de una potestad.

El alcance de la institución del fraude a la ley es extremadamente difícil de precisar. Por eso, no es tarea fácil definir las fronteras entre la habilidad lícita y el fraude a la ley. En esencia, parecen haber dos criterios principales para configurar el fraude a la ley. Ante todo, hay fraude a la ley si se emplea una figura contractual para sustraerse a deberes que se tienen respecto de terceros. Este es el ámbito estrictamente privatista de la institución del fraude a una norma contractual o legal obligatoria. La acción pauliana (art. 2.468), que tiene por objeto hacer inoponibles al acreedor los actos fraudulentos de disposición efectuados por el deudor es un ejemplo legal de este aspecto privado del principio del fraude a la ley. Al mismo principio responde la regla que protege a los terceros frente a separaciones de bienes que efectúen cónyuges que estaban casados bajo sociedad conyugal (art. 1723 II): la liquidación de la sociedad no puede ser un instrumento para que los terceros vean afectadas las acciones personales que tenían contra el marido. En general, puede inferirse el principio de que los actos que una persona realice cuyo efecto sea sustraerse a la observancia de un deber (generalmente una obligación) que se tiene para con otra, son ineficaces respecto de ésta (inoponibles). El principio que subyace a estos casos es el de buena fe, porque se trata de actos que resultan contradictorios con los deberes de lealtad que se tienen respecto de determinadas personas (de los acreedores, principalmente).

En una segunda dimensión, más específicamente pública, el fraude a la ley persigue el efecto de sustraerse a una prohibición legal de desarrollar una actividad o da una norma imperativa de orden

público que prescribe una conducta. En este ámbito, el interés general limita el ejercicio de los derechos potestativos privados. Por mucho que las leyes se propongan definir con precisión situaciones de hecho que son objeto de prohibición legal, la imaginación de los abogados y la flexibilidad de formas jurídicas que permite el principio de autonomía privada conducen a que se puedan descubrir resquicios para obtener por medios aparentemente lícitos el fin que la ley pretende evitar. Como se ha expresado, la primera y más difícil tarea del intérprete es definir si la norma legal debe ser entendida en sentido estricto (esto es, aplicable sólo a las situaciones de hecho expresamente previstas) o finalista. Sólo en este último caso el fraude a la ley reviste importancia práctica. Con todo, la distinción entre ambos tipos de reglas legales dista de ser clara. Aunque existen ámbitos en que las reglas son entendidas como subsuntivas (las normas tributarias, por ejemplo) y otros en que son esencialmente finalistas (las que regulan garantías constitucionales, por ejemplo), existe un amplio universo de casos en que la calificación es una cuestión prudencial. Así, parece inevitable "una cierta flexibilidad en la noción de fraude, gracias a la cual los individuos conservan su libertad de acción, sin que el ejercicio de ésta les permita usar ardides al punto de mofarse de la ley".

128. En suma, como en todas las áreas del abuso de derecho, el control de la desviación de poder y del abuso de formas o instituciones jurídicas supone una valoración judicial en concreto. En este caso, sin embargo, resulta inevitable definir, ante todo, si la norma legal debe ser interpretada en un sentido formal o estricto, o si resulta razonable atender a su finalidad normativa. Si es este el caso, es necesario un juicio de valor acerca de los fines de la norma que concede la facultad. Sólo en consideración a esos fines puede el juez discernir en concreto si esos fines son violentados por el ejercicio de la respectiva potestad, a pesar de que formalmente no existe infracción alguna. En este último caso, se dará por establecido el fraude a la ley, ese correctivo excepcional al abuso de los derechos potestativos que el derecho privado confiere a las personas para configurar libremente las relaciones jurídicas.

(v) Efectos del abuso de derecho

129. Quien abusa de un derecho no puede invocarlo como justificación de su conducta. Aunque se cumplan formalmente las condiciones para su ejercicio, éste no está amparado por el derecho objetivo. De ello se siguen los principales efectos jurídicos del abuso de derecho, que suscintamente son referidos a continuación.

130. Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda privado de la pretensión respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexa pactada en el contrato de compraventa, puede ocurrir que el comprador carezca de la acción resolutoria (que formalmente le corresponde según el art. 1489), si atendidas las circunstancias del contrato, tal incumplimiento resulta proporcionalmente insignificante (supra, párr. 19). En general, el abuso de derecho priva de las prerrogativas que éste confiere al titular; entre ellas, priva desde luego de la pretensión o acción civil derivada de ese derecho.

131. Si el abuso ha recaido en el ejercicio de un derecho potestativo (esto es, de una competencia conferida para configurar o modificar relaciones jurídicas), el efecto será la ineficacia del acto. La ineficacia será de nulidad o inoponibilidad, según resulte de las reglas técnicas que resulten aplicables. Así, el acto realizado en fraude a terceros será inoponible, porque ningún vicio de nulidad afecta el acto con efectos generales de ineficacia (véanse ejemplarmente arts. 2468 y 1753 II). Por el contrario, si el acto tiene por fin eludir la aplicación de una norma de orden público, la sanción será la nulidad, pues en tal caso estará normalmente afectado de los vicios de objeto o causa ilícitos. La superación del límite que las buenas costumbres y el orden público imponen al

ejercicio del derecho potestativo a convenir libremente cualesquiera contratos tiene como sanción precisa ese efecto de nulidad (arts. 1461 y 1467 en relación con 1682 I).

132. Si los efectos del acto abusivo se prolongan en el tiempo, corresponde interponer una acción civil orientada a evitar o terminar el daño provocado. La acción estará destinada a obtener que quien ejerce abusivamente el derecho (o amenaza hacerlo) omita la conducta y suprima los efectos dañosos ya producidos. El objeto de la acción es impedir un acto o provocar la restitución del estado de cosas afectado por el acto ya realizado. Si bien esta acción que cautela el derecho en naturaleza encuentra fundamento en el Código Civil (arts. 932, 2328 II y 2.333) y en la doctrina, tiende a ser ineficaz, porque en el derecho chileno no existen acciones civiles de urgencia consagradas por la ley o por la práctica judicial. Por eso, el medio idóneo para obtener la interrupción o prevención de los efectos dañinos es usualmente el recurso de protección, aunque ello suponga invocar en contra de quien actúa abusivamente una garantía constitucional de las enumeradas en el art. 20 de la Constitución. En contraste con el expedito procedimiento de la protección, la acción civil para hacer cesar el daño está sujeta a procedimiento ordinario, de larga tramitación, y a lo más, al procedimiento sumario.

133. Finalmente, una conducta calificable como abusiva usualmente será también culpable o dolosa en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros. En la hipótesis de ejercicio abusivo de un derecho porque se tiene la sola intención de dañar, la responsabilidad por abuso requiere prueba del dolo. Por el contrario, en las hipótesis de abuso que consisten en actos contrarios a las exigencias morales mínimas que plantea la sociabilidad (buenas costumbres) o contrarios a la lealtad debida en las relaciones recíprocas (buena fe), no resulta necesaria la intención de dañar para que el abuso quede configurado: el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe configura infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás. Y ocurre que la culpa en materia civil tiene precisamente este carácter objetivo de inobservancia de la conducta debida en las circunstancias que el daño fue causado. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual (arts. 2314 ss.) resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia.

Colección mayor
FILOSOFÍA Y DERECHO

5

CARLOS SANTIAGO NINO

Introducción al análisis del derecho

2ª edición ampliada y revisada
12ª reimpresión

EDITORIAL ASTREA

5. El concepto de deber jurídico

Con el deber jurídico comienza un grupo de figuras elementales que crean dificultades especiales a los iusfilósofos que han tratado de definirlas, ya que no es fácil determinar su vinculación con hechos empíricamente verificables.

Algunos teóricos del derecho no se resignan, sin embargo, a no identificar al deber jurídico con algún tipo de hechos de índole psicológica o sociológica.

Sobre todo ha sido frecuente construir el concepto de obligación o deber jurídico sobre la base del modelo de una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de, por ejemplo, un asaltante. Esta situación sería un microcosmos de lo que ocurre, a escala mayor, cuando se tiene una obligación jurídica.

Hart (en *El concepto de derecho*) critica con agudeza esta identificación.

Sostiene Hart que la sospecha de que ambas situaciones son diferentes la da el hecho de que, en el caso del asaltado, nadie diría que "tenía la obligación" de entregar el dinero (como se diría en el caso del pago de un impuesto) sino que "se vio obligado a hacerlo". Esta distinción lingüística, como en muchos otros casos, puede encubrir una diferencia conceptual relevante.

Según Hart, la afirmación "*se vio obligado* a entregar el dinero" es un enunciado sobre hechos psicológicos del agente,

sobre su creencia de que si no entrega el dinero sufriría algún daño y su deseo de no sufrir tal daño, aun a costa de la pérdida del dinero.

En cambio, para la afirmación *"tenía la obligación o el deber* de entregar el dinero", no es suficiente ni necesaria la ocurrencia de ciertos hechos psicológicos. Puede ser que el agente no tenga ningún temor de sufrir un daño (por ejemplo, si sabe que su evasión de impuestos no será descubierta) y, sin embargo, ser posible afirmar que tenía una obligación (de pagar el impuesto, en el ejemplo).

Como también lo señala Hart, algunos iusfilósofos, por ejemplo Austin y Bentham, que advirtieron que el concepto de obligación no se relaciona con estados psicológicos, propusieron definir aquel concepto en relación, no a la *creencia subjetiva* de que se sufrirá un daño si no se actúa, sino a la *probabilidad objetiva* de que una persona que no actúa de cierta manera sufrirá un mal. Según esta otra concepción, alguien tiene la obligación, por ejemplo, de pagar a su acreedor siempre y cuando sea probable que, en caso contrario, será objeto de una sanción.

Esta concepción ha parecido a muchos como un gran hallazgo que permite definir en términos de hechos empíricamente verificables el concepto de deber jurídico. Sin embargo Hart dirige también contra ella críticas contundentes.

En primer término, sostiene el profesor de Oxford, decir que alguien tiene un deber no sirve sólo para predecir que será sancionado sino para justificar esa sanción. En efecto, sería absurdo que cuando un juez justifica su decisión de sancionar a alguien que omitió, por ejemplo, prestar auxilio a un herido, diciendo que tenía la obligación de ayudarlo, interpretemos sus palabras como si hubiera dicho que lo sanciona porque era probable que lo fuera a sancionar.

En segundo lugar, dice Hart, si afirmar que alguien tenía la obligación significara que es probable que sea sancionado, sería contradictorio decir que un sujeto tenía la obligación de hacer algo pero como, por ejemplo, consiguió huir, es totalmente improbable que sea sancionado por el incumplimiento de esa obligación. Es obvio que estas cosas se dicen frecuentemente sin la menor impresión de estar incurriendo en contradicción.

Como conclusión Hart sostiene que, si bien hay en la idea de obligación alguna relación con la probabilidad de sufrir un mal, lo decisivo para ese concepto es la existencia de ciertas *reglas*

o normas que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado.

Lo que el enfoque psicológico o sociológico olvida es el trasfondo normativo que presuponen los enunciados que hablan de deberes.

Cuando se dice que un sujeto está obligado se está aplicando una norma general a ese individuo particular destacándose que su caso está comprendido en esa norma.

En cambio, en la situación del asaltado no hay tal regla a la que recurramos para calificar su conducta. Según Hart, sólo puede hablarse de que existe una regla social cuando se da una conducta regular y cuando se toma a esa conducta como modelo de comportamiento, de modo de elogiar la conformidad con aquélla y criticar sus desviaciones.

Si aceptamos como válidas las críticas de Hart a los intentos de definir el concepto de obligación dejando de lado la referencia a normas, es posible analizar la propuesta de Kelsen que define el deber jurídico, al igual que los demás conceptos jurídicos básicos, en relación al contenido de las normas jurídicas.

En la *Teoría pura del derecho*, así como el concepto de responsabilidad está relacionado con el de sanción, el de deber lo está con el de acto antijurídico.

Se ha visto que Kelsen define "acto antijurídico" como una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida.

El deber jurídico es la conducta *opuesta* al acto antijurídico. Por ejemplo, si evadir impuestos es condición de una sanción, no evadirlos, o sea pagarlos, constituye el contenido de una obligación jurídica.

Debe aclararse que "opuesto" no es lo mismo que "contrario". La acción contraria a la de, por ejemplo, romper algo podría ser la de repararlo; en cambio, su opuesta sería la de no romper la cosa en cuestión.

Se ha dicho, en el segundo capítulo, que las normas primarias de Kelsen mencionan en su antecedente las condiciones, entre las que se encuentra el acto antijurídico, de la sanción prescripta en su consecuente. En cambio las normas secundarias, que son meros derivados lógicos de las anteriores, establecen que debe ejecutarse la conducta opuesta al acto antijurídico mencionado en la norma primaria.

Lo anterior significa que la conducta obligatoria —o sea el contenido de un deber jurídico— no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice, por ejemplo, "si alguien comete usura debe ser multado con cien mil pesos", la norma secundaria correspondiente dirá: "Debe omitirse la usura", siendo el abstenerse de cometer usura un deber jurídico.

Vale decir que, según Kelsen, *no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta.*

Este planteo kelseniano no se puede identificar con el que critica Hart, consistente en sostener que una conducta es obligatoria cuando es probable que se aplique una sanción a la acción opuesta.

En la *Teoría pura del derecho* no es suficiente, ni necesario, para que una conducta sea un deber jurídico, que haya probabilidad empírica de que se aplique una sanción a quien comete su opuesta. Lo que Kelsen exige es que, en una norma válida, esté prevista una sanción para la acción opuesta a la obligatoria. Esto es independiente, por lo menos directamente, de que sea probable o no la aplicación efectiva de la sanción. En el ejemplo que vimos de una norma que reprime la usura, la existencia de esa norma basta para que no cometer usura sea un deber jurídico, aun cuando sea improbable que sean castigados, por la dificultad de probarlo, los que ejecutan negocios usurarios.

A pesar de que, para Kelsen, sólo hay deber jurídico si una norma primaria prescribe una sanción para la conducta opuesta, hay que aclarar que la formulación que hace Kelsen de lo que sería una norma jurídica primaria es tal que hace posible describir su contenido diciendo que ella impone un deber que no está necesariamente respaldado por una sanción.

Recordemos que, según Kelsen, una norma primaria tiene que responder a este esquema: "Si alguien hace *X debe ser* la sanción *S*". Esto parece implicar que las normas primarias imponen a los jueces el deber de aplicar sanciones en ciertas condiciones sin que ese deber dependa de la existencia de *otra* norma que estipule sanciones para los jueces que no sancionan en las condiciones establecidas (en general, no hay tales normas, y es obvio que, por cada norma que estipula sanciones, no puede haber siempre otra que estipule sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas).

En algunas de sus obras Kelsen parece admitir que las normas primarias imponen esta especie de deber (cuyos destinatarios son los jueces), que es más débil que lo que él denomina "deber jurídico", pues no presupone que haya una sanción para la conducta opuesta a la debida. Pero en otras obras Kelsen vacila en calificar de "deber" a lo que las normas primarias imponen a los jueces cuando establecen que una sanción *debe ser*. En la última versión de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen parece sugerir, no muy claramente, que si no hay otra norma que estipule una sanción para la omisión de sancionar, el "deber ser" de las normas primarias expresa una *autorización* a los jueces de aplicar sanciones. Con esta interpretación, Kelsen no admitiría, ni siquiera en el caso de los jueces, la existencia de deberes jurídicos que no están respaldados por sanciones.

Genaro R. Carrió ha objetado la pretensión de Kelsen de reducir el deber jurídico a los casos en que se prevé una sanción para la conducta opuesta.

Carrió sostiene que constituye un serio desequilibrio conceptual (el que, por otra parte, aqueja a casi toda la teoría de Kelsen) pretender reducir el significado de la expresión "deber jurídico", que en el lenguaje ordinario tiene tantos usos heterogéneos, a un rígido esquema unitario que comprende sólo el caso de quien se encuentra bajo la presión de una sanción.

El concepto de deber jurídico que delinea Kelsen puede ser adecuado quizás, y en cierta medida, al derecho penal, pero no es operativo para describir la compleja realidad que se da en nuestros días en el ámbito del derecho internacional, constitucional, laboral, comercial, etcétera. Los juristas hablan en términos de deberes para referirse a una multiplicidad de situaciones en muchas de las cuales no están previstas sanciones.

Al menos si Kelsen admitiera que sus normas primarias imponen a los jueces el deber de sancionar, aun cuando, a su vez, no estén sujetos a sanciones, ampliaría un tanto su criterio de uso de la expresión "deber". De cualquier modo, su concepto seguiría siendo aún excesivamente restringido, ya que, de acuerdo con su esquema de norma jurídica, las únicas acciones que serían obligatorias en el sentido débil —que no implica sanción para la conducta opuesta— serían la de decretar o aplicar castigos por parte de los jueces y funcionarios. Extender la aplicación de este sentido del término "deber" a otras conductas, tal como lo hace

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

LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

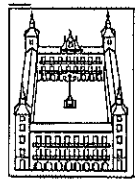
FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

VOLUMEN SEGUNDO

LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

QUINTA EDICION

ÁLVAREZ HINZPETER JANA
ABOGADOS LTDA.
BIBLIOTECA



EDITORIAL CIVITAS
MADRID, 1996

CAPITULO I

LA OBLIGACION

§ 1: EL CONCEPTO JURIDICO DE OBLIGACION

1. Introducción: obligación y deber jurídico

Nuestro Código Civil dedica el cuarto y último de los libros de que consta a establecer el régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos. El título primero de dicho libro, que comprende los arts. 1.088-1.253, contiene una reglamentación general de las «obligaciones». Sin embargo, nuestro Código es muy parco al puntualizar en qué consiste este fenómeno jurídico al que denomina «obligación». Parte de un concepto técnico y doctrinal que da por supuesto y únicamente el art. 1.088 dice que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». Este precepto no suministra un concepto de lo que la obligación sea, sino que se limita a enumerar sus posibles contenidos y ello nos impone como primera tarea la necesidad de tratar de fijar el concepto de «obligación».

BIBLIOGRAFIA: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, vol. IV, Madrid, 1991; ALGUER, *La obligación*, «RJC», 1931, pág. 99; ALONSO FERNÁNDEZ, *El débito y la responsabilidad*, «IJ», 1952, pág. 341; BONET RAMÓN, *El vínculo jurídico obligacional*, «RGLJ», 1967; BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica de la obligación*, «RDP», 1967, pág. 835; BONET RAMÓN, *La prestación y la causa debitoria*, «RDP», 1968, pág. 205; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; CRISTÓBAL MONTES, *La formulación dogmática de la obligación*, «ADC», 1990, pág. 475; DE LOS MOZOS, *Concepto de obligación*, «RDP», 1980, pág. 979; DE LOS MOZOS, *Derecho civil: método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988; DIEZ-PICAZO, *El contenido de la relación obligatoria*, «ADC», 1964, pág. 349; DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957; DIEZ-PICAZO, *El Derecho de Obligaciones en la Codificación Civil española*, «Estudios Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 691; ESPÍN CÁNOVAS, *Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código Civil*, «AUM», 1952-1953, pág. 673; FAIREN, *Derechos reales y de crédito (Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción)*, «RDN», 1959, pág. 95; FUENMAYOR, *El cumplimiento «post-mortem» de las obligaciones naturales*, «AAMN», X, 1959, pág. 5; GARCÍA GARCÍA, *La relación jurídica desde las perspectivas práctica y teórica*, «RCDI», 1990, pág. 399; GIORGIANI, *La obligación*, trad. esp., Barcelona, 1958; GONZÁLEZ GARCÍA, *Notas para un concepto de carga*, «RGLJ», 1986, pág. 179; HERNÁNDEZ GIL, *El problema de la patrimonialidad de la prestación*, «RDP», 1960, pág. 273; HERNÁNDEZ GIL, *En torno al concepto de la obligación*, publicado como «Apéndice» en la nueva edición de su «Derecho de Obligaciones», 2.ª edic., Madrid, 1983; IHERING, *Del interés en los contratos y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, en «Tres estudios jurídicos», Buenos Aires, 1947; LACRUZ BERDEJO, *Las obligaciones naturales*, en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, pág. 163; LUNA SERRANO, *Comentario a los artículos 1.088 a 1.093*, «Comentario del Código Civil», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 3; MARÍN MONROY, *Obligaciones naturales*, «RCDI», 1931, págs. 721 y 801; 1932, pág. 32; MARTÍN-BALLESTERO, *La Obligación natural*, Zaragoza, 1959; MARTÍN PÉREZ, *Sobre la*

La investigación puede iniciarse a través del sentido que a la palabra «obligación» se atribuye en el lenguaje espontáneo y en la terminología del propio Código. Si se sigue este camino, lo primero que sorprende es la multivocidad de la expresión lingüística «obligación», que aparece empleada en diferentes sentidos que, aunque similares, no son siempre coincidentes. En un primer sentido, la palabra «obligación» aparece utilizada con una significación muy amplia, como sinónima de la idea de deber jurídico, cualquiera que sea la clase y la naturaleza de éste. En otros casos, la palabra obligación se amplía para designar un deber jurídico cuyo contenido es susceptible de recibir una determinada valoración económica. Así, por ejemplo, se habla de la obligación del propietario de una cosa perdida de pagar un premio al que la encuentre (art. 616 CC).

Se tiende, pues, a igualar obligación y deber jurídico, que parecen dos palabras intercambiables. Sin embargo, en la técnica jurídica del Derecho Civil obligación y deber jurídico son conceptos que poseen un distinto alcance y significado. Para comprenderlo basta recordar lo que entendemos por deber jurídico. El deber jurídico puede concebirse como la necesidad, conforme a un ordenamiento jurídico dado, de que un determinado comportamiento se adopte o se realice. En ocasiones, designa también la motivación o la razón de la adopción de ese comportamiento que es considerado como necesario por el ordenamiento jurídico. El deber jurídico aparece así como aquello que hay que hacer y la razón por la cual hay que hacerlo. La «obligación» constituye un fenómeno mucho más amplio que el puro deber jurídico. En los mismos preceptos de nuestro Código Civil subyace la idea de que de una «obligación» pueden derivar varios deberes jurídicos. Además, en el fenómeno que nuestro Código Civil y la técnica jurídica denominan

determinabilidad de la prestación obligatoria, «RGLJ», 1958, pág. 5; MARTÍN PÉREZ, *La «despatrimonialización» del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación,* «RDP», 1986, pág. 603; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* VX-1, Madrid, 1989, pág. 1; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Problemática de las obligaciones naturales: eficacia jurídica del deber moral cualificado,* «RGLJ», 1964, pág. 327; MOISSET DE ESPANES, *Obligaciones naturales y deberes morales,* «RGLJ», 1969, pág. 567; PERLINGIERI, *Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones,* «RDP», 1983, pág. 58; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Concepto de derecho de crédito,* en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948, pág. 159; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Doctrina de las obligaciones naturales,* en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948, pág. 285; ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria,* «AUM», 1951-1952, pág. 435; ROCAMORA, *Contribución al estudio de las obligaciones naturales,* «RDP», 1945, págs. 485 y 546; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación natural (Nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho),* Madrid, 1953; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación,* «RDP», 1963, pág. 646; SALVADOR CODERCH, *El artículo 1.090 del Código Civil,* «RJC», 1978, pág. 7; SANTOS BRIZ, *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones,* «RDP», 1960, pág. 548; SANTOS BRIZ, *Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el Derecho moderno,* «RDJ», 1961; VALLET DE GOYTISOLO, *Valor de la distinción de los derechos en personales y reales desde puntos de vista histórico, dogmático y realista,* «ADC», 1952, pág. 675; VALLET DE GOYTISOLO, *La distinción entre derechos reales y derechos de crédito,* «ADC», 1952, pág. 1381; VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación,* Palma de Mallorca, 1980; VÁZQUEZ BOTE, *La obligación. Concepto, naturaleza y estructura,* «RGLJ», 1974, pág. 595; VÁZQUEZ BOTE, *Sobre el artículo 1.091 del Código Civil y la obligación natural,* «RCDI», 1975, pág. 891.

«obligación» confluyen otros elementos diferentes. Así, por ejemplo, el art. 1.112 habla literalmente de «derechos adquiridos en virtud de una obligación». La misma idea se repite en el art. 1.114, que se refiere a la adquisición de derechos en las obligaciones condicionales. La obligación es pues un fenómeno o una situación que determina deberes jurídicos, pero que provoca también la adquisición de derechos. Por otro lado, en el concepto técnico de obligación, junto al elemento del deber jurídico aparece la idea de responsabilidad, sobre la que más adelante volveremos. Desde ahora conviene destacar que según el art. 1.911 CC el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones y que según el art. 1.101 queda sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios cuando en el cumplimiento de la obligación incurriere en dolo, en negligencia, en morosidad o cuando de cualquier otro modo contraviniere el tenor de la misma.

Superando la equiparación entre obligación y deber jurídico, la idea de obligación se emplea, con una precisión mayor, para expresar el enlace entre un derecho y un deber. La obligación es una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho, que pertenece a la categoría de lo que más arriba hemos llamado derechos personales o de crédito. Es un derecho que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar en favor de aquél un determinado comportamiento (deber de prestación). Así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo, perteneciente a la categoría de los derechos personales o de crédito. Si se prefiere, es la correlación entre ambos elementos componentes: un deber y un derecho; el crédito y la deuda.

La línea anterior permite separar del campo del Derecho de obligaciones, aquellas obligaciones que forman parte de una relación de carácter jurídico real o que son la situación pasiva de un derecho real (p. ej., cuando se habla de obligaciones del usufructuario hacia el nudo propietario; cfr. art. 491 CC; o de obligaciones entre los propietarios de los predios dominantes y sirvientes en una servidumbre; cfr. arts. 543 y ss.), porque sólo si los derechos que otorga la relación, pertenecen a la especie de los derechos personales, puede hablarse de crédito y de deuda.

Los créditos y las deudas, aisladamente considerados, no pasan de ser entidades puramente ideales. En la realidad social forman parte siempre de relaciones jurídicas más amplias y complejas, a través de las cuales se busca la consecución de determinadas funciones o finalidades de naturaleza económica o económico-social y se trata de obtener la satisfacción de intereses que se consideran dignos y merecedores de la tutela jurídica (v. gr.: compraventa, arrendamiento, sociedad, seguro, transporte, etc.). La simplificación de la idea de obligación posee seguramente una explicación de carácter histórico y obedece al hecho de que en el Derecho romano clásico casi todas las obligaciones nacían de una *stipulatio* o cruce de promesas entre dos personas. La teoría se vio enriquecida con las reflexiones realizadas por los

doctores sobre las relaciones existentes entre heredero y legatario en el llamado legado *per damationem*, por virtud del cual, el heredero que aceptaba la herencia, se convertía en deudor del legatario, cuando el testador quería hacer en favor de este último una atribución de carácter no directo (p. ej., legado de cantidad de dinero, legado de cosas genéricas, legado de alimentos, de educación).

El hecho de que el crédito y la deuda se presenten dentro de relaciones jurídicas más amplias, aconseja preferir a la expresión «obligación» la de «relación obligatoria», hoy extendida en la doctrina. Al hablar de «relación obligatoria», queremos designar no la simple correlación abstracta e ideal entre un crédito y una deuda, sino la entera relación jurídica que entre las partes existe y se crea para cumplir las finalidades de carácter económico y dar satisfacción a los intereses.

2. Obligación y contrato

Por regla general, las obligaciones de las que se ocupa el Código Civil son obligaciones contractuales o, lo que es lo mismo, obligaciones nacidas o derivadas de un contrato. En el Código incluso las palabras obligación y contrato en ocasiones se confunden. Así, por ejemplo, el art. 1.105, con referencia al caso fortuito, habla de determinados casos, respecto de los cuales se produce una declaración en la obligación, lo que sólo es posible entendiendo la obligación como su título constitutivo. Sin embargo, el Código separa también la obligación de su fuente (cfr. art. 1.089), dejando en claro que las obligaciones nacen de los contratos.

De todo ello deben extraerse dos conclusiones: la primera es que una gran parte de los problemas analizados en el Derecho de obligaciones podrían perfectamente encontrarse estudiados dentro del Derecho de contratos, como hace la doctrina anglosajona: la mayor parte de las obligaciones son obligaciones contractuales; las nacidas de otras fuentes, a falta de específica regulación legal, se rigen también por las reglas generales de las obligaciones.

3. La génesis histórica del concepto de obligación: el recurso a las fuentes históricas y el concepto romano de obligación

El concepto de obligación *(obligatio)* procede del Derecho Romano. En las fuentes romanas la *obligatio* se define como *vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

La *obligatio* ha sido, pues, originariamente un *vinculum*. Esta palabra ha ido perdiendo con los siglos su fuerza primitiva. Primitivamente, *vinculum* no es, como entre nosotros hoy, una situación puramente ideal. El *vinculum* es, en sentido genuino, una cadena. Por consiguiente, la *obligatio* es una situación de cautividad o de encadenamiento, en

que una persona se encuentra respecto de otra. Gráficamente, puede decirse que el *obligatus* es una persona prisionera de otra. El poder que se tiene sobre un *obligatus* es un auténtico poder de naturaleza física o cuasi física. El titular de este poder dispone de una acción *(manus iniectio)*, de tal naturaleza y alcance que puede aprehender o encerrar al *obligatus* donde quiera que se encuentre y tomar venganza en él. Si el *obligatus* no da satisfacción al acreedor, éste puede venderlo como esclavo *trans Tiberim* o matarlo.

En este momento inicial la idea de *obligatio* es independiente de la idea de *debere*. Se puede deber y no estar *obligatus* y al revés se puede estar *obligatus* y no deber. Es incluso posible que fuera normal que las ideas de *debere* y de *obligatio* se presentaran separadamente. El *obligatus* no es un deudor, sino una persona dada o entregada como rehén para asegurar que el deudor cumplirá aquello que debe. El *debere*, por sí mismo, es inexigible e irrealizable si no es por la voluntad de quien debe. En cambio, la *obligatio* confiere, como antes decíamos, un poder de naturaleza física o cuasi física. El *debere* lo asume, por ejemplo, un *pater familias*, pero *obligatus* resulta una de las personas sometidas a la potestad de aquél, a quien entrega como rehén o una persona que se coloca voluntariamente en dicha situación para asegurar el cumplimiento.

La *obligatio* y el *debere* tienen además orígenes distintos. El *debere* puede nacer de una simple promesa o de un pacto, pero en sí mismo, como ya hemos dicho, es inexigible e irrealizable sin la voluntad del promitente. La *obligatio* en cambio nace de un acto específico, formal y solemne, que originariamente fue el *nexum*, cuyas características no nos son bien conocidas. El acto de crear una *obligatio* se configura en las fuentes como un *contrahere*. También la idea de *contrahere* posee primitivamente una fuerza que luego ha ido perdiendo con el tiempo. *Contrahere*, originariamente, es realizar una atadura, reducir, estrechar o endurecer. Por el contrario, el acto que pone fin a la *obligatio* es ante todo una liberación. Se define como una *solutio*, porque *solvere* es precisamente el hecho de desatarse o de quedar desatado. La *solutio* primitiva no es en rigor el cumplimiento de un deber, sino el rescate de la propia libertad.

El *nexum* y la concepción arcaica de la *obligatio* desaparecieron probablemente por influjo de consideraciones de orden político y social. Mientras la *obligatio* fue un fenómeno esporádico y poco frecuente, en la comunidad romana primitiva, no planteó graves cuestiones. Sin embargo, como dice BIONDI, cuando el ensanchamiento de la *civitas* multiplicó su frecuencia y determinó que una gran cantidad de gentes, sobre todo plebeyos, se encontraran en la incómoda y comprometida situación de *nexi*, con las graves consecuencias que ello podría acarrear para sus personas (venganza privada, caída en la esclavitud, etc.) la cuestión adquirió el carácter de un auténtico problema social. Por ello y como consecuencia de la lucha de clases entre patricios y plebeyos, una Ley *Poetelia Papiria* estableció que la responsabilidad por deudas no se hiciera efectiva sobre la persona, sino sobre los bienes del deudor: *pecunia creditae bona debitoris non corpus obnoxia esse.*

4. Obligatio y actio: el «actionem teneri» como reverso de la obligación

La idea primitiva de *obligatio* no designa un *debere*, sino fundamentalmente una situación de sujeción y de cautividad del *obligatus*. El reverso de esta situación es un poder de naturaleza física o cuasi física que se concede a la persona favorecida. El reverso necesario de la *obligatio* es una acción que se concede al acreedor. La más antigua acción de la ley, que explica el concepto primitivo de la *obligatio*, es la *manus iniectio*. Como señala ARANGIO RUIZ, esta acción poseía los rasgos característicos de la defensa privada. El acreedor prende al *obligatus* por el cuello, donde quiera que lo encuentre, con el fin

de tomar venganza por el hecho de no haber sido pagado. Si la deuda no es satisfecha dentro de un determinado plazo, el acreedor puede vengarse vendiendo al *obligatus* como esclavo más allá del Tíber o matarlo. Originariamente, la *manus iniectio* es una acción puramente privada y no sujeta a más límite que el de la opinión pública. Cuando es el Estado el que se encarga de la realización de los derechos, queda sometida a unas determinadas garantías.

La *manus iniectio* desapareció al desaparecer la responsabilidad personal del *obligatus*. La realización del derecho del acreedor se lleva a cabo entonces a través de la captura de los bienes del obligado. Se utiliza para ello la *pignoris capio*, acción que había existido también con anterioridad, si bien aplicada sólo a determinados tipos de obligaciones. ARANGIO RUIZ señala que se trata de una acción ejecutiva, por virtud de la cual ciertos acreedores que no han sido pagados, estaban facultados para apoderarse de determinadas cosas de su deudor.

Cuando el antiguo procedimiento de las acciones de la ley fue sustituido por el procedimiento formulario, la realización de las obligaciones se llevó a cabo mediante una condena pronunciada por el juez. En ella se procede a una estimación o transformación en dinero del contenido de la obligación, de tal manera que la condena es siempre una condena pecuniaria *(litis aestimatio)*. Esto quiere decir que en la obligación romana el *debitum* es siempre algo inexigible; el acreedor no puede nunca pretender en juicio que el deudor sea condenado a realizar la misma prestación que constituía el originario contenido de su débito.

La sentencia es ejecutada, si el deudor no la cumple voluntariamente, a través de la llamada *actio iudicati*. Aunque la *actio iudicati* permite la ejecución sobre la persona del vencido, ésta puede ser evitada mediante una ejecución sobre los bienes. Sólo en los casos de deudores insolventes subsiste la ejecución sobre la persona que es finalmente sustituida por una prisión por deudas.

5. La tipicidad como característica de las obligaciones

En el Derecho Romano las obligaciones son figuras típicas, admitidas y reguladas por el *Ius Civile*. El Derecho Romano no conoció una categoría única, general y abstracta de *obligationes*, sino tipos singulares. Ello no excluye, sin embargo, como dice BIONDI, que los romanos no tuvieran un concepto general, que constituyó algo así como el hilo conductor del desarrollo de la institución y que no pudieran presentar incluso una definición de la misma. Según el autor citado, la idea que los romanos tenían de la institución jurídica que nos ocupa, se ha podido traducir en este campo en una formulación precisa.

Según el *Ius Civile*, la *obligatio* es una figura típica, por virtud de la cual una persona libre queda constreñida al cumplimiento de una prestación. BETTI señala que en el Derecho Romano el término *obligatio* no fue nunca entendido en un sentido genérico. Expresa tanto un concepto dogmático como un concepto histórico. Es una categoría de relaciones jurídicas típicas, configuradas por el *Ius Civile*, que, a través del elemento de la responsabilidad personal, se encuentra netamente delimitada frente a otras relaciones en apariencia semejantes.

6. La obligación como vínculo personal

La obligación romana posee un contenido y un carácter personal. Es la persona del deudor, en su entidad física, la que resulta vinculada. La *actio* que se atribuye al acreedor es, precisamente, una *actio in personam* porque se dirige contra la persona misma del deudor. Es una *actio in personam*, dice BIONDI, porque constituye aquella actividad jurídica enderezada a posesionarse de la persona vinculada que no ha cumplido la prestación.

En virtud de este carácter personal que la obligación tiene, ocurre que la misma solamente puede subsistir siempre que no haya variación de sus términos personales. De este perfil de la *obligatio* como vínculo personal se deriva su originaria intransmisibilidad, tanto desde el lado activo como desde el lado pasivo y lo mismo intervivos como por causa de muerte. La colocación de otra persona en el vínculo obligatorio hace que la obligación sea ya algo distinto. Por consiguiente, ello sólo puede ser conseguido a través de una extinción de la primitiva obligación y de la creación de otra nueva (novación). El carácter personal de la *obligatio* romana impide la transferencia tanto de los créditos como de las deudas. Impide igualmente la posibilidad de constituir o de crear una obligación por otro o para otro. La regla *nemo alteri stipulare potest* se funda precisamente en la idea de que cada uno puede vincular a su propia persona, pero no a la de otro y, al mismo tiempo, que cada uno puede vincularse en favor de quien reciba la promesa o la declaración, pero no en favor de un tercero.

7. La evolución posterior del concepto de obligación

En el Derecho Medieval, las Instituciones justinianeas constituyeron la base escolar de la enseñanza del Derecho y, como dice BESTA, no se sintió la necesidad de modificar la definición de obligación contenida en ellas. A lo largo de los siglos, la doctrina jurídica ha entendido la obligación como un vínculo legal por virtud del cual nos vemos en la necesidad de cumplir aquello que debemos. Sin embargo, la evolución, sobre todo empujada por las circunstancias de tipo económico, proyectó profundos cambios en el esquema originario de la *obligatio*.

En primer lugar, la obligación pierde en gran parte su original tipicidad y comienza a admitirse cualquier tipo de convenio. Incluso los pactos pueden crear una obligación. Se abre así paso al llamado principio espiritualista, que trata de desligar la constitución de obligaciones de cualquier tipo de formalismos. La máxima según la cual de cualquier modo que el hombre quiera *obligarse* queda obligado, se consagra entre nosotros en el Ordenamiento de Alcalá (1348).

En segundo lugar, la evolución ya iniciada en el propio Derecho Romano, trasladando la esfera de la responsabilidad por deudas de la persona al patrimonio, se acentúa decisivamente. La ejecución forzosa sobre el patrimonio se convierte primero en la forma normal de la realización de la responsabilidad, y, finalmente, suprimida la prisión por deudas, el patrimonio constituye el único soporte del poder de realización por el acreedor de su interés.

En tercer lugar, desaparece aquella originaria inexigibilidad del débito en la obligación romana que imponía el que para dar lugar a la ejecución forzosa hubiera de cambiarse el contenido de prestación, a través de una tasación o *litis aestimatio*, en una suma de dinero. Frente a esta concepción, el Derecho moderno comienza a admitir la posibilidad de condenas específicas, de hacer o de no hacer, a las cuales el condenado puede ser constreñido a través de medios idóneos para ello.

Por último, se produce una clara patrimonialización y comercialización de la obligación. La obligación no será ya tanto un vínculo entre personas, como un instrumento de obtención de fines económicos. Esta patrimonialización conducirá a admitir la transferencia de los créditos y de las deudas y la posibilidad de crear obligaciones valiéndose de otra persona.

En gran parte esta concepción moderna se encuentra ya vigente en el momento en que se lleva a cabo la codificación napoleónica e influye en ella. POTHIER señala que la palabra *obligatio* tiene dos significados. Uno amplio, que engloba todos los deberes que pesan sobre una persona y por tanto las que él llama «obligaciones imperfectas», que son aquellas de las que no somos responsables sino ante Dios, como, por ejemplo, hacer limosnas con lo superfluo. Es un significado más recto y menos amplio, no comprende sino las obligaciones perfectas, que son aquellas que dan a aquél con quienes las hemos contraído el derecho de exigirnos su cumplimiento.

Esta concepción de la obligación es la que en definitiva inspiró el Código francés y los Códigos posteriores que tomaron al francés como modelo.

8. La obligación como vinculación y la interdicción del arbitrio del deudor

De la definición de las fuentes romanas de la obligación como vínculo, se desprende que el deudor se encuentra sometido a la adopción necesaria y compulsiva de la actividad debida *(quo necessitate adstringimus)*. El deudor queda sujeto al poder coactivo que puede utilizar el acreedor y, además, al poder coactivo del Estado que se pone al servicio de la justa causa o del justo título que posee el acreedor insatisfecho. Examinaremos este tema más detenidamente al estudiar las posibilidades de ejecución del derecho de crédito, pero desde ahora debe quedar clara esta idea.

Del hecho de que la obligación sea una vinculación se desprende la imposibilidad de introducir en ella el arbitrio o la arbitrariedad del deudor. El Código expresa esta idea en el art. 1.256, en relación con los contratos, diciendo que la validez y el cumplimiento de los contratos —y por ende de las obligaciones contractuales— no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. La misma idea se expresa en el art. 1.115 CC, según el cual «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». Efectivamente, el que se obliga bajo la condición de si quiere hacerlo *(si volam, si voluero)* no queda obligado a nada. Está, simplemente, diciendo: lo haré si quiero; pero eso no es una obligación y por ello el Código la declara nula.

Lo que el Código declara nulo es una obligación que dependa «de la exclusiva voluntad del deudor», a la que doctrinalmente se denomina condición meramente potestativa. Ello quiere decir, que vale como condición y que la estructura de la relación obligatoria es legítima, si el cumplimiento de la prestación depende de una actividad del deudor que no sea arbitraria (p. ej., si me traslado al extranjero). Además, el Código alude a la voluntad

del deudor, con lo cual no impide la introducción en la estructura de la obligación de la voluntad o del arbitrio del acreedor.

En las relaciones obligatorias de carácter sinalagmático, en que no puede reconocerse a ninguna de las partes la condición estricta de deudor y de acreedor, porque las dos notas confluyen en ambos, no parece haber ningún inconveniente en admitir la condición consistente en la decisión de alguna de las partes (p. ej., este contrato comenzará a regir en el momento en que lo decida una de las partes, que es, como sabemos, el esquema básico del contrato de opción).

9. La construcción clásica del concepto de obligación. La obligación como situación bipolar

Sobre la base de estas ideas aparece la que podemos llamar concepción clásica del concepto de obligación. La obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada desde el lado del deudor por la deuda o deber de prestación y la situación de sujeción en que se coloca a quien debe y, desde el lado del acreedor, por la acción que al acreedor se le atribuye y por la situación de poder que le permite. La obligación será así la correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor. El deber del deudor es un genuino deber jurídico. El derecho del acreedor es un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor. Se logra con ello, dentro del marco de los derechos patrimoniales, un paralelismo riguroso entre los llamados derechos reales y los llamados derechos de crédito o de obligación. Los primeros proporcionan un señorío sobre las cosas. Los segundos proporcionan un señorío sobre la persona del deudor.

10. La evolución social y económica como determinante de la evolución jurídica. El tránsito de la economía agraria a la economía industrial y urbana

Además de poner de relieve el perfil estrictamente jurídico del fenómeno de la obligación, conviene resaltar su función económica y el influjo que en ésta determinan las transformaciones del mundo moderno. En principio parece claro que la obligación es el cauce jurídico o el instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica. A través de ella se cumple sustancialmente una función de intercambio de bienes y de servicios. En una economía agraria de grupos reducidos, en que cada uno de ellos es autárquico o sibisuficiente, el intercambio aparece como un fenómeno excepcional, que tiene por objeto los elementos de la producción agraria y los productos de la agricultura. Esta característica explica que gran parte de las obligaciones típicas que la tradición histórica hace llegar hasta nosotros se encuentren constituidas por formas de intercambio de los elementos de la

producción en la agricultura (fincas, ganado, aperos) y algunas formas no claramente diferenciadas de servicios.

Este cuadro, que comienza en cierta medida a cambiar en el Bajo Imperio y en la Edad Media, se altera radicalmente en los tiempos modernos. Especialmente la revolución industrial y últimamente la revolución tecnológica determinan la aparición de nuevos esquemas en la dinámica económica. Es ésta una dinámica masificada y despersonalizada, en la cual se deja sentir la influencia de las necesidades mismas del proceso productivo. Este, por una parte, se tecnifica y se racionaliza, llegando en nuestros días a la automatización. Ello obliga a un ensanche de los esquemas tradicionales y la necesidad de promover, a un ritmo acelerado, el desarrollo de la vida económica.

Los cambios de naturaleza tecnológica y los cambios en la dinámica de la vida económica inciden en el régimen de las obligaciones desde diferentes puntos. El primero de ellos afecta a la configuración misma de la teoría general. Toda la teoría general de las obligaciones vigente hasta ahora estaba pensada sobre los esquemas de una economía agraria y de una economía de pequeños comerciantes. Las obligaciones son siempre obligaciones de dar cosas específicas y obligaciones pecuniarias; por excepción, existen las llamadas obligaciones genéricas, pero con referencia a géneros muy poco diferenciados. No existe apenas un tratamiento del comercio de bienes de consumo en masa y falta casi en absoluto un tratamiento de las obligaciones de hacer. Este sistema ha sufrido ya una erosión evidente. El tráfico económico vierte en el comercio bienes de consumo masivo, que son géneros que entre sí tienden a diversificarse cada vez más. Al mismo tiempo se produce una entrada en el tráfico económico de nuevas masas de servicios técnicos, que determinan lo que se viene llamando el paso del sector industrial al sector terciario de servicios. Todo ello, además de provocar un desajuste entre los supuestos económicos y las normas jurídicas, tiene que producir un giro en la misma teoría general de las obligaciones, que de ser una generalización de los datos obtenidos a partir de las obligaciones pecuniarias, tiene que pasar a ser una teoría que englobe los criterios nacidos del tráfico en masa y de una economía de servicios.

El segundo de los puntos en que un cambio en la dinámica económica incide en el ordenamiento jurídico se encuentra en lo que puede llamarse la estandarización de la materia contractual. Contratos en masa o contratos tipo, como ya hemos visto en páginas anteriores, sustituyen los esquemas contractuales clásicos por un sistema de pura adhesión. La tecnificación y los procesos de racionalización del trabajo conducen a la automatización de la producción y de la distribución de bienes y de servicios. Los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores determinan bajo el punto de vista jurídico supuestos enteramente nuevos, en los cuales, más que de puras relaciones contractuales, habría que hablarse de relaciones o supuestos legalmente reglamentados.

Por último, en la economía moderna se ha producido una inversión de la relación existente entre la producción y el mercado. La gran empresa capitalista, de proporciones mastodónticas, con necesidades de programación a largo plazo, no permite que la producción se adapte al mercado, sino que deba ser al revés. En la famosa sociedad de consumo es el mercado quien tiene que adaptarse a las exigencias de la producción a través de la captación de los consumidores. Las formas jurídico-económicas a través de las cuales se hace posible, especialmente la publicidad y el marketing, adquieren un importante relieve.

Todos estos datos provocan, como antes decía, una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos.

CAPITULO II

DEUDA Y RESPONSABILIDAD

§ 1. LA DEUDA Y LA RESPONSABILIDAD COMO ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

1. La distinción entre deuda y responsabilidad: sus antecedentes históricos

La existencia en la obligación de dos elementos distintos —la deuda y la responsabilidad— fue puesta de relieve por VON AMIRA en sus investigaciones sobre el Derecho de Obligaciones en los países germánicos del Norte de Europa. Toda obligación comprende, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda (*Schuld*) indica solamente el deber de realizar una prestación. La responsabilidad *(Haftung)* es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor.

BIBLIOGRAFIA: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, vol. IV, Madrid, 1991; ALGUER, *La obligación*, «RJC», 1931, pág. 99; ALONSO FERNÁNDEZ, *El débito y la responsabilidad*, «IJ», 1952, pág. 341; BONET RAMÓN, *El vínculo jurídico obligacional*, «RGLJ», 1967; BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica de la obligación*, «RDP», 1967, pág. 835; BONET RAMÓN, *La prestación y la causa debitoria*, «RDP», 1968, pág. 205; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; CRISTÓBAL MONTES, *La formulación dogmática de la obligación*, «ADC», 1990, pág. 475; DE LOS MOZOS, *Concepto de obligación*, «RDP», 1980, pág. 979; DE LOS MOZOS, *Derecho civil: método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988; DIEZ-PICAZO, *El contenido de la relación obligatoria*, «ADC», 1964, pág. 349; DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957; DIEZ-PICAZO, *El Derecho de Obligaciones en la Codificación Civil española*, «Estudios Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 691; ESPÍN CÁNOVAS, *Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código Civil*, «AUM», 1952-1953, pág. 673; FAIREN, *Derechos reales y de crédito (Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción)*, «RDN», 1959, pág. 95; FUENMAYOR, *El cumplimiento «post-mortem» de las obligaciones naturales*, «AAMN», X, 1959, pág. 5; GARCÍA GARCÍA, *La relación jurídica desde las perspectivas práctica y teórica*, «RCDI», 1990, pág. 399; GIORGIANI, *La obligación*, trad. esp., Barcelona, 1958; GONZÁLEZ GARCÍA, *Notas para un concepto de carga*, «RGLJ», 1986, pág. 179; HERNÁNDEZ GIL, *El problema de la patrimonialidad de la prestación*, «RDP», 1960, pág. 273; HERNÁNDEZ GIL, *En torno al concepto de la obligación*, publicado como «Apéndice» en la nueva edición de su «Derecho de Obligaciones», 2.ª edic., Madrid, 1983; IHERING, *Del interés en los contratos y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, en «Tres estudios jurídicos», Buenos Aires, 1947; LACRUZ BERDEJO, *Las obligaciones naturales*, en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, pág. 163; LUNA SERRANO, *Comentario a los artículos 1.088 a 1.093*, «Comentario del Código Civil», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 3; MARÍN MONROY, *Obligaciones naturales*, «RCDI», 1931, págs. 721 y 801, 1932, pág. 32; MARTÍN-BALLESTERO, *La Obligación natural*, Zaragoza, 1959; MARTÍN PÉREZ, *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, «RGLJ», 1958, pág. 5; MARTÍN PÉREZ, *La «despatrimonialización» del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación*, «RDP», 1986, pág. 603; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VX-1, Madrid, 1989,

En el momento histórico más antiguo, las obligaciones nacen únicamente de los delitos. La deuda es entonces el deber del autor del delito de pagar una compensación pecuniaria *(Busse)*. La responsabilidad es en cambio la posibilidad que el demandante de la *Busse* y los miembros de su grupo familiar tienen de atacar al deudor en virtud de la pérdida de la paz. Cuando más adelante, las obligaciones nacen también de los contratos, la distinción entre deuda y responsabilidad aparece, si cabe, aún más acentuada. La deuda es el deber de una persona que ha prometido hacer o pagar algo y nace, por consiguiente, en virtud de la promesa. La responsabilidad, entendida como sumisión o sujeción al poder jurídico del acreedor, no nace sino a virtud de un acto formal en virtud del cual se constituía un objeto de responsabilidad. Dice PLANITZ que mientras el deudor para resolver si va a cumplir la deuda y en qué forma, ha de seguir su libre decisión, el responsable está expuesto a la coacción de una manera inmediata. La responsabilidad se crea por la dación de un rehén o por la dación de una prenda. En uno y otro caso la coacción significa que el objeto afectado por la responsabilidad tiene que ser entregado en posesión al acreedor.

La misma distinción fue aplicada por BRINZ al Derecho Romano, contraponiendo las ideas de *debitum* y de *obligatio*. En el Derecho Romano, como hemos expuesto con anterioridad, el *obligatus* no es la persona que debe, sino una persona dada o entregada como rehén para asegurar que será cumplido el *debitum*. El *obligatus* es una persona colocada en una especial situación de cautividad *(vinculum)* que garantiza que el *debere* será cumplido.

El *debere* y la *obligatio* se constituyen de distinta manera. El *debere* puede nacer de una simple promesa o de un pacto. La *obligatio*, en cambio, sólo nace si se especifica un acto formal *(nexum, sponsio)*.

pág. 1; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Problemática de las obligaciones naturales: eficacia jurídica del deber moral cualificado*, «RGLJ», 1964, pág. 327; MOISSET DE ESPANES, *Obligaciones naturales y deberes morales*, «RGLJ», 1969, pág. 567; PERLINGIERI, *Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones*, «RDP», 1983, pág. 58; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Concepto de derecho de crédito*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948, pág. 159; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Doctrina de las obligaciones naturales*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948, pág. 285; ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria*, «AUM», 1951-1952, pág. 435; ROCAMORA, *Contribución al estudio de las obligaciones naturales*, «RDP», 1945, págs. 485 y 546; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación natural (Nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho)*, Madrid, 1953; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación*, «RDP», 1963, pág. 646; SALVADOR CODERCH, *El artículo 1.090 del Código Civil*, «RJC», 1978, pág. 7; SANTOS BRIZ, *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, «RDP», 1960, pág. 548; SANTOS BRIZ, *Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el Derecho moderno*, «RDJ», 1961; VALLET DE GOYTISOLO, *Valor de la distinción de los derechos en personales y reales desde puntos de vista histórico, dogmático y realista*, «ADC», 1952, pág. 675; VALLET DE GOYTISOLO, *La distinción entre derechos reales y derechos de crédito*, «ADC», 1952, pág. 1381; VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980; VÁZQUEZ BOTE, *La obligación. Concepto, naturaleza y estructura*, «RGLJ», 1974, pág. 595; VÁZQUEZ BOTE, *Sobre el artículo 1.091 del Código Civil y la obligación natural*, «RCDI», 1975, pág. 891.

2. La distinción entre deuda y responsabilidad como problema dogmático moderno. ¿Dos relaciones distintas o dos elementos institucionales de una relación única?

La distinción entre deuda y responsabilidad como elementos conceptuales diferentes se ha mantenido en la terminología jurídica en todos los idiomas. En alemán se habla de *Schuld* y de *Haftung*, si bien conviene hacer la salvedad de que *Schuld* en alemán significa no sólo deber, sino también culpa, y *Haftung* no sólo es responsabilidad, sino también garantía. En francés se distingue entre *devoir* y *engagement* y en inglés entre *duty* y *liability*.

La doctrina española ha traducido las ideas expuestas empleando los términos de «deuda» y de «responsabilidad». DE LOS MOZOS, siguiendo a BETTI, señala que la palabra española responsabilidad, como la idéntica que existe en italiano, tiene en nuestra lengua un significado distinto del de *Haftung*. La palabra responsabilidad en alemán se corresponde a *Verantwortlichkeit*, que expresa el riesgo subjetivo de un mal. Por ello, si esta palabra se utiliza, en el tema que aquí analizamos, ha de hacerse atribuyéndole un significado tecnificado, que exprese del mejor modo posible la idea de sometimiento de una persona al poder de agresión o de coacción. Con estas aclaraciones, puede decirse que el primero de los elementos de la obligación es la deuda entendida como deber (deber-ser) del deudor de realizar o de adoptar un determinado comportamiento. El segundo elemento es la responsabilidad, que consiste, desde el lado del acreedor, en el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye, y, desde el lado del deudor, en la necesaria sujeción a las consecuencias del ejercicio de aquel poder. Este consiste en exigir coactivamente el cumplimiento o, dicho de otro modo, en poder acometer la ejecución forzosa e iniciar una agresión contra la persona y contra los bienes, o sólo contra los bienes del deudor.

La distinción entre deuda y responsabilidad, como elementos de la idea de obligación, es en sede teórica clara y nuestro Código hace frecuentes aplicaciones de ella. Puede encontrarse en la contraposición entre el art. 1.088 y el art. 1.911: el primero contempla el deber, cuando dice que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa; el segundo contempla la responsabilidad, cuando dice que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

El problema dogmático no radica tanto en saber si deuda y responsabilidad son dos elementos conceptuales diversos o dos ingredientes diversos del concepto de obligación, con un innegable valor instrumental, cuanto en decidir si son jurídicamente fenómenos de carácter independiente y autónomo que pueden presentarse separadamente: Si se trata de dos elementos institucionales o conceptuales fundidos en un único fenómeno que es la relación obligatoria o si se trata de dos relaciones jurídicas distintas, la relación de deuda y la relación de responsabilidad, cada una de ellas sometida a un régimen jurídico específico y con sus propias vicisitudes y avatares.

DE LOS MOZOS considera superada la teoría de la distinción entre el débito y la responsabilidad, por lo que propone su abandono. Nosotros creemos que, aun no siendo un tema de actualidad, es un tópico que permite profundizar en el concepto y en las características de la relación obligatoria, por lo que el análisis debe ser mantenido. Tradicionalmente, la cuestión solía ser investigada, tratando de decidir si existe o no posibilidad de autonomía y de independencia entre deuda y responsabilidad: si caben o no deudas sin responsabilidad, hipótesis de responsabilidad sin deuda o por lo menos sin deuda actual e hipótesis en que jueguen con distinto alcance ambos fenómenos, es decir, casos de cobertura incompleta de la deuda o de responsabilidad limitada.

3. La posible existencia de deudas sin responsabilidad y el problema de las llamadas obligaciones naturales

Para tratar de resolver, en sentido afirmativo, el primero de los interrogantes antes consignados, es decir, la posibilidad de que exista deuda sin que exista al mismo tiempo responsabilidad, se ha acudido al ejemplo clásico de las llamadas obligaciones naturales. En este tipo de obligaciones, se dice, falta la responsabilidad a pesar de existir la deuda o el deber. La obligación natural se piensa como una obligación imperfecta desde el punto de vista jurídico. No es perfecta porque no tiene el acreedor facultad alguna para exigir su cumplimiento. Desde este punto de vista ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU describen la obligación natural como una obligación con cobertura o protección jurídica incompleta.

Sin embargo, esta manera de pensar exige una cierta revisión del concepto mismo de obligación natural.

CAPITULO III

LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE OBLIGACION

§ 1. LA PATRIMONIALIDAD COMO ELEMENTO NECESARIO DE LA OBLIGACION

1. Planteamiento de la cuestión

Al tratar de individualizar el fenómeno de la obligación y establecer su fisonomía, parece necesario decidir si pertenece o no, necesariamente, al campo patrimonial o económico, porque de una u otra de las alternativas van a seguirse consecuencias distintas. Es este un problema debatido de antiguo por la doctrina de los reelaboradores del Derecho Romano en el siglo XIX (escuela histórica, pandectismo), que en la doctrina civilista se

BIBLIOGRAFIA: ALBACAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, vol. IV, Madrid, 1991; ALGUER, *La obligación*, «RJC», 1931, pág. 99; BONET RAMÓN, *El vínculo jurídico obligacional*, «RGLJ», 1967; BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica de la obligación*, «RDP», 1967, pág. 835; BONET RAMÓN, *La prestación y la causa debitoria*, «RDP», 1968, pág. 205; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; CRISTÓBAL MONTES, *La formulación dogmática de la obligación*, «ADC», 1990, pág. 475; DE LOS MOZOS, *Concepto de obligación*, «RDP», 1980, pág. 979; DE LOS MOZOS, *Derecho civil: método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988; DÍEZ-PICAZO, *El contenido de la relación obligatoria*, «ADC», 1964, pág. 349; DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957; DÍEZ-PICAZO, *El Derecho de Obligaciones en la Codificación Civil española*, «Estudios Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 691; FAIREN, *Derechos reales y de crédito (Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción)*, «RDN», 1959, pág. 95; GIORGIANI, *La obligación*, trad. esp., Barcelona, 1958; GARCÍA GARCÍA, *La relación jurídica desde las perspectivas práctica y teórica*, «RCDI», 1990, pág. 399; GONZÁLEZ GARCÍA, *Notas para un concepto de carga*, «RGLJ», 1986, pág. 179; HERNÁNDEZ GIL, *El problema de la patrimonialidad de la prestación*, «RDP», 1960, pág. 273; HERNÁNDEZ GIL, *En torno al concepto de la obligación*, publicado como «Apéndice» en la nueva edición de su «Derecho de Obligaciones», 2.ª edic., Madrid, 1983; IHERING, *Del interés en los contratos y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, en «Tres estudios jurídicos», Buenos Aires, 1947; LUNA SERRANO, *Comentario a los artículos 1.088 a 1.093*, «Comentario del Código Civil», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 3; MARTÍN PÉREZ, *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, «RGLJ», 1958, pág. 5; MARTÍN PÉREZ, *La «despatrimonialización» del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación*, «RDP», 1986, pág. 603; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VX-1, Madrid, 1989, pág. 1; PERLINGIERI, *Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones*, «RDP», 1983, pág. 58; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Concepto de derecho de crédito*, en «Estudios de Derecho Privado», I, Madrid, 1948, pág. 159; ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria*, «AUM», 1951-1952, pág. 435; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La obligación*, «RDP», 1963, pág. 646; SALVADOR CODERCH, *El artículo 1.090 del Código Civil*, «RJC», 1978, pág. 7; SANTOS BRIZ, *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, «RDP», 1960, pág. 548; VALLET DE GOYTISOLO, *Valor de la distinción de los derechos en personales y reales desde puntos de vista histórico, dogmático y realista*, «ADC», 1952, pág. 675; VALLET DE GOYTISOLO, *La distinción entre derechos reales y derechos de crédito*, «ADC», 1952, pág. 1381; VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980; VÁZQUEZ BOTE, *La obligación. Concepto, naturaleza y estructura*, «RGLJ», 1974, pág. 595.

recibe como un eco de aquella discusión. El problema de la patrimonialidad o del alcance económico de la obligación suele ser planteado en torno a su objeto, para decidir si la prestación debe o no poseer aquel carácter. Este es, sin embargo, un ángulo de visión estrecho, pues la cuestión es, como nosotros hemos querido subrayar, de delimitación del fenómeno que calificamos como obligación.

Nuestro Código Civil deja el problema intacto. El art. 1.088 no hace referencia a él, limitándose a decir que la obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo, pero sin puntualizar nada acerca de la naturaleza económica o no económica de ese algo que ha de ser dado, realizado u omitido, aunque algunos preceptos parecen conducirnos hacia la línea del contenido económico y patrimonial de la obligación. Así, cuando se dice que de la obligación responde el deudor con sus bienes (art. 1.911); que cuando el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa (art. 1.098) o cuando se establece la transformación de la obligación en indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101), aunque sea preciso confesar que ninguno de los preceptos mencionados es decisivo.

En la mayor parte de las ocasiones, la cuestión no llega ni siquiera a plantearse, pues es normal que las prestaciones insertadas como objeto de una obligación sean económicamente valiosas. Marginalmente, sin embargo, la cuestión puede y debe plantearse. ¿Puede ser objeto de una relación obligatoria una prestación que no tenga carácter patrimonial o que no resulte económicamente valiosa? Las obligaciones que recaen sobre posibles prestaciones carentes de valor económico, ¿constituyen o no constituyen fenómenos jurídicos diferentes de los que ahora estamos tratando de analizar?

Es posible pensar supuestos en los que un comportamiento, que, a primera vista, carece de valor económico, se integre dentro de una relación contractual. Piénsese en el arrendador que pacta con su arrendatario que éste no introducirá perros u otros animales en el local arrendado o que mantendrá los niveles de ruidos dentro de parámetros razonables; en el pacto entre el empresario de un medio de difusión o de una institución educativa y el director y los demás trabajadores, en que éstos se obligan a observar una determinada línea ideológica; o en el caso citado por GIORGIANNI y resuelto por la jurisprudencia italiana de una persona que conviene con un pariente suyo en que éste envíe a su hija a la casa de aquél, con el fin de alegrarle con su presencia y de convivir con su hija, huérfana de madre, obligándose, como contraprestación, a facilitarle alimentos y a criarla y educarla como hija propia.

2. La doctrina clásica de la patrimonialidad como requisito de la prestación

Según señala A. MURILLO VILLAR (*La patrimonialidad de la prestación en el Derecho Romano*, Libro de homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, Madrid 1988, vol. 6.°, pág. 391 y ss.), SAVIGNY y algunos otros juristas pertenecientes a la Escuela Histórica, sostuvieron que el Derecho Romano exigía en toda obligación que el contenido de la prestación fuera exclusivamente patrimonial e incluso que el interés del acreedor fuera a su vez patrimonial, alejando del Derecho de obligaciones cualquier otro matiz o interés que no encajara en esta dimensión económica de las obligaciones. Esta teoría, que se puede llamar clásica, tiene su apoyo en un texto de ULPIANO (28 ad. Sab.) que dice *«ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt»*, lo que puede ser traducido diciendo que puede ser objeto de obligación todo aquello de lo cual podemos liberarnos con dinero.

Se ha señalado, sin embargo, que el mencionado texto, recogido en *Digesto* 40, 7, 9, trataba sólo de ofrecer un argumento respecto de un caso concreto: establecida por *estipulatio* la obligación de entrega de un esclavo y alcanzada por éste la libertad antes del pago, queda extinguida la obligación del dueño, pues la libertad no puede estimarse pecuniariamente (cfr. A. MURILLO, *op.* y *loc. cit.*, pág. 402).

Ello no obstante, el punto de vista que exige contenido patrimonial o económico para las obligaciones, tenía un profundo sentido en el Derecho Romano, pues, en él, la obligación, para poder ser exigida judicialmente, tenía que ser convertida en dinero a través de una estimación, ya que la *condemnatio* tenía que referirse necesariamente a dinero. En una situación semejante sólo pueden ser objeto de obligación aquellas prestaciones que pueden ser, llegado el caso, realizadas o convertidas en dinero.

3. La crítica del carácter pecuniario de la prestación y la admisión de las obligaciones sin contenido patrimonial

En la doctrina alemana del siglo XIX, especialmente por obra de IHERING y WINDSCHEID, el dogma de la patrimonialidad de la acción fue objeto de una severa crítica. Los críticos se basaron sobre todo en la idea, corroborada por múltiples textos, de que el interés del acreedor en la obligación puede tener una naturaleza moral o afectiva, sin ser necesariamente patrimonial. Por otra parte, al quedar suprimida en el Derecho moderno la *litis aestimatio* y admitirse la posibilidad de ejecución específica de todo tipo de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, la exigencia romana y romanista de la reducción a dinero de la obligación pierde toda su justificación. Esta línea de pensamiento dominó la redacción del Código Civil Alemán, cuyo parágrafo 241 definió la obligación sin ninguna referencia al valor pecuniario de la prestación.

En la doctrina española, esta línea ha sido seguida por algunos autores. HERNÁNDEZ GIL sostuvo que una prestación no susceptible de valoración económica o patrimonial puede integrar perfectamente el objeto de una obligación y producir consecuencias jurídicas. No constituye para ello un escollo la limitación de los medios de ejecución forzosa. En un orden general de ideas, no cabe duda de que el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales. Además, la prestación desprovista de valor patrimonial o económico puede desplegar consecuencias jurídicas, como son la susceptibilidad de cumplimiento espontáneo y, en los casos de transgresión por el deudor y actuación judicial del derecho del acreedor, ejecución forzosa en forma específica, resolución del contrato fuente de las obligaciones cuando éstas son recíprocas o indemnización de los daños y perjuicios. La misma opinión sostiene BELTRÁN DE HEREDIA (*La obligación,* Madrid 1989, pág. 68), quien no ve inconveniente en la existencia de que prestaciones no susceptibles de valoración económica puedan constituir el objeto de la obligación.

4. Las llamadas tesis intermedias y la distinción entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del interés del acreedor

V. SCIALOJA y P. BONFANTE advirtieron que en los autores alemanes críticos de la doctrina clásica, había jugado un papel decisivo la idea del interés del acreedor y la posibilidad indiscutible de que éste no sea necesariamente patrimonial o económico. De este modo se incurría en el error de confundir patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del interés del acreedor, conceptos ambos que deben distinguirse. Si bien el interés del acreedor en la prestación puede ser extrapatrimonial, la prestación, en sí misma considerada, debe ser siempre patrimonial y susceptible de valoración económica, pues una prestación, como las de hacer, que, por su naturaleza son incoercibles, sólo pueden ser sometidas a ejecución forzosa a expensas del patrimonio del deudor. Este punto de vista fue acogido por el Código Civil Italiano de 1942, cuyo art. 1.174 dice que «la prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea de carácter patrimonial».

En cambio, el Código Civil Portugués de 1966 se sitúa en la línea opuesta al decir en su art. 398 que la prestación no necesita tener valor pecuniario, aunque deba corresponder a un interés del acreedor digno de protección legal.

5. Replanteamiento del problema

Los partidarios de las posibles prestaciones extrapatrimoniales alegan en favor de su tesis la posibilidad de que exista siempre la ejecución específica,

aplicable a toda clase de obligaciones; que, cuando la ejecución no sea posible, siempre lo será la indemnización de daños; que la obligación puede ser reforzada mediante la adopción de una cláusula penal; y que, en todo caso, del incumplimiento siempre pueden derivarse consecuencias jurídicas de otro tipo, como es, señaladamente, la resolución de los contratos sinalagmáticos.

F. SANCHO REBULLIDA cree posible entender que la prestación en sí no ha de ser necesariamente patrimonial (LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Obligaciones,* vol. I, Barcelona, 1983). La observación de la vida —dice este autor—, la conveniencia del tráfico y el interés de la justicia, así lo predican, sin que por otra parte pueda deducirse aquel carácter de la regulación del Código. Es la sanción del incumplimiento la que, por exigencias del art. 1.101 CC, debe ser objeto de valoración pecuniaria, lo que, en opinión del autor citado, no plantea especiales dificultades, pues unas veces vendrá cifrada en la misma obligación (contraprestación, cláusula penal) y en los restantes casos su valoración quedará al arbitrio de los tribunales. Si el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, añade F. SANCHO REBULLIDA, también en el campo de las obligaciones, en el cual tales intereses se resuelven en una prestación de imposible valoración económica directa, tampoco se les puede negar la protección de los demás miembros porque si negamos la validez de una obligación por el hecho de faltarle contenido económico, limitamos arbitrariamente la autonomía de la voluntad y dejamos sin juridicidad un posible elenco de deberes extrapatrimoniales capaces de cumplimiento voluntario.

En opinión del autor citado, la prestación en sí no ha de ser necesariamente patrimonial: la observación de la vida, las conveniencias del tráfico y el interés de la justicia así lo predican, sin que, por otra parte, pueda deducirse aquel carácter de la regulación del Código. Piénsese en que las prestaciones de no hacer, en sí, no son patrimoniales. En cambio, la sanción del incumplimiento, por exigencia, en última instancia, del art. 1.911 CC, debe ser susceptible de valoración pecuniaria. Sin embargo, ello en el Derecho moderno no plantea especiales dificultades: unas veces el valor vendrá cifrado en la misma obligación (contraprestación, cláusula penal) y, en los restantes casos, la valoración, puramente convencional, quedará al arbitrio de los Tribunales. Aun en estos casos, la admisión no resulta más grave que en otras actuaciones en que nace una obligación pecuniaria pero por vía de sanción al incumplimiento de un deber jurídico y en concepto, precisamente, de resarcimiento o indemnización (responsabilidad civil nacida del delito).

Si el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, no podemos negar la protección del ordenamiento jurídico en el campo de las obligaciones a los intereses que se encaucen a través de prestaciones de imposible valoración económica directa. Si negamos la validez de una obligación por el hecho de faltarle contenido económico, limitamos arbitrariamente la autonomía de la voluntad y dejamos sin juridicidad un posible elenco de deberes extrapatrimoniales capaces de cumplimiento voluntario. Pensemos, por ejemplo, en el deber de guardar secreta la filiación verdadera de una persona, asumido por contrato, por quien, en otro caso, no tendría obligación de reservar la noticia: no cabe su ejecución forzosa, pero su infracción permitirá reclamar daños, aunque no se haya producido perjuicio económico. Pensemos que alguien se obliga a no cultivar crisantemos en su jardín porque su vista suscita dolorosos recuerdos en el

vecino: la obligación puede ser cumplida coactivamente en forma específica, sin que nadie pregunte si es o no patrimonial. Cuando tales compromisos han sido asumidos en el marco de un contrato sinalagmático, es aplicable el art. 1.124 CC.

La no indemnizabilidad (mejor: la no evaluabilidad) no resulta motivo bastante para excluir del campo del Derecho de obligaciones a las que tienen por objeto una prestación extrapatrimonial; por de pronto, todos aceptan aquéllas cuyo contenido es susceptible de ejecución en forma específica. También las que no se presten a ello son, al menos, capaces de cumplimiento voluntario y de la aposición de cláusula penal. Y sobre todo, siempre es posible buscar una cierta equivalencia en los resultados entre la cantidad pecuniaria y el daño moral: una equivalencia acaso arbitraria y frontera con la cláusula penal, pero suficiente para evitar que el obligado pretexte la imposibilidad de valuación como medio de eludir el cumplimiento, quedando entonces éste al arbitrio del deudor, lo cual sí acarrearía la inexistencia del vínculo.

6. El funcionamiento en vía ejecutiva de la obligación y el criterio de la pecuniariedad de los daños

Aunque en principio nuestro Código Civil y nuestra Ley de Enjuiciamiento admiten la ejecución en forma específica de las obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 1.098 y 1.099 CC y arts. 923 y ss. LEC), cuando el comportamiento del deudor es personalísimo, el art. 924 LEC reduce la ejecución de la obligación al resarcimiento de los perjuicios. De esta suerte, parece que en última instancia es siempre necesaria una transformación de la obligación en su equivalente pecuniario. Es verdad, sin embargo, que el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la inejecución de una prestación no patrimonial puede dar lugar a una evaluación, tomando en cuenta el daño a los intereses de afección o el daño moral. Por otra parte, creo que es también admisible la idea de que el cumplimiento de obligaciones no patrimoniales puede ser reforzado a través de la inserción de una cláusula penal y que la obligación puede producir unas consecuencias jurídicas diferentes de las puramente ejecutivas, como son la resolución de los contratos u otros similares.

7. Patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación

Quizá convenga diferenciar como cuestiones diversas la patrimonialidad de cada singular prestación y la patrimonialidad de la obligación como bloque o marco institucional que sirve de causa para la realización de los intereses de las partes. La admisibilidad de prestaciones extrapatrimoniales se encuentra a mi juicio fuera de toda duda. Hemos aludido a la prohibición impuesta a un inquilino de introducir animales en local arrendado o de dedicar éste a usos incómodos y a la obligación del director de una publicación de mantener la línea ideológica de la misma. Sin embargo, es de observar que tales prestaciones extrapatrimoniales aparecen integradas en una obligación que considerada en su conjunto posee un claro sentido económico: un contrato de arrendamiento o un contrato de trabajo. Desde este punto de vista creo que puede llegarse a la conclusión de que los bienes objeto de una prestación de dar, cualquiera que ésta sea, objetivamente considerados, poseen siempre un valor económico. Igualmente, los servicios y las omisiones, en cuanto determinan un sacrificio económico, poseen también objetivamente considerados un valor económico. Esto es, además, perfectamente claro en todos aquellos casos en que el servicio o la omisión tienen su contraprestación. Por ejemplo, el mantenimiento de una línea ideológica es remunerado junto con el trabajo

de dirección. Puede ocurrir incluso que dos tipos de servicios se compensen entre sí mutuamente, caso en el cual es esa mutua compensación la que está midiendo también su valor y su alcance económico. Por ejemplo, en el caso citado por GIORGIANNI, los servicios de acompañamiento se compensan o retribuyen con los alimentos y la educación.

Llevando la cuestión hasta su límite, el problema habría que plantearlo en el caso en que una prestación sin ningún alcance económico constituyera el contenido único de una obligación. Aparte de que el supuesto es muy difícil de concebir, creo que en tal caso nos encontraríamos en presencia de una figura jurídica distinta, pero no de una verdadera y propia obligación. Por ejemplo, servicios prestados por amistad o buenos oficios. La obligación es, ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial.

§ 2. LA NATURALEZA Y EL SENTIDO DE LA OBLIGACION

8. El derecho de crédito y el deber de prestación o deuda: la tesis tradicional

La obligación se concibe tradicionalmente como una situación bipolar formada por la correlación de un derecho subjetivo y de un deber jurídico. En ella se ligan el derecho del acreedor, que es, según la tesis tradicional, un derecho subjetivo que tiene por objeto la persona del deudor y un deber jurídico, la deuda, que es un deber de adoptar un determinado comportamiento o conducta de prestación.

9. La revisión de la concepción clásica de la obligación y las doctrinas modernas

A lo largo del siglo XIX y a principios de nuestro siglo, la doctrina ha hecho objeto de crítica a la concepción tradicional de la obligación tal y como ha quedado expuesta en líneas anteriores, como correlación entre un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor y un deber jurídico que consiste en la adopción de un determinado comportamiento. Esta crítica se ha movido en torno a varios hilos conductores que han permanecido inalterables a lo largo del tiempo. En síntesis, estos hilos conductores han dado lugar a una polémica que, esquemáticamente, puede describirse así. Hay en primer lugar una polémica en torno a la idea de deber jurídico, que trata de determinar hasta qué punto puede hablarse rigurosamente de un deber jurídico del deudor. Hay, en segundo lugar, una polémica en torno a la idea de derecho de crédito que intenta puntualizar hasta qué punto puede hablarse de un auténtico derecho subjetivo del acreedor y cuál es el alcance de este derecho subjetivo. Hay finalmente una polémica en torno al fin o interés que constituye el sustrato de la obligación, que

busca establecer en qué medida en la obtención de ese fin y en la satisfacción de ese interés está la meta de la obligación y, por consiguiente, en qué medida condicionan los derechos y los deberes.

10. La polémica en torno al deber jurídico: la situación del deudor como situación de deber y situación de sujeción: deberes libres y deberes de tolerancia

A partir sobre todo de la obra de BRINZ y de los estudios antes aludidos, en torno a la distinción entre deuda y responsabilidad, una parte de la doctrina ha señalado que, aun cuando pueda hablarse de un *debitum* del deudor, este *debitum* en el terreno jurídico posee un sentido puramente hipotético. El comportamiento humano es algo enteramente libre e incoercible. Desde el punto de vista jurídico, el *debitum* es sólo una fase preliminar, prejurídica por decirlo así, de la responsabilidad, que es lo único que constituye la verdadera sustancia o entraña jurídica de la obligación. La conclusión a que se llega es que, en rigor, el deudor no debe, sino que simplemente es responsable. Es decir, se encuentra sujeto o se encuentra expuesto a una determinada actividad que será desarrollada por el acreedor o por los órganos judiciales.

Moviéndose en una línea sustancialmente idéntica, aunque con implicaciones teóricas de signo diverso, BINDER ha negado también que pueda hablarse de un verdadero deber jurídico del deudor. A juicio de BINDER, las normas no tienen como destinatarios a los particulares, sino a los jueces. Por ello no puede decirse que existan verdaderos deberes a cargo de los particulares. Los particulares no están obligados por las normas, sino simplemente expuestos a sufrir una sanción si se presentan las hipótesis contempladas por las normas. Sobre el deudor no pesa un deber. El deudor se encuentra expuesto a una sanción.

Estas ideas fueron recogidas en la doctrina italiana por BRUNETTI y por CARNELUTTI. BRUNETTI parte de la distinción entre los verdaderos y propios deberes jurídicos y los que él llama simples deberes libres. Según su pensamiento, verdaderos y propios deberes jurídicos son aquellos que corresponden a normas de carácter absoluto y por consiguiente limitan necesariamente la actividad del sujeto constriñendo a éste a la adopción de un determinado comportamiento. En cambio, son simples deberes libres aquellos que vienen impuestos por normas o reglas finalistas, cuya función consiste en imponer al sujeto un determinado comportamiento en tanto en cuanto quiera evitar un resultado desfavorable para él u obtener un resultado favorable. Para BRUNETTI, la deuda no es un deber jurídico verdadero y propio, sino que es un deber libre. No constituye una limitación de su actividad a la que venga constreñido necesariamente, sino que es algo que tiene que hacer en la medida en que quiera evitar un determinado resultado desfavorable, que consistirá en que el acreedor o los órganos judiciales lleven a cabo una serie de medidas de ejecución sobre su persona o sobre sus bienes.

Sustancialmente similar a la anterior es la tesis mantenida por CARNELUTTI. Según este autor, el deber no consiste en otra cosa que en la necesidad en que el deudor se encuentra de sufrir el hecho de que el acreedor satisfaga su interés mediante una agresión realizada sobre los bienes que forman parte de su patrimonio, pero este deber es un puro deber de tolerancia de la acción del acreedor.

Las doctrinas reseñadas tienen el mérito de poner en evidencia que, en última instancia, la obligación se reduce a un problema de responsabilidad y a un problema de ejecución. Sin embargo, ello no permite, en nuestra opinión, prescindir de la idea de deber jurídico. En realidad, la dificultad que plantea el concepto de deuda es la misma que en términos más generales plantea la idea de deber jurídico y su conciliación con el carácter necesariamente libre de toda actividad humana. Es verdad que en la práctica todo deber se reduce a las consecuencias que su incumplimiento permita poner en marcha, pero estas consecuencias están presuponiendo la idea misma de deber considerado como comportamiento cuya adopción es necesaria para la observancia de un orden jurídico. Por ello, cualquiera que sea la idea que se mantenga en la teoría general del derecho, la posición del deudor debe ser considerada como un deber jurídico y debe además entenderse que este deber jurídico es, en primera línea, un deber consistente en la adopción de un determinado comportamiento, que es el comportamiento de prestación.

11. La polémica en torno al derecho de crédito. El derecho de crédito como derecho de señorío sobre la persona y como derecho sobre los bienes

El segundo de los hilos conductores a través del cual la doctrina moderna ha intentado la revisión de la concepción clásica de la obligación es el que se refiere a la naturaleza y al alcance del derecho del acreedor. ¿Es el acreedor titular de un propio y verdadero derecho subjetivo o su situación merece una calificación distinta? Admitido que sea un derecho subjetivo, ¿qué naturaleza posee este derecho? Como se recordará, según la tesis tradicional, el derecho de señorío sobre la persona pudo ajustarse a los esquemas originarios del poder de *manus inectio* y de caída en esclavitud de los deudores. Dicha concepción decayó desde el momento en que la responsabilidad pasa a ser fundamentalmente una responsabilidad sobre los bienes y en que el deber del deudor se limita a la prestación comprometida. Ya SAVIGNY, advirtiendo la objeción, había puntualizado que el objeto del señorío del acreedor no es la persona del deudor en cuanto tal, sino determinados actos del deudor sustraídos a la esfera de su libertad y sometidos a la voluntad del acreedor. El derecho de crédito sería así un derecho sobre uno o varios actos del deudor, los actos de prestación. Sin embargo, la matización no salva la dificultad última. El comportamiento del deudor, que constituye la base y el objeto del derecho del acreedor es, como todas las actividades humanas, algo enteramente libre. En estos términos, ¿cómo puede hablarse de un señorío sobre los actos del deudor si la realización de estos actos depende exclusivamente de la voluntad del deudor? ¿Se puede hablar seriamente de un derecho *sobre* un acto?

La reacción de la doctrina se dirigió a señalar que el poder del acreedor consiste únicamente en poner en marcha, en defecto de un voluntario cumplimiento, una serie de medios supletorios establecidos por el ordena-

miento jurídico. Por consiguiente, el acreedor no tiene un derecho sobre la persona del deudor ni sobre un acto o comportamiento del deudor, sino solamente sobre los repetidos medios supletorios.

La actividad del deudor, dice BRINZ, en el momento mismo en que es desarrollada, no puede constituir el objeto de un señorío del acreedor, porque es algo instantáneo, que se agota en sí mismo, y en un momento anterior tampoco puede serlo, porque es algo que pertenece a la esfera psíquica del deudor. El derecho del acreedor no recae sobre la persona del deudor, ni tampoco sobre su actividad, sino sobre su patrimonio. No se dirige a forzar al deudor para que cumpla, sino a poner en marcha un medio de satisfacción de los intereses del acreedor.

La observación de BRINZ de que el derecho del acreedor no tiene como objeto la persona del deudor, sino su patrimonio, en cuanto que el acreedor no puede forzar al deudor a cumplir, sino que solamente se dirige a hacer efectivo su interés sobre los bienes, ha sido desarrollada por la doctrina italiana.

De la existencia de una sujeción del patrimonio del deudor a la agresión del acreedor para obtener satisfacción por equivalente de la prestación no cumplida, se ha deducido que este mismo patrimonio considerado como unidad constituye la garantía de los acreedores. Si todo el patrimonio del deudor constituye garantía de sus acreedores, en cuanto que está afecto al cumplimiento de las obligaciones, se puede concluir que sobre este objeto, constitutivo de garantía, tienen los acreedores alguna titularidad o algún derecho. Hay pues, se dice, un derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. ROCCO entiende que la facultad del acreedor de dirigirse contra los bienes del deudor es un específico derecho subjetivo. El hecho de que este derecho recaiga sobre un conjunto de bienes hace que se le configure como un derecho de garantía real. Y extremando aún más la nota y llevando hasta las últimas consecuencias el camino emprendido, se dirá que el derecho que tienen los acreedores es un derecho de prenda sobre los bienes de los deudores. Esta idea, mantenida en la doctrina francesa que reconoció la existencia de un *droit de gage*, con fundamento en los arts. 2.092 y 2.093 del *Code*, se encuentra muy enraizada en la jurisprudencia y en la práctica del Derecho común, que concibieron la responsabilidad patrimonial como una hipoteca *«omnium bonorum»*, ya que, al no estar en aquel momento establecida con carácter general por la ley la afección de todos los bienes al cumplimiento de las obligaciones, esta falta se subsanaba, como ha puesto de manifiesto BIZZARRI, mediante un pacto especial celebrado por el deudor y el acreedor en aquel sentido.

El derecho del acreedor se piensa, pues, como un derecho de prenda. Ahora bien, se reconocen las diferencias que existen entre este *pignus* genérico y el derecho de prenda concreto y especial. Es un *pignus* genérico, porque comprende todo el patrimonio sin recaer sobre ningún bien determinado y, además, porque sólo se actualiza cuando llegado el incumplimiento se hace necesaria la ejecución. Por su propia estructura recae sobre todos los bienes y es común a todos los acreedores, de suerte que no puede producir preferencia, ni prelación alguna, ni persecución *erga omnes* de los bienes pignorados.

Por otra parte, existe siempre la dificultad de configurar el patrimonio como objeto de derechos subjetivos. El patrimonio como noción jurídica es algo puramente abstracto que se diversifica en cada momento dado en una pluralidad de elementos (derechos, titularidades, facultades, etc.). Además, hablar de garantía para hacer referencia a una situación que es común a todos los acreedores no deja de alguna manera de ser inexacto,

pues la garantía es siempre algo que tiende a reforzar la posición jurídica de los acreedores y a concederles algo que normalmente no tendrían. Por todas estas razones la doctrina moderna no admite, por lo general, la teoría que configura el derecho de crédito como un derecho real de prenda sobre el patrimonio del deudor.

Reconociendo las dificultades que encierra concebir el derecho del acreedor como un puro y verdadero derecho de prenda, PACCHIONI señala que se trata de un derecho de garantía *sui generis*, cuya particular fisonomía obedece a las especiales disposiciones legales que lo disciplinan. En su opinión, conviene mantener diferenciados dos períodos. El período que se inicia con la constitución del crédito y el que se inicia con el incumplimiento de la deuda. En el primero de estos dos períodos, dice PACCHIONI, el derecho del acreedor posee el carácter de un derecho de control. Aunque el deudor continúa siendo titular de un patrimonio, se encuentra sin embargo limitado en la libre disponibilidad y administración del mismo como consecuencia del hecho de que el patrimonio, aun siendo suyo, constituye al mismo tiempo la común garantía de sus acreedores. Puede, por tanto, disponer de las cosas y de los derechos comprendidos en él, pero sólo en tanto que no perjudique el interés de sus acreedores. Estos pueden reclamar la anulación de todos los actos llevados a cabo por el deudor en fraude y sustituirle en la realización de aquellos actos cuya omisión tenga por objeto impedir el aumento del patrimonio comprometiendo la realización del crédito. Este puro y simple derecho de control de la gestión patrimonial que los acreedores tienen en el período que PACCHIONI llama de pendencia de sus créditos, se transforma en un derecho de agresión sobre el patrimonio en la fase que se inicia con el incumplimiento. A consecuencia del incumplimiento, los acreedores pueden proceder a la ejecución, mediante la toma de posesión del bien específico que era objeto de la prestación debida, haciendo realizar por otro a costa del deudor la prestación incumplida, o procediendo a la enajenación de bienes singulares pertenecientes al deudor para satisfacerse por equivalente sobre el precio obtenido con tal enajenación.

Las observaciones de PACCHIONI son ciertas, pero incompletas. Puede admitirse la existencia de una facultad de los acreedores de controlar, en la fase previa, la gestión patrimonial del deudor y una facultad de agresión o de ejecución sobre los bienes. Sin embargo, el derecho de crédito, como más adelante veremos, no puede quedar reducido a esto. El control de la gestión y la agresión sobre los bienes o ejecución son medidas complementarias, que sólo pueden encontrar explicación en un *prius* lógico que es el derecho a obtener la prestación.

12. El derecho de crédito como expectativa tutelada: derecho de crédito y acción

En el fondo toda la polémica bascula sobre la idea de que, si bien aquello que es justo que el acreedor obtenga es la prestación del deudor, no puede hablarse de un verdadero derecho del acreedor en la conducta del deudor, sino únicamente de un

derecho a poner en marcha las medidas supletorias previstas por el ordenamiento jurídico para el caso de incumplimiento.

Llevando este razonamiento a sus últimas consecuencias, BARBERO ha afirmado categóricamente que el crédito no es un derecho subjetivo. El derecho subjetivo consiste fundamentalmente en un *agere licere* del titular, es decir, en una libre actuación del mismo respecto del mundo exterior, como puede ser por ejemplo la del propietario o la del usufructuario sobre los bienes de su propiedad o sobre aquellos sobre los cuales recae el derecho de usufructo. A su juicio, el crédito lo único que proporciona al acreedor es una expectativa. El acreedor, como el propio lenguaje manifiesta (*credere* igual a confiar), se limita a ser sujeto de una pura expectativa. Si esta expectativa se ve satisfecha por el cumplimiento, se habrá agotado en sí misma. En cambio, si la prestación falta o hay razón para temer que pueda faltar, la expectativa queda tutelada mediante la defensa concedida por una acción, si bien la acción no es ya un derecho contra el deudor, sino un derecho a dirigirse frente a los órganos del Estado y a reclamar de ellos protección.

En nuestra opinión, lo que está en juego en toda esta polémica no es tanto la figura específica del crédito como el concepto genérico del derecho subjetivo. Si el derecho subjetivo se configura como una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, no puede caber duda alguna en el sentido de que el crédito constituye un derecho subjetivo, por cuanto que hay en él una evidente situación de poder jurídico concedido al acreedor, dentro del cual subyace además una dosis también clara de poder económico y de poder social. Si el derecho subjetivo se considera como aquella situación o aquel fenómeno que puede dar lugar a la justa formulación de una pretensión y a la satisfacción de la misma, la conclusión que se obtiene es idéntica. El acreedor es ante todo titular de un derecho, el derecho de crédito, y este derecho tiene por objeto palmario y fundamental la obtención de la prestación debida por el deudor, aunque no se agote en ella.

13. La polémica en torno a la incidencia del fin o interés en la obligación. La llamada «obtención del fin» y el fenómeno del cumplimiento por un tercero

La tesis tradicional que configura el derecho de crédito como un derecho del acreedor que se dirige fundamentalmente a obtener un comportamiento del deudor, ha sufrido los embates de una corriente de pensamiento que ha puesto de relieve cómo el derecho del acreedor no consiste propiamente en que el deudor adopte un comportamiento, sino en que el interés en ese comportamiento se vea satisfecho o logrado. De esta manera se llega a pensar que el acreedor no tiene derecho a un comportamiento de un deudor, sino derecho a la satisfacción de un determinado interés. Esta corriente de pensamiento toma su punto de partida en la observación de que la obligación queda extinguida si el acreedor logra ver satisfecho su interés, aunque el deudor no haya cumplido. La obtención del fin *(Zweckerreichung)* extingue la obligación, aunque dicha extinción del fin no vaya acompañada por la realización por el deudor de la prestación debida.

Los casos llamados de la extinción de la obligación por la obtención del fin por una vía distinta de la realización de la prestación debida han sido estudiados por HARTMANN y por KLEIN en Alemania y por ANDREOLI en Italia. Este último autor sistematiza dichos supuestos del siguiente modo. Cabe, en primer lugar, una realización del interés del acreedor por medio de un hecho natural o fortuito. Por ejemplo, si el deudor estuviese obligado a llevar a cabo la demolición de un edificio y la edificación se derrumbase por sí sola (v. gr.: ruina, etc.). En segundo lugar, cabe la posibilidad de que el interés del

acreedor se realice mediante un hecho del propio acreedor. Cabe por último que el interés del acreedor se realice a consecuencia del hecho de un tercero. En todos estos casos parece cierto que al quedar satisfecho el interés queda consumado el derecho y que por ello el derecho más que un derecho al comportamiento del deudor parece ser un derecho a la satisfacción de un fin o de un interés. Sin embargo, esta conclusión que desde el lado activo parece clara y puede admitirse, presenta algunas dificultades si el fenómeno se contempla desde su lado pasivo. El deudor no puede quedar obligado a que el acreedor consiga la realización de aquel fin, de aquel interés o de aquel resultado que persigue. El deudor cumple realizando la actividad a la cual está obligado. Su deber no es un deber de satisfacción, sino un puro deber de esfuerzo.

§ 3. LA DILIGENCIA COMO MARCO DE DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACION OBLIGATORIA

14. El concepto de diligencia

En la regulación de las relaciones obligatorias, los Códigos civiles, y el nuestro en particular, hacen constantes referencias a la idea de diligencia (cfr. arts. 1.094, 1.104, 1.555, 1.889 y 1.903). No se trata de una idea exclusiva del régimen jurídico de las relaciones obligatorias y puede aplicarse a otros campos o a otro tipo de relaciones jurídicas (cfr. tutela, art. 270; usufructo, art. 497, etc.). Pero en su aplicación a las relaciones jurídicas obligatorias adquiere todos sus perfiles.

La relación obligatoria es un proyecto o un programa que las partes establecen a fin de ajustar a él sus conductas y obtener en la realidad social y en la realidad jurídica determinadas consecuencias. Naturalmente, la autonomía de la voluntad de las partes hace posible dibujar y cerrar el programa o proyecto, de la forma tan pormenorizada y prolija como las propias partes deseen. También el legislador, al establecer el Derecho legal dispositivo, puede estatuir casuísticamente los derechos y deberes de las partes. Sin embargo, el dibujo del proyecto no puede nunca ser todo lo completo que sería de desear. Por ello, en ocasiones, las partes y, en su caso, el legislador optan por efectuar una remisión a modelos externos a ellos mismos. Esto es lo que ocurre cabalmente cuando se utiliza la idea de «diligencia».

En un sentido vulgar o usual diligencia significa esfuerzo, cuidado y eficacia en la ejecución de alguna actividad. En este sentido vulgar es en el que originariamente fue recibida la idea por la dogmática y por los ordenamientos positivos. Sin embargo, con el tiempo, ha ido adquiriendo un significado al mismo tiempo más preciso y más difuso por abstracto. Así, diligencia pasa a significar la compleja actividad que una persona debe o tiene que desplegar en una situación jurídica dada. F. DE CASTRO señaló que se trata de un «modelo de conducta», al que los usos sociales dotan de contenido efectivo. La idea es indudablemente fructífera, pero hay que señalar que el sistema de un modelo, al que llamaremos diligencia, no viene

establecido por lo que de modo factual ocurre en la realidad, sino que en el mismo penetra como ingrediente un elemento normativo. De algún modo, de forma parecida a lo que ocurre con la buena fe, se han ido creando reglas de conducta que la conciencia social considera de necesaria obediencia en determinados supuestos.

15. Los diferentes modelos de conducta encuadrables en la idea de diligencia

F. BADOSA, que ha estudiado esta cuestión, con especial profundidad y erudición (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987), considera posible establecer cuatro modelos de conducta a que pueden reconducirse la idea genérica de diligencia. Estos modelos son los siguientes:

1.° El modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia).

2.° El modelo del profesional o artífice (el perito).

3.° El modelo derivado en modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios intereses *(«quam in suis»)*.

4.° El modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular.

Decidir en presencia de un supuesto normativo concreto cuál de los antes definidos modelos de conducta debe ser aplicado, es algo que sólo podrá realizarse a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. De acuerdo con la idea de la aplicación preferente de un Derecho especial sobre un Derecho general, habrá de atenderse a la norma legal que regule el tipo de relación obligatoria. Subsidiariamente, habrá de atenderse al modelo aceptado por el ordenamiento con carácter general.

16. El modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia)

Se trata del único parámetro de diligencia al que el Código Civil hace referencia de manera expresa. En el párrafo segundo del art. 1.104, el Código dice que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». ¿Qué debe entenderse en este precepto y en los demás que hacen referencia al mismo modelo, por diligencia del buen padre de familia? Como es sabido, la idea del padre de familia es una expresión de origen romano que designaba simplemente al ciudadano que poseía o reunía

las condiciones de libertad y plena capacidad. Se trata, pues, de una persona ordinaria o corriente que posee plena capacidad de obrar y es, por consiguiente, un posible agente en el proceso económico. El modelo, sin embargo, requiere algo más. Como señala BADOSA, «equivale a persona no profesional o no experta en la materia sobre la que la obligación versa, respecto de la cual no posee conocimientos especializados».

Aunque en el art. 1.104,2 CC la figura del buen padre aparece en forma escueta, debe quedar integrada por la de sus propios asuntos. La diligencia exigible es aquella que un buen padre de familia pone ordinariamente en la gestión de sus propios asuntos. Es el normal nivel de esfuerzo y de atención de las personas que poseen un grado de diligencia media. Lo que viene designado por el adjetivo «bueno», con el que se califica al padre de familia definidor del modelo. Este adjetivo, dice BADOSA, designa una de las posibles graduaciones o intensidades de aplicación del tipo: la diligencia media. En síntesis, y siguiendo la idea del autor antes citado, se trata de un modelo de conducta caracterizado por la no profesionalidad y por una cierta dosis de perfección en el comportamiento.

17. El modelo de conducta del profesional o artífice (el perito)

Aunque el Código Civil alude con carácter general a un modelo de conducta definido por el buen padre de familia, la idea del experto o el artífice no se encuentra ausente de él. Así, en el art. 1.484, en relación con el examen de la prestación, en el contrato de compraventa, para determinar su ajuste con el contrato, alude al caso en que el comprador es un perito, que por razón de su oficio o profesión, debe fácilmente conocer los defectos de la cosa vendida. Referencias similares se pueden encontrar en los arts. 1.497 ó 1.598. De este modo, la pericia se convierte en un modelo de conducta de necesaria observancia por quien posee determinados saberes o conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza. La aplicación de este modelo exige que la actividad tenida en cuenta en la relación obligatoria pueda ser, como dice BADOSA, disciplinada por un conjunto de reglas y normas de carácter restringido, porque los saberes y las técnicas son de carácter limitado.

La idea anteriormente expuesta, que es la de «diligencia profesional», entendiendo la palabra profesión en un sentido muy amplio, se encuentra en la STS de 22 de noviembre de 1982. Se discutía en este asunto la responsabilidad de un arquitecto por determinados defectos de construcción de la fachada de un edificio perteneciente a la comunidad actora. El TS, reiterando alguna sentencia anterior, como las de 22 de marzo de 1966 y 24 de enero de 1965, dice lo siguiente: *a)* que la normal previsión exigible al *técnico arquitecto* director de la obra no puede confundirse con la simple diligencia del obrar cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica

su intervención en la obra, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica; *b)* la responsabilidad del arquitecto se basa en una culpa determinada por la omisión de la *diligencia especial* exigible por sus conocimientos técnicos, que no puede confundirse con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia «alejada de la general, definida en el párrafo segundo del art. 1.104 CC».

18. El modelo determinado por el comportamiento del propio deudor respecto de sus asuntos e intereses («qum in suis»)

La característica de este modelo, dice BADOSA, es que la cualidad de deudor, que en virtud de la relación obligatoria se adopta, no impone modificación alguna en el tipo de conducta que el sujeto implicado venía observando hasta ese momento. La diligencia a cumplir en el futuro es la misma que en el pasado se venía adoptando, que se supone —aun cuando ello no sea absolutamente necesario— que era conocida del acreedor y aceptada por él. Se trata de un modelo de carácter no profesional o no experto y de un modelo caracterizado por su concreción, ya que el hecho de que la regla de conducta se deduzca de la actividad de un deudor singular la hacen irrepetible e inaplicable para las demás obligaciones.

19. El modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular

Este tipo o modelo se extrae de la referencia que hace el art. 1.104 a la diligencia que exija la naturaleza de la obligación. La característica de este modelo, dice BADOSA, es la corrección y la negación del apriorismo del padre de familia y del profesional o artífice. Contempla la obligación como fuente de la diligencia que ha de aplicarse y es por ello, según el autor antes citado, un modelo de configuración judicial.

20. Las funciones de la figura de la diligencia en las relaciones obligatorias

Se pueden establecer del siguiente modo:

1.° La función de integración de la prestación debida.

2.° La llamada función promotora de la diligencia.

3.° La función de definición del título de imputación de la responsabilidad por negligencia.

4.° El módulo de construcción de los deberes accesorios de conducta y de las modalidades de ejercicio del derecho de crédito, así como de las cargas que lo acompañan.

a) La idea de diligencia sirve para dotar de contenido y determinar una prestación, generalmente de hacer, identificada por las partes con una referencia de carácter genérico. Esta idea es especialmente útil cuando se trata de prestaciones profesionales, pero puede utilizarse de modo general en los contratos de servicios. Si el servicio no va unido a un necesario resultado, el único criterio identificador, en defecto de su completa adscripción por las partes, es la diligencia. Esta idea aparece con perfecta claridad en el párrafo segundo del art. 1.719 CC, que regula la prestación de actividad a que se encuentra obligado el mandatario. El precepto ordena que el mandatario se ajuste a las instrucciones del mandante, pero si no existen específicas instrucciones el Código ordena al mandatario que haga «todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia». El modelo de diligencia no profesional es utilizado para dotar de contenido y determinar, hasta donde sea necesario, la prestación de servicio que el deudor ha de llevar a cabo. La misma idea es aplicable cuando se trata de servicios profesionales. Generalmente las partes se limitan a aludir genéricamente al tipo de servicios (p. ej., cuando se reclama la asistencia médica) o se definen como unidas a una realidad concreta (p. ej., cuando se contratan los servicios de un arquitecto para dirigir una obra). En todos estos casos, la actividad que debe desplegar el deudor profesional es el modelo de diligencia profesional: todo lo que exija la llamada *lex artis*, que es el conjunto de específicos reglamentos de la profesión y todo aquello que en la profesión ordinariamente se realiza. Por ello, las obligaciones de servicios así integradas y determinadas, han podido ser denominadas «obligaciones de diligencia».

b) BADOSA ha aislado una segunda función del instituto de la diligencia, que es intrínseca a la prestación debida y que tiene respecto de ella un carácter instrumental. Es la actividad necesaria para que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, pueda convertirse en realidad. Significa una extensión de los deberes del deudor y comprende las actividades necesarias para la previsión de la viabilidad de la prestación, tal como se encuentra contemplada en el negocio jurídico constitutivo, los deberes de preparación y de elaboración de la misma, la ejecución de las fases previas a su realización última y las actividades de preservación y de evitación de los eventos que puedan ponerla en peligro, ocasionar daños o, finalmente, hacerla por completo imposible. Desde el punto de vista que nosotros hemos adoptado, la diligencia es aquí una fuente de especiales deberes de conducta, que, como deberes accesorios, acompañan a la prestación principal (v. *infra* pág. 217). Puede ocurrir, sin embargo, que al no tratarse de comportamientos que sean directamente exigibles, no constituyan efectivos deberes, sin perjuicio de que la inobservancia del modelo comporte para el deudor un determinado sistema de responsabilidad.

c) Del mismo modo que la diligencia establece un modelo que ha de ser observado por el deudor, establece también un sistema de conducta que ha de ser atendido por el acreedor, al llevar a cabo los actos de ejercicio del derecho de crédito. Desde este punto de vista, es función de la diligencia la creación de una serie de cargas que operan como límites o como condiciones del ejercicio del derecho de crédito.

d) Por último, la idea de diligencia es premisa necesaria para la construcción de la figura de la culpa-negligencia, como título de imputación de la responsabilidad por la falta de ejecución rigurosa de la prestación o responsabilidad contractual.

W. N. HOHFELD

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

DISTRIBUCIONES FONTAMARA

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/ Tenessee* (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 necesarios 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".)

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

[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*

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]

(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.

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-

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* (1883), 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* (1865), 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 procesal. 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

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.*).

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 características 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.

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).

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.

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".

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

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.

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.

I-40016
C G
340.1
V749 et
1976
c.2

COLECCIÓN JURÍDICA
SERIE MAYOR



© Michel Villey, 1976
Inscripción Nº 45.132
Ediciones Universitarias de Valparaíso
Casilla 1415, Valparaíso
Derechos Reservados

Edición de 2.000 ejemplares

Diseño gráfico:
Alejandro Rodríguez Musso
Allan Browne Escobar

Impreso en los talleres
de Alfabeta Impresores Ltda.
Lira 140 — Santiago - Chile

HECHO EN CHILE

ESTUDIOS EN TORNO A LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO

Michel Villey





EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAISO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

I

LOS ORIGENES DE LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO*

* Comunicación presentada a la Société d'Histoire du Droit, en junio de 1953. Publicada en *Archives de Philosophie du Droit*, 2 (1953-1954), p. 163 ss., ahora, en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* [2] (Dalloz, París, 1962), cap. XI, p. 221 ss. Traducción de Alejandro Guzmán (Universidad Católica de Valparaíso).

I. UNA CONTROVERSIA EN TORNO AL SENTIDO DE LA PALABRA "JUS"

A comienzos del S. XVII, iniciando su gran tratado *De Jure Belli ac Pacis* con una serie de definiciones preliminares, Grotius describe así el sentido del término *jus: "Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum"* [1] [El derecho es la cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente].

Esta es la definición misma del derecho subjetivo: cualidad atribuida a una persona y, más precisamente, ya que ante todo se trata del Derecho propiamente dicho (*proprie aut stricte dictum*), f a c u l t a d de tener o de hacer cualquier cosa. Y Grotius esclarece su fórmula enumerando las diversas clases de derechos: este *jus* puede ser un poder sobre sí mismo (*potestas in se:* la libertad); un poder sobre otros (*potestas in alios:* por ejemplo, el poder paternal); un poder sobre las cosas (*potestas in re: dominium,* en cuyo derredor se distinguen diferentes especies).

[1] GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis,* lib. I, cap. 1, párr. 4: *"Ab hac juris significatione diversa est altera sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur. Quo sensu jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum... Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur; minus perfecta, aptitudo... 5. Facultatem juris consulti nomine Sui appellant; nos posthac jus proprie aut stricte dictum appellabimus; sub quo continentur: potestas in se (libertas); in alius (ut patria dominica); dominium plenum sive minusplenum..."* [Hay una significación de derecho distinta de ésta, pero de la cual viene, y que se refiere a la persona. En este sentido, el derecho es una cualidad moral que compete a la persona para tener o hacer algo justamente... La cualidad moral perfecta se llama facultad; la menos perfecta, aptitud... 5. Los jurisconsultos, para denominar la facultad, emplean precisamente esta palabra; en lo futuro, nosotros la llamaremos derecho en sentido propio y estricto; el cual implica: la potestad... sobre sí mismo (libertad); hacia otros (como la potestad del padre o del amo); el dominio pleno, el menos pleno, etc.].

Yo no propongo esta definición como un modelo de elegancia ni tampoco de nitidez y precisión. De hecho, el contexto nos prueba que Grotius no hizo del sentido subjetivo más que una de las acepciones de la palabra *jus*, y que él no concebía al derecho subjetivo de una manera perfectamente delineada [2]. Poco nos importa. Yo recojo esta definición por la celebridad de que ella ha gozado durante dos siglos, por su larga fortuna, por el significado nuevo y pleno que sus lectores antiguos le han atribuido; todo lo cual nos autoriza para ver en ella el origen de un pensamiento de tipo individualista.

Es notable, en efecto, que este pasaje de Grotius, para nosotros tan sin importancia, haya llamado fuertemente la atención de la gente de su siglo. Toda la Escuela del Derecho Natural lo cita o, a lo menos, se inspira en él. Algunos, no sin reconocer en su estilo enfático una deuda hacia su primer inventor, han querido completar esta definición famosa: Pufendorf tiene en memoria la definición de Grotius cuando ve en el derecho una *qualitas moralis* [cualidad moral], esta cualidad "por la cual nosotros dominamos, sea a las personas sea a las cosas"; pero, añade él, un derecho es siempre lo opuesto, la contrapartida de una deuda, de una obligación pasiva; esta significación subjetiva de *jus* será frecuente o la más ordinaria (*frequentissimum*) [3]. Thomasius comenta largamente la misma definición de *jus "secundum stylum Grotii"* [según

[2] Se habrá podido, en efecto, notar en el texto citado en la nota precedente, que la acepción de derecho subjetivo es para Grotius una acepción derivada. El significado original de la palabra *jus* sería "aquello que es justo" o, más bien, "aquello que no es injusto" *(quod injustum non est)* según lo enseña la Escolástica tradicional de Santo Tomás a Suárez. Además, Grotius reconoce, en el mismo pasaje, que el *jus*, en lugar de estar atribuido a la persona *(qualitas personae competens)*, puede también calificar una cosa: *"rem interdum sequatur, ut servitutes praediorum quae jura realia dicantur, comparatione facta ad alia mere personalia"* [A veces sigue a la cosa, como las servidumbres prediales que se llaman derechos reales, en comparación con los otros meramente personales]. He aquí quien, sin ser muy claro, da testimonio de sus dudas al apartarse de la antigua tradición romana.

[3] PUFENDORF, *Elementarum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660), lib. I, def. 8: *"frequentissimum est, ut sumatur pro qualitate illa morali, qua recte, vel personis imperamus vel res tenemus, aut qua eaedem nobis debentur. Sic communiter juris nomine venit potestas tam in personas quam spectat peculiariter jus in re dicitur..."*. [Es muy frecuente que se tome por aquella cualidad moral, en virtud de la cual rectamente, o bien imperamos sobre las personas o bien tenemos una cosa o bien la misma nos es debida. Así, comúnmente, en la palabra derecho se incluye la potestad tanto hacia las personas cuanto hacia las cosas, sean nuestras o ajenas, y la cual, cuando se refiere particularmente a la cosa, se llama derecho sobre una cosa...]. Texto análogo en el tratado del Derecho de la naturaleza y de gentes. En el párrafo siguiente está señalada la correspondencia entre el derecho y la obligación, su contraria.

el estilo de Grotius], la corrige en algunos puntos, y menciona que Grotius ha tocado aquí la acepción esencial de la palabra [4]. Para Feltmann, se trata del primer sentido de la palabra, *"princeps intelectus"*, y Feltmann enumera con amplitud, en su tratado *De jure in re et ad rem*, las diferentes especies de derecho entendido como "facultad" o *"praelatio moralis"* [preminencia moral] o *"potestas hoc vel illud faciendi"* [potestad de hacer esto o aquello]: derecho subjetivo sobre las personas, derecho sobre las cosas y derecho a las cosas (*ad res*, derechos personales) [5].

[4] THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae* (1718), lib. I, cap. 5, párr. 1: *"Jus sumitur varie; potissimum vel pro norma actionum, vel pro potentia agendi in relatione ad illam norman secundum stylum Grotii. 8. Cum notorium sit, jus et obligationem esse correlata, jam facile ex doctrina correlatorum constabit, quid sit jus in altero significatu quando scilicet sumitur pro potentia agendi in relatione ad norman, sive pro attributo personae..."* [Derecho se toma en varios sentidos: principalmente, o bien como norma de las acciones o bien como potencia para actuar en relación con dicha norma, según el estilo de Grocio. 8. Como es notorio, derecho y obligación son correlativos, y constará fácilmente por la doctrina de los correlativos qué es derecho en su otro significado, es decir, cuando se toma como potencia para actuar en relación con la norma o como atributo de la persona...]. En el párrafo 23, las críticas se dirigen a la división grotiana de *jus* en *perfectum o imperfectum: "nam omne jus est perfectum"* [pues todo derecho es perfecto]. 59. *"Pergo ad jus quatenus denotat potentiam ad norman relatam seu, ut Grotius loquitur, quatenus denotat attributum personae"* [...Continuo con el derecho: en qué medida denota una potencia referida a la norma o, como dice Grotius, en qué medida denota un atributo de la persona].

[5] FELTMANN, *Tractatus de jure in re et ad rem* (1665), cap. 1, párr. 27: *"Princeps autem intellectus es ille, per quem usurpatur pro jure quod cuique reddendum.* 28. *Et nihil aliud est quam pralatio moralis qua alter venit ante alterum in commoditate.* 31. *Ex quo manavit ut facultas atque potestas quae vis hoc vel illus faciendi diceretur jus..."* [El principal sentido es aquel por el cual se recupera, por el Derecho, lo que debe restituirse a cada uno. 28. Y no es otra cosa que un valor moral por el cual uno con exclusión de otro goza de una ventaja. 31. Se llama derecho aquello de lo cual ha emanado cualquier facultad o potestad de hacer esto o aquello]. Como Grotius, Feltmann se encuentra incómodo con los textos romanos que atribuyen un *ius* a las cosas (*iura praediorum* [derechos de los predios]): 34. *"Utrumque ergo tam qualitas rei quam facultas quam homo circa eam habet jus dicitur* [Por tanto, se llama derecho tanto a la cualidad de la cosa cuanto a la facultad que un hombre tiene acerca de ella], pero se libra calificando dicho uso de impropio: *"sed responsum habeat hoc quod rei qualitas non appellatur jus nisi improprie..."* [Pero ello tenga su respuesta en esto: no se llama derecho a la cualidad de una cosa, sino impropiamente]. Feltmann se refiere expresamente a Grotius varias veces; es a propósito de la subdivisión de los *jura* que él toma, en contra de De Felde, la defensa del Magnus Hugo [gran Hugo] (cap. 13). Se podría agregar a estos ejemplos muchas otras definiciones sacadas de los autores de la Escuela del Derecho Natural y de las escuelas cercanas: WOLF, *Institutions du droit de la nature et des gens* (trad. Luzac, 1772), 1.2.46: *"Facultas seu potentia moralis agendi"* [Facultad o potencia moral de actuar] el traductor francés se remite a Grotius). BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, A, 66, 1ª parte, cap 7: "en primer lugar, el derecho se toma a menudo como una cualidad personal, una potestad, un poder de actuar, una facultad".

Pero mejor que los discípulos y los admiradores, son los adversarios quienes nos instruyen: el autor de un *Tractatus juris universi,* un cierto Jean De Felde, ha hecho aparecer, en 1652, *Notas de críticas al Tratado de la Guerra y de la Paz.* He aquí su nota sobre la definición de *jus:* "eso que los juristas romanos expresaban con el adjetivo *suum* [lo suyo], la *facultas,* Grotius declara que lo llamará *jus* en sentido estricto (*jus stricte appellaturum*). Yo no sé si él tiene razón en esto: pues —prosigue De Felde—, ¿cómo conceder al autor que la libertad, por ejemplo, sea un *jus?* La libertad es una facultad, pero jamás los antiguos la han hecho un *jus*". Lo mismo observa del sujeto del poder paternal o dominical, y también de la propiedad. Los juristas romanos no han clasificado el *dominium* entre los *iura* [derechos] y, por el contrario, ellos oponían *dominium* a *ius.* De Felde cita aquí textos bien conocidos, como la ley 13 *de damno infecto,* los cuales oponen (*contradistingunt*) a los derechos propiamente dichos (usufructo, prenda, servidumbre) el *dominium* que no constituye un *ius* [6]. De la misma forma, Grotius ha contravenido el lenguaje romano calificando la soberanía de *jus eminens* [7] [derecho eminente]. De una manera general, De Felde reprocha a Grotius el haber dado a *jus* un sentido mucho más amplio: *in hac auctoris definitione reprehendum esse videtur, quod genere aliquo latissimo usus est"* [8][parece que debe reprocharse a esta definición del autor el que se ha empleado (*jus*) en una amplísima categoría]. El *ius,* según el uso romano más correcto, no era apto para designar toda especie de derecho subjetivo.

Uno de los miembros más célebres de la Escuela holandesa de Jurisprudencia elegante, Huber, ataca especialmente a Grotius por haber incluido a la propiedad bajo el concepto de derecho. El emprende en este punto una polémica con Feltmann, alegando, contrariamente a Grotius, que jamás los romanos han calificado el *dominium* de *ius in re: Dominium nusquam jus in re a veteribus appellari* [9] [El dominio nunca es llamado derecho sobre una cosa por los antiguos]. Por lo demás, las expresiones *jus in re, ad rem, in personas,* estas divisiones entre especies de derechos subjetivos, constituyen barbarismos, invenciones de autores recientes, de "canonistas y acursianos", novedades tan contrarias a la elegancia como al verdadero uso romano [10]. Feltmann, por su parte, replica ampliamente en nombre del gran Hugo Grotius [11] (*"Magnus Hugo"*).

Esta es una polémica fuertemente sugerente, cuyo alcance histórico no se podría, por otra parte, falsear. Los adversarios de la fórmula de Grotius, De Felde y Huber, por ejemplo, no son hostiles a su lenguaje. De Felde no tiene ninguna repugnancia en hacer de *jus* una *facultas,* puesto que él incluye estas palabras en su propia definición [12]; Huber admite, en fin

[6] Vid. infra, p. 38 s.

[7] J. De Felde, *Notes sur Grotius* (ed. Amsterdam 1653), párr. 5: *"Facultatem nomine sui venire juris consulti Seque jus stricte appellaturum ait, nescio an satis bene. Nam libertatem nemo facile jus in se vocabit nec dominium jus in res videtur proprie dici posse, nec fortasse pater in liberos, aut dominus in servos jus proprie habere dicitur. Etenim nom quempiam facile praesertim veterum philosophorum invenies, qui libertatem jus in semetipsum dicat. Consentiunt mecum leges romanae l. 13, p. 1. et 19. de dammo infecto quae dominium juri contradistingunt-libertatem vero nuspiam jus aliquod in nosmetipsos appellebant..."* [La facultad que con este nombre aparece en los jurisconsultos, dice él (Grotius) que habrá de llamarse derecho en sentido estricto, no sé si bien o mal. Pues nadie llamaría a la libertad derecho sobre sí mismo, ni parece que puede decirse propiamente que el dominio es un derecho hacia las cosas, ni, quizá, que el padre hacia sus hijos o el dueño hacia sus siervos tengan un derecho propiamente tal. En efecto, no encontrarán fácilmente a nadie, sobre todo entre los antiguos filósofos, que diga que la libertad es un derecho hacia sí mismo. Conmigo están de acuerdo las leyes romanas l. 13., p. 1 y 19, *de damno infecto* que distinguen el dominio del derecho...].

[8] De Felde cit en n. 7, párr. 4.

[9] Esta polémica reproducida en el tratado de Feltmann, *De jure in re et ad rem,* o que se la puede encontrar separadamente en varias ediciones (*Opera,* 11, 259; *Disgressiones,* 1, IV, cap. X; *Repetitae animadversiones,* etc.) es muy larga; no se puede citar aquí más que breves extractos: *Animadversiones,* cap. 14: *"alterum quod in me tibi displicet, est id quod obiter scripsi dominium forte nusquam jus in re a veteribus appellari, sed et quidem opponi ut in l. 19 de dammo infecto. Monstrare volebam ista vocabula jus in re non fuisse veteribus usurpata pro stabilo termine artis... Memento tamen hoc tibi incumbere uti probes dominium a veteribus jus in re appellari"* [otra cosa mía que le ha desagradado, es aquello que escribí al pasar de que el dominio quizá nunca es llamado derecho sobre la cosa por los antiguos y, por el contrario, le opuse lo que se dice en l.19 *de dammo infecto.* Quería mostrar que las palabras *jus in re* no han sido usadas por los antiguos como un firme término de su técnica... Recuérdate que te incumbe probar que el dominio es llamado *jus in re* por los *antiguos].* Si es verdad que Ulpiano habla de dominio *in re, in fundo,* Feltmann jamás logró aportar un texto que calificase el dominio de *jus.*

[10] Feltmann cit. en n. 9, cap. 6.

[11] Feltmann, *Tractatus de jure in re et ad rem,* cap. 13. La discusión está dirigida a la vez contra Huber y Jean De Felde. Limitémonos a citar el párr. 8: *"Sic cum magnus Hugo scripserat, dominium esse jus... Feldenus per jus sine ulla ratione... nihil aliud voluit intelligi quam potestatem quae non in ipsius rei substantiam sed potius in rei accidentia comparata est, ut servitutis et pignoris jus"* [Así como el gran Hugo escribiera que el dominio es un derecho... De Felde, sin ninguna razón, por derecho... no quiso entender otra cosa que una potestad establecida no sobre la sustancia de la cosa misma sino mejor sobre sus accidentes, como el derecho de servidumbre y de prenda].

[12] De Felde cit en n. 7, párr. 4: *"Ego definirem jus facultatem aliquid agendi circa alterum quo justum obtineatur"* [Definiré el derecho como facultad de hacer algo respecto de otro, para obtener lo justo] (la palabra justo está tomada en un sentido estricto, y concierne solamente a las relaciones con otros; esta definición se presenta como más estricta que la de Grotius).

de cuentas, como útil y como consagrada por el uso reciente la expresión *jus in re:* "Yo no tengo ninguna intención de negar" —precisa él— (*non sum hujus animi*)— que ahora que todas estas nociones han sido introducidas por los canonistas y recibidas por la Escolástica, el *dominium* deba ser tratado como *jus in re*. La controversia que nos enfrenta no es, pues, sobre el fondo mismo de las cosas, sino solamente sobre el uso romano [13]. El único verdadero reproche que dirigen contra Grotius sus adversarios, se refiere a la novedad de su definición. Hacer de *jus* el derecho subjetivo puede ser oportuno, pero va contra la tradición de los jurisconsultos romanos.

Acerca de este preciso punto (como a menudo sucede en esta clase de polémicas) no hay verdadero desacuerdo. El mismo Grotius, ¿no tuvo acaso el cuidado de advertirnos que estaba consciente de innovar? Esta facultad (el derecho subjetivo) de la que estamos tratando, dice él, los juristas romanos la designaron con la expresión "lo suyo"; n o s o t r o s, en adelante, la llamaremos *"jus"* [14]. Lo mismo se observa en la mayoría de sus discípulos: si Graswinckel, más grotiano que Grotius, emprende torpemente la justificación del lenguaje de su maestro por el uso romano [15], Boecler no recurre más que a los precedentes escolásticos [16]. Pufendorf usa una fórmula análoga a aquella de Grotius: "Así como la mayoría de las otras clases de poder tienen un nombre particular, a esta cualidad, en virtud de la cual se concibe que nos sea debida alguna cosa, nosotros hemos encontrado apropiado asignarle, de una manera particular, la palabra *"jus"* [17]. Thomasius se re-

[13] Op. cit. en n. 9, cap. 14: *"De re ipsa nihil inter nos controversias sed de usu vocabulorum apud antiquos"* [Acerca de la cosa misma ninguna controversia hay entre nosotros, y ella versa tan sólo sobre el uso de las palabras entre los antiguos].

[14] Vid. Supra n. 1.

[15] Graswinckel, *Stricturae ad censuram;* De Felde, *Ad libros Hugonis Grotii* (1654). Esta dúplica de Graswinckel es, por otra parte, extremadamente débil.

[16] Boecler, *In H. Grotii... commentatio* (1663), p. 79 ss., luego de referirse a Gassendi y Hugo De Roy (que no pueden haber influido en Grotius), recuerda la doctrina de la Escolástica tardía. Discute bastante pobremente las objeciones de Jean De Felde.

[17] Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, lib. I, cap. 1, párr. 20 (trad. Barbeyrac) (éd. Bale, 1771, p. 20). Pufendorf estaba bastante consciente de ciertas discordancias entre la nueva definición y el uso tradicional: ibid. p. 20: "Hay todavía que destacar aquí que ordinariamente se sitúa en el rango de los derechos a cosas en las cuales, hablando exactamente, entra un poder y un derecho propiamente dicho, pero que incluyen al mismo tiempo algunas obligaciones, cierto honor u otra cosa parecida. Ej., el derecho de burguesía o *jus civitatis...*".

fiere al *"stylum Grotii"*, considerándolo como una manifestación de originalidad [18], y Feltmann, en la embriaguez de su polémica con Huber, entona un himno en versos latinos de alabanza a la novedad [19].

Que el lector no vaya a menospreciar esta vieja querella de sabios, que perturba la paz de las escuelas a todo lo largo del siglo XVII. Si nosotros la hemos relatado en detalle, no es porque sintamos gusto por esta clase de controversias. Pero ella es muy instructiva, nos obliga a ciertas verificaciones inesperadas, revela un inmenso problema.

Las afirmaciones de Grotius y de sus adversarios entorpecen ciertas creencias tradicionales. ¿Es posible que a comienzos del siglo XVII haya sido tan novedoso reconocer la acepción subjetiva de *jus?* Nociones tales como las de derecho real, derecho personal, derecho de propiedad (que suponen recibido el concepto de derecho subjetivo), que han llegado a ser para nosotros tan familiares, ¿tendrán ellas un origen reciente? La más extendida noción de nuestra técnica jurídica (que reposa sobre aquellos conceptos), la visión subjetiva de nuestra Ciencia jurídica, todo ello, ¿será moderno y no romano? Grotius, Pufendorf, Thomasius, Feltmann, De Felde, Boecler, Huber parecen hacernos una confesión.

Es verdad que podría incurrirse en la tentación de no conceder credibilidad a estos autores, antaño tan ilustres y hoy día tan poco leídos. Cuando ellos nos hacen oír verdades tan sorprendentes, una solución sería la de acusarles de ignorancia, a menos que una tentativa de verificación nos obligue a tornar el reproche contra nuestros propios prejuicios. Ciertamente, no es necesario hacer una investigación completa. El examen de las definiciones dejadas por los teóricos del Derecho romano clásico, del de la Edad Media y del de principios de la Edad Moderna más algunos sondeos practicados en el lenguaje de los prácticos, acaso nos permitirán juzgar si se puede afirmar que a principios del S. XVII se ha producido en la Historia del pensamiento jurídico una tan importante cisura.

[18] Vid. supra n. 4.

[19] Feltmann cit. en n. 5, p. 221: *"Non cano prisca. Nova enim pariter praestantiora - Juvenis est Jupiter qui regnat - Olim Saturnus imperabat"* [No canto a las cosas antiguas. Pues a la vez más excelentes son las nuevas - Joven es Júpiter que ahora reina - En otro tiempo imperaba Saturno].

II. LAS DEFINICIONES ROMANAS

1. Digesto I, *De iustitia et iure*

Los romanistas no nos han dado aún la historia semántica del término *ius*. Los principales autores de diccionarios aparecidos hasta el presente, parecen contentarse con clasificar sus fichas bajo los diferentes sentidos modernos de la palabra: así, Heumann-Seckel, cuyo artículo se divide, de un modo general, en sentido objetivo (regla-ley) y subjetivo (facultad); pero los ejemplos que trae cuadran mal con las rúbricas.

En defecto de soluciones seguras y definitivas, un método de aproximación, si bien terriblemente burdo aunque no tan desprovisto de valor como se le podría imaginar, sería el de aproximarnos a las definiciones romanas. No por haber utilizado menos fichas que Heumann-Seckel, Ulpiano o Paulo estaban seriamente informados del sentido que ellos querían dar a *ius;* es posible recurrir a su sentimiento, a condición de usarlo con precaución.

A despecho de ese prejuicio tan extendido, de que los romanos habrían olvidado la teoría, sus definiciones generales son suficientemente numerosas. Se sabe que los compiladores del Digesto reunieron en el título I (*De iustitia et iure*) lo sustancial de las introducciones a los manuales de la época clásica. La serie de definiciones que se puede esperar de autores a los cuales este género era familiar [20], está presente en ese sitio: aquélla de Ulpiano para la etimología (*ius* de *iustitia:* D. 1. 1. 1. pr.); aquélla tan célebre de Celso (*ars boni et aequi* [arte de lo bueno y equitativo]: D. 1. 1. 1. pr.), y también el pequeño y sumario tratado de Paulo acerca de los varios sentidos de la palabra *ius* (*ius pluribus modis dicitur*) [21].

[20] Vid Villey, *Recherches sur la litterature didactique du droit romain* (París 1945), p. 64 - 81.

[21] D. 1. 1. 11: *"Ius pluribus modis dicitur; uno modo id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale, altero modo quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est civile nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Praetor quoque jus reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione jus dicitur locus in quo jus redditur, appellatione collata ab eo quod fit in loco ubi fit..."* D. 1. 1. 12 (Marciano, 2 *instit.*): *"Nonnumquem jus etiam pro necessitudine dicimus veluti "est mihi ius cognationis vel adfinitatis"* [La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que es siempre justo y bueno, como es el Derecho natural, otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el Derecho civil; y no con menos razón se llama Derecho, en nuestra ciudad, al Derecho honorario. Se dice también que el pretor aplica el Derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, claro está, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que el pretor debería hacer. Se llama Derecho, en otro sentido, al lugar en que se aplica el Derecho, dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace... D. 1. 1. 12: Algunas veces también empleamos la palabra derecho en la acepción de parentesco, como al decir "tengo derecho de cognación o afinidad". Esta misma concepción del sentido fundamental de *ius* (aquello que es justo en virtud de diversas fuentes) se encuentra representada en las varias definiciones de los Derechos natural, de gentes y civil, en D. 1. 1. 1. 6, en Inst. 1. 1; 1. 2, etc. Ella no parece haberse alejado de aquella, familiar a Cicerón, de la *aequitas constituta* [equidad constituida].

[Derecho se entiende de varias maneras]: D. 1. 1. 11). En la Edad Media, los glosadores comentaron extensamente estos textos, materia de elección para sus trabajos de Escuela; muy en especial, el de Paulo (*ius pluribus modis*) que proporcionaba la ocasión para una síntesis.

Bien entendida, esta serie de definiciones no debe tener acogida entre nosotros sino con reservas. Ellas trasuntan la influencia de la Filosofía griega, y puede ser que en su mayoría sean definiciones, más que de la palabra latina *ius,* de la palabra griega *dikaion* [lo justo - el Derecho], y antes que del Derecho de los prácticos romanos, del Derecho natural grato a los griegos (del Derecho derivado de la Justicia, del *aequum et bonum* [equitativo y bueno], de la *aequitas constituta* [equidad establecida]).

Si nosotros aspiráramos a descubrir ahí el sentido de la palabra *ius,* válido para el tiempo de las XII Tablas, estas tardías fórmulas no tendrían ninguna seguridad; pero dejaremos esa tarea a los especialistas (y sin duda descubrirán ellos algunos significados de esta palabra más alejados aún del moderno). Se trata aquí del lenguaje de la Jurisprudencia clásica. Hacia la época clásica, la Filosofía griega, es decir, la cultura general de la Antigüedad, de ninguna manera un arte de especialistas, ha penetrado íntimamente el pensamiento romano. En el resto, ninguna razón hay para recusar un testimonio firmado por Paulo, Ulpiano o Celso. Si las definiciones de que se trata tienen mucho de Aristóteles y de sus sucesores, ellas no han entrado en el sistema del Derecho romano si no es por la voluntad de sus constructores. Esta introducción al *Corpus Juris Civilis* (el primer título del Digesto) presenta un contraste notable con los capítulos preliminares (o partes generales) de los modernos tratados de Derecho. Estos últimos no dejan jamás de mencionar el sentido subjetivo de la palabra *jus,* y mientras en los siglos XVII y XVIII éste se hace a menudo (tal como en Pufendorf, Thomasius o Feltmann)

el primer o principal sentido de la palabra [22], la teoría romana omite completamente decirnos que *ius* puede significar derecho subjetivo. Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el Digesto, relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la Justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales) [23], y después, un pequeño número de sentidos derivados (el Arte de lo justo, el lugar en donde se pronuncia lo justo, accesoriamente, el vínculo de parentesco). Se podría también suponer, lo que es improbable [24], una omisión debida a los compiladores. Mas, por el contrario, la mayoría de los glosadores, comentando el texto de Paulo (*ius pluribus modis dicitur*) pusieron de manifiesto su pretensión de ser exhaustivo. Ellos señalan que *ius* aun puede significar ley, acción, cosa incorporal... ¿y qué más? *Jus quoque appellatur cibus delicatior* [Derecho es también llamado el manjar más delicado], tenían ellos la costumbre de señalar, para sazonar esta seca enumeración. Pero estos excelentes conocedores del texto romano no mencionan que *ius* tenga el sentido de derecho subjetivo [25].

[22] Vid. supra, p. 26.

[23] Vid supra n. 21. Se notará que este significado antiguo de la palabra *ius* no encuentra su exacto correspondiente en nuestro actual sistema de pensamiento. Para nosotros, el término derecho evoca, sea el significado objetivo, la ley, sea el derecho subjetivo, pero no normalmente lo justo (*aequum, bonum aut utile* [lo equitativo, lo bueno o lo útil]). La doctrina expresada por Paulo, Ulpiano o Gayo corresponde a aquella de Aristóteles, cuando define lo justo; o a aquella de Santo Tomás cuando trata del significado del término *jus* (vid. infra n. 25).

[24] El Bajo Imperio es, en efecto, una época de progreso de la idea de derecho subjetivo (vid. nuestro estudio sobre *Le "jus in re" du droit romain classique au droit moderne, en Conférences faites à l'Institut de Droit Romain* (París, 1950) 6, p. 188, 196) [vid. infra p. 126-134]. Parece muy improbable, pues, que Justiniano haya en este punto mutilado la doctrina clásica.

[25] La *Glossa Ordinaria* de Acursio a D. 1. 1. 11 no agrega nada a la doctrina de Paulo. Más ricos son: el Tratado de Azo (comentario al *principium* de las Instituciones) en donde se enumeran quince significados distintos (cfr., sin embargo, infra n. 51); el de las *Quaestiones de juris subtilitate* (ed. Fitting), p. 54: *aequitas constituta* [equidad constituida]; *ars boni et aequi* [arte de lo bueno y equitativo]; *locus in quo fit* [lugar en que se ejerce]; *necessitudo* [vínculo de parentesco]; *constitutio pertinens ad aequitatem* [lo que constituido pertenece a la equidad]; *cognatio* [parentesco de sangre]; el de la *Summa de varietatibus actionum*, de Placentino (ed. Pescatore), p. 8: *juris ratio* [medida del Derecho]; *constitutio* [constitución]; *cibus delicatior* [el más delicado manjar]. Bartolo, Baldo y Paulo de Castro, en sus comentarios a D. 1. 1. 11, no mencionan el sentido subjetivo. La misma laguna se encuentra en el *Decretum* de Graciano. Señalemos todavía los rápidos trazos del tratado de Santo Tomás,

Ciertamente, todo esto no es suficiente para nuestra prueba, pues el inventor de una definición no podría pretender incluir en ella todos los sentidos y matices sutiles que el vulgo atribuye a una palabra; un término de uso tan frecuente es susceptible de recibir, en el lenguaje corriente, una infinidad de acepciones, y la definición teórica no podría hacer mención de todas. A lo más, debería ella esforzarse por describir los principales significados, de los cuales derivan, a los cuales se remiten las acepciones menos importantes. Del hecho de que la exposición teórica del *Corpus juris* no contenga la acepción subjetiva de Derecho, nosotros no debemos concluir su total inexistencia. Pero sí, que llevamos cierta razón al suponer que dicha acepción no tendría sino un lugar muy secundario y que ella no se afirma con suficiente nitidez. ¿Se puede entonces afirmar que una noción haya salido del limbo, tanto, que en ninguna parte está conscientemente dilucidada?

2. Algunas traducciones rutinarias

Tal es exactamente la paradoja a la cual ya nos hemos visto conducidos por una vía muy diferente, partiendo del estudio del plan de las Instituciones. Pero nos es necesario hacer frente a algunas obstinadas reservas y críticas emanadas de romanistas puros [26], que llueven sobre nuestra cabeza. ¿Qué necesidad hay de recurrir a métodos tan complicados, nos hacen notar; qué necesidad de ventilar la quintaesencia de los sistemas romanos (o de acumular definiciones escolásticas), cuan-

IIa. IIae. q. 57 a. 1 ad 1: *"Hoc nomen primo impositum est ad significandam ipsam rem justam; postea autem derivatum est ad artem qua cognoscitur quid sit justum; et ulterius ad significandum locum in quo jus redditur..., et ulterius dicitur etiam jus quod redditur ab eo ad cujus officium pertinet justitiam facere licet etiam id quod decernit sit iniquum"* [El vocablo Derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó hasta denominar el Arte con que se discierne qué es lo justo; después, hasta designar el lugar donde se administra el Derecho..., finalmente también se llama Derecho a la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva resulte inicuo]. Esta es exactamente la doctrina de Paulo. Cfr. todavía la definición de Dante, *De Monarchia* 2. 5: *"Jus est realis et personalis hominis ad hominen proportio"* [Derecho es la proporción real y personal de un hombre hacia otro]. Aquí continúa prevaleciendo la misma concepción objetiva. La traducción de *jus* por *"droit"* en francés vulgar (*Recht-right*) confirma plenamente nuestra tesis. *Droit* implica conformidad a una línea preestablecida, y traduce indiferentemente a *jus* y *justum*. "Droiture" ["Derechura", "rectitud"] denota el estatuto de los particulares (cfr. las traducciones francesas del Digesto B.N. ms. 20. 118, fol. 3 V; ms. 495 fol. 1, del s. XIII; ms. 197, del s. XIV).

[26] Pugliese, *"Res corporales", "res incorporales" e il problema del diritto soggettivo*, en *Studi Arangio-Ruiz* 3, p. 244 ss. Nosotros estamos un poco sorprendidos por la tesis que Pugliese nos atribuye en este artículo.

do tenemos textos en abundancia? En Roma, ¿no se habla a cada instante de *ius utendi*, es decir, del derecho subjetivo de utilizar tal o cual cosa? ¿de los *iura eundi* [derechos de pasar], *agendi* [de actuar], *altius tollendi* [de sobre-elevar] o *respondendi* [de dar respuestas jurídicas]? La Justicia, ¿no está ella misma definida, en el primer título del Digesto, como la virtud consistente en atribuir a cada uno su derecho subjetivo - *ius suum cuique tribuendi?* El litigante, ¿no afirma acaso que él procede *suo iure* [por su derecho]? El heredero, ¿qué sucede *iure difuncti* [en el derecho del difunto]?, etc.

Estamos pesarosos de no poder emprender la tarea, propiamente infinita, de examinar uno por uno todos estos textos que se nos opone, en tan gran número, que se omite investigar su significado preciso. Pero una observación: la traducción, desde el punto de vista que nos ocupa, no es tan fácil como se cree a primera vista, es decir, antes de haber visto y comprendido el tema de la discusión. No hay traducción perfecta que no implique cierta traición; nosotros tenemos el hábito de otorgar a las palabras romanas el sentido involucrado en los términos del vocabulario moderno, los cuales no les son enteramente adecuados, sino desde ciertos puntos de vista. No seamos, pues, cándidos. Un simple ejemplo: cuando Gai. 2. 12 ss. procede a la enumeración de las diversas especies de *iura* (*ius eundi* [derecho de pasar], *ius altius tollendi* [derecho de sobre-elevar], *stillicidium avertendi* (derecho de desviar las aguas-lluvia]), nos tentamos, por hábito, de entender: derecho (subjetivo) de pasar por el campo del vecino, derecho de sobre-elevar la casa, de rehusar acceso a la aguas-lluvia. Pero cuando la lista prosigue con la mención del *ius non altius tollendi* [derecho de no sobre-elevar], *stillicidium non avertendi* [derecho de no desviar las aguas-lluvia] (cfr. D. 8.2.2.) llega a ser claro que nuestra traducción inicial era incompleta: el dueño del fundo sirviente no tiene el derecho (facultad activa), sino que la obligación pasiva de no sobre-elevar su casa (*non altius tollendi*) o de dejar escurrir las aguas-lluvia (*stillicidium non avertendi*). Derecho de ser sometido a una obligación, esto no tiene ningún sentido. El *ius* es una institución que puede importar tanto cargas como ventajas. Nosotros traducimos *ius* por derecho, pero sólo por facilidad [27].

27 El verdadero sentido de *ius* en expresiones similares es aquel que Gayo mismo tiene el cuidado al indicarnos: *"res incorporales = res quae iure consistunt"* [cosas incorporales = cosas que existen por el Derecho]; ellas se designan con la palabra *jus*, dicen nuestros antiguos autores, *"quia per jus substantiantur, creantur et nominantur"* [porque el derecho les da su sustancia, las crea y las denomina] (Jean FABRE, *ad Inst.* 2. 4). Se trata de cosas, de instituciones que deben una existencia artificial gracias a la invención de los juristas, a diferencia de las cosas corporales (tal como un fundo), que existen por la naturaleza. Sobre todos esos puntos, y especialmente sobre la traducción correcta del gerundio, nos permitimos remitirnos a nuestros dos artículos: *L'idée du droit subjetif et les systémes juridiques romains*, en RHD. 24-25 (1946-1947), p. 215 ss. [infra p. 71 ss.]; *Du sens de l'expresion "jus in re" en droit romain classique*, en *RIDA*. 3 (1949), p. 428 ss. [infra p. 99]. Ahí se discuten otros ejemplos (*jus altius tollendi; prohibendi*, etc.).

De la misma manera, estamos tentados de traducir *ius utendi* por facultad, poder, derecho subjetivo de usar tal o cual cosa. Pero he aquí que los textos romanos nos advierten que este *ius utendi* no pertenece al titular de la plena propiedad no dividida, el cual tiene, sin ninguna duda, la facultad de usar la cosa. *"Uti frui ius sibi esse... dominus... fundo non potest intendere"* (D. 7. 6.5. pr) [El dueño... no puede pretender tener en el fundo... el derecho de usar y aprovechar los frutos...]. Aquí también nuestra traducción es falsa. La expresión latina evoca en el espíritu de los romanos la institución del usufructo, no la idea general de poder o de facultad [28].

Más aún: es verdad que Ulpiano, recogiendo en sus Instituciones (si la inscripción del Digesto es exacta) una fórmula familiar a los filósofos griegos, define la Justicia (distributiva) como la virtud cuyo carácter específico es atribuir a cada persona su *ius: "ius suum cuique tribuere"* (D. 1. 1. 10. pr). ¿No tenemos aquí la noción misma de derecho subjetivo? Sí, pero en virtud de una traducción aparente y mecánica. No, después que, ayudándose de los modelos griegos y ciceronianos, uno se esfuerza en estrujar un poco el sentido del texto. Inspirémonos también en los excelentes comentarios de los glosadores [29]. Atribuir a cada uno su *jus*, es, por ejemplo, aplicar al delincuente la pena que merece en proporción a su crimen; dar una bofetada por una bofetada; imponer la pena de

28 Vid. VILLEY, en *RHD*. 24-25 (1946-1947), p. 218 [infra p. 93].

29 Sobre la historia de este texto, debe consultarse particularmente a KANTOROWICZ, *Glossators*, p. 59 ss. Nosotros no podemos seguir a dicho autor en su esfuerzo por demostrar la interpolación de *ius*: la versión del *Auctor ad Herennium* ya incluía esa palabra: *ius unicuique tribuens* [la que atribuye a cada uno su Derecho]. Sigue en pie aunque esa palabra ha intrigado vivamente a los glosadores, porque ella parece implicar una anterioridad del *jus* en relación con la Justicia: así, ellos corrigen en *cuique tribuens suum meritum* [la que atribuye a cada uno su merecido] o, curiosamente, relacionan *suum* con Justicia: *suum jus, id est justitiae* [su derecho, esto es, de la justicia]: la Justicia da a cada uno la posición que ella misma le ha fijado.

muerte por la herejía. *Jus* es ahí, dicen ellos, el equivalente de *meritum* [lo merecido]; la Justicia da a cada uno lo que cada uno merece, o simplemente, como establece otra tradición, a cada uno lo suyo *"suum tribuens"* [que atribuye lo suyo]; *"suam dignitatem"* [su dignidad], escribía Cicerón; *axian*, según los griegos [30]. A cada uno, pues, el estatuto, la condición que le conviene.

Así existen el *ius actoris* [derecho del demandante], *auctoris* [del que autoriza], *defuncti* [del difunto], *venditoris* [del vendedor], etc. [31], y también (pues en esta perspectiva tanto las cosas como las personas tienen un estatuto jurídico) el *ius* atribuido a los fundos (*ius fundi* [el derecho de la finca], *iura praediorum* [32] [derechos de los predios = servidumbres]) o a tal o cual otro objeto. Puede ser que tales ejemplos resulten también aptos para hacernos coger la significación objetiva del término romano. Si el *ius* es aquello que e s j u s t o (objetivamente), hay un j u s t o de cada cosa y de cada persona: precisamente, el estatuto jurídico, el lugar preciso que en el orden general la Justicia da a cada uno, el cual no consiste del todo en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros llamamos derecho.

¿Qué se nos objetará aún? Que nuestros manuales de Derecho romano tratan a su placer de derechos reales y personales, de la capacidad de ejercicio, de la transferencia de derechos, de su sanción o que definen la pretendida naturaleza de los derechos de crédito o de propiedad (quiritario, pretoriano o peregrino) como si se tratara de nociones romanas. Pero no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término *ius*. Así como recordaban Jean De Felde y Huber, Gayo o p u s o

[30] Textos reunidos en SENN, *De la Justice et du Droit* (1927), p. 8 ss. El término griego *axian* significaría, según Bailly, "valor", "precio justo", "recompensa" o "castigo justamente merecido", "condición particular".

[31] Vid. nuestro artículo en *RIDA*. 3 (1949), p. 424 n. 26 *[infra* p. 108 n. 26*]*. Citemos aun la observación de Pufendorf relativa al *jus civitatis* (supra n. 17): el derecho de ciudadanía no sólo lleva consigo ventajas, facultades (como el derecho en sentido estricto, de la definición moderna), sino también cargas, honores; es un *status* y no un poder.

[32] Vid. VILLEY, en *RIDA*. 3 (1949), p. 427-432 *[infra* p. 111-116*]*. Nos inclinamos a pensar que tal es el origen de la palabra para designar las servidumbres: los *iura praediorum* habrían designado el *status* jurídico de las fincas (Celso, D. 50. 16. 86), antes de significar más precisamente servidumbres prediales.

la situación de aquel que se beneficia con un *ius* (o cosa incorporal instituida por los juristas) a aquella del propietario (de una cosa que existe por la naturaleza): *sive dominus, sive is qui ius habet* [sea el dueño sea aquel que tiene un derecho] (D. 39. 2.19) [33].

Pero nuestro propósito no es el de hacer un diccionario, y no pretendemos haber expuesto todos los sentidos, sin duda extremadamente diversos (el uso de las palabras no tiene por qué plegarse a la lógica) que la práctica da al término *ius*. El vocabulario arcaico y el de los autores literarios han sido deliberadamente dejados de lado en esta investigación. Podría suceder que en tal o cual autor, que en tal caso particular, la palabra *ius* sirva para designar una cierta clase de poder [34]. Lo que nos sorprendería es que se nos aportara la prueba de que en el sistema de los clásicos, el término hubiera alguna vez recubierto, en su comprensión exacta y en su precisa extensión, la noción de derecho subjetivo, la noción general de "facultad de hacer o tener cualquier cosa". ¡Entonces, se diría que los casos de aplicación son muy raros! ¡Entonces, se diría que la propiedad, el derecho de crédito están excluidos del campo de los *iura!* ¡Entonces, debe decirse que habiendo tan numerosos casos así, la traducción de *ius* por derecho se revela como un contrasentido!

3. ALGUNOS POSTULADOS DE LA ANTIGUA CIENCIA JURÍDICA

Este fenómeno verdaderamente extraño y digno de ser un poco meditado —la ausencia en el Derecho romano clásico de una de las nociones esenciales del Derecho moderno—, ¿encontrará alguna explicación plausible? La que nosotros proponemos parecerá bien hipotética, y es así como la presentamos.

Aunque la moda actual no le sea favorable, una de las llaves de la Historia del Derecho está en la Historia de la Fi-

[33] Vid. VILLEY, en *RIDA*. 3 (1949), 421 ss. *[infra*, p. 105 ss.*]*.

[34] En los orígenes de la Historia Romana, ¿no implicaba *ius* alguna idea de poder mágico? En ciertas leyes de fines de la República, la palabra *ius* unida a *potestas*, ¿no evocaba la idea de autoridad pública? Una tradición romana, ¿no hacía derivar la palabra *ius*, no de *iustitia* sino de *iubere [*mandar*]*? Los textos literarios, ¿no revelan desde la época de Cicerón deformaciones análogas a las señaladas un poco más adelante (vid. n. 51)? Puede ser que la respuesta a estas preguntas resulte afirmativa, pero aquélla no es esencial para nuestro tema. De tales datos no se seguiría, en efecto, que el sentido general de facultad, de derecho subjetivo haya sido reconocido en *ius;* ni, sobre todo, que esa noción haya penetrado en la construcción de la Ciencia jurídica romana, es decir, en el sistema de la Jurisprudencia clásica del cual buscamos sus principios básicos.

losofía. Los postulados fundamentales de los diversos sistemas científicos (aquellos que los sabios no sienten la necesidad de expresar porque forman parte de la creencia común de su tiempo), esos postulados apenas conscientes, pueden mostrársenos con la lectura de los filósofos. Nos parece que existe un íntimo parentesco entre la Ciencia romana del Derecho y las doctrinas políticas dominantes de la Filosofía griega. Aristóteles y Platón, porque son esencialmente filósofos políticos (cosa que no son los estoicos), serán los primeros en ser aquí considerados. Sin entrar de ninguna manera en el detalle de sus doctrinas, reflexionemos sobre esta simple creencia, claramente expuesta por ellos (y sin duda retrasmitida también por otras sectas), de que un orden, una armonía, un justo universal reinarían sobre el universo tanto humano como físico, como nosotros decimos [35]; que en este todo naturalmente armonioso, cada parte, cada cual y cada cosa encuentran su lugar bien fijado por el gran plan de la Naturaleza, como si estuviese diseñado de antemano en el proyecto de un arquitecto. Tal es la concepción antigua, a nuestro juicio, la más clásica y por largo tiempo la más influyente, del Derecho natural: cualquiera que sea el papel de los hombres en el descubrimiento de las leyes y en la redacción particularmente convencional de éstas, un inmenso sistema de Derecho nos ha sido dado por la naturaleza [36]. Existe objetivamente un Derecho, un justo, un equitativo. Nada más objetivo que el *dikaion* [lo justo - el Derecho] de Aristóteles ("conformidad a las leyes o al número, a la igualdad, a la armonía") (aunque haya que desconfiar aquí de las traducciones francesas de la Etica) [37].

No es que esta Filosofía haya resultado, incluso inconscientemente, compartida por el conjunto de los artífices del Derecho romano; y menos aún que creamos que ella haya podido corresponder a la mentalidad romana de los tiempos arcaicos (más religiosa que metafísica). Pero la concepción grie-

35 Para Aristóteles, la Sociedad misma es natural, es decir física. No se observa, en tal doctrina, el abismo hoy día existente entre las leyes llamadas naturales y aquellas del orden jurídico.

36 Una exposición menos reducida y referencias, en nuestros artículos: *Deux conceptions du droit natural dans l'Antiquité*, en *RHD.* 31 (1953), p. 475 ss.; *Logique d'Aristote et droit romain*, en *RHD.* 29 (1951), p. 309 ss.

37 Aristóteles, *Etica* 1. 5. 1129 ss. Las traducciones de Thurot y Lachance (*Le concept de droit chez Saint Thomas et Aristote*, p. 209 ss.) a menudo hablan de derecho subjetivo; pero nada de tal existe si uno se remonta al texto griego o a las traducciones literales.

ga de las Ciencias sociales ha impregnado precisamente a aquellos juristas a quienes su cultura helénica les inspiraba el deseo de dar al Derecho una forma científica. Como se ha dicho en otra parte [38], de la Filosofía social que había descrito un Aristóteles parece haber obtenido sus principios la nueva Ciencia. La creencia en una Sociedad naturalmente existente, naturalmente organizada (a despecho de la influencia parcialmente opuesta del Estoicismo), ¿no sería ella el primer dato sobre el cual fue construido el Derecho? El sueño de un orden equitativo, en donde cada cosa encuentra su lugar justo, más o menos conscientemente, ¿no es acaso el término de los esfuerzos de los jurisprudentes? *"Sit ergo in iure civili finis hic... aequabilitatis conservatio"* [Sea, por tanto, el fin del Derecho civil la conservación de la equidad], expone con perfecta claridad Cicerón, resumiendo su método de reducción del Derecho a Ciencia (*de iure in artem redigendo*) [39]. Ciertamente, la materia se muestra a menudo rebelde; el contenido del Derecho romano no se presta siempre a esta puesta en forma [40]. Pero el método, los principios del plan y de la construcción teórica, ¿cómo no habrían

38 En los dos artículos de la *RHD.* citados precedentemente (n. 36) hemos expuesto nuestras razones para pensar que la influencia del Estoicismo sobre la Jurisprudencia romana fue más literal que profunda: porque el Estoicismo puro no es una doctrina política ni jurídica, sino más bien moral; y porque los autores del Estoicismo medio parecen haber acogido, por eclecticismo, una buena parte de la doctrina de Aristóteles. La noción de *ius gentium*, tan importante para los teóricos del Derecho romano, nos ha parecido un producto de ese eclecticismo. Permanece en pie, sin embargo, que la tesis estoica del origen histórico de la Sociedad está representado en el Digesto (particularmente, en D. 1. 1. 4, 5); no se podrá, pues, pretender que el espíritu aristotélico impregne íntegramente las teorías romanas. Nosotros creemos poder solamente decir que él las domina.

39 Cicerón, *de Oratore* 1.188. Se sabe que en este texto célebre Cicerón estudia la manera de hacer del Derecho una Ciencia comparable a la de los griegos: el primer punto debía ser definir el objeto del nuevo Arte, como aquel de la Medicina o de la Retórica, por su finalidad, de donde la definición inicial reproducida en el texto. Cfr. nuestras *Recherches sur la literature didactique du droit romain*, p. 15 ss.

40 La tesis desarrollada especialmente por Haegerstrom, *Der römische Obligationsbegriff* (1927), según la cual una de las grandes nociones del Derecho romano de la época arcaica es aquella de potestad mágica del hombre sobre las cosas o sobre otros hombres, nos parece extremadamente seductora. Nociones concretas, tales como las de dominio o potestad, han espontáneamente podido llevar a la categoría general de derecho subjetivo (bajo la cual debían más tarde ordenarse). Pero el filósofo sueco reconoce que la "racionalización" posterior del Derecho (una vez sobrepasado el estadio mágico) se ha llevado a cabo según otra visión; en una obra como las Instituciones de Gayo, la *patria potestas* o el *dominium* no están estudiados en sí mismos (Cfr. RHD. (1950), p. 28); El *ius* que han construido los clásicos fue una cosa distinta a una teoría de los derechos individuales.

de haber sido pedidos prestado por los creadores de la Ciencia jurídica romana a las tendencias directrices de la cultura de su tiempo?

Así, la Jurisprudencia romana (en tanto se pueda abstraer sus tendencias medias) tiene una gran diferencia con la Ciencia jurídica moderna, ya que aquélla no parece dispuesta a darse como regla y fin supremos el interés de los particulares [41]. Si esto no fuera llevar muy lejos la paradoja, nosotros diríamos que ella no tiene conciencia, a despecho de un axioma romano [42], de perseguir el interés de los hombres. Así como nosotros, no hace mucho, hemos creído poder inferirlo del examen de las Instituciones [43] (tipo de obra científica en el sentido antiguo de la palabra), la Ciencia jurídica romana no se presenta como la Ciencia de los d e r e c h o s de cada uno. Y no es por azar, ni menos aún por ineptitud para los trabajos de pura teoría, el que ella deje de clasificar los derechos en categorías de conjunto (derechos reales, personales, etc.) y de definir los más importantes de entre ellos (el derecho de propiedad, el de crédito). Su esfuerzo, en cambio, nos parece tender a la descripción de un orden. Sacerdotiza de una Justicia objetiva (*justitiam namque colimus* [pues rendimos culto a la Justicia]), como la describía Ulpiano en sus grandes tratados didácticos, la Jurisprudencia tiene por misión el estudio de las cosas (*rerum notitia*) y, más precisamente, de lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*); ella examina aquello que cada cosa debería ser en un mundo justo y ordenado, su estatuto, su condición propia (*ius suum*) [44], su lugar en el todo.

[41] Se trata de una simple diferencia de visión científica y no ciertamente de una superioridad moral. Rendir culto a la Justicia (Ulpiano, D. 1. 1. 1: *"iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemus"* [rendimos culto a la Justicia y profesamos el saber de lo bueno y equitativo] no exige del teórico más desinterés que el estudio de los derechos subjetivos del individuo. Sin contar que el servicio del interés de los particulares también busca alejarse en este sistema de pensamiento.

[42] D. 1. 5. 2: *"Cum hominum causa omne ius constitum sit* [como todo Derecho se ha constituido por causa de los hombres]. Aunque nosotros ignoremos el alcance que Hermogeniano quiso dar a este axioma judicial, podemos tentarnos de ver en él las premisas del espíritu moderno.

[43] Villey, en *RHD.* 24-25 (1946-1947), p. 205 ss. [infra p. 76 ss.].

[44] D. 1. 1. 1. 1. (Ulpianus, 1 *Institutionum*): *"Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus..."* [en razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la Justicia...], etc. D. 1. 1. 10 (1 *Regularum*): *"Justitia est... voluntas ius suum quique tribuendi... iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia"* [La Justicia es la voluntad de atribuir a cada uno su derecho... la Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la Ciencia de lo justo y de lo injusto].

Para Aristóteles, la tarea misma de las Ciencias sociales era el descubrir la esencia, el fin, el estatuto de las cosas según la naturaleza [45]. El término de este descubrimiento es un universo armonioso.

Notemos aquí cuánta flexibilidad y cuánta riqueza estética (ciertamente excesiva a nuestros ojos modernos) debe la Ciencia jurídica romana a tales principios. Porque ella no ha sido paralizada por la creencia de que cada Hombre tiene derechos y que lo esencial es confirmarlos; más libremente que nosotros, ella supo oponer los roles radicalmente distintos que tienen sobre la escena jurídica ciudadanos, latinos o peregrinos, y padres, hijos, esposas o esclavos. Se sueña (de lejos) al Platón de *La República*, que construía su ciudad perfecta, en donde juegan hombre y clases sociales, del mismo modo en que un arquitecto trabaja con materiales inanimados (para nosotros, modernos, la existencia de ese atributo común que llamamos personalidad destruye los contrastes). Mejor que nosotros, los romanos se mueven con agilidad entre los diversos estatutos de las cosas: entre las condiciones tan profundamente disímiles de las cosas religiosas y de las cosas de Derecho humano, de las cosas públicas y privadas, de tal fundo africano o de tal otra tierra romana. Está muy lejos de ellos la molesta noción de que sobre bienes tan diversos existe un único derecho de propiedad, definido de una vez y para siempre [46]. Mirando el panorama, a veces un poco monótono, de nuestro moderno Derecho de cosas, ¡qué paleta multicolor!

Pero en verdad, esta amplitud que una visión inhumana de las cosas confiere a la ciencia romana, no es salvaguardada por nuestras modernas exposiciones de Derecho romano, porque ellas trasladan los textos antiguos a un lenguaje moderno; porque el secreto y los principios de la antigua Ciencia objetiva están hoy día perdidos y superados.

[45] Vid. Villey, en *RHD.* ... (1951), 318 ss.

[46] ¡Cuántas dificultades tenemos todavía para concebir que las vías férreas nacionales o las usinas Renault tengan un estatuto completamente diferente al de una casa particular!, ¡o que una casa de familia sea tratada de manera diferente a la casa de un individuo! Para hacer entrar estas situaciones tan distintas en el molde preimpuesto del régimen de la propiedad, nosotros estamos obligados de recurrir a la ficción muy artificial de las personas morales; pero el molde nos incomoda. Todo esto frente a qué riqueza y a qué diversidad del *ius rerum* de los romanos, o del Derecho medieval: feudos, alodios, censos, beneficios, muebles, inmuebles, bienes propios, bienes adquiridos, etc., he aquí las grandes categorías del Derecho de cosas de nuestras costumbres, cuya diversidad, más tarde, es quebrada por el lecho de Procusto de la propiedad privada.

III. HACIA LA DEFINICION MODERNA DE DERECHO SUBJETIVO

Este contraste entre dos métodos, entre dos tipos de pensamiento jurídico, lo cogeríamos menos imperfectamente (de un modo menos hipotético y menos sumario) si nosotros pudiéramos descubrir en qué momento y sobre todo, bajo qué influencias se ha constituido la noción de derecho subjetivo, porque, a nuestros ojos, tal sería el punto de partida de la Ciencia jurídica moderna.

1. Deslizamientos en el lenguaje vulgar

No es fácil precisar el momento en que el término *ius* ha comenzado a significar derecho subjetivo. Se recordó que los comentarios a la fórmula de Grotius nos invitaban a buscar sus gérmenes en las deformaciones del lenguaje medieval, antes de que la eclosión se produjese a principios de la Edad Moderna propiamente dicha. A grandes rasgos, esta opinión parece de nuevo verificarse.

Es cierto que la Edad Media ya ha visto delinearse, en este sentido, importantes progresos. Las causas lejanas, y sin duda las más profundas, que más tarde condujeron a la transformación de la Ciencia jurídica, ya entonces pueden ser observadas; puede decirse que el Cristianismo ha revelado el valor del individuo [47]. Pero sobre todo, el orden antiguo, a partir de las grandes invasiones bárbaras, ha caído dislocado, y de esta decadencia de Roma el lenguaje conserva sus huellas [48]: si, por la debilidad del Estado, las fuentes conscientes del Derecho se han agotado, si la anarquía se expande y se manifiesta en el fraccionamiento de los poderes, entonces cada uno reivindica con más energía la situación que tenía en el orden jurídico antiguo. Reyes, señores, clero, pobres agrupados en colectividades, cada uno se aferra a su parte del Derecho del pasado; si la comparación no fuera tan poética, se pensaría en aquellos antiguos templos desafectados, que los romanos de la Edad Media saqueaban para obtener escombros con que

[47] Un ejemplo característico en la Edad Media es el desarrollo de la categoría jurídica del pobre *(miserabiles personae)*: huérfanos, peregrinos, etc.; categorías nuevas, establecidas en función del interés individual y no —como las grandes categorías del Derecho clásico— en función de la situación social. Vid. *Les pauvres et le but du droit*, en *Cahiers du Droit* (1950).

[48] Vid. Villey, artículo cit. en n. 24, p. 196 ss. *[infra* p. 134 ss.*]*, en donde hemos evocado la historia de la palabra *jus* en la Edad Media.

construir sus casas particulares. Así pues, cada particular exige, afirma su *ius*, y sin duda quiere conseguir de ese *status* nada más que el activo, las ventajas. Los tiempos provocan reivindicaciones apasionadas del individuo, las cuales se hicieron más fuertes aún (e individuales) en el S. XVI, en tiempos de la crisis religiosa, o en la Inglaterra moderna, cuando cada uno defendía su propiedad contra el fisco. Así se produce, pues, el despedazamiento del Derecho en una infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares [49]. Delante de los tribunales se enfrentan los *iura* de las corporaciones y de los individuos.

En este gran fenómeno social podemos ver la causa lejana de la idea de derecho subjetivo. Pero guardémonos de concluir tan directamente la evolución del lenguaje a partir de una nueva situación de hecho. En todo caso, los teóricos de la Edad Media no atestiguan nada acerca de esto. Si el trabajo de los glosadores anuncia numerosas influencias en la formación del lenguaje jurídico moderno [50], sus tratados sobre el sentido de *jus* no dan aún lugar (que yo sepa) al sentido subjetivo: ya se ha hablado de esto más arriba [51]. Ahora bien,

[49] Vid Chevrier, *L'origine de la distinction du droit public et du droit privé*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1 (1952).

[50] Hemos intentado descubrir esta invención de un nuevo lenguaje en el artículo cit. en n. 24. El hecho esencial parece ser el de que el proceso exige, para la introducción de la instancia, la *editio* *["notificación"]* de la *causa actionis;* la causa de cada acción parece ser, al menos en parte, el *ius* sobre el cual esa acción se funda (¿cómo decir si el significado de la palabra es objetivo o subjetivo?). Los glosadores proceden a amplias investigaciones relativas a la causa en que se basan las acciones, y algunos, no sin dudas, imaginaron dar como causa de la acción *in rem*, un *jus in re* (*in rem* o *reale*) y a la acción *in personam*, un *jus ad rem* (*in personam* o *personale);* estos son los gérmenes, aún inciertos, de las futuras nociones de derechos personal y real. De la misma manera, los glosadores consagran comentarios a las definiciones comparativas del usufructo (D. 7.1.1.), de la acción (D. 44.7.5.), de la herencia, de las cosas incorporales, *jura* a los cuales es necesario agregar, en ocasiones, la propiedad. Pues el señorío, el censo, la enfiteusis, el beneficio eclesiástico, ¿no son todas cosas incorporales? El círculo de los *jura* se ha extendido inmensamente. Un deslizamiento de sentidos se verá pronto hacia los derechos subjetivos. No habría menos anacronismo en considerar el vocabulario de los derechos subjetivos como constituido ya en la Edad Media. Como prueba de esto tenemos la historia todavía tan compleja de los significados que la palabra *"dominium"* presenta: junto a su sentido restringido, existe un sentido general de derecho subjetivo; también la incertidumbre de la noción de *jus in re;* y, sobre todo, aquella de *jus*.

[51] Supra n. 25. Es verdad que Azo observa, en el decimocuarto y penúltimo lugar, el significado posible de "poder": *"Quandoque ponitur pro potestate: ut cum dicitur sui juris est"* *[*a veces se usa como potestad: como cuando se dice que alguien es *sui iuris* (de su propio derecho = capaz)*]* (comentario al *principium* de las Instituciones). Está claro que no se trata aquí de la acepción general de facultad de tener o de hacer. Hay gérmenes más marcados de

¿se podría sospechar que los glosadores (o Santo Tomás, cuya doctrina es análoga) no han registrado el verdadero lenguaje de su tiempo, por servilismo excesivo hacia los textos antiguos?; contra la usurpación intentada en beneficio del interés particular, su rol, ¿no es el de restaurar la soberanía del orden común?; contra un nuevo lenguaje que se dibuja, ¿no el de oponer el lenguaje tradicional? Habría algo de verdad en estas observaciones. Pero más simplemente, yo creería que en el enfoque de los teóricos el sentido subjetivo de la palabra *jus* no constituye sino que una dependencia, un reflejo del sentido principal. Así como nosotros decimos "tengo un texto", "tengo una ley para mí", así el vulgo procede con *jus*. Esto no significa que la palabra pueda aplicarse a no importa qué facultad de tener o de hacer, ni que ella denote la idea de facultad. El *jus* que cada uno reivindica no es nada más que su *status*. Si ya el sentido subjetivo crece en el seno de la noción madre, no es aún autónomo. Entonces, ¿puede decirse que una noción existe mientras ella no está aún definida o claramente concebida? [52]

2. Primeras definiciones claras del derecho subjetivo

Pero, como ordinariamente sucede, ya la Filosofía había precedido a los juristas en la vía revolucionaria. Según los resultados actuales de nuestras investigaciones, los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la Filosofía moderna [53].

Después de Duns Scotto, Occam, seguido de muchos otros, abrió el combate decisivo en contra de Aristóteles y de Santo Tomás, que los grandes autores de principios del S. XVII debían concluir victoriosamente. Occam (yo no conozco hasta la fecha textos anteriores), argumentando sobre la pobreza franciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como una libertad, un poder, una *"potestas... rem temporalem... vindicandi et omnimodo... pertractandi"* [potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa del orden temporal]; también definía el *jus utendi* [derecho de usar], el *jus poli* [derecho (emanado) del cielo], el *jus fori* [derecho (emanado) de la Sociedad humana] usando la palabra *potestates* [54] [potestades]. Gerson, cuyos lazos con el occamismo son bien conocidos, comentando la definición de la Justicia, nos proporciona una definición en forma: *"jus est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae"* [55] [Derecho es la facultad o potestad inmediata que a cada uno compete según el dictamen de la Justicia primera]. Esta es, en adelante, la doctrina corriente de la Escolástica [56]. El

la idea de derecho subjetivo en las confusas adiciones de Bracton (ed. Maitland), p. 23, 25: *"Jus ponitur... quandoque pro hereditate, sicut pro proprietate rei; quandoque pro bonorum possesione"* [derecho se usa, ora como herencia, ora como propiedad de una cosa; ora en vez de posesión hereditaria de los bienes] (Bracton parece haber incurrido en un contrasentido con la palabra romana *hereditas*, que él aproxima a la propiedad. Tales textos, en todo caso, no nos permiten poner en duda la evolución del lenguaje vulgar).

52 Es difícil estar de acuerdo con Gierke, *Althusius* 2 (1902), p. 275 n. 29, cuando afirma la existencia de derechos naturales, en el sentido subjetivo, ya en la Edad Media, aunque reconoce que su formulación no se encuentra en ninguna parte (Wenn sie auch nicht für sich formuliert werden).

53 Vid. Gilson, *La philosophie de Duns Scott* (1953), p. 609 ss.

54 *Opus nonaginta dierum* (ed. Goldast), cap. 2, p. 997; cap. 7, p. 1.000; cap. 61, p. 1.104; cap. 65, p. 1.112, etc. (Los comienzos de la obra pueden también ser consultados en la ed. Sikes, 1940). Estas citas podrían ser multiplicadas, ya que gran parte de esta obra está consagrada a la definición del *jus utendi* que tendrían o no los franciscanos. Parece que la querella de la pobreza ha sido la ocasión que determinó estas nuevas discusiones sobre el significado de la palabra *jus*. *Vid.* De Lagarde, *Naissance de l'esprit laic*, VI; Occam, *La morale et le droit* (1946), especialmente, p. 164 ss., 203 ss. De Lagarde nos muestra excelentemente el papel personal que le cupo a Guillermo de Occam en la elaboración de la nueva idea de derecho subjetivo. (Cfr. aun, p. 104 de la obra). Sin embargo, no sabríamos estar de acuerdo con el autor cuando él hace de esta definición del *jus utendi* (p. 204 n. 41): *"jus utendi est potestas licita utendi re extrinseca..."* [el derecho de uso es la potestad lícita de servirse de una cosa exterior] una definición general de derecho subjetivo. Los resultados de la reflexión occamiana nos aparecen limitarse, en la *Opus nonaginta dierum*, al problema particular del *jus utendi* o del dominio de los mendicantes.

55 Gerson, *De ecclesiastica potestate et origine juris ac legum* (puede ser consultado en Goldast o en la edición reciente de las Obras Completas): *"Tredecima consideratio ... jus vero sic describitur jus est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justiciae..."* [Pero el derecho se describe así: el derecho es la facultad o potestad inmediata que conviene a alguien según el dictamen de la justicia primera]. En sentido amplio, continúa Gerson (si nosotros lo comprendemos bien), las cosas en "poder obedencial" tienen un *jus*: las estrellas, por ejemplo, a la luz, etc. En sentido estricto, la palabra *jus* no se aplica más que a la criatura racional dotada de una *potestas propinqua* cuyo ejercicio está dejado por entero a su libertad. Igual definición en *De Vita spirituali*, del mismo autor (lectio 3).

56 Citemos el texto, ampliamente conocido en su tiempo, de Driedo, *De libertate christiana* (ed. Louvain, 1547), cap. 10, f. 33: *"jus bifariam accipitur, nunc pro lege, velut cum dicimus legem decalogi esse jus divinum, et nunc pro dominio veluti cum dicimus aliquem habere jus in possessionem vel in agrum"* [El Derecho se entiende de dos maneras: sea como Ley, como cuando decimos que la Ley del Decálogo es Derecho divino; sea como dominio, como cuando decimos que alguien tiene derecho a la posesión o a la tierra]. Cfr. cap. 9, f. 28: *"jus seu dominium esse duplex, unum reale sive in rem... alius vero esse jus personale sive in personam, ut paternum in filium"* [el derecho o dominio es de dos tipos: uno, real o a la cosa... otro, personal o a la persona, como el

dominico De Soto parece a toda costa mantener la fórmula de Santo Tomás [57]; un poco más lejos, no sin haber notado que esta cuestión tan de moda no merece que se le dé mucha atención, él discute no menos largamente si el *jus* (*facultas disponendi de rebus libereque illis utendi* [la facultad de disponer de las cosas y de usarlas libremente]) es la misma cosa o no que el *dominium* [58]. En una definición célebre, el jesuita Suárez combinará la fórmula tomista (*jus objectum justitiae* [el Derecho objeto de la Justicia]) con la definición moderna, llegada a ser a sus ojos la mejor: *"Solet proprie jus vocari facultas quadam quam unus quisque habet vel circa rem suam vel rem sibi debitam"* [59] [Suele llamarse derecho propiamente dicho a

derecho paterno al hijo] (hay que tener cuidado de no ver aquí la distinción moderna de derechos personales y reales). Otros teólogos, más tradicionalistas, aún se apegan en sus tratados que versan sobre el significado de *jus*, a la letra de Santo Tomás: VITORIA, *De Justitia*, qu. 77, art. 1 (ed. de Heredia, p. 4); BÁÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, qu. 57, art. 1.

57 El corrige también la fórmula de Driedo citada en la nota precedente. DE SOTO, *De justitia et jure*, lib. III, qu. 1, f. 67 b ss.: *"jus bifariam accipi"* [entiendo el Derecho de dos maneras]; pero el *dominium*, indicado por Driedo como segundo significado del término, es sustituido por De Soto por el *objectum justitiae* tomista.

58 DE SOTO, lib. IV, qu. 7, art. 1, f. 99. Esta discusión escolástica también parece salida de la querella de la pobreza, producida por la Bula de Juan XXII. ¿Cuáles son las relaciones exactas entre *jus* y *dominium*? Una primera tesis se inclina por la identidad de dichas nociones: *"Primum enim omnium aiunt isti jus bifariam accipi; primo pro lege, quo significatu dicimus jus civile et canonicum. Secundo pro legitima potestate, quo quis fungitur in personam aliquam vel rem. Deinde aiunt dominium idem esse prorsus quod jus secundo modo acceptum..."* [Pues, en primer lugar, todos dicen entender el Derecho de dos maneras: primero, como Ley, en cuyo significado hablamos de Derecho civil y canónico. Segundo, como potestad legítima, en virtud de la cual alguien cumple algo respecto de alguna persona o cosa. Después dicen que el dominio es del todo igual al derecho entendido de la segunda manera]. Pero esta tesis es objeto de múltiples controversias: *"at circa vocis descriptionen plus operae insumunt juniores quam opus esset, ut puta Gerson (De pot. eccl.)*, Conradus (*De contr.*) *et' aliorum nonnulli in 4 dist.* 15" [por el contrario, acerca de la delimitación de la palabra, los jóvenes emplean más labor que resultado, como, por ejemplo, Gerson (de pot. eccl.), Conradus (De Contr.) y otros en 4 dist. 15] (se trata de un pasaje de las Sentencias de P. Lombardo, objeto de numerosos comentarios acerca del origen de la propiedad). Sería interesante seguir la historia de esta controversia: se puede constatar cómo el vocabulario del derecho subjetivo está todavía muy mal fijado en el siglo XVI, pero que se busca (como resulta en los post-glosadores). La respuesta personal que nos aporta De Soto no parece ser de las más satisfactorias: el dominio es el derecho ejercido en el propio interés de su titular: el *jus* (noción más amplia) comprende entre otras, los derechos ejercidos sobre la cosa en interés de los sometidos: *"jus autem non hoc solum significat, sed amplectitur jus etiam quo superior ac praefectus subditorum rem et bonum ipsis utitur"* [Derecho no sólo significa esto, sino que también abarca el derecho por el cual un superior y gobernante usa de las cosas de sus súbditos en beneficio de éstos].

59 SUÁREZ, *De legibus ac Deo legislatore* (ed. Lyon 1619), lib. I, cap. 2, p. 6 ss. Según la tradición que parece remontar hasta Driedo, Suárez distingue

una cierta facultad que cada cual tiene, sea acerca de una cosa suya sea acerca de una que le es debida]. A principios del siglo XVII, en el momento en que aparece la obra maestra de Grotius, el problema del sentido de *jus* ocupa su lugar de honor entre los filósofos; y es sin duda en un Hobbes [60] o en un Gassendi [61] en donde la idea de derecho subjetivo aparece más a la luz. Lenta, y por mucho tiempo muy incompleta, será la trasmisión de la nueva idea a los juristas. La mayoría se limitó, durante un largo tiempo aún, a recopilar las fórmulas romanas [62], aunque en un Doneau [63], por ejemplo, o en un Al-

aquí dos significados importantes de *jus*, correspondientes a dos posibles etimologías (*jus a jubendo - jus a justitia*); uno de esos significados es aquel de comandancia, de Ley; el otro es a la vez (como expresaba Santo Tomás) el de *objectum justitiae* [objeto de la justicia] y de derecho subjetivo: *"Illa ergo actio, seu moralis facultas quam unusquisque habet ed rem suam, vel ad se aliquo modo pertinentem vocatur jus et illud proprie videtur esse objectum justitiae"* [Por lo tanto, aquella acción o facultad moral que cada uno tiene respecto de su cosa o de sí mismo, de alguna manera se llama derecho y parece ser propiamente objeto de la Justicia] Cfr. las definiciones del lib. II, cap. 18, p. 107: *"jus enim interdum significat moralem facultatem ad rem aliqua"* [Derecho significa a veces una facultad moral para alguna cosa]. En estos significados se podría hablar de *jus reale* por oposición a *jus legale*, segundo sentido de la palabra.

60 Infra n. 71.

61 GASSENDI, *Ethicae*, en *Opera* (Lyon 1658), tomo II, p. 783 ss. (p. 786): *"operae esse pretium videtur... cognoscere quidnam sit hoc jus et unde oriatur. Primun itaque, cum sint variae hujusce vocis usurpationes tum illa videtur primaria qua jus esse intelligitur facultas agendi habendi fruendi aliqua re... Tum familiaris illa translatio qua etiam lex dicitur jus quatenus declarat praescribetque quid cuique juris, hoc est facultates potestates, dominii (hae enim synonyme sunt) circa aliquid competat..."* [La empresa parece tener valor... conocer qué es, pues, este Derecho y de dónde se origina. Así, en primer lugar, como existen varios usos de este vocablo, entonces parece como primario ora aquel por el cual derecho se entiende como la facultad de hacer, tener, aprovechar alguna cosa... ora aquella traducción corriente por la cual la Ley se dice que es Derecho en la medida que declara y prescribe qué derecho, esto es, facultad, potestad, dominio (pues todas estas palabras son sinónimas) compete a cada cual acerca de algo] (otros significados están enumerados y más o menos ligados al significado principal).

62 CUJAS, *Recitationes ad titulum Digestorum de justitia et jure* (Spire 1595), p. 6; DUAREN, *Commentario de justitia et jure*, cap. 2, etc. En la gran obra de Alberto DE BOLOGNA, *Tractatus univ. juris* 1.304; *De lege jure et æquitate*, el sentido subjetivo viene mencionado luego de otros 53 significados. No veo que ese sentido ocupe un lugar destacado en la *Juris universi distributio, de* BODIN (ed. 1780), p. 10, o en las *Partitiones juris civilis elementariae*, de HOTMAN (ed. Bale 1560), p. 2. Por mucho tiempo aún, los juristas erigieron la lista de los significados de *jus* sin apartarse de la tradición de Paulo, es decir, sin mencionar el sentido subjetivo, como sucede en Bourjon, Domat, y otros.

63 DONEAU, *Commentaria*, lib. I cap. 3: el significado subjetivo está citado en sexto lugar entre los sentidos derivados e impropios (*minus proprie*): *"specialiter facultas et potestas jure tributa"* [especialmente, la facultad y potestad atribuida por el Derecho]. Doneau no parece dar mucha importancia a ese estatuto objetivo, según nosotros, mucho más romano: *"id quod cuique tribuitur*

thusius [64], apunta ya la doctrina moderna. Lector de los escolástico españoles, especialmente familiarizado con De Soto [65], ¿es de allí de donde Grotius ha tomado la definición que hizo surgir tanta controversia y que hubo de conocer tan bella fortuna? Pero en verdad, nosotros lo hemos ya notado, el pensamiento de Grotius permanece incierto. Es solamente más tarde, por obra de sus comentaristas, de un Pufendorf, un Feltmann o un Thomasius, que los juristas nos han de poner en plena posesión de la idea de derecho subjetivo [66]; pero es cierto que todos ellos la deben a los filósofos.

3. LOS POSTULADOS DE UNA NUEVA CIENCIA JURÍDICA

Y ahora que conocemos la fecha aproximada del nacimiento de la noción de derecho subjetivo, el proceso por el cual esta toma de conocimiento se ha operado llega a ser muy claro. Ahora, ¿por qué esta conjunción?, ¿esta súbita pasión concentrada de un cierto grupo de pensadores sobre la definición de *jus?*, ¿por qué esta convergencia de soluciones? Se dirá que un problema perteneciente esencialmente a la Filosofía del Derecho (porque se trata de definir una noción jurídica de base) no puede ser zanjado sin la intervención de los filósofos del Derecho. Pero, ¿por qué ellos confluyen en proponer la misma respuesta, respuesta audaz y que no encuentra apoyo sobre ninguna autoridad, ni romana ni medieval?

Por supuesto que aquí nosotros no podemos resumir el pensamiento de estos filósofos "modernos" y el desarrollo, en parte común, de su razonamiento, si no es en forma muy im-

*jure" [*aquello que a cada uno es atribuido por el Derecho*].* Dicho estatuto comporta tanto cargas como ventajas: así, el *rerum nostrarum jus [*Derecho de nuestras cosas*]* (lib. IV, cap. 1.7) incluye ora ciertas facultades activas (*dominium*) ora *"quod nos ab aliis in his rebus pati cogimur" [*lo que nosotros, acerca de estas cosas, estamos obligados a soportar de otros*].*

64 ALTHUSIUS, *Dicaeologicae.* La definición dada en el cap. 13 del lib. I de esta obra peca por exceso de claridad. No me parece que se trate ahí del derecho subjetivo, a despecho de la traducción que propone WOLF, *Grosse Rechtsdenker* (1951), p. 208 ss. Por el contrario, BUDÉ, *Annotationes in libros pandectarum* (Lyon 1546), p. 413 ss. invoca un cierto número de textos literarios en donde *jus "pro potestate ponitur" [*se toma como potestad*].* El diccionario de Brissonius (del cual no hemos podido consultar la edición de 1670) dedica una rúbrica especial al sentido subjetivo: *"jus pro qualibet facultate plerumque usurpatur" [*la palabra Derecho se usa, la mayoría de las veces, en el sentido de una facultad cualquiera*].*

65 Vid. WELLSCHMIED, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1952), p. 389 ss. (principales fuentes de Grocio).

66 Supra, p. 26.

perfecta. Pero si el sentido antiguo de *ius* nos había parecido tener su fuente en una visión cuasiaristotélica del mundo, no debe sorprendernos que el honor de haber sabido comprender y desentrañar el sentido moderno pertenece a los enemigos y vencedores de Aristóteles. El hecho primordial, a nuestro juicio, en el cual se encuentra el punto de partida de la Ciencia jurídica moderna, es el combate librado por la Filosofía moderna en contra del Derecho natural de Aristóteles. Este sueño de un mundo ordenado de una vez y para siempre por la razón universal, en donde cada institución social encuentra su estructura fijada de antemano por el designio de la naturaleza, es rechazado por todos nuestros autores con desdén. El constituye un todo con esa Ciencia ilusoria, esa Metafísica, esa Lógica aristotélica que ellos pretenden derrocar: con ese mundo de quididades, de esencias, de causas finales y de *virtutes dormitivae.* Duns Scotto, Occam, Hobbes, Gassendi, con un vigor creciente, ridiculizan las vastas pero frágiles construcciones de la antigua Escolástica. Y tal es la tendencia común en esta época. Algunas personas mantienen aún el prejuicio de que los siglos XVI y XVII habrían marcado el principio de una gran era en el Derecho natural. La verdad es toda al contrario. Los filósofos modernos han brutalmente echado abajo el Derecho natural de los clásicos; sólo que éste Derecho natural objetivo, que tan largamente reinó, aunque con variantes, en el pensamiento de la mayoría, ellos (y esto es muy diferente) lo han sustituido por los derechos naturales del individuo [67].

Una vez derribado el antiguo y ambicioso sistema, ¿qué queda del Derecho natural? Nada más que el derecho rudimentario, próximo a la nada, de ese pobre estado de naturaleza primitiva, respecto del cual los salvajes de América ofrecen ahora un vivo ejemplo o, mejor dicho, de ese estado de naturaleza hipotético, en donde no existe ningún poder, ninguna Sociedad, nada más que el individuo aislado. El contenido de este nuevo Derecho natural es negativo, es el vacío, la ausencia absoluta de lazos y reglas sociales, de deberes y de mandatos, es decir: es la libertad del individuo, su plena y entera libertad. Se sabe, por otra parte, que esta concepción (negativa) del Derecho natural puede encontrarse también en una de las tradiciones de antaño;

67 Vid. especialmente, ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America* (1950), p. 102 ss.

UNIVERSIDAD DE DERECHO

ella tiene sus lejanos orígenes en antiguas doctrinas: escépticos, epicúreos, y principalmente, estoicos. Un hilo continuado la transmite de San Isidoro a Graciano y a Juan de Meung, a Duns Scotto, a Guillermo de Occam [68]. Pero es solamente a principios de la Epoca Moderna que ella, triunfante, conduce al derecho subjetivo.

Tal parece haber sido el pensamiento de un Occam. Su crítica reduce a la nada (si bien sólo en el orden moral) el antiguo Derecho natural inmutable [69]; en varias ocasiones y largamente, él insiste en el origen puramente humano, arbitrario, convencional del dominio y de la soberanía [70]; en el origen arbitrario del Derecho, obra de la voluntad humana y divina, y no de un descubrimiento de la inteligencia; en el origen arbitrario de la Sociedad. La naturaleza no produce más que individuos separados y libres. Y qué ardor se halla en Occam al defender éste, en ese universo parcelado, las libertades que el individuo tiene por naturaleza, cuales datos jurídicos primordiales que la Ley y la convención modelan, precisan y confirman para hacer de ellos los derechos subjetivos [71]. Pero basta leer a Hobbes: su vigoroso dibujo del estado presocial de naturaleza, en donde los hombres, sin Ley ni Moral común, movidos por sus instintos, por sus apetitos propios, libran una guerra brutal e incesante. ¿Qué derecho puede, pues, subsistir en este estado de naturaleza salvaje? Uno solamente: aquel que cada

68 Acerca de la doctrina estoica, vid. las referencias en nuestro artículo *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, en *RHD.* 31 (1953), p. 475 ss. Acerca de S. Isidoro y Graciano, *Le droit naturel chez Gratien*, en *Revue de Droit Canonique* (1953). D. Scott, *Comm. sur les sentences*, IV, XV. 2, y los estudios de De Lagarde o, para la época más antigua, de Carlyle.

69 *Dialogues*, III. C. 6 (ed. Goldast), p. 932 ss. De Lagarde, op. cit., VI, p. 140 ss., nos ha parecido minimizar la voluntad destructiva de Occam. En el texto comentado, Occam rehúsa reconocer otra ley natural de valor universal e inmutable que no sea la ley moral (De Lagarde traduce como imperativo categórico). De otro lado, el Derecho natural no es más que el Derecho del estado de naturaleza, caracterizado por la libertad y comunidad de bienes, y que las leyes civiles vienen a modificar libremente. La tercera clase de Derecho (Derecho natural *ex supositione*) varía también con las instituciones positivas de las cuales él no es más que una prolongación racional. No subsiste nada del Derecho natural de Aristóteles y de Santo Tomás en ese texto, por lo demás, de un admirable vigor crítico.

70 Por ejemplo, en el *Breviloquium* (ed. Baudry, 1937), p. 85 ss.; De Lagarde, op. cit., t. VI, particularmente p. 175 ss.; Hamman, *L'Eglise et l'etat chez Occam*, p. 102 y s.

71 En verdad, el pensamiento jurídico de Occam, del cual De Lagarde nos revela su potencia y novedad, merecería un estudio más profundo y extenso. De Lagarde, op. cit., p. 162 ss., 190 ss.

individuo ha recibido de la naturaleza, consistente en asegurar por todos los medios su conservación personal, su seguridad, su placer. Ilimitado derecho a toda cosa, derecho de todos a todo, según la enérgica fórmula de Hobbes: *jus omnium in omnia* [72].

En la *Etica*, que hacia la misma época Gassendi componia contra la *Etica* de Aristóteles, el *jus* que el hombre recibió de la naturaleza es cuidadosamente analizado: él importa, en tanto que el Hombre es animal, la facultad de sentir, de moverse, de alimentarse, etc.; en tanto que es especialmente Hombre, la facultad de razonar, de expresarse, de concluir contratos... Pero de deberes, de límites que la naturaleza imponga a su libertad no hay nada [73]. Así, la noción primordial de la Ciencia del Derecho, aquella que es dada por la naturaleza (y que las

72 *De Cive* (trad. Sorbière, 1647); *La Liberté*, VII, p. 13: "Con las palabras Justicia y Derecho no se significa otra cosa que la libertad que cada uno tiene para usar de sus facultades naturales conforme a la recta razón". Cap. X, p 14: "La naturaleza ha entregado a cada uno un igual derecho sobre todas las cosas. En el estado de naturaleza cada uno tiene el derecho de hacer y poseer todo lo que le plazca". *Leviathan*, XIV: *"just naturale est libertas, quam habet unusquisque potentia sua ad naturae suae conservationem suo arbitrio utendi et (per consequens) illa omnia quae eo videbunt tendere faciendi"* [El Derecho natural es la libertad de usar, según su arbitrio, y (en consecuencia) de hacer todo aquello que le plazca, la cual cada uno tiene para la conservación de su naturaleza, por su propia fuerza]. De ese Derecho natural informe, primigenio y que permanece fundamental, la Ley positiva hace un derecho preciso y definido: la propiedad; cfr. Polin, *Politique et Philosophie chez Tomas Hobbes* (1953), particularmente, p. 52 ss, 178, 184 ss.

73 Gassendi, op. cit. en n. 61, p. 799: *"...si spectetur jus, quatenus est lex, videtur non posse proprie aliud jus quam quod civile est appellari"*. Contrariamente, p. 798:... *si (jus) ...prout est facultas spectetur. Si... homo attendatur generatim ut est animal, est in illo jus naturale, naturalis puta facultas sentiendi, imaginandi, appetendi, sese movendi, comedandi ac sese nutriandi colundi... Secundo, si attendatur quatenus est homo... est in eo, juxta hanc differentiam, facultas seu jus..., facultas rationandi, ac disquirendi... loquendi... scribendi... paciscendi inter sé et in societatem coeundi"* P. 799, la intervención de la sociedad tiene por efecto: *"ut facultati uniuscujusque agendi, utendi praescribatur modus... Limitata hoc modo facultas jus civile vocari potest quatenus jus est cuique competens secundum leges civitatis"* [Si se considera en qué medida el Derecho es Ley, parece que no puede ser llamado así otro Derecho que no sea el civil. p. 798: ...Si (el Derecho)... es considerado en cuanto facultad. Si... el hombre es observado en general, en cuanto es animal, hay en él un derecho natural, como, por ejemplo, las facultades naturales de sentir, imaginar, apetecer, moverse, comer y nutrirse, cultivar... Segundo, si se observare en qué medida es hombre... hay en él, junto a esta diferencia, una facultad o derecho... las facultades de razonar, indagar... hablar, escribir, celebrar pactos, unirse entre sí y en sociedad... P. 799: así como en la facultad de actuar de cada uno, así sea prescrita una medida en el uso... Habiéndose limitado de este modo, la facultad puede ser llamada derecho civil, puesto que el derecho es lo que compete a cada cual según las Leyes de la ciudad]. El syntagma, del cual forma parte la Etica, es una obra póstuma de Gassendi, muerto en 1655; su cercanía al pensamiento de Hobbes es manifiesta.

leyes civiles no hacen nada más que "pulir" [74] o limitar) es la libertad, el poder individual.

Yo creo que a partir de estas últimas observaciones se puede fácilmente comprender la transformación que ha sufrido entre los mismos autores el sentido de *jus*. En una época muy antigua, esta palabra acusaba una tendencia a designar especialmente el orden natural [75]: *aequum* [lo equitativo], *res justa* [la cosa justa]. Un Bodin, por ejemplo, remarca fuertemente el contraste existente entre *jus* y *lex* (esta palabra no designa aquí más que las nuevas leyes positivas) [76]. Ahora, este contraste debe naturalmente recibir un nuevo valor en la nueva Filosofía del Derecho, porque esto, por una parte, confiere contenidos muy diferentes al orden natural, y por otra, a la legislación positiva. Hobbes opuso enérgicamente las dos nociones: el *jus* es libertad, poder, derecho subjetivo; la *lex* es obligación, regla, mandato que limita y precisa las libertades [77]. He aquí el derecho subjetivo ya nacido, helo aquí verdaderamente autónomo y s e p a r a d o .

Se notará también que la nueva Filosofía, en su estado puro, no sabría reconocer a *jus* otro sentido que aquel de derecho subjetivo. Tal (caminando sobre los pasos de Hobbes) es el caso de Spinoza: para el tratado teológico-político, el *jus* no es otra cosa que poder, una fuerza dada al hombre por

74 Vid. Etienne Pasquier, *L'interpretation des Institutes de Justinien,* obra escrita hacia 1609 (ed. de 1847), p. 22: "Este instinto de defendernos y conservarnos en nuestra particularidad es una especie de derecho... Este derecho de desquitarse, defenderse, emanado del derecho de la naturaleza es, desde su principio, bruto en sí... El recibe pulimiento posterior por mano del magistrado político".

75 Gaudemet, *Le droit et la loi* (Curso de Doctorado); *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome,* en *RIDA.* 6. (1952), p. 445 ss.

76 Bodin, *Republique* (ed. París, 1580), I, 9, p. 155: "pero hay diferencias entre el Derecho y la Ley; el uno no importa nada más que la equidad; la Ley importa mandato, pues ella no es otra cosa que el mandato del soberano usando su poder...". Así el Rey, soberano legislador, se encuentra situado debajo del Derecho, es decir, del Derecho natural del que nos parece que todavía Bodin tiene una concepción objetiva, fiel a la tradición de Aristóteles y Santo Tomás (pero perfeccionada gracias al rico concepto de "justicia armónica").

77 Vid. Polin, op. cit. en n. 72, p. 176 ss., con diversas referencias, por ejemplo, en el *Dialogue between a philosopher and a student of the common law,* en *Engl. works* VI. 30: *"Did Sir Edward Coke see no difference between being bound and being free".* Para Santo Tomás (que sigue la doctrina antigua), el *jus* era el objeto, el contenido de una *lex* (ya sea esa ley divina, natural o humana); para Hobbes, y también para Gassendi, como no hay más Ley natural con contenido verdaderamente jurídico, el *jus* aparece anterior y opuesto a la Ley (positiva humana).

la naturaleza y que limitan las leyes civiles [78]. Para un Quesnay, en la mitad del S. XVIII, la palabra francesa *"droit"* no evocará ningún otro concepto: comenzando una obra sobre el Derecho natural, él lo define como "el derecho que por naturaleza tiene el hombre a tal o cual libertad" [79]. Se sabe que el inglés *"right"*, a menudo opuesto a *"law"*, se especializa en este sentido.

Por otra parte, es verdad que para no romper de una vez por todas con la tradición antigua, tienen una doctrina más compuesta: al lado de la acepción nueva y llegada a ser predominante, ellos reservan un lugar secundario para el uso antiguo: *"jus bifarium accipi"* [entiendo el Derecho de dos maneras] enseñaba ya Driedo, y después de él, Suárez: *"nunc pro lege nunc pro dominio"* [80] [ora como ley ora como dominio]. Suárez invierte el orden de los términos, poniendo el sentido de derecho subjetivo delante del sentido de Ley [81]. Gassendi nos enseña que al lado del sentido primitivo (*facultas sive dominium* [facultad o dominio]) la palabra sufre un sentido derivado por una *translatio* natural: *"qua etiam lex dicitur"* [por cuanto también se dice ley], ¡y explica el proceso de derivación [82]! Es necesario aclarar que la mayoría de los juristas no pudieron evitar (el derecho romano les penaba) esta tesis del doble sentido de *jus*, y lo más frecuente fue reconocer la anterioridad histórica y lógica del sentido objetivo. Por una síntesis que permanece tan confusa como dudosa, el derecho subjetivo llegará a ser esa facultad o ese poder que apoya y funda el orden objetivo (como si el derecho objetivo fundara las libertades cuando, en verdad, desde que nosotros le restituimos un contenido sustancial él no es más que restricción).

Esta es la doctrina de nuestros diccionarios y manuales de hoy día. Pero que no se vaya a sostener que estos dos sen-

78 Spinoza, *Traité theologico-politique* (trad. Appuhun, ed. Garnier, 1928), p. 299 ss. (derecho natural), p. 305 ss. (derecho civil privado): "Por derecho civil privado no podemos entender otra cosa que la libertad que cada individuo tiene de conservarse en su estado, tal como ella es determinada por los Edictos del poder soberano". Pocos textos son tan profundamente reveladores del pensamiento moderno como aquel del Tratado teológico-político.

79 Entre los fisiócratas, el antiguo *jus* toma el nombre de orden natural (pero concebido de una manera nueva).

80 Supra n. 56.

81 Supra n. 57. El sentido subjetivo está dado en primer lugar, considerándosele, así, como el principal.

82 Supra n. 61.

tidos fueron reconocidos en todo tiempo, y que las dos nociones a que ellos corresponden son tan antiguas como Adán y Eva. Ninguna de las dos es eterna. Una, la del derecho objetivo (muy deformada en nuestra época) es un producto del pensamiento griego. Ella está ligada originalmente a la creencia de que un orden natural reina sobre el mundo social, y que cada uno encuentra su c o n d i c i ó n preestablecida. La otra, aquélla del derecho subjetivo, proviene de una concepción del mundo muy diferente, y cuyo triunfo es mucho más reciente: cesa de considerar al Hombre, objetivamente, como una simple pieza de un todo organizado, y pasa a reconocerlo como dotado de libertades naturales, que los juristas tienen la misión de restringir y estudiar. Concebir la noción general de poder del individuo —derecho subjetivo, base de un nuevo Arte jurídico— nos parece haber sido la obra particular de la Filosofía moderna [83].

4. Un sistema de derecho individualista

Para considerar los efectos de este evento, sería necesario más de un artículo. No se podría, por lo demás, sin mucho de temeridad, definir los principios de un "sistema moderno" de Derecho. Ningún sistema es puro, y cada autor, en el interior de una misma obra, combina visiones diferentes, las unas nuevas y personales, antiguas las otras, y que impuso la tradición. Digamos solamente que a los ojos de un buen número de autores modernos, y por algún tiempo, el Derecho público llegó a ser el estudio de las l i b e r t a d e s del Hombre frente al Estado; y como querían los filósofos (Hobbes, Locke o los otros profetas del moderno contrato social), el Derecho civil, el estudio de los d e r e c h o s p r i v a d o s del individuo tal como los limita y reglamenta el Estado. Al Derecho profesoral (*Professorenrecht*), tan injustamente menospreciado [84], a las indigestas discusiones teóricas de los romanistas del S. XVII y XVIII corresponde el honor de constituir el lenguaje moderno.

[83] Del cuadro de este estudio podría salir una investigación de los nuevos desarrollos experimentados por la idea del derecho subjetivo debidos a la filosofía alemana, a partir de Kant y Fichte.

[84] Vid. Koschaker, *Europa und das römisches Recht*. La importancia de la Escuela del Derecho Natural está bien puesta en luz por Derathé, *Rouseau et la science politique de son temps*, p. 28 ss.; Bobbio, *Il diritto naturale nel sec XVIII* (1946).

Un vocabulario inédito, cuyo limitado bosquejo [85] había sido comenzado por los sabios de la Edad Media, se desarrolla: las grandes categorías de derechos reciben su nombre (derecho real-personal); cada especie particular es exactamente definida, comenzando por el derecho de propiedad; las introducciones generales son consagradas a las nociones básicas de un sistema de derechos subjetivos (personalidad-capacidad jurídica). Y como nosotros lo hemos observado, el Derecho romano, que no estaba aún muerto, sufrió esta misma transformación; éste, que había sido compuesto sobre un modo antiguo ya desaparecido, fue refundido según la visión moderna, fue refundido con el modo subjetivista.

A nuestro juicio, la Historia del Derecho ganaría mucho poniendo en luz esta diferencia de puntos de vista antiguo y moderno. Ciertamente, la definición del Derecho pertenece a los filósofos. La mayoría de los juristas, quienes no se sienten cómodos en este género de discusiones, encuentran más fácil estimarlas superfluas, y sin duda juzgan ellos muy sutiles esos matices tan filosóficos acerca de los que se viene de insistir, los cuales distinguen la c o n d i c i ó n de la f a c u l t a d individual. La controversia les parece bizantina. Entonces, la técnica jurídica entera está en este punto, pendiente de los filósofos.

[85] Ciertas fórmulas debidas a los postglosadores están muy próximas a las definiciones modernas de derecho real, personal y propiedad. Pero un examen atento nos revela que en esos autores, y en el siglo XVI, esas nociones son todavía muy inciertas: *jus reale* es susceptible de múltiples significados (por ejemplo, designa el derecho ligado a un fundo: servidumbre predial); también *jus personale* (derecho vitalicio, poder, ejercicio sobre las personas); *jus ad rem*, y sobre todo *dominium* (el cual recibe, a menudo, el significado de derecho subjetivo en general, o de derecho real). (cfr. supra n. 48). Los romanistas de los siglos XVII y XVIII han fijado el vocabulario moderno del derecho subjetivo (cfr., para las nociones de personalidad y capacidad jurídica: Coing, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person* (Congreso de Derecho Comparado, Londres, 1950).

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

Traducción del original en alemán
ROBERTO J. VERNENGO

Octava edición

EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 1995

29. *El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado*

a) *Derecho y obligación.* Se acostumbra contraponer la obligación jurídica, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, como tener derecho, poniendo a este último en primer lugar. Se habla, en el campo del derecho, de derechos y obligaciones, y no al revés, de deberes y derechos (en el sentido

de tener un derecho) como en el campo de la moral, donde se hace mayor hincapié en los deberes. En la exposición del derecho, el derecho subjetivo pasa tanto al primer plano que la obligación casi desaparece detrás suyo, al punto de que ese derecho subjetivo —en el lenguaje técnico jurídico del alemán y el francés— es designado con las mismas palabras que se utilizan para designar el sistema de normas que constituyen el orden jurídico, a saber: "Recht", "droit". Para no identificarse con esta designación, es necesario distinguir, los derechos que se tienen, como derecho "subjetivo", es decir, como el derecho de un determinado sujeto, diferente del orden jurídico, en cuanto derecho "objetivo". En inglés, en cambio, se dispone de la palabra "right", cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto, a diferencia del orden jurídico, el derecho objetivo, que es denominado "law".

La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, "derecho subjetivo", se designan circunstancias muy diferentes entre sí. A una de ellas se refiere el enunciado de que el individuo tiene derecho a comportarse, él mismo, de determinada manera. Con ello no se alude a otra cosa sino al hecho negativo de que la conducta en cuestión del individuo no se encuentra jurídicamente prohibida y, por tanto, a que en ese sentido negativo le está permitida; que es libre de realizar u omitir una determinada conducta; pero con ese giro también puede querer decirse que un determinado individuo está jurídicamente obligado —o, inclusive, que todos los individuos están jurídicamente obligados— a actuar de determinada manera con respecto del individuo que tiene el derecho subjetivo. La conducta a la que un individuo está inmediatamente obligado frente a otro, puede ser una conducta positiva o negativa, es decir, puede ser una acción o una omisión. La acción consiste en una prestación que el individuo obligado cumple con respecto de otro individuo. Objeto de la prestación es una cosa determinada, o un servicio determinado (prestación de dar y prestación de hacer). La omisión a que un individuo está obligado frente a otro puede consistir en la omisión de determinada acción del propio individuo obligado, por ejemplo, la obligación de no dar muerte a otro individuo; o puede consistir en la omisión de impedir determinada conducta del otro individuo, o de intervenir de algún modo en ella. Aquí interesa especialmente la obligación de un individuo de no impedir la conducta de otro individuo en relación con una cosa determinada, o de no afectarla de algún modo. Si la obligación de un individuo reside en no impedir, o no afectar determinado comportamiento de otro individuo, se habla de la prestación de no hacer mediante la cual se admite el comportamiento de otro, contraponiéndose la obligación de hacer, a la obligación pasiva de aceptar el comportamiento ajeno.

A la conducta a que un individuo está obligado frente a otro, corresponde determinada conducta de ese otro individuo. Éste puede exigir la conducta a la cual un individuo está obligado en su respecto, pretender esa conducta.

En el caso de una obligación consistente en una prestación de dar una cosa, o una prestación de hacer un servicio, puede requerirlas. En el caso de una obligación de no hacer, la conducta correspondiente a la obligación se configura en relación con la conducta que pasivamente ha de consentir; trátase de consentir la conducta que se realiza con respecto de determinada cosa al usarla; en el consumo, si se trata de un bien consumible; inclusive, por fin, en la destrucción de la cosa.

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada, con usos lingüísticos más o menos consistentes, contenido del "derecho", en cuanto objeto de una "pretensión" correspondiente a la obligación. La conducta obligatoria de un individuo, correspondiente a la de otro, en especial el ejercicio de la exigencia o pretensión sobre la conducta obligatoria, se suele denominar ejercicio del derecho. Sin embargo, no es corriente hablar, en caso de la obligación de omisión de determinadas acciones, como el de la obligación de omitir matar, robar, etcétera, de un derecho o pretensión jurídica a no ser muerto, no ser robado, etcétera. En el caso de la obligación de no hacer frente a determinada conducta correspondiente a la conducta de omisión obligatoria, se habla de "disfrutar" o "gozar" del derecho; sobre todo, se habla de goce de un derecho cuando se trata de que el obligado admita que el otro use, consuma o, inclusive, destruya determinada cosa.

Pero esta situación de hecho designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de este último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación. Es decir, la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación, correspondiente a la conducta obligatoria, se encuentra también determinada ya en la conducta que configura el contenido de la obligación. Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.

Debe observarse al respecto, que "sujeto", en este contexto, sólo es el individuo obligado, es decir, aquel que mediante su conducta puede violar o satisfacer la obligación; el individuo con derecho, es decir, aquel en cuyo respecto ha de cumplirse aquella conducta, es sólo objeto de la conducta que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta. Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua. Ello resulta, por de pronto, de la circunstancia de que no en todos los casos de obligación jurídica se supone la existencia de un derecho subjetivo reflejo. Cuando la conducta obligatoria de un individuo no se refiere a otro individuo específicamente determinado en cuanto tal; es decir, cuando aquella conducta no ha de cumplirse frente a otro individuo determinado individualmente,[87] sino que se la exige con respecto de la comunidad jurídica en cuanto tal, se habla a veces, por cierto, de un derecho de la comunidad; en especial, de un derecho del Estado, con respecto de esa conducta del individuo obligado, como en el caso de la obligación de cumplir el servicio militar; pero en otros casos basta admitir una obligación jurídica sin un derecho reflejo que le sea correspondiente como, poniendo por caso, con respecto de las normas jurídicas que prescriben bajo sanción penal determinada conducta humana frente a ciertos animales, plantas y objetos inanimados. Así, cuando está jurídicamente prohibido matar, en general o en ciertas épocas, ciertos animales, o cortar ciertas flores, voltear ciertos árboles, o destruir ciertos edificios o monumentos históricamente significativos. Son éstas obligaciones que, mediatamente, se constituyen con respecto de la comunidad jurídica interesada en esos objetos. No es necesario suponer derechos reflejos de los animales, las plantas y los objetos inanimados. La tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser "personas", es equivocada, puesto que "persona" significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados

[87] Va de suyo que la conducta de un individuo también tiene que llevarse al cabo con respecto de otro individuo, determinado individualmente, aun cuando ese tercero tenga que ser posteriormente determinado en mérito a cualquier criterio; así, por ejemplo, cuando se suscita entre *A* y *B* un litigio sobre quién de ellos esté obligado a entregar determinada cosa a *C*, y sólo luego de la decisión judicial queda establecido quién sea el obligado a efectuar la prestación a *C*. Pero también es posible el caso que, según el derecho existente, exista la obligación de cumplir determinada conducta, pero que no se determine el individuo humano que debe efectivamente realizarla; así, por ejemplo, cuando el propietario actual de un fundo esté obligado a permitir el uso de un camino que atraviese la propiedad. *Cf.* también el caso mencionado más adelante (p. 165), de la sucesión vacante.

a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido "sujetos" de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto. Pero, como ya se advirtió, cuando un hombre está obligado a comportarse, frente a otro hombre, de determinada manera sólo aquél, pero no éste, es "sujeto", es decir, sujeto de una obligación. Dado que el derecho reflejo es idéntico con la obligación jurídica, el individuo en cuyo respecto se ha constituido la obligación, no es tomado jurídicamente en cuenta como "sujeto", por no ser sujeto de esa obligación. El hombre, en cuyo respecto ha de efectuarse la conducta obligatoria, es tan objeto de esa conducta como el animal, la planta o el objeto inanimado en cuyo respecto algunos hombres están obligados a comportarse de determinada manera. También es insuficiente el argumento de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no pueden esgrimir "pretensiones" correspondientes a la obligación. Dado que no es esencial para la presencia de un derecho reflejo que se formule una exigencia con respecto de la conducta obligatoria. La circunstancia de que, por cualquier razón, no se formule pretensión o que no pueda formulársela, no modifica la situación jurídica.

La "pretensión" que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querella. Tenemos entonces una situación enteramente diferente de la de un mero derecho reflejo. Hablaremos de ella más adelante. Sea como fuere, un derecho reflejo no puede darse sin un obligación jurídica correspondiente. Sólo cuando un individuo está jurídicamente obligado a cumplir determinada conducta con respecto de otro, tiene este último un "derecho" sobre el primero. El derecho reflejo, en efecto, consiste solamente en la obligación del otro.

La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Ésta supone que existen derechos naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de la propiedad privada. Conforme a esta forma de pensar, la función de un orden jurídico positivo (o del Estado) que satisfaga la condición natural, consiste en garantizar esos derechos naturales, estatuyendo las obligaciones correspondientes. Esta concepción influyó también sobre los representantes de la Escuela histórica, que no sólo inauguraron el positivismo jurídico del siglo XIX, sino que determinaron muy esencialmente la construcción conceptual de la teoría general del derecho. Así se lee, por ejemplo, en Dernburg: "Los derechos, en sentido subjetivo, se originaron históricamente mucho antes de que se constituyera un ordenamiento estatal consciente. Se fundaban en la personalidad de los individuos, y en el respeto que habían logrado, y sabían

imponer, con respecto de sus personas y sus bienes. Sólo por abstracción se alcanzó paulatinamente, a partir de la concepción de derechos subjetivos preexistentes, el concepto de un orden jurídico. Es, por lo tanto, una concepción ahistórica y errónea, afirmar que los derechos en sentido subjetivo no sean sino derivaciones del derecho en sentido objetivo." [88] Si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esa obligación jurídica.

b) *Derechos personales y reales.* Bajo la influencia de la antigua jurisprudencia romana se suele distinguir el derecho sobre una cosa (*ius in rem*), del derecho sobre una persona (*ius in personam*). Esta distinción lleva a error. También el derecho sobre una cosa es un derecho con respecto de personas. Cuando, para mantener en pie la distinción entre derechos reales y personales, se definen aquéllos como el derecho de un individuo a disponer de cualquier manera de determinada cosa, se pasa por alto que ese derecho no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir esos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. Es decir, que también el *ius in rem* es, por de pronto, un *ius in personam*. De importancia primera es la relación entre hombres, que también en el caso de los denominados derechos reales consiste en la obligación de llevar al cabo determinada conducta frente a determinado otro hombre. La relación con la cosa es de importancia secundaria, puesto que solo sirve para determinar más de cerca la relación primaria. Se trata de la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero.

El derecho real por excelencia, para el cual se ha efectuado toda la distinción, es la propiedad. Es definido por la ciencia jurídica tradicional como el dominio excluyente de una persona sobre una cosa, definición mediante la cual es distinguido de los derechos a exigir algo, fundantes solamente de las relaciones jurídicas personales. Esta distinción, importante para la sistemática del derecho burgués, tiene un notorio carácter ideológico.

Dado que el derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación —inmediata o mediata— con otros hombres, [89] la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de éstos en no impedir la disposición que éste haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de

[88] Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Pandekten, 8ª ed., primera parte, 1911, p. 65).

[89] *Cf. supra*, pp. 25 y ss., 33 y ss.

una persona sobre una cosa, consiste en la exclusión estatuida por el orden jurídico de todos los demás de la disposición de la cosa. El "dominio" del primero no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros. Es una relación entre los otros y el primero, es decir, en la terminología usual: una relación que se da entre personas, y sólo secundariamente, una relación con una cosa, a saber: cierta relación de los otros con respecto de la cosa, mediante la cual se media en la relación con el primer individuo. Si pese a ello, se insiste tercamente en la definición tradicional de la propiedad, como dominio excluyente de una persona sobre una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, ello sucede claramente porque la definición de la propiedad como una relación entre persona y cosa sirve para ocultar su decisiva función socioeconómica, una función que, tratándose de la propiedad de los medios de producción, es caracterizada por la teoría socialista, sin resolver aquí si con razón o sin razón, como una "explotación"; una función que, en todo caso, consiste justamente en la relación del propietario con todos los restantes sujetos que quedan excluidos de la apropiación de la cosa, en cuanto al derecho objetivo los obliga a respetar el poder exclusivo de disposición del propietario. Por ello, la doctrina jurídica tradicional se levanta decididamente contra la tesis que ve en el derecho subjetivo, es decir, en el derecho de un individuo, sólo el reflejo de las obligaciones jurídicas de otros, dado que, por razones puramente ideológicas, cree necesario destacar el carácter primario de los derechos.

Las dos situaciones caracterizadas por la jurisprudencia tradicional, como relaciones personales y reales, pueden distinguirse más correctamente, sin incurrir en ninguna tendencia ideológica, como derechos reflejos relativos y absolutos. Puede ser obligación de un individuo determinado el actuar de determinada manera frente a un individuo determinado; así sucede, por ejemplo, en el caso, de la relación entre el acreedor y el deudor, puesto que aquí sólo el deudor está obligado a cumplir determinada prestación frente al acreedor, y, por ende, sólo el acreedor tiene derecho reflejo a esa prestación. Como tanto la obligación del deudor, como el derecho reflejo del acreedor, sólo se dan con respecto de un individuo determinado, tenemos, en este sentido, un derecho únicamente relativo. Cuando, en cambio, la conducta se refiere a una cosa determinada, puede ser obligación de todos los restantes individuos comportarse de determinada manera frente a un individuo determinado. Este es el caso del derecho de propiedad, ya que aquí todos los demás están obligados a no impedir lo que determinado hombre disponga con respecto a determinada cosa, y a no intervenir en esos actos de disposición. El derecho reflejo consiste en la obligación de los demás; se dirige hacia todos los demás y es, en este sentido, un derecho absoluto. Terminológicamente la distinción entre derechos reflejos relativos y absolutos no es muy feliz, puesto que también los denominados derechos "absolutos" son sólo relativos, dado que consisten en la relación

de muchos con respecto de uno. El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado. La relación secundaria con una cosa determinada no está, de ningún modo, limitada a los denominados derechos reales, sino que puede presentarse también en los denominados derechos personales. Así sucede en el caso en que el deudor esté obligado a entregar un objeto individualmente determinado al acreedor, como cuando, por ejemplo, alguien se obliga por contrato de compraventa, a transferir a otro en propiedad una cosa, mueble o inmueble, bien determinada. El derecho del acreedor en este caso se diferencia de un derecho real, en que frente a su derecho sólo se halla la obligación de un sujeto determinado.

En este análisis sólo se ha tomado en consideración el derecho reflejo. Desempeña en la teoría tradicional un papel decisivo, aun cuando este "derecho" de uno no sea otra cosa que la obligación de otro, o de todos los demás, de comportarse en determinada manera en su respecto. Cuando, en cambio, se describe el derecho de propiedad, como el poder jurídico del propietario para excluir a todos los demás de la disposición de una cosa determinada, ya no está en juego un mero derecho reflejo. Este poder sólo lo tiene un individuo cuando el orden jurídico lo faculta, no sólo para impedir la violación de la obligación de no obstaculizarlo en los actos de disposición sobre determinada cosa, sino para hacer valer con una acción ante la justicia el hecho de ese incumplimiento de la obligación. Más adelante se hablará de los derechos subjetivos en este sentido.

c) *El derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido.* Al derecho subjetivo como un derecho consistente en no más que el reflejo de la obligación jurídica de otro, se refiere la definición, muchas veces representada en la jurisprudencia tradicional, según la cual el derecho subjetivo es determinado como un interés jurídicamente protegido. En esta determinación se expresa, en forma especialmente clara, el dualismo característico de la ciencia jurídica tradicional, que contrapone al derecho en sentido subjetivo, al derecho en sentido objetivo. Este dualismo involucra en sí una indisoluble contradicción. Si el derecho, en sentido objetivo, es norma, o un sistema de normas, un orden normativo, y si el derecho, en sentido subjetivo es algo enteramente diferente, a saber: un interés, no cabe subsumir bajo el mismo concepto superior tanto al derecho objetivo, como al subjetivo. Y esta contradicción tampoco puede ser puesta un lado admitiendo entre el derecho objetivo y subjetivo una relación según el cual éste quedaría determinado por el interés que aquél protege Desde el punto de vista de una consideración orientada al derecho como norma,

o sistema de normas, el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca. Y esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una obligación jurídica de no lesionar ese interés, como la obligación jurídica del deudor de devolver al acreedor el préstamo recibido. Según la teoría del interés, el derecho del acreedor consiste en su interés, protegido por la obligación jurídica del deudor, en recobrar su préstamo, pero su derecho, como derecho reflejo, no es otra cosa que la obligación jurídica del deudor.

Admitir un derecho reflejo no pareciera posible, desde el punto de vista de la teoría del interés, cuando la acción a que uno está obligado frente a otro, consiste en infligir al otro un mal, lo que sucede cuando esa acción tiene el carácter, estatuido por el orden jurídico, de una sanción, y cuando tanto el ordenar la sanción, como su ejecución en los casos concretos, se convierte en el deber administrativo de los órganos de aplicación del derecho. Nadie tiene, normalmente, interés en sufrir un mal. Si la obligación jurídica indicada protegiera un interés, no podría tratarse del interés del individuo contra el cual se dirige la sanción; en el ejemplo anterior, no puede ser ni el interés ni el derecho del deudor; es el interés, y, por lo tanto, el derecho del acredor, el protegido por la obligación jurídica del deudor, en obtener la restitución del préstamo. En el caso de una sanción penal, no puede tratarse de un interés y, por ende, tampoco de un derecho del malhechor, que se vería protegido por la obligación de los órganos de aplicación de sancionarlo. Si se admitiera, pese a todo —como a veces sucede— un derecho semejante, afirmándose que el malhechor tiene derecho a ser penado, que tiene una pretensión a la pena jurídicamente estatuida, al cumplimiento de la obligación de penarlo, ello deriva de que se interpreta el interés que la comunidad tiene en que se reaccione ante la ilicitud con una sanción, como un interés del delincuente, como un "bien entendido" interés suyo. Con todo, ese interés de la comunidad, o mejor, la protección de ese interés mediante la obligación administrativa del órgano de aplicación, no es caracterizada, por lo común, como un derecho subjetivo reflejo; debiendo recordarse, al respecto, que en los usos corrientes del lenguaje, no en todos los casos de obligación jurídica se habla también de un derecho reflejo correspondiente.

d) *El derecho subjetivo como poder jurídico.* Frente a la teoría del interés, encontramos en la jurisprudencia tradicional, la denominada teoría de la voluntad, según la cual el derecho subjetivo es un poder volitivo otorgado por el orden jurídico. Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiere la teoría del interés, a saber, una autorización, un poder jurídico, otorgado por el orden jurídico a un individuo. Aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una

acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querella, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación.

Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde —es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano— si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial. El derecho entonces —entendiendo por derecho la norma jurídica general que el órgano jurídico ha de aplicar— queda a disposición de determinado individuo, normalmente aquel en cuyo respecto otro individuo está obligado a cumplir determinada conducta. En este sentido, el derecho objetivo pasa, en los hechos, a ser su derecho. Si se recurre, para exponer esta situación, al concepto auxiliar del derecho reflejo, cabe sostener entonces que el tener un derecho —situación que sólo es un reflejo de la obligación jurídica— provee al titular de una potestad jurídica con respecto de ese derecho reflejo; lo que significa que la falta de cumplimiento de la obligación, cuyo reflejo ese derecho es, puede ser hecha valer mediante la acción o querella.

La situación indicada no queda descrita exhaustivamente exponiendo la obligación de un individuo de comportarse de determinada manera frente a otro. Puesto que el momento esencial reside en el poder jurídico que el orden jurídico otorga a este último, para conseguir que se lleve adelante una acción con motivo del incumplimiento de la obligación por el primero. Ahora bien, este poder jurídico es un hecho diferente de la obligación jurídica que se trata de hacer cumplir mediante su ejercicio; sólo en el ejercicio de este poder jurídico es el individuo en cuestión "sujeto" de un derecho diferente de la obligación jurídica. Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra. Ese ejercicio del derecho no está ya codeterminado en la conducta que constituye el contenido de la obligación, cuyo incumplimiento se hace valer jurídicamente mediante el ejercicio del derecho. En los giros lingüísticos tradicionales se considera, como ya se señaló, ejercicio de un derecho también a otro comportamiento del individuo, contrapuesto a la obligación jurídica, a saber, la conducta correlacionada con la conducta obligatoria y que ya está codeterminada en ella. Se trata del ejercicio del derecho reflejo.

Según la teoría tradicional, todo derecho subjetivo de un individuo contiene una pretensión con respecto de la conducta a la que el segundo individuo está obligado frente al primero; es decir, a la conducta que configura, con el derecho

reflejo, un contenido idéntico al de la obligación jurídica. Pero una "pretensión", en un sentido jurídicamente relevante, sólo se constituye en el ejercicio del poder jurídico con que debe contar el derecho reflejo para ser un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra. Cuando el individuo, obligado frente a otro a determinada conducta, no cuenta con el poder jurídico de accionar en caso de incumplimiento de la obligación, el acto por el que requiera el cumplimiento de la obligación, no tiene ningún efecto jurídico específico, tratándose, por ende, de un acto jurídicamente irrelevante —haciendo abstracción además, de que puede estar jurídicamente prohibido. De ahí que sólo exista una "pretensión", como acto jurídicamente eficaz, cuando existe un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, el poder jurídico de un individuo de lograr llevar adelante una acción en caso de incumplimiento de la obligación jurídica adoptada en su favor.

Este derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo "tenga" un derecho subjetivo, es decir, que "tenga" determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias. Cuando la teoría tradicional caracteriza el derecho subjetivo como un poder volitivo concedido por el orden jurídico, tiene presente el poder jurídico que se ejerce en la acción judicial. Pero, por derecho subjetivo, no se comprende solamente ese poder jurídico, sino también el poder jurídico en unión con un derecho reflejo, es decir, con la obligación cuyo incumplimiento puede ser reclamado ejerciendo el poder jurídico. En otros términos: se trata de un derecho reflejo provisto de ese poder jurídico. El énfasis está en el derecho reflejo. Pero, como se mostró en lo anterior, la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación. A esa norma jurídica se alude cuando, en lo que sigue y ateniéndonos a la terminología tradicional, se habla de un derecho subjetivo en sentido técnico, como de un poder jurídico otorgado a un individuo.

No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual. Esta técnica, por lo demás, no domina en todas

las partes del orden jurídico capitalista sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno del denominado "derecho privado", y en ciertas partes del derecho administrativo. El derecho penal moderno no la emplea, o sólo lo hace excepcionalmente. No recurre a ella en caso de homicidio doloso o culposo, cuando el individuo en cuyo respecto se ha llevado a cabo la conducta penalmente prohibida, ha cesado de existir, y, por ende, no puede iniciar querella alguna; también en la mayor parte de los casos de conductas penalmente prohibidas, cuando en lugar del individuo afectado, aparece un órgano estatal que, como acusador de oficio, pone en movimiento el procedimiento que lleva a la aplicación de la sanción. La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un "órgano" determinado de la comunidad, sino a un individuo designado por la teoría tradicional como "persona de derecho privado", que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación; es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación.

Como no es necesario que el sujeto de una obligación sea solamente *un* individuo, pueden ser sujetos de un derecho en el sentido técnico, dos o más individuos, como titulares (sujetos) de un mismo derecho. Sujetos de un derecho en sentido técnico son dos o más individuos, cuando en la obligación idéntica al derecho reflejo, se trata de una conducta por cumplir con respecto de dos o más individuos, y cuando el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de esa obligación, puede ser ejercido por el uno o el otro de esos individuos —es decir, alternativamente—, o bien solamente mediante una acción común de todos los individuos —es decir, cooperativamente.

En este poder jurídico conferido a un individuo, por regla general, está comprendida la facultad de introducir, por apelación, un denominado recurso judicial en caso de que la sentencia judicial le fuera desfavorable, alegando que la misma no se adecua al derecho; el procedimiento iniciado mediante ese acto puede llevar a la revocación de la sentencia recurrida y a su remplazo por otra. Este poder jurídico no se restringe al individuo en cuyo favor existe la obligación afirmada, sino que también se otorga al sujeto de la obligación jurídica mencionada. No sólo el actor, sino también el demandado pueden apelar, según las disposiciones de los regímenes procesales modernos, contra una sentencia desfavorable. El ejercicio de este poder jurídico no se cumple, empero, para lograr el cumplimiento de una obligación jurídica, sino, al revés, para evitar que se exija el cumplimiento de una obligación pretendida pero que, en opinión del demandado, no existe, o no existe en la medida pretendida. Como este

poder jurídico no está ligado a un derecho reflejo, no habría aquí, conforme a los usos jurídicos corrientes, ningún derecho subjetivo.

Un poder jurídico análogo se otorga, según el derecho administrativo moderno, al individuo que, en su opinión, es objeto de una orden administrativa jurídicamente infundada, es decir, en el caso de una norma individual, dictada por un órgano administrativo, que prescribe a ese individuo determinada conducta. El individuo así afectado está facultado a interponer contra la orden administrativa una queja, o un recurso variadamente denominado, para iniciar un procedimiento que puede llevar al dictado de otra norma individual que revoque a la primera o la modifique. No se suele, tampoco en este caso, hablar de un derecho subjetivo.

e) *El derecho subjetivo como una permisión (administrativa) positiva.* Con la afirmación de que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera, y, en especial, que tiene derecho a ejercer determinada actividad, no puede querer decirse únicamente que no le está prohibido jurídicamente ejercerla, o que otros están obligados a no impedir su ejercicio, o por fin, que el individuo con derecho a ejercerla cuente con el poder jurídico de iniciar los procedimiento que, en caso de violación de la obligación correspondiente, lleven a la aplicación de la sanción. La situación caracterizada como un tener derecho, o un derecho subjetivo, puede consistir también en que el orden jurídico condiciona determinada actividad —por ejemplo, el ejercicio de determinada profesión—, a la "concesión" u otorgamiento de "licencia", como una permisión que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad, sea por un funcionario, sea bajo condiciones previas que el orden jurídico determina, o según la libre discrecionalidad del órgano correspondiente. El ejercicio de la actividad en cuestión está prohibido faltando ese permiso administrativo, es decir, es susceptible de sanción. Esa permisión no consiste únicamente en el hecho puramente negativo de no estar prohibido, sino en el acto positivo de un órgano de la comunidad. Juega en el derecho administrativo moderno un papel importante. El derecho derivado de esa permisión positiva, de origen administrativo, es decir, otorgada por un órgano de la comunidad, no es un derecho reflejo; no es función de una obligación correspondiente. Involucra un poder jurídico, en cuanto lleva consigo una autorización para efectuar determinados negocios jurídicos, como en el caso de la licencia o concesión administrativa para vender bebidas alcohólicas, o ciertos medicamentos que contienen drogas.

f) *Los derechos políticos.* Una clase especial la constituyen los denominados derechos "políticos". Se suele definirlos como una autorización para influir en la constitución de la voluntad estatal; ello significa participar, directa o indirectamente en la producción del orden jurídico, en el que se expresa la "voluntad estatal". Se piensa con ello —como sucede, por lo general, cuando

se trata del orden jurídico personificado como "voluntad estatal" —sólo en las formas de formulación generales de las normas jurídicas constitutivas de ese orden: en las leyes. La participación de los sometidos a las normas en la legislación, es decir, en la producción de normas jurídicas generales, es la característica esencial de la forma democrática de Estado a diferencia de la forma estatal autocrática, en la cual los súbditos están excluidos de toda intervención en la constitución de la voluntad estatal, sin tener derechos políticos. La legislación democrática puede ser realizada en forma inmediata, por el "pueblo", es decir, por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas "democracias directas", el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legisferante, tomando la palabra y votando en la misma. O bien la actividad legislativa es efectuada por el pueblo sólo mediatamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo. Entonces, el proceso de constitución de la voluntad estatal se divide en dos etapas: la elección del parlamento y la promulgación de las leyes por los miembros electos del parlamento. En consecuencia, en este caso existe un derecho subjetivo de los electores, que configuran un círculo más o menos grande, a saber, el derecho al voto; y un derecho subjetivo de los electos —relativamente menos en número—, es decir, el derecho a participar en las actividades parlamentarias, tomando la palabra y votando. Se trata de derechos políticos.

Si se les caracteriza por el hecho de conceder a los derechohabientes una participación en la constitución de la voluntad estatal, es decir, en la producción de normas jurídicas, entonces también el derecho subjetivo privado es un derecho político, puesto que éste también permite participar al titular del derecho en la constitución de la voluntad estatal. La misma se expresa en la norma individual de la sentencia judicial, no menos que en la norma general de la ley.

Junto al derecho de elegir un parlamento, cabe tomar en cuenta otros derechos de elección también como derechos políticos. Según las constituciones democráticas, puede constituirse por elección, no sólo el órgano legislativo, sino también los órganos ejecutivos (administrativos) y judiciales. En tanto la función de esos órganos es una función de producción de derechos, esos derechos de elección otorgan un poder jurídico, que como el derecho de elección de un parlamento, implica participar, no directamente, pero sí indirectamente, en la producción de las normas que el órgano está facultado para producir.

El abarcar en un mismo concepto de derecho subjetivo al derecho subjetivo privado, en sentido específico —ese poder jurídico otorgado para reclamar por el incumplimiento de una obligación jurídica—, con el denominado derecho subjetivo político, que también es un poder jurídico, sólo es posible en la medida en que ambos cumplen la misma función jurídica: la participación de los sometidos al derecho en la producción del derecho; en cuanto en ambos se expresa la función de producción del derecho. Pero, al respecto, es necesario

mantener en claro que, como ya se indicó, el derecho subjetivo privado, en su sentido técnico específico, también se diferencia del denominado derecho subjetivo político, en que en el primero, el poder jurídico, o competencia, conferido por el orden jurídico a un individuo, para participar en la producción del derecho, sirve para hacer valer un reclamo con respecto de una obligación jurídica pendiente a favor de este u otro individuo, lo que no sucede tratándose del derecho subjetivo político. El acreedor está facultado —es decir, tiene el poder jurídico otorgado por el orden jurídico— para participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial, mediante la presentación de una demanda destinada a hacer reconocer así la falta de cumplimiento por el deudor de su obligación de proveerlo de una determinada prestación. El sujeto del derecho político, el elector, por ejemplo, está facultado —es decir, tiene el poder jurídico de participar— en la producción de normas jurídicas generales; pero ese poder no sirve para obtener el cumplimiento de una obligación jurídica a su favor por otro sujeto. El ejercicio de este poder jurídico puede, pero no necesariamente, estar garantizado por la obligación jurídica impuesta a otro individuo, así como el ejercicio de una facultad puede ser el contenido de una obligación por parte del facultado, pero no es necesario que lo sea. El juez puede estar obligado a recibir la demanda del acreedor, y estará jurídicamente obligado a ello, cuando su negativa a recibir la demanda esté sujeta a sanciones disciplinarias por violación de las obligaciones del cargo. Pero el poder jurídico otorgado al acreedor, que constituye su derecho subjetivo, no sirve para reclamar por el incumplimiento de esa obligación del juez sino para reclamar por el incumplimiento de la obligación del deudor. Un órgano elector puede estar obligado a recibir los votos de los electores, a hacer su cómputo, etcétera, y está obligado a ello cuando la omisión de una u otra función tiene como consecuencia una sanción. Pero el poder jurídico, en que consiste el derecho político de voto, no sirve para reclamar por el incumplimiento de esas obligaciones administrativas. No sirve, en general, y a diferencia del poder jurídico que aparece en el derecho subjetivo privado, para reclamar por el incumplimiento de una obligación jurídica individual, sino, sólo indirectamente, para participar en la producción de normas jurídicas generales, mediante las cuales se estatuirán obligaciones jurídicas

Los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa), la libertad de conciencia, incluyendo la libertad de religión, de asociación y de reunión, etcétera. Estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos, ya se trate de meros derechos reflejos, o bien de derechos subjetivos privados en sentido técnico. Por cierto, aparecen como prohibiciones de violar por ley (o por

disposiciones con fuerza legal) la igualdad o libertad garantizadas, es decir, suprimirlas o limitarlas. Pero esas "prohibiciones", en lo principal, no consisten en imponer al órgano legislativo la obligación jurídica de no dictar tales leyes, sino se reducen a que esas leyes, si hubieran sido promulgadas, puedan ser derogadas por "inconstitucionales" [90] mediante un procedimiento especial previsto a ese efecto. Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas. Por cierto que los denominados derechos y libertades fundamentales pueden ser lesionados, no sólo por leyes (y disposiciones con fuerza legal), sino también por reglamentos de aplicación, actos administrativos y sentencias judiciales, es decir, también normas distintas de aquellas que aparecen con forma de ley (o disposiciones con fuerza legal) pueden tener contenidos contrarios a la constitución, y ser derogadas por esa razón. Pero también pueden ser eliminadas no sólo en razón de su inconstitucionalidad, sino por haber sido dictadas sin ninguna base legal, bastando ya esto como fundamento para su derogación, y no sólo justamente cuando su contenido contradice la "prohibición" material de la constitución, es decir, cuando posee un contenido "prohibido" por la constitución.

La igualdad garantizada por la constitución a los individuos sujetos al orden jurídico no significa que los mismos, en virtud de las normas establecidas por la constitución, deban ser tratados igualmente, en especial, por la legislación. No puede aludirse a semejante igualdad, puesto que sería obsurdo imponer a todos los individuos las mismas obligaciones y otorgarles los mismos derechos, sin efectuar ciertas distinciones entre niños y adultos, personas psíquicamente sanas y enfermos mentales, hombres y mujeres. Cuando se habla de igualdad ante la ley, esa garantía sólo puede satisfacerse si la constitución estatuye, en relación con discriminaciones bien determinadas, como las de raza, religión, clase o riqueza, que las mismas no sean adoptadas por la legislación; es decir, que las leyes que efectúen esas discriminaciones puedan ser derogadas por inconstitucionales. Si la constitución no establece cuáles son las distinciones específicas que la legislación no puede adoptar en relación con los individuos, y si la misma contiene una fórmula que proclama la igualdad de los individuos, esa igualdad constitucionalmente garantizada no significa otra cosa sino una igualdad *ante* la ley. Pero con la garantía de la igualdad *ante* la ley sólo se estatuye que el órgano de aplicación únicamente puede tomar en cuenta aquellas distinciones que son efectuadas en las leyes mismas que aplica. De ese modo sólo se estatuye el principio inmanente a todo derecho, de la legalidad de la aplicación del derecho en general, y el principio inmanente de todas las leyes, de la legalidad en la aplicación de la ley, según el cual, las normas deben aplicarse conforme

[90] *Cf. infra*, pp. 275 y ss.

a normas. De ese modo no se expresa sino el sentido inmanente a las normas jurídicas. Una sentencia judicial, según la cual no se impone la pena prevista por la ley aplicable a un individuo, sólo porque el delincuente es blanco y no negro, cristiano y no judío, pese a que la ley no toma en cuenta la raza o religión del delincuente para determinar el tipo penal, es una sentencia judicial tan recurrible, como contraria a derecho y por las mismas razones, que la sentencia judicial que impusiera a un individuo una pena no determinada por la ley en mérito a delito no comprobado judicialmente, o la sentencia judicial que impusiera al individuo que efectivamente hubiera cometido ese delito, una pena no prescrita en la ley. La inconstitucionalidad de la sentencia no constituye un fundamento para recurrir y obtener la revocación, distinto de la contrariedad con la ley.

La disposición constitucional que estatuye la inviolabilidad de la propiedad podría significar que las leyes que autorizan al gobierno a privar de su propiedad a los propietarios, sin su consentimiento y sin indemnización —exceptuando el caso de la privación de bienes como consecuencia de una sanción—, pueden ser eliminadas como "inconstitucionales". Semejante disposición constitucional no constituye propiamente una prohibición de la expropiación. Se refiere sólo a la desapropiación sin indemnización, y no norma una obligación jurídica, impuesta al órgano legislativo, de omitir semejantes leyes. La ley "inconstitucional" es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. No es nula, sino sólo anulable. [91] Situación análoga se presenta cuando la constitución garantiza la libertad de creencia y de conciencia. Esa garantía significa que la ley que prohibiera el ejercicio de determinada religión, es decir, que pusiera penas al ejercicio de esa religión, puede ser derogada por inconstitucional.

Una garantía eficaz de los denominados derechos y libertades fundamentales, sólo se da cuando la constitución que los garantiza no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo mediante un procedimiento especial, distinto del procedimiento legislativo ordinario, en cuanto sólo puede llevárselo a cabo bajo condiciones más severas, sea que se requiera, no una mayoría simple, sino una mayoría calificada en el órgano legislativo colectivo, sea que se requieran varias decisiones y no una única, y análogamente. [92] Si la constitución puede ser enmendada por una simple ley, ninguna ley, y, por ende, ninguna sentencia judicial dictada con fundamento en ley, ni ninguna resolución administrativa dictada con fundamento en ley, puede ser suprimida por "inconstitucionalidad", puesto que la constitución queda eliminada, con respecto al dominio de validez de la ley, por la ley misma. De ahí que no exista ninguna garantía verdadera de los llamados derechos y libertades fundamentales, mientras la constitución, sólo modificable bajo condiciones más difíciles, no garantice el "derecho" como no limitable por ley; es decir, cuando la constitución delegue en la simple legislación estatuir expropiaciones sin indemnización, introducir discriminaciones constitucionales excluidas en la imposición de obligaciones, otorgar derechos, o imponer limitaciones a ciertas libertades. Semejante garantía aparente se da, por ejemplo, cuando la constitución dispone: "Se garantiza la inviolabilidad de la propiedad. La expropiación en interés público sin indemnización sólo podrá cumplirse por ley." O: "Todos tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones dentro de los límites legales." O: "Todos los ciudadanos tienen derecho a reunirse y constituir asociaciones. El ejercicio de estos derechos será reglamentado por ley."

Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos "derechos", no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo. Tampoco ningún derecho reflejo, dado que la "prohibición" de la legislación limitante no estatuye ninguna obligación jurídica; y, por ende, tampoco ningún derecho subjetivo en sentido técnico, mientras que por tal se entienda el poder jurídico de reclamar ante el incumplimiento de la obligación jurídica. Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico —aunque no sea para obtener satisfacción por el incumplimiento de la obligación jurídica— cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional. Puesto que el sentido del acto mediante el cual se elimina una norma, es él mismo una norma, la libertad garantizada consiste en el poder jurídico de poder intervenir en la producción de esas normas. Así, por ejemplo, el derecho constitucionalmente garantizado de libertad religiosa configura un derecho subjetivo cuando el procedimiento para la supresión de una ley limitativa de la libertad religiosa puede ser iniciado por todo individuo afectado, mediante una suerte de *actio popularis*. Pero este derecho, como derecho político, se distingue como en el caso del derecho político de voto, del derecho subjetivo en sentido técnico que aparece en el derecho privado, en que no sirve para obtener el reconocimiento de las consecuencias del incumplimiento de una obligación jurídica existente con respecto del derechohabiente. Obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación. En cambio es posible, y así sucede en los hechos, que el jefe del Estado, que debe promulgar las decisiones legislativas del parlamento, y los miembros del gabinete ministerial que deben refrendar los actos del jefe del Estado, sean hechos responsables por la constitucionalidad de las leyes que ellos promulgan o refrendan; es decir, se les puede imponer penas específicas, dictadas por un tribunal especial, como la privación del cargo, la

[91] *Cf. infra*, pp. 245 ss.
[92] *Cf. infra*, pp. 229 ss

pérdida de los derechos políticos. Tenemos entonces una prohibición jurídica, impuesta a esos órganos, de instituir semejantes actos, es decir, la prohibición de participar en la promulgación de leyes inconstitucionales. Con todo, el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional. Si existe una resolución administrativa, o una sentencia judicial que violan la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, es decir, si tenemos una norma individual dictada conforme a una ley inconstitucional, y si sólo el individuo inmediatamente afectado por esa norma individual cuenta con el poder jurídico de iniciar, por queja o apelación, un procedimiento que lleve a la eliminación de esa norma individual, entonces el derecho o libertad básica en juego constituirá un derecho subjetivo del individuo en tanto y en cuanto la eliminación de la norma individual implique la eliminación, para el caso concreto, de la ley inconstitucional, o esté de alguna manera relacionada con una supresión general de la ley inconstitucional. Si la norma individual del acto administrativo o judicial, que lesiona el derecho o libertad fundamentales garantizados por la constitución, no ha sido establecido con fundamento en una ley inconstitucional, o carece de todo fundamento legal, el derecho subjetivo del individuo, es decir, su poder jurídico para provocar la eliminación de esa norma individual, no se distingue en nada del derecho subjetivo consistente en el poder jurídico de lograr la supresión de un acto administratvo o judicial por su ilegalidad. El procedimiento iniciado, mediante queja o apelación, por el individuo, no conduce a una eliminación, particular o general, de la ley inconstitucional, sino sólo a la eliminación de una norma individual contraria a la ley. Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo.

En suma, cabe afirmar que el derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien, un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas "leyes", o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien, como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa.

TITULO I

TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS

CAPITULO PRIMERO

NOCIÓN DEL DERECHO

SECCION PRIMERA. — ELEMENTOS SUSTANCIALES DEL DERECHO

Insuficiencia de las ideas de voluntad y de fuerza para definir el derecho. — Elemento sustancial de la idea del derecho e ideas que de él nacen : utilidad, bien, valor, interés. — Realización práctica del derecho : juicio. — Diversas formas del juicio. — El derecho de disponer es un derecho de elección con relación a las formas del juicio.

Jus privatum, quod ad singulorum UTILITATEM *spectat.* ULPIANO, lib. I, Inst.
(L. 1, § 2 *de just. et jure.*)

70. ¿Qué es el derecho? La pregunta tiene muchas respuestas, según el sentido que se le quiera dar y el punto de vista desde que se mira. La respuesta que ordinariamente se encuentra en los tratados: el derecho consiste en la posibilidad de obligar garantido por la ley (Thibaut), u otra cualquiera equivalente que traduce la misma idea en otros términos[186], puede parecer suficiente a los ojos del jurisconsulto positivo. Pero para nosotros y el objeto que

nos proponemos, no podemos contentarnos con semejante modo de definir, que sólo contiene en su fondo una *descripción* y un indicio de la manifestación *exterior* del derecho. Debemos exigir que la respuesta descanse sobre la esencia íntima del derecho, a fin de que nos sirva de punto de partida y de apoyo para las investigaciones que sigan.

La filosofía del derecho es la que debe darnos esa respuesta. Mientras que Kant y su escuela no se elevan en su definición más allá de la manifestación exterior del derecho, la *opresión* [487], Hegel, científicamente o no, y su opinión ha venido a ser la reguladora de la nueva jurisprudencia positiva, coloca la sustancia del derecho, lo mismo en el sentido objetivo que en el subjetivo, en la voluntad. El progreso de ese sistema es innegable; pero ateniéndose exclusivamente al elemento voluntad, dicho sistema ha concluído por separarse del verdadero camino, y ha caído en el defecto, como el principio de la fuerza de Kant, de convertir la idea del derecho en puro formalismo. No se puede dar una fórmula más breve y precisa de la esencia del derecho, en el sentido objetivo, que diciendo que es la *voluntad general.*

(La voluntad, y sólo la voluntad, es la que erige en *regla* de derecho, en derecho real y verdadero, las ideas jurídicas:) las del legislador en las leyes, las del pueblo en las costumbres. La voluntad es quien de hecho crea las fuerzas que la vida debe modelar y dirigir. Despojadas de esa manifestación de su fuerza práctica, con la ayuda de una realización constante, son ideas y opiniones como cualesquiera otras, pero no son reglas del derecho.

Esa definición es suficiente para la exposición dogmática del derecho. Expresa exactamente el carácter positivo y real del derecho, único elemento que importa poner de

relieve desde ese punto de vista. Pero no puede pretender una exactitud absoluta, porque le falta indicar el contenido de la voluntad, y desde el momento que quiere formular el principio mismo de la voluntad, cae en el sofisma.

Para el fin que perseguimos en esta obra, el principio de la voluntad sólo nos interesa en cuanto explica el derecho en el sentido subjetivo. ¿Pero esto quiere decir que el derecho del individuo debe estar en relación con la voluntad general, de tal manera que la voluntad individual no pueda ejercerse sino con la condición de hallarse dentro de la voluntad general? Perfectamente exacto. No quiere decir que esa relación de igualdad existe entre la voluntad general y la voluntad individual, y que la primera comunica su poder a la segunda, por lo que el derecho objetivo viene a ser subjetivo. Pero si el equilibrio se destruye, la voluntad individual queda impotente y no puede traspasar los límites que le asigna la voluntad general. En este sentido puede decirse que el derecho es la unidad concreta de la voluntad del Estado y de los particulares (Kierulff), o un fragmento de la voluntad general que viene a ser concreto y existente en la persona privada. De otro modo acontece cuando se coloca la sustancia del derecho subjetivo en la voluntad individual, lo mismo que cuando se coloca la del derecho objetivo en la voluntad general. Desde Hegel, la jurisprudencia positiva ha seguido cada día más ese sistema, que no solamente es incompleto, sino además falso [488]. De que mi voluntad no puede ir más allá de la voluntad general, no se sigue que ésta tenga un poder más grande que el mío, es decir, que yo no pudiese tener un derecho que tenga su fundamento, no en mi voluntad propia, sino en la voluntad de la ley.

Sólo perdiendo de vista esa verdad, la opinión que enu-

meramos antes ha llegado lógicamente a identificar de una manera compleja el derecho subjetivo con el principio de la voluntad. Para esa opinión, la voluntad es el objeto final de todo derecho; capacidad jurídica y capacidad de querer vienen a ser términos equivalentes; el derecho aparece como un fragmento circunscrito de la sustancia voluntad. Los tipos jurídicos abstractos establecidos por la ley, los principios de la propiedad, de la obligación, etc., no son concretos y vivos hasta que la voluntad individual los llena, los anima y se *imponen en la cosa* [489].

Según esto, el derecho privado todo no es más que un vasto arenal donde la voluntad tiene absoluta libertad para moverse y ejercitarse. La voluntad es el órgano por el cual el hombre goza del derecho. Gozar de su derecho es probar todos los goces que procura el ejercicio de la fuerza, es felicitarse de haber cumplido un acto de la voluntad; por ejemplo, haber constituído una hipoteca, haber cedido una acción, glorificándose de haber podido afirmar su personalidad [490]. ¡Pero qué miserable estado sería que la voluntad no hubiera de ejercerse más que en los reducidos límites de la fría región del derecho! No, su verdadero imperio, el teatro de su fuerza creadora, comienza donde concluye el derecho. Los derechos no son el adorno, el objeto de la voluntad, sino su condición; no son el fin, aunque le sirven de medio.

Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derecho las personas sin voluntad? ¿Sería derechos que mentirían a su fin y a su destino?, ¿anteojos en manos de los ciegos?

Si la personalidad y la capacidad jurídica son cosas idénticas a la capacidad de querer, ¿por qué todas las legislaciones del mundo (y yo no sé de ninguna que ofrezca

excepción), no solamente reconocen y protegen en los niños y en los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan, salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas dotadas de voluntad? Responder que la ley respeta en ellos la posibilidad de su capacidad futura de querer, y que la ley protege así el germen de su voluntad, sería una triste e insostenible evasiva. Abstracción hecha de los casos en que esta hipótesis se redujere a una pura ficción, por ejemplo, el de un estúpido o un loco, ese motivo del suceso futuro de la capacidad de querer podría justificar la protección concedida a la personalidad desnuda, pero no el hacerles admitir al ejercicio de derechos patrimoniales concretos, por ejemplo, de una herencia. Cuando más se podría, como concesión extrema, aumentar la validez de la capacidad hasta que el interesado pueda venir a ser capaz realmente. A esta objeción no se puede dar más que una sola respuesta, la de que pertenece a una disposición positiva el reconocer derechos a las personas incapaces de voluntad. Respuesta que un filósofo del derecho ha tenido recientemente el valor de hacer, con lo que se evidencia que siguiendo por ese camino la filosofía sería impotente para comprender el mundo real [491].

Nada, sin embargo, más fácil, se dirá; no es un derecho futuro el que poseen esas personas, su derecho existe desde luego. No es el capricho arbitrario del legislador quien crea su derecho, sino que como ser humano lo llevan escrito sobre la frente [492]. Las necesidades de toda especie, la fatalidad de la naturaleza animal del hombre, y que todos los derechos subjetivos tienen por primordial objeto satisfacer en la forma garantida por el derecho, las necesidades de la vida no se imponen con más autoridad sobre tal per-

sona que sobre tal otra. Lejos de esto, a medida que una persona es menos capaz de atender a sus necesidades, más grande viene a ser la misión del Estado sobre ella. Los sujetos abstractos del derecho, cuya existencia no principia con el nacimiento del poder y de la voluntad, están ordenados tan felizmente que no están sometidos a las necesidades vitales, por más que tengan vida, como tampoco hay necesidad de hacer notar que los niños y los locos tienen otras necesidades e intereses que los puramente materiales. Su patrimonio puede ser aplicado a fines nobles [403]; por ejemplo, para su educación o el sostén de sus padres. Poco importa que el empleo de ese patrimonio no se haga por ellos, basta que se haga para ellos; circunstancia esta última que decide la cuestión. En el sistema que hemos criticado, y que pierde de vista la importancia de este punto, porque se efectúa el empleo del patrimonio, no insisto más que sobre ese hecho: cuando se emplee el patrimonio, tratándose de locos y de niños, el tutor sería el derecho-habiente. En efecto, el tutor es quien dispone como sujeto del patrimonio, y sobre él solo recae ese gozo ideal que se asigna como fin del derecho: el gozo supremo de cumplir un acto de la voluntad. El pupilo tampoco tiene esa utilidad real. En cuanto a nosotros, decimos que el verdadero derecho-habiente es el que puede pretender no *querer*, sino *aprovecharse*. La voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero y puede paralizarse; la utilidad real no puede someterse a un tercero sin que el derecho mismo le alcance. El sujeto del derecho es aquel al que la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que la de garantir esa utilidad. Más adelante veremos en todo esto el verdadero papel de la voluntad.

Si en la opinión examinada antes se tratate únicamente

de un error en la fórmula filosófica del principio del derecho, limitaría a esto mis críticas, después de haber demostrado el error, como creo haberlo hecho. Pero en realidad se trata de una diferencia fundamental en la manera de concebir las cosas. Nos encontramos en presencia de un error lleno de peligros, hasta para el punto de vista práctico; pero no puedo en este momento entrar en más detalles porque necesitaría remontarme al origen de la historia de la jurisprudencia y de la filosofía del derecho, y entregarme a un trabajo histórico sobre el mal que ha producido la idea de la voluntad abstracta en la ciencia jurídica. Un ejemplo va a confirmar mi opinión [404].

Si el objeto final del derecho es la voluntad, todos los convenios que no tienen nada de inmoral ni de ilícito deben tener fuerza jurídicamente obligatoria; y de hecho, muchos juristas y filósofos del derecho han erigido en dogma la fuerza obligatoria abstracta de los convenios. De aquí resultaría que un convenio que impusiera a una de las partes una restricción, sin procurar ninguna utilidad a la otra, por ejemplo, el convenio de no poder enajenar sus bienes ni ejercer cierta profesión, sería perfectamente válido. Es absolutamente indiferente que el que ha recibido semejante promesa pudiese o no invocar el menor interés para mantener el contrato, porque ese interés debiera existir. ¿El objeto del derecho consiste en el poder de la voluntad, en su dominación? Luego yo domino sobre una voluntad extraña cuando tengo el poder de obligarla a hacer tal acción o a abstenerse de hacer tal otra. Indiferente es que haya tenido o no un interés personal; en el uno como en el otro, puedo contar con ese goce jurídico intelectual que forma la base de la teoría de la voluntad. Los goces de la

fuerza pura están alcanzados, mi voluntad se complace con el orgullo de ser obedecido.

Pueden preverse las consecuencias de semejante sistema, que prepara y conduce a la servidumbre. Las restricciones crecen más numerosas, más tiránicas, y cada vez menos necesarias para las relaciones de la vida, sin utilidad para aquel en cuyo favor han sido creadas. De la verdadera libertad sólo queda en pie el fantasma aparente, y la voluntad suministra el instrumento de un suicidio. La expresión de ese otro formalismo de la voluntad no se encuentra más que en la Edad Media, en el principio de la fuerza absolutamente obligatorio del juramento promisorio, que fué siempre extraño al Derecho romano, que supo prevenir ese suicidio de la *libertas* (§ 38) gracias a la concepción misma del principio del derecho. Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantir los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Tal es su misión, tal el fin de la medida de la voluntad [495]. Tal es también la medida de las convenciones. Todas aquellas que no presentan ningún interés en ese orden de ideas son nulas y no dan nacimiento ni a una servidumbre [496] ni a una obligación [497]. Los derechos no producen nada inútil; la *utilidad*, no la *voluntad*, es la sustancia del derecho.

Henos aquí llegados a nuestra propia solución del problema. Resumamos, pues, lo que precede diciendo: la voluntad no es otra cosa que el objeto y la fuerza motriz de los derechos. La verdadera inteligencia práctica de los derechos sólo puede adquirirse con la ayuda del principio de la voluntad o del poder.

Dos elementos constituyen el principio del derecho: uno *sustancial*, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro *formal*, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: *protección* del derecho, *acción de la justicia*. Este es el fruto y aquél la envoltura o cáscara protectora. Por sí mismo, el Estado no crea más que un estado de hecho útil o de goce *(interés de hecho)* que cualquiera, a su antojo, tiene el medio o puede impunemente, a cada instante, destruir o cambiar [498]. Esa situación viene a ser no menos precaria, menos instable, que cuando la ley viene a protegerla. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. *Los derechos son intereses jurídicamente protegidos.*

Utilidad, bien, valor, goce, interés, tal es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento sometido a nuestro estudio.

El derecho no aplica a esas ideas una medida exclusivamente económica, tal como el dinero o el valor pecuniario.

Existen otros intereses además de la fortuna que deben garantizarse al hombre.

Por cima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia; porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio.

Todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de su vida. El *destinatario* de todos los derechos es el *hombre* [499]. El objeto es el mismo para todos los derechos, ya conciernan a las cosas, ya se refieran a las personas. Todos deben pro-

curarnos un servicio, una utilidad, una ventaja [500]; tanto la libertad como la propiedad, el matrimonio y la obligación. "No hay derecho sin objeto y sin utilidad; el bien y el derecho nunca se combaten". (Ahrens).

Llamamos *bien* a toda cosa que nos pueda servir de algo. Sábese que los romanos limitaban esta expresión a los bienes en sentido económico *(bona)*. El contenido de todo derecho consiste, pues, en un bien. Cualquier definición del derecho que no parta de la idea del bien, en su amplio sentido, pecaría en mi opinión de falta de base.

A la idea del bien se unen las nociones del *valor* y del *interés*. La del valor contiene la medida de la utilidad del bien; la del interés expresa el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines. Un derecho, que por sí mismo tiene un valor, puede no tenerlo para un determinado sujeto. Por ejemplo, la servidumbre de vista para un ciego, la entrada en un concierto facilitada a un sordo.

Mejor que a la idea del bien, esas dos nociones están exclusivamente limitadas al orden económico [501]; sólo que en esa esfera es donde la idea del valor saca su interés práctico. El interés práctico, en efecto, existe en condición de poder representarse en dinero, y esta medida del valor se aplica sólo a los objetos que pueden procurarse a costa de dinero. La libertad, la vida, el honor, son inestimables [502]. A menudo, sin embargo, el Derecho romano ha castigado la violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena [503].

El dinero es, pues, la medida económica del valor y del interés. En efecto, él es la forma según la cual, y por la operación de la venta, se resuelven todos los objetos de valor; y el medio en virtud del que pueden ser reconstituídos, es la sustancia originaria que los contiene a todos. To-

do lo que puede comprarse puede estimarse, esto es, reducirse a dinero *(æstimare)*. El juez, por su parte, puede estimar, es decir, tasar lo que en el comercio jurídico tiene un valor equivalente a dinero. Existen algunos objetos adquiridos por dinero de los que no nos desharíamos a ningún precio, porque la costumbre, la piedad, nos ligan a ellos con un lazo de puro cariño. No son para nosotros ya un objeto de tal o cual valor pecuniario, sino el objeto mismo, con todos los recuerdos que a él se unen [504].

Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así, intereses y derechos son en cierto modo históricamente paralelos. La correlación, sin embargo, no es absoluta; a muchos derechos, en virtud de su naturaleza misma, les repugna la opresión mecánica que ejerce el derecho sobre ellos. Así la inteligencia de ciertas acciones bizarras, que la Edad Media había inculcado en forma de derecho, son hoy extremadas o carecen de aplicación, porque nuestra medida del interés en derecho ha venido a ser más rigurosa, por más que en este punto estemos todavía muy lejos de la perfección [505]. Ya hemos demostrado que el Derecho romano procuró establecer con claridad y perseguir lógicamente la cuestión del interés, hallándose constantemente influído por la forma del derecho, es decir, de la *acción en justicia*, y en este punto, con razón, más vale algo que nada. Las formas jurídicas que estableció responden todas a un alto objeto del comercio de la vida o a un interés moral justificado, si bien excluyen toda clase de fruslerías y

complacencias, no teniendo en cuenta ni caprichos individuales ni fantasías de apasionado.

En Roma también, la historia del derecho certifica en qué lugar el desenvolvimiento económico, intelectual y social del pueblo, colocaba la medida del interés. No citaremos más que un ejemplo, reservándonos revelar otros al estudiar el tercer sistema. El progreso de los intereses se prueba de una manera perentoria, con el desarrollo del derecho, en las servidumbres prediales. Ese derecho comenzó con las servidumbres que, en los albores de la economía agrícola, ofrecen ya interés: servidumbre de aguas y de caminos [506]. El labrador romano comprendía su precio, pero no podía estimar mucho ni serle una perspectiva agradable, la asegurada por una *servitus ne prospectui officiatur*. Vinieron los progresos de la economía agrícola y el cambio en las relaciones del *ager publicus*, y entonces nacieron las otras servidumbres rústicas. Después, acostumbrado más y más a vivir en las ciudades, limitándose el romano sólo a habitarlas, el arte de edificar se desenvolvió, y desarrollado el lujo se refinó el gusto, naciendo poco a poco las servidumbres urbanas [507]. Estas no debían su origen a una ampliación del pensamiento jurídico y al golpe de vista intelectual; nacieron bajo la presión del interés y de las necesidades, y la vida arrancó su consagración a la jurisprudencia, la cual, tuvo que reconocer que el placer y el bienestar de la habitación son también intereses que merecen ser protegidos en derecho, y que la medida de utilidad inmediata que la época antigua aplicaba a las servidumbres *(servitus fundo UTILIS esse debet)* había llegado a ser muy reducida para la época nueva [508].

Después de haber ya demostrado en tesis general la importancia del interés para el derecho, habría lugar a investigar si existe la misma relación entre esas dos ideas *in abstracto*, es decir, si el interés, objeto y condición del derecho, deben reproducirse también en hipótesis; por ejemplo, si la servidumbre del camino establecido sólo existe en derecho cuando tiene un interés demostrable para el derecho-habiente. Pero creo más útil no emprender ese examen del derecho. Existe goce de un derecho cuantas veces ese derecho produce efectivamente para el derecho-habiente los efectos que busca. Más amplia es la noción del ejercicio del derecho, porque abraza todo lo que el derecho-habiente puede emprender por medio del derecho, y comprende otro goce, la reivindicación y el perseguimiento del derecho en caso de lesión.

El goce reviste formas diferentes según la diversidad de cosas a las cuales se aplica. Unas veces existe por sí mismo a la vez que el derecho, otras porque éste no ha sido lesionado (por ejemplo, la libertad, el honor, las servidumbres negativas), y otras, finalmente, se reconoce una plena libertad bajo esta relación al derecho-habiente; pero esta última diferencia merece ser notada, porque sólo tiene interés práctico para el derecho de las cosas, único del que nos ocuparemos en las consideraciones que siguen.

El goce que nos da de hecho un objeto en sí mismo, y de derecho la propiedad de ese objeto, es diverso. Unas veces consiste sencillamente en usar de una cosa (*uti* o *frui* cuando la cosa produce frutos); otras en consumirla (*res quæ usu consumuntur*); otras comprende el uso y el consumo. A esa forma de goce inmediato o real para el propietario en persona se añaden otras dos formas, por medio de las cuales el propietario traslada a un tercero el goce real en cambio de otros beneficios *(formas de goces ideales o jurídicas)*:

1º El goce del valor.

a) de la cosa; se cambia contra ella, en forma de convenio, otro valor, en dinero (contrato de venta) [510], a cambio de otra cosa (cambio propiamente dicho), por medio de prestaciones personales (*locatio operarum, conductio operis,* contrato innominado: *do ut facias).*

b) del uso. El *uti* o el *frui,* en ese caso, se abandona durante cierto tiempo o para siempre por dinero (*locatio rei, superficies, emphyteusis)* u otras prestaciones (*anticresis*) [511].

2º La dación gratuita a individuos u objetos de interés general por medio:

a) de la cosa, en forma de donación, *pollicitatio,* fundación, disposiciones de última voluntad, etc., o bien

b) de su uso, en forma de comodato, de precario o de establecimiento gratuito del uso o del usufructo.

La última especie del empleo de la cosa implica también un goce [512], mientras que la enajenación puramente negativa de la cosa *(derelictio),* o el no ejercicio de un derecho de uso existente *(non-usus),* contienen un abandono de ella.

Según la diversidad de las circunstancias, del punto y de la situación, el derecho unas veces produce más o menos restricciones en la elección de las diversas formas del goce y otras le deja subsistir con la más entera libertad. El propietario mayor tiene la elección entre todos. En ciertos casos excepcionales, solamente cuando se trata, por ejemplo, del fundo dotal, le está prohibida la forma primera, en razón del derecho eventual señalado a un tercero sobre la

cosa. Semejante restricción no alteraba en nada a los ojos de los romanos el principio de la propiedad. El propietario menor podía enajenar sus inmuebles con la autorización del magistrado, no pudiendo de ningún modo disponer de ellos a título gratuito. En el legado ordinario de una renta, como en cualquier otro legado, el legatario es libre de consentir la transacción que le plazca; en el legado de alimentos, por el contrario, debe atenerse al modo de gozar ordenado por el testador, o por lo menos, si ese modo esencial debe sufrir alguna alteración esencial, como si se trata, por ejemplo, de reemplazar los legados por la entrega de una suma de dinero, una vez pagada, es necesaria la cooperación de la autoridad.

El derecho de uso común *(usus publicus)* sobre las cosas públicas [513] ofrece con la propiedad ilimitada donde se reunen todas las formas del goce el contraste más acabado. El *usus publicus* está limitado a un *uti* real unido a la persona. Entre esa forma inferior de la posibilidad de gozar y la propiedad libre, en la cual se resume su expresión más elevada, existe una escala de grados en los cuales faltan una y otra forma anterior. El uso de las *res religiosæ,* como el de la *res publicæ,* está exclusivamente limitado al uso para que son destinadas [514]; pero el uso puede ser abandonado a terceros, entendiéndose gratuitamente, porque no se trafica con las cosas religiosas [515]. En los *jura in re,* el derecho de gozar puede elevarse del *uti* al *frui,* y hasta al *consumere,* es decir, de la forma más ínfima del uso real unido a la persona (servidumbres prediales y servidumbres personales del uso, del *usus* y de la *habitatio),* o el derecho de usar libremente de la manera que mejor se prefiera *(uti frui),* hasta el derecho de consumir (real en el cuasi usufructo), jurídico o económico (en derecho hipotecario).

Esas diferentes formas del goce pueden tener el carácter de derechos especiales, o encontrarse reunidas en un solo y único derecho, la propiedad, por ejemplo, formando en su conjunto la mayor parte de lo que se llama derecho de disponer. Salvo la *derelictio*, cuya importancia no es grande, el derecho de disponer gira sobre la elección de la manera cómo debe entenderse el que goce cada cual de su derecho. Todos los actos jurídicos concluídos por el propietario son actos de goce: goza de su casa cuando la vende, la cambia, la da, la alquila o establece los *jura in re*. En la misma hipoteca goza de una parte del valor, o de todo el valor de la cosa, además que se reserva su rescate [516]. Decir que es libre de disponer de su cosa, equivale a decir que es libre de elegir la manera cómo se entiende debe gozarla. De aquí se derivan consecuencias importantes para la idea del poder o de la voluntad, o bajo el punto de vista del derecho mismo [517]. Según lo que acabamos de decir, el elemento sustancial del derecho, o sea el goce, domina a la voluntad. La voluntad no tiene para ello más que representar solamente la idea de dominación o de fuerza; su papel se extiende y viene a ser más importante. Por donde quiera que la ley no ha regulado estricta y definitivamente la manera cómo el derecho debe servir al sujeto, ella es quien asigna al derecho esa dirección y la que le hace servir a tales necesidades o tales objetos de un determinado sujeto. Naturalmente, a esto se limita sólo la acción de la voluntad en cuanto al derecho en sí mismo. Pero fuera de esta misión, entonces no se trata más que del abandono del derecho o de la defensa del derecho; en caso de duda o de violación, su papel tiene menos importancia. Gozar, tal es el objeto propio del derecho; reivindicar un derecho es, pues, el medio de llegar a poder gozar de él. Ningún derecho puede

unirse al abandono; la facultad de abandonarlo podría desaparecer sin que la noción del derecho se alterase por esa desaparición (por ejemplo, en la libertad del derecho de uso común, pero lo que no puede jamás faltar al derecho es goce. *Gozar de un derecho sin disponer de él, puede concebirse; disponer de él sin gozarle, es imposible.* El derecho estriba, pues, en ese principio, que debe servir de punto de partida a la voluntad para permitirle concurrir al objeto general del derecho. Así, lo que la voluntad parece perder de importancia cuando desciende de las alturas a que una falsa abstracción la ha elevado lo recoge ampliamente tomando parte eficaz y activa en el movimiento del derecho. Tomado en su conjunto, puede designarse el derecho como fuerza; pero no se debe olvidar que la fuerza no es el objeto del derecho, sino la forma mediante la cual el derecho debe alcanzar su fin.

SECCION SEGUNDA. — Elemento formal o exterior del derecho

La acción en justicia o la protección de los intereses por sí mismos. — Límites de esa protección. — Mecanismo de las acciones y de los derechos de los destinatarios en las corporaciones y en las fundaciones. — Relaciones jurídicas entre las *res religiosæ et publicæ* (derecho de uso común). — Diferencia del derecho individual y común. — La posesión y la *bonæ fidei possessio*.

71. El segundo elemento del derecho es la *protección jurídica* que se le concede. Los derechos son *intereses jurídicamente protegidos;* el derecho es la *seguridad jurídica* del goce.

No todos los intereses reclaman protección jurídica, algunos hay que no pueden esperarla [518]. Es más, la ley que

protege nuestro interés no nos confiere un derecho; por ejemplo, cuando en favor de ciertas industrias tal ley establece derechos protectores, *aprovecha* a los fabricantes, los *protege,* pero no les da ningún derecho. ¿Cómo explicar ese viceversa? Sin duda porque en esto no hay más que una acción refleja jurídica, y se trata de una relación que presenta gran analogía con el derecho y que es preciso distinguirla cuidadosamente [519]. El Estado, en realidad, establece la ley fiscal en interés propio; interés que concuerda con el de los fabricantes. Existe el mismo caso cuando alguien lega una dote a una novia en vísperas de casarse, que hay comunidad de intereses entre el legante y el marido, pero sin que éste adquiera ningún derecho al pago de los legados. Los fabricantes, pues, no tienen derecho a la ejecución de la ley aduanera; la aplicación de ésta no depende en manera alguna de su voluntad, son las autoridades competentes quienes deciden sobre ella. La cuestión no cambia porque se trate de leyes administrativas y criminales; ambas nos protegen, pero no bajo la forma de un derecho que nos pertenece en propiedad.

De aquí resulta (y no perdamos de vista que sólo nos ocupamos de los *derechos privados)* que para completar nuestro principio hay que considerar que el derecho-habiente tiene por sí mismo la misión de proteger su interés. Para obtener esa protección no hay necesidad de que intervenga un tercero, porque el autor mismo toma la iniciativa. Esa iniciativa, en Derecho romano, se despliega bajo la forma de la *acción en justicia;* acción que es el recurso de acudir al juez civil, quien está obligado por la ley a otorgar la protección judicial. El derecho, pues, no es otra cosa que el interés que se protege a sí mismo. Que el derecho-habiente ejercite personalmente esta acción, que los representantes suyos lo hagan por él, como los tutores por las personas incapaces de obligarse por sí, la acción siempre aparece intentada en nombre del derecho-habiente y en su provecho.

La acción es, pues, la verdadera piedra de toque de los derechos privados. Allí donde no hay lugar para la acción, el derecho civil deja de proteger los intereses y la *administración* ocupa su puesto. No existe acción cuando vienen a faltar las únicas condiciones que la hacen posible, es decir, la exacta precisión de la persona a la que compete la acción, el objeto sobre que versa, las condiciones que la rodean, los efectos que puede entrañar y en los casos de duda la posibilidad de probar la existencia de todos esos elementos en el procedimiento civil [520]. El juez civil no puede proteger más que intereses que se presentan con apariencias de cuerpos sólidos, y cuando éstos son inasibles, indemostrables o indeterminados su poder cesa [521]. No se puede aprisionar el viento. Para juzgar con seguridad el juez debe poder coger el objeto, y sobre este particular se puede repetir con Cicerón [522] lo que dice de las leyes: *tollunt astutias, quatenus MANU tenere possunt.*

Las *acciones populares* nos ofrecen la expresión más amplia de la protección concedida a los intereses de la acción (I, 236). Los intereses que defienden esas acciones tienen en realidad un carácter indeterminado y de generalidad: son siempre los intereses de la comunidad, del público; actos que se protegen, porque su violación produce peligros públicos. Pero todos los intereses de esa especie no dan paso a una acción popular, la cual no constituye un principio (el de la protección de los intereses generales), sino que se limita a los casos que el derecho positivo ha establecido, estando fijada tan exactamente en cuanto a sus

condiciones y sus efectos que su aplicación práctica no puede dar lugar a ninguna dificultad [523].

Semejantes intereses indeterminados y generales entran en juego también cuando se trata de personas jurídicas, corporaciones o fundaciones piadosas. En vano se intentaría concebirlas en la forma ordinaria de las acciones. Ya hemos explicado (pág. 270) cómo el Derecho romano resolvió la dificultad de este punto, y sólo nos resta dar cuenta de una distinción especialísima que surge en esos casos entre el elemento sustancial y el elemento formal del derecho. Hablamos de la corporación. La relación natural de las cosas está en ella menos amparada que en otras partes. Indisputable es que los derechos que forman el patrimonio de la persona jurídica aprovechan a los individuos (presentes o futuros) de la corporación. Este efecto no es más que accidental (acción refleja) y es el objeto mismo de la relación. Los miembros aislados son los verdaderos *destinatarios* de la persona jurídica; pero consideraciones prácticas (I, 66) exigen, ciertamente, que los intereses comunes sean perseguidos, no por los individuos aislados, sino por el conjunto de ellos representado por una unidad personal artificial. Eso no es en verdad separarse de la forma del derecho privado, que proclama que a todo derecho porcional corresponde una acción también porcional; pero es preciso toda la exageración que hemos censurado en la teoría de la voluntad (nota 494), para olvidarse del sentido real y del objeto de la relación que se oculta en esa forma jurídica, y para negar todo derecho a cualquiera de los miembros aislados de la corporación [524]. La persona jurídica, como tal, es incapaz de gozar porque no tiene ni interés ni fines. No puede, pues, tener derechos, porque los derechos sólo son posibles allí donde pueden alcanzarse, es decir, donde

pueden ser útiles a su causa-habiente. Un derecho que no puede nunca alcanzar ese fin en la persona del derecho-habiente es una quimera inconciliable con la idea fundamental del principio del derecho. Semejante anomalía sólo puede existir en apariencia: el sujeto aparente del derecho oculta al verdadero. Desde que se pierde de vista la idea fundamental del derecho, de que el hombre es sólo el destinatario de los derechos, fácil es perderse en el camino de la personificación.

De aquí que se comienza en las servidumbres prediales por elevar los fundos a la categoría de personas, y se concluye por conceder los mismos honores a los títulos al portador.

¡No! Los verdaderos sujetos del derecho, no son las personas jurídicas, sino los miembros aislados; aquéllas no son más que la forma especial mediante la cual éstos manifiestan sus relaciones jurídicas al mundo exterior, forma que no tiene importancia alguna para las relaciones jurídicas de los miembros entre sí. Los derechos de cada uno de ellos contra los otros quedan intactos en cuanto a la forma. Cada uno puede seguir por vía de acción los derechos adquiridos en virtud de los estatutos, que sólo podrán disputarse o quitarse después de una deliberación de la mayoría [525]. Si la naturaleza misma del lazo que les liga con los miembros de una corporación prohibe disponer individualmente del fondo común; si las deliberaciones de la mayoría se toman conforme a los estatutos, aunando la voluntad de todos, los derechos individuales de los asociados se separan también en el fondo del tipo de los derechos ordinarios, pero no por eso dejan de ser otros tantos derechos. Para disputarlos sería preciso tener la prueba que nosotros hemos dado al definir los derechos: intereses jurí-

dicamente protegidos o intereses que se protegen por sí mismos. Lejos de ser extraño a los romanos ese concepto, data el mismo, por el contrario, de los primeros tiempos de la República [526] porque tal idea sólo puede ser quebrantada allí donde el culto de la fórmula jurídica ahoga en todos el espíritu de comunidad y el sentimiento que cada cual posee de que el objeto común es su propio bien.

Las fundaciones son una forma mucho más complicada de la relación de que nos ocupamos. Son por sí mismas el objeto y centro de gravedad de todas las ruedas jurídicas que la hacen mover, pero el eje de todo su mecanismo está en las personas naturales que son las que se deben aprovechar de él. La personificación de las fundaciones es, pues, la forma apropiada de un patrimonio a los intereses y a los fines de personas indeterminadas. Y sobre ello las más amplias explicaciones serían superfluas. Los destinatarios de las fundaciones son aquellos en cuyo favor han sido hechas: pobres, enfermos, viudas, huérfanos, protectores de las artes, etc. [527]. Pero se pregunta: ¿son ellos también los sujetos de la corporación, es decir, los llamados a beneficiarse de la fundación y adquirir el derecho a ese beneficio? La respuesta depende de saber si tienen o no una acción. Si la fundación ha sido hecha en términos tales que la persona llamada a gozar de ellos está completamente determinada, nace el derecho, y no cabe duda ninguna que puede ser perseguido por vía de acción. ¿Pero qué sucederá en el caso contrario, cuando es una junta benéfica la llamada a decidir cuáles son los favorecidos que pueden ser admitidos a gozar de la fundación? En ese caso no puede haber motivo de acción, ni la justicia tiene que intervenir en ella, porque sólo se trata de un acto de administración. Pero el público quedaría desamparado si a la administración le agradase cambiar el objeto de la fundación, por ejemplo, cerrar las puertas de un instituto artístico y permitir el ingreso en él a los artistas únicamente.

¿No se trata, en verdad, de saber si el público puede quejarse a la autoridad superior del Estado, y si queda armado de ese derecho? El Derecho romano nuevo ha consagrado la afirmativa [528], concediendo a todo ciudadano romano una *actio popularis*, con el fin de que se realicen las fundaciones instituídas por disposiciones de última voluntad. Los términos de nuestra definición del principio del derecho deben hacernos admitir la existencia de un *derecho* en ese caso; porque los dos elementos del derecho, el interés y la protección del interés por sí mismo, se encuentran en efecto en ella, y la consecuencia de que el demandante no persigue solamente su interés, sino el de todos, teniendo como punto de partida el interés general, no excluye de ningún modo la existencia del derecho.

Las mismas consideraciones se aplican a la relación jurídica que se establece sobre las *res sacræ, religiosæ* y *publicæ*, y sólo en apariencia los juristas romanos han podido negar la posibilidad de una relación jurídica de esas cosas colocándolas entre las *res extra commercium*.

El *commercium*, en efecto, y la posibilidad de la existencia de una relación jurídica, no son de ningún modo ideas equivalentes. El *commercium* tiene una significación mucho más concisa, la de la posibilidad jurídica de ser una cosa objeto de comercio *(merx, mercari, commercium)*, de poder ser vendibles; pero las que no tienen esa cualidad no quedan de ningún modo fuera del servicio del hombre (al contrario, las *res publicæ* son precisamente las que le producen más servicios), sino que su utilidad está solamente limitada a una de las formas de juicio citadas más arriba

(página 371). De esas cosas sólo se puede hacer el uso real conforme a su destino, con exclusión de cualquier forma de goce, singularmente el goce ideal por medio de la venta o de la locación; en suma, la ley no tolera más que el *uti* [529]. Igual cortapista del uso existe en los servicios prediales y en las servidumbres personales; pero si ella no impide que esas servidumbres constituyan derechos sobre la cosa, no puede tampoco impedir que se hable del derecho que producen cuando se trata de las *res sacræ, religiosæ* y *publicæ*. En las dos primeras especies, como lo marcan expresamente los mismos juristas romanos, ese derecho es convecino del derecho de propiedad [530], porque, exclusivo como este último, goza de una protección completa, y sólo difieren ambos en la forma de las acciones [531]. El derecho a las *res religiosæ* podía también transferirse a un tercero, aunque no fuese permitido hacerlo a título oneroso; una *longi temporis præscriptio* daba nacimiento al derecho [532]; en resumen todo se auna para hacer de él un *derecho sobre la cosa* [533]. Para negarlo es preciso considerar la propiedad y los derechos que de ella nacen como la única forma posible de derecho sobre las cosas. Pero en esto hay un error que es preciso reconocer [534], para no tener ya duda sobre la naturaleza de la relación jurídica que puede establecerse sobre las *res publicæ*. Todo cuanto se ha dicho sobre la naturaleza de esa relación jurídica ha sido considerando a las *res publicæ* desde el punto de vista de la cualidad jurídica del *objeto*, en cuyo sentido se dice que son cosas sustraídas al comercio y afectas al uso general; partiéndose de esa idea para relacionar el estudio de las *res publicæ* con la doctrina de la propiedad sobre las cosas [535], como si se tratase aquí, y este es el caso de la *res nullius*, del estado jurídico de una cosa. Pero en la especie, en la posesión

de la cosa, se encuentra una persona [536], a la cual aquélla no sirve por casualidad, sino de hecho, en virtud de una necesidad jurídica. En ese servicio público, en ese movimiento total del *usus publicus*, reside todo el destino de la *res publicæ* [537]. Pero esa relación sólo tomaría el carácter de un derecho cuando los destinatarios estuviesen provistos de una acción. Tal sería la *actio popularis* otorgada a los sujetos del Estado, a los miembros de la comunidad, no solamente para perseguir el interés general, sino para custodiar su interés propio (I, 238). En cuanto a los extranjeros, las cosas públicas sólo les aprovechan en virtud de una acción refleja. Si la teoría romana no ha inscrito ese derecho entre los otros [538], el hecho nada tiene que deba extrañarnos, será un vacío que tenemos que llenar y que no debe inspirarnos ninguna duda. Inscribimos, pues, el *derecho de uso general* entre los *derechos sobre las cosas*. Para ello, es preciso ensanchar la noción del derecho sobre las cosas, o más bien la noción del derecho en general. Este se divide en dos ramas: *derecho individual y derecho común*. El carácter del primero es el derecho exclusivo; derecho, sin embargo, que puede dividirse aunque de cada una de esas partes quede un derecho exclusivo. En la mayor parte de los derechos que pertenecen a esa clase se encuentra además otro carácter, el de la voluntad absoluta, es decir, el derecho de libre elección, o como hemos dicho ya (pág. 375), la libertad en la elección de las formas del goce. Pero ese carácter no es esencial; por ejemplo, las servidumbres limitadas al simple *usus*, y el derecho anterior a las *res religiosæ*, que pertenecen igualmente a la clase de los derechos individuales. Los derechos de la segunda clase tienen por carácter común la comunidad indivisa e indivisible del goce. Colocamos entre ellos otro derecho de uso

común, el de los derechos que pertenecen a los miembros de una asociación que tiene personificación civil, o a los destinatarios de las fundaciones piadosas como tales. Para obtener esos derechos es preciso ser parte de un determinado círculo de personas, extendido o limitado. El interesado los adquiere en el momento en que usa de ellos, y se extinguen con su persona desde el instante en que ya no se sirve de ellos. Los interesados de tales sujetos *actuales* no absorben de ningún modo el destino de la cosa y su utilidad, y esos derechos tienen por objeto los intereses de todo género en espera de las generaciones futuras.

De aquí se desarrollan consecuencias importantes para la legislación. Si el Estado toma origen de aquellos que no pueden por sí mismos garantir sus derechos, si asegura al niño como no nacido la parte de herencia que le espera, con no menos cuidado debe preocuparse de las generaciones futuras, y cuidar que un presente egoísta no les prive de ningún modo de la herencia que les está destinada y que no se sirva de ella para sus propios fines [539]. Sin embargo, el derecho de la generación actual es primero que el de la generación que ha de nacer, porque las necesidades de hoy son más urgentes y más respetables que las de mañana, y a veces hasta la absorción de riquezas que son patrimonio de la humanidad o su uso a otros destinos pueden estar plenamente justificados [540]. Así no se puede, por medio de una regla fija, conciliar los intereses y los derechos de generaciones contrarias, estableciendo el acuerdo entre la voluntad que ha presidido en lo pasado a la fundación, las exigencias del presente y las esperanzas del porvenir. Esta es una cuestión de alta justicia histórica que el poder supremo del Estado debe por sí solo resolver; es una cuestión de política administrativa.

Teníamos por objeto, en la explicación que precede, asegurarnos de la exactitud de nuestra definición del derecho, aplicándola a algunas relaciones en las cuales nadie hasta ahora se había inquietado en buscar la existencia del derecho. Un gran controversia se ha establecido igualmente ante la duda de saber si la posesión debe contarse entre los derechos y en qué clase de éstos será preciso colocarla. Si la definición que hemos dado del derecho es exacta, la posesión es indisputadamente un derecho, porque es un interés jurídicamente protegido [541]. Pero como ese interés tiene por objeto inmediato (y no indirecto, como ocurre en la obligación) la cosa misma, es preciso que la posesión figure entre las relaciones jurídicas de la cosa. Lo mismo acontece con la *bonæ fidei possessio*. Si esas dos relaciones, así como las relaciones jurídicas relativas a la *res publicæ* y *religiosæ*, carecen de mérito para ser clasificadas entre los derechos sobre las cosas, es que, debido a la falta de sentimiento de la crítica, se ha calcado la noción del derecho a la cosa únicamente sobre la propiedad y los *jura in re aliena*. Imaginando que estos últimos derechos agotaban las relaciones jurídicas del hombre con la cosa, se han olvidado que los otros derechos, aunque menos extendidos bajo la relación de su contenido jurídico, constituyen con igual título relaciones jurídicamente protegidas para la cosa, arguyéndose de aquí que el posesor y la *bonæ fidei possessio* deben ceder ante el propietario. Pero éste, ¿no debe inclinarse ante el acreedor hipotecario? Y a su vez, ¿quién no debe retroceder ante el propietario que quiso pagar la deuda? ¿Dónde está escrito que la noción del derecho sobre la cosa consiste en no poder ser privada de ella por nadie? La posesión, en su idea originaria, no es otra cosa que la *propiedad defensiva*. La propiedad hubie-

ra bien pronto dejado de existir si el propietario, para protegerse en el goce de su derecho tuviera cada vez que probar su propiedad. Para que la protección completa asegure a la propiedad, es preciso y de necesidad absoluta que la *exterioridad* de la propiedad, es decir, que la mera posesión sea respetada y protegida[642]. Las acciones posesorias representan los medios defensivos de la propiedad; la *rei vindicatio* es el medio ofensivo. Pero si esta protección defensiva de la propiedad, no menos absoluta en su esfera que la protección ofensiva, en el sentido de que está concedida contra quien turbe la propiedad con ese carácter, es independiente de la *prueba* de propiedad, resulta de ello necesariamente que el no propietario que posee goza igualmente del beneficio de esta protección. Para proteger al propietario como posesor se debe proteger al posesor mismo de una manera absoluta. De ese modo la posesión ha venido a ser una relación jurídica independiente al lado y fuera de la propiedad, como un *derecho sobre la cosa.* Se la puede caracterizar en dos palabras, diciendo que es una situación de la propiedad jurídicamente protegida por sí misma y erigida en un derecho independiente. Es preciso, por lo tanto, decir de la *bonæ fidei possessio* que es una forma de protección defensiva de la propiedad que ha conquistado una independencia jurídica. Como no se puede negar que sea un derecho sobre la cosa, habría un engaño si la legislación no hubiese consagrado la idea de la propiedad y de la protección que le es debida en esta forma rudimentaria. Pero al lado de ella el Derecho romano ha creado la forma más enérgica de la *rei-vindicatio,* y debido únicamente a que no reconocía entonces la posesión de buena fe como una forma de la propiedad. Se la ha desdeñado confundiéndola con la acción *publiciana,* como se ha descuidado la relación jurídica sobre las *res religiosæ* y *publicæ,* confundiéndola entre la teoría de las cosas. Esa clasificación sistemática, y el concepto que se manifiesta en ella, serían exactos si la *publiciana* fuese únicamente creada para el propietario y estuviese así ligada a la prueba de la propiedad. Pero como está destinada precisamente a reemplazar esa prueba por otra más fácil, que el no propietario también puede suministrar, viene a ser por esto mismo el medio de proteger una relación material independiente que existe fuera de ella y al lado de la propiedad. Así durante el tiempo que esa relación no perece en el conflicto con la propiedad, durante el tiempo que la posesión no sucumbe en un conflicto con la una o la otra, esas relaciones se mueven en sus esferas determinadas con toda la fuerza y toda la autoridad de su derecho. Que ese derecho pudiese venir a desaparecer, poco importa; su existencia anterior como derecho no podría ser negada.

Todos esos movimientos jurídicos no tienen importancia desde el punto de vista de la jurisprudencia práctica. Los juristas romanos no soñaron en profundizar esas cuestiones; se colocaron en el punto de vista inmediatamente práctico, o sea la *acción* (III, 360). Poco les importaba la manera cómo era necesario caracterizar y clasificar el derecho que es la base de la acción. Hasta aquí se ha sostenido que en el derecho de hipoteca tampoco era reconocido el derecho en su abstracción, y que se han contentado con la idea de la acción hipotecaria. No nos colocaremos en terreno diferente. Como ya hemos dicho, no la acción, sino el derecho, es el eje de nuestra ciencia actual. Muchas cosas faltan todavía para poder marchar lógicamente hasta el fin en ese camino. Tenemos un pie en el mundo romano y otro en el mundo moderno; nuestra clasificación de

derechos y de acciones a menudo se entrecruza de un modo extraño, y las acciones *in rem* encuentran su lugar entre los derechos que protegen, así como las acciones *in personam*, destinadas igualmente a proteger derechos, se colocan en la teoría de las obligaciones. He elegido este lugar para examinar ciertas relaciones, tanto para hacer patente la falta de clasificación como para defender la definición que hemos dado del derecho contra las objeciones que esas relaciones pueden suscitar. Inoportuno sería, e imposible a la vez, buscar completamente el encadenamiento que existe entre el derecho y la acción.

NOTAS

486 "La facultad de poder hacer por nosotros mismos una cosa, o de exigir de otro que haga u omita una cosa para nosotros". (Mackeldey, Seuffert). Más brevemente: "Facultad de obrar (o de omitir) (Mühlenbruch)". Más ampliamente: "La facultad, fundada sobre una regla válida, de obrar libremente y de una manera determinada sobre el mundo exterior (!) Wening-Ingenheim)". Con ayuda de semejantes definiciones se combinan un thaler dinero contra un thaler papel y se queda uno tan adelantado como antes. ¿Qué es el derecho? La facultad de obrar; he quí el thaler papel. ¿Qué es esta facultad? El derecho de obrar; he aquí que nos dan el thaler moneda. Tales son las definiciones por medio de las cuales se ciñen a cambiar de palabras sin aclarar las ideas.

487 *Metaphys. Anfangsgründen der Rechtslehre,* Introducción: "Derecho y facultad de compeler significan la misma cosa".

488 Hablaremos de la importancia del papel de la voluntad en el establecimiento del derecho. Trátase aquí de su importancia para el principio por el contenido del derecho. Suponemos el derecho mismo como ya adquirido.

489 Sobre Hegel, véase la nota siguiente. Acerca de las definiciones en boga, véase los manuales de Pandectas de Arndts (Dominio de la voluntad en cuanto al objeto), Sintenis (Una voluntad personal erigida en voluntad de todos) y Windscheid (Un cierto contenido de voluntad en el orden jurídico decide, en un caso concreto, que puede ser opuesto a cualquier otra voluntad). Puchta ha seguido hasta el fin las consecuencias lógicas de este concepto. Véase sus Pandectas, § 22: "Las personas son los sujetos de la voluntad considerada como poder... la personalidad es, pues, la posibilidad subjetiva de una voluntad jurídica... de una fuerza jurídica"; § 118: "El derecho de personalidad independiente... falta al *filius familias*". Véase también la nota b: "El principio del derecho antiguo reposaba sobre la capacidad de tener derechos patrimoniales; el derecho nuevo sobre la incapacidad de disponer, no importa cómo, de su patrimonio. ¡El uno

y el otro tienen el mismo resultado práctico con relación a la personalidad!" ¿Hasta para el impuber y el loco?

490 Hegel, *Rechtsphilosophie* (2ª edición, pág. 111), deduce el interés del contrato de la manera siguiente: "En el interés de la razón está que la voluntad subjetiva venga a ser general y se eleve a esa realización". Si se le objeta que la necesidad, el bienestar, la utilidad, son las que conducen a los hombres a hacer contratos, responde diciendo que sólo es verdad para su conciencia y que no tiene para ello más que un motivo subjetivo, que es el verdadero móvil, es la razón en sí, singularmente la idea de la existencia real, es decir, presente en la voluntad sola de la libre personalidad. El bien es cosa exterior para el derecho como tal (pág. 287), el cuidado del bien es negocio de la policía (pág. 288).

491 Ad. Helfferich, *Die Kategorieen des Rechts*, Berlín, 1863, pág. 8: "Aquí, donde la voluntad como tal es durmiente, no existe derecho verdadero... y si la ley protege la voluntad jurídica en el niño como en el insensato, no es porque estas personas tengan derecho a esa protección, sino porque la ley puede a su antojo determinar y modificar la capacidad personal". He aquí hasta donde llega cuando se identifican el derecho y la voluntad jurídica. Los niños, los insensatos, estarían en definitiva desprovistos de todo derecho. Si no se les puede matar impunemente, lo que debería sin embargo ser permitido, toda vez que no tienen ningún derecho, ni aún el de vivir, es gracias a un capricho del legislador, que determina y modifica la capacidad personal a su antojo. Véase también Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, tomo II, Leipzig, 1861. Según este autor, todo el derecho hereditario contiene sólo una traslación de la voluntad del testador en la persona del heredero. ¡Imagínese la sucesión de un loco recogida por un niño!

492 La escuela filosófica de Krause (Ahrens, Röder) ha tenido el gran mérito de reconocer exactamente el elemento sustancial del derecho, pero no insiste bastante sobre el lado formal o exterior (§ 72). Por lo demás, ese lado se impone por sí mismo a una observación imparcial, que ya Leibnitz no había perdido de vista. Stahl ha sabido, en su filosofía del derecho, guardarse de ese formalismo de la voluntad que hemos criticado antes, entreviendo la verdadera solución de este punto en la teoría de los derechos patrimoniales (pág. 232), donde admite como principio dirigente la satisfacción de las necesidades de

la vida; pero no persigue ese principio en todas sus consecuencias, y lo que dice del Derecho romano (pág. 283), indica que no le ha dado verdadera importancia.

493 Sólo imperfectamente se dice: Ni el loco ni el niño pueden querer por sí mismos; no gozan del destino y la función ideales de su patrimonio, en lo que éstas descansan sobre ese elemento psicológico del querer personal. Ambos ignoran el goce de hacer bien y están en la imposibilidad de hacer a otro el generoso sacrificio de su fortuna (nota 512); el goce de perseguir y realizar con ayuda de su capital los objetos que por sí mismo se proponen, siéndoles desconocidos también que esos objetos pueden tener por objeto un provecho o un placer. De aquí resulta que la acción de sus tutores se encuentra limitada. Estos no pueden ni donar, ni emprender negocios azarosos, ni comprar, ni vender libremente: su misión se limita a la custodia, es decir, a mantener, por cuantos medios sea posible, la fortuna en su estado actual. No se podría expresar mejor el aspecto jurídico, de esta situación que diciendo que el patrimonio de esas personas es un cuerpo sin alma, porque le falta, en efecto, el alma del derecho, es decir, una persona en el sentido jurídico. Es un propietario, pero no un propietario en el verdadero sentido de la palabra, que puede realizar todo su patrimonio, poner en actividad todas las fuerzas de que dispone y volver hacia los objetos libremente escogidos. Su situación es muy triste y parecida a la de un caballo montado por un jinete que no sabe conducirse y para sostenerse en la silla tiene necesidad de la ayuda de un tutor. Así se explica que el derecho antiguo de Roma excluyese a los niños y a los locos del derecho de adir una herencia, no escapando de esta incapacidad los *sui heredes*, que adquirían la herencia *ipso jure*. Los niños y los locos no son en efecto, los verdaderos herederos, aunque tienen la sucesión necesaria para que ésta produzca todos sus efectos económicos. Motívase esta exclusión a causa de que la adición de la herencia no podía hacerse por mandatario sin necesidad de invocar un motivo puramente jurídico (se explica la inadmisibilidad de la arrogación de los hijos y de las mujeres por su incapacidad de comparecer en los comicios); el verdadero motivo es de naturaleza psicológica, moral y económica, porque el patrimonio no alcanza su destino en las manos de esas personas. La única concesión que el derecho les concedía, cuando se les dejaba una herencia, era la de esperar el momento de su capacidad

futura o eventual, esperándose para el niño a que éste tuviese siete años cumplidos y para los locos hasta el día de su curación. Tal es la idea que se agita en el fondo de la *bonorum possessio decretalis*, como en la *substitutio pupillaris* y *quasi-pupillaris*. El primero es un estado transitorio, regido por el Pretor, para permitir la llegada al verdadero propietario; los dos últimos aseguran la transmisión definitiva de la herencia a un heredero que no tiene la capacidad necesaria.

494 La persona jurídica nos suministra otro ejemplo en la exageración del principio de la voluntad, que ha hecho erigir en sujeto del derecho la persona jurídica, cuando ella ha sido creada sólo en consideración a los miembros aislados que la componen y que son los verdaderos destinatarios del derecho. Volveremos sobre este punto. Véase § 72.

495 El autor acaba de comenzar la publicación de un extenso trabajo sobre la materia, cuyo título es *Der Zweck in Recht*, tomo I, Leipzig, 1887, en 8º. *(N. del T.)*.

496 V. el principio y los ejemplos en la L. 15 de servit. *(8,1)*.

497 V. ejemplos en la L. 61 del pact. *(2,14)*. Los juristas romanos sólo admiten una excepción, que certifica precisamente su tacto exquisito. El propietario como tal puede, en el uso de la cosa, dejarse guiar por su capricho individual; la misma libertad se le reconoce en la enajenación de la cosa, en cuanto a las cargas que le agrada imponer al comprador; la *lex rei suæ dicta* le permite conservar las diversas partes sin utilidad de la propiedad. La L. 19 de serv. *(8,1)* enuncia ese principio para las servidumbres... *quem quis* VENDAT. V. para las convenciones L. 11 de relig. *(11,7)*... VENIERIT, y L. ult. Cód. de pact. int. emt. *(4,54)*... *in* VENDITIONIS *vel* ALIENATIONIS *contractu*, lo que hace desaparecer la contradicción aparente con la L. 16 citada. Véase, para la explicación más detallada de la *lex rei suæ dicta*, Jahrbücher, X, pág. 550 s.

498 L. 26 de damno inf. *(39,2)*: *Non videri damnum facere* (es decir, sufrir un daño en el sentido jurídico) *qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur*. Las acciones reflejas de derechos de otros, sometidas a un examen profundo en las *Jahrbücher* (X, pág. 425 s.), forman una especie particular de esa relación del goce de hecho.

499 L. 28, § 1 de usur. *(22,1)*... *omnes fructus natura* HOMINUM

causa comparavit; § 12, Inst. de J. N. *(1,2)*. ¿El hombre es también el *sujeto* de todo derecho? La respuesta de esa pregunta depende de la idea que se tenga de la persona jurídica (pág. 216 y § 72).

500 En cuanto a la fortuna, los jurisconsultos romanos determinan expresamente ese elemento según el fin (COMMODUM, EMOLUMENTUM), Gayo, II, 255. L. 75 de J. D., 23, 3: *bona, quid beant... beare est* PRODESSE. L. 49 de V. S. *(50,16)*; L. 83 ibid.: *proprie* (c. a d. en el sentido económico) *bona dici non possunt, quæ plus incommodi quam commodi habent*. Ahrens hace notar también las expresiones de Ulpiano en la L. 1, § 2 de J. y j. *(1,1)*: *privatum, quod ad singulorum* UTILITATEM *spectat, sunt enim quædam publice* UTILIA, *quædam privatim*. V. también L. 11 ibid.

501 V., por ejemplo, L. 14, § 1 de serv. corr. *(11,3)*... INTEREST *nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi*; L. 54 Mand. *(17,1)*... AFFECTUS *ratione mandati agetur* (libertad del esclavo); L. 7 de ann. *(33,1)*... INTEREST *illius* (erección de un monumento); L. 71 pr. de cond. *(35,1)*... INTERESSE *heredis credendum est* (seguridad de la subsistencia de un pariente); L. 71 de evict. *(21,2)* i. f.; L. 5, § 5. de his qui *(9,3)*; L. 1-6 de lib. causa *(40,12)*, singularmente; L. 1 pr.: *quia semper parentis interest filium servitutem non subire*; L. 2: *quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur*; L. 6 pr. de serv. exp. *(18,7)*: *cum venditoris affectionem forte simul et verecundiam læserit*; L. 7 ib.: *etiam affectionis ratione recte agetur*; L. 71 de evict *(21,2)*: *interest enim patris filiam dotatam habere*; L. 5, § 5 de his qui effud *(9,3)*, donde se da el *cujus interest*, aunque el *damnum pecuniarium* sea denegado.

502 *Libertas* INÆSTIMABILIS *res est*, L. 106 de R. J. *(50,17)*; L. 9. § 2 de statulib. *(40,7)*: *libertas pecunia lui non potest*; L. 3 si quadr. *(9,1)*: *liberum corpus æstimationem non recipit*.

503 No solamente en la *act. injuriarum æstimatoria*, y en las diversas acciones penales por daño o muerte causados a hombres o animales, sino de una manera mucho más extensa. V. el tercer sistema.

504 V. ejemplos en la L. 36 de bon. lib. *(38,2)*: *prædia, in quibus majorum* SEPULCRA... *mancipium, quod non pretio, sed* AFFECTU *æstimandum*. Consideración de ese interés en derecho: acciones arbitrarias con objeto de obtener una cosa determinada en lugar de su valor en dinero; prohibición de enajenar los bienes de los pupilos únicamente con objeto de lucro. L. 22 pr. Cód. de adm. tut. *(5,37)*...

Nec vero domum vendere liceat in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revultas videre satis est lugubre.

505 Así, por ejemplo, las acciones relativas al juego y a la apuesta deberían suprimirse, porque esos convenios no tienen ningún interés para el comercio jurídico. Son una de las manifestaciones de la vida de sociedad y del mundo: el que juega o apuesta debe saber por qué lo hace. El solo motivo que se podría alegar para señalarles una acción sería el del dogma anterior de la fuerza obligatoria abstracta de las convenciones. Pero fundándose semejantes motivos se podría también crear una acción a causa de un valor prometido y después negado.

506 Eran éstas las especies más antiguas, resultando que ellas solas eran *res mancipi*.

507 Ese insensible progreso puede reconocerse hasta en las expresiones de los juristas romanos con motivo de ciertas servidumbres; compárese, por ejemplo, L. 7 de serv. (*8,1*); L. 3 de S. P. U. (*8,2*; L. 1, § 1; L. 3 pr.; L. 6 § 1; L. 9 de S. P. R. (*8,3*); L. 2 Comm. præd. (*8,4*). La satisfacción misma tiene sus derechos, L. 16, § 1 quod vi (*43,24*) ... *Si quædam ex (non frugiferis) arboribus amænitas præstetur... interesse propter voluptatem et gestationem;* L. 2, § 12 Ne q. i. l. p. (*43,8*) ... *prospectus, aditus deterior aut angustior.* Lo característico para las ideas de la época de Justiniano, es que en las pandectas se trata antes de las servidumbres urbanas que de las servidumbres rústicas. Esto prueba de una manera gráfica cuán poco el orden, con que los compiladores de Justiniano tratan ciertas materias, autoriza a deducir, como lo hace Hugo, su prioridad histórica.

508 Fué extendida también para las servidumbres rústicas en el mismo orden de ideas; por ejemplo, L. 3 pr. de acqua (*43,20*) ... AMÆNITATIS *causa acqua duci potest.* L. 3 pr. de S. P. R. (*8,3*).

509 Véase el tomo V.

510 Desde este punto de vista hay que considerar también la hipoteca de la cosa. V. nota 516.

511 Los juristas romanos reconocen claramente ese punto de vista, por ejemplo: L. 12, § 2 de usufr. (*7,1*) ... *nam et qui locat, utitur et qui vendit;* L. 39, ibid.: *Qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam principali re utitur fruitur;* L. 35, § 1, ibid.; L. 22 de

hered. pet. (*5,3*) ... *in locum hereditarie rei pretium ejus successisse.*

512 Los juristas romanos han reconocido también exactamente ese punto; véase, por ejemplo, L. 12, § 2 de usufr. cit.... *Sed et si alii precario concedat vel donet; puto eum uti;* L. 54, § 1 de fur. (*47,2*) ... *nec movere quem debet quasi nehil lucri sui gratia facit* (el ladrón que roba para darlo a otro). *Species enim lucri este xalieno largiri et* BENEFICII DEBITOREM SIBI ACQUIRERE. L. 7 de serv. exp. (*18,7*) ... *cum beneficio affici hominem interit hominis;* L. 78, § 2 de J. D. (*23,2*) ... *vel pretio vel* BENEFICIO... *aut cuivis magis* GRATIAM *præstare.* Séneca, de benef. 1, c. 6. *Quid est ergo beneficium? Benevola actio, tribuens gaudium* CAPIENSQUE *tribuendo.* Una consecuencia práctica de esta idea (de la que los juristas romanos no tenían todavía plena conciencia, como resulta del razonamiento de la L. 71 de evict., (*21,2*), es que la acción como garantía del dueño de la evicción debe ser dada al donante, porque la cosa es evicciona-da para el donatario, mientras que esa acción falta cuando la cosa ha sido abandonada y cuando es eviccionada sobre el ocupante. L. ult. de evict. (*21,2*). En efecto, dar no es abandonar, y cuando el donatario evicciona la cosa dada, el donador, que de ella gozaba como intermediario, es en cierto modo el mismo que la evicciona, porque sin derecho se le priva del modo de gozar que había elegido al donarla.

513 Este un derecho como el derecho a las *res religiosæ*. Véase § 72.

514 L. 12, § 1 de relig. (*11,7*) ... *ne sepulcrum aliæ conversationis usum accipiat.*

515 L. 2, L. 9 Cód. de relig. (*3,44*); L. 14 C. de leg. (*6,37*).

516 La hipoteca reemplaza a la venta de la cosa y realiza para el propietario el mismo objeto: le procura dinero, sin que tenga que abandonar en el mismo instante la cosa. El mismo manejo que en la venta, transformación de la cosa en dinero, pero sin el abandono definitivo de la cosa.

517 Ya he dicho, en cuanto al derecho en sí mismo, la alta importancia que la voluntad tiene para la adquisición del derecho, que es el punto de la cuestión.

518 Esto es, que pierde de vista la escuela filosófica de Krause (nota 492).

519 Véase Jahrbücher, X, pág. 245 s.

520 Séneca, de benef. III, 7... *omnia fora vix sufficient. Quis erit qui non agat, quis, cum quo non agatur?... Quæcunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam judici.* Un ejemplo lo suministra la cuestión de derecho al nombre, en el caso de prohibir a otro llevar ese nombre. Tales intereses son negocio de la administración. Geber, *Deutsches Privatrecht*, 10a. edición, § 34, nota 1.

521 Así hay una multitud de circunstancias en las que le es imposible al juez civil tener en cuenta la disminución del valor del dinero (por ejemplo, en las prestaciones permanentes de dinero, fijadas de una vez para todas). De lo contrario, él podría obligar a buscar la disminución del valor, no solamente en el curso de un siglo, sino de diez años y aún en el curso de un solo año.

522 Cicerón de ofí. III, 17: *Aliter leges, aliter philosophi tollunt* ASTUTIAS; *leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia.*

523 Véase un ejemplo interesante en la L. 2, § 24. Ne quid in l. p. (*43,8*), HOC *interdictum* (§ 20, ibid.) *tantum ad vias* RUSTICAS *pertinet, ad* URBICAS VERO NON, *harum enim cura pertinet* AD MAGISTRATUS. Se ve por esto cómo en los intereses citados las formas de la protección jurídica y administrativa se tocan de cerca. El precioso trabajo de Bruns sobre ese objeto (*Zeitsch. f. Rechtgesch*, III, pág. 241 s.) me dispensa de tener que extenderme en él con más amplitud.

524 La consecuencia extrema y verdaderamente absurda a que ese concepto ha conducido, es la de que en todas las personas jurídicas, aunque persiguen objetos puramente privados, el patrimonio, caso de disolución vuelve al fisco, a menos que se haya tomado anticipadamente una deliberación válida en cuanto a su empleo. Con igual razón se podría por lo mismo pretender que una cosa dividida en fragmentos viene a ser *res nullius*. Véase Jahrbücher, X, pág. 437.

525 El Derecho romano, es verdad, no nos da a conocer el nombre de esa acción, pero está fuera de duda que no puede haber dejado sin amparo semejante relación. No se puede sostener, por ejemplo, que los miembros de sociedades romanas de publicanos no tenían acción para reclamar los dividendos que en ella ingresaban. La *actio popularis* ofrece una analogía exacta para el *usus publicus* de los bienes comunes, pastos, leña, etc., que le estaban encomendados.

526 Designación de la corporación por el nombre de los individuos aislados: *gentiles, cives, municipes, socii vectigalium publicorum, publicani, colini, decuriones, virgines vestales, sacerdotes.* De la misma manera el patrimonio de la corporación se designa como el de sus miembros, por ejemplo *agri virginum vestalium* (Hyginus ed Lachmann, Gromatici veteres, pág. 117) *proprietates ad colonos pertinent* (Aggenus, ibid., pág. 80). *Quorum (municipium) omnes facultates... locaque communia* (Cicerón, ad. fam. XIII, 11) hasta para los jurisconsultos, por ejemplo, L. 41 de adq. rer. dom. (*41,1*) ... *civium non esse... tuendi cives.* L. 7, § 2, quod cuj. (*3,4*) ... *cum jus omnium in unum recideret.* L. 1, § 2 ibid... *quod eorum commune erit.* L. 11, § 1, quod vi (*43,24*) ... *res eorum*, y en las leyes, véase, por ejemplo, Tab. Malac., c. 60: *præde sin commune municipium dato: pecuniam communem eorum salvam iis fore...* Esas expresiones, *municipes, cives*, eran por lo demás muy equívocas, porque podían designar en un legado los individuos aislados como tales (*demostrationis causa*). En ese caso, el legado se daba a todos los miembros existentes en el momento de la muerte; en el caso contrario recaía en la comunidad, y venía a ser *pecunia communis municipium* en el sentido de arriba. Véase sobre esta diferencia, apenas observada hasta aquí, L. 20 de reb. dub. (*34,5*) y L. 2 ibid. L. 23 de ann. (*33,1*). Ulpiano, XX, § 5, dice: *nec municipia, nec municipes.* Savigny, *Sistem*, tomo II, pág. 249, ve sólo en esto una simple diferencia de expresiones.

527 En la época posterior del Derecho romano eran a menudo instituídos herederos ellos mismos en las fundaciones hechas en su favor, por ejemplo, los *pauperes captivi*, L. 24, 28, 49. Cod. de episc. (*1,3*). L. 19. Cod. de sacr. eccl. (*1,2*).

528 Justiniano en la Const. no glosada, 6. Cod. de episc. (*1,3*) ... *et cuicunque civium idem etiam facere licentia erit. Cum enim sit* COMMUNIS *pietatis ratio* (interés general) *communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.*

529 En el derecho nuevo, la venta de la *res sacræ* es permitida bajo ciertas restricciones. L. 21 Cod. de sacr. (*1,2*), Nov. 120, c. 10.

530 L. 2, § 2 de int. (*43,1*) ... *veluti proprietatis causam continent.* Tit. Cod.: *ne rei dominicæ vel* TEMPLORUM VINDICATIO *temporis præscriptione summoveatur* (*7,38*). L. 21 Cód. de sacr. eccles.

(*1*, 2); los juristas romanos empleaban la la expresión *dominus* para el sepulcro, L. 6 de sep. viol. (*47*,12), o cuando menos se atenían al rigor de los principios, admitiendo que los medios de protección jurídica reconocidos como necesarios podían aplicarse al sepulcro. L. 13, § 5 quod vi (*43*,24).

531 No para la reivindicación (L. 4 Cód. de relig. [*3*,44], de Alejandro Severo), sino en los interdictos (nota precedente) y las *acciones in factum*. Véase, por ejemplo, L. 43 de reivind (*6*,1). Para la época posterior, esa diferencia de forma había perdido su significado, pudiéndose designar la acción directamente como *vindicatio*. Véase el pasaje del código citado en la nota precedente.

532 Según la L. 6 Cód. de rel. (*3*,44), no según la L. 4 de mort. inf. (*11*,8).

533 También los orígenes no hablan solamente de un *jus prohibendi* del derecho-habiente, L. 8, § 4 de relig. (*11*,7), sino directamente de un *jus sepulcri* y de *jura sepulcrorum*; L. 4 de mort. inf. (*11*,8); L. 3, § 9 de sep. viol. (*47*,12); L. 4, 6, 8, 13, Cód. de rel. (*3*,44), de un *jus monumenti*; L. 13, § 7 Damn. inf. (*39*,2), del *interés* de aquel a quien pertenece el sepulcro *(ad quem pertinet)*; L. 3 pr., § 8 a 10 cit.

534 Ya he hablado de este error en dos indicaciones concernientes a una disputa sobre las fortificaciones de Bâle (1862, núm. I, Leipzig; núm. 2, Bâle). La propiedad no es la sola forma que le pertenece. Mis cabellos me pertenecen, y cuando los corto son de mi *propiedad*, pero de aquí no resulta de ningún modo que deben siempre pertenecerme en esa forma. Así es también como las res publicæ pertenecen al Estado, y cuando se apartan del uso general caben en la forma de propiedad ordinaria; pero de aquí no se sigue para el mundo que el *pertenecer*, el *populi universitatis esse*, deba ya antes de ahora haber tenido esa forma. Las cosas que se encuentran en el uso general (res publicæ) son *universitatis esse creduntur*, pero sin embargo *nullius* IN BONIS (es decir, en propiedad) *esse creduntur*, L. 1 pr. de R. D. (*1*,8), y las res quæ COMMUNES *omnium sunt* no son objeto de *co-propiedad*.

535 El primero que se ha apartado de ese uso tradicional es Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tomo I (1862), § 146.

536 *Privatorum usibus deserviunt*, L. 2 § 2 ne quid in. l. pub. (*43*,8).

537 L. 2, § 5 cit.: *publico usui destinata sunt;* L. 83, § 5 de V. O.

(*45*,1): *usibus publicis in perpetuum relicta;* § 2 Inst. de inut. stip. (*3*,19): *usibus populi perpetuo exposita*.

538 Bien que ella reconoce a veces el contenido jurídico de esta relación. Véase, por ejemplo, L. 2, § 2 ne quid in l. p. (*43*,8) ... *tantum* JURIS *habemus ad obtinendum, quantum quilibe ex populo ad prohibendum habet*. Entre los bizantinos (Schol., 30. Basil. Lib. 60, tít. 4, L. 5) se encuentra la expresión: διχάιον δημοτχδυ (*jus populare*, y no *publicum*). Bruns, *Zeitsch. f. Rechtsgesch*, III, pág. 392.

539 Jahrb., X, pág. 436.

540 Justiniano reconoce muy exactamente esos dos puntos de vista. Uno en la L. 46, § 9 Cód. de episc. (*1*,3) y otro en la L. 21, Cód. de sacr. eccl. (*1*,2) y Nov. 120, c. 10.

541 Los juristas romanos reconocen a menudo el derecho unido a la posesión; por ejemplo, L. 2, Uti poss. (*43*,17), y L. 36 i. f. de poss. (*41*,2): *plus juris;* L. 2, § 38 ne quid i. l. p. (*43*,8): *jure possessionis fruitur;* L. 44, pr. de poss. (*41*,2): *jus possessionis non videre peremtum;* L. 38, § 3 de V. O. (*45*,1) ... *minutur ex jure, quod habuit*. Aún cuando, por otra parte, ellos designan la posesión como de puro hecho, esto no significa una contradicción. El *hecho* de la detención es la *base* de derecho de la posesión, de la misma manera que el hecho de la existencia física del hombre es la base de la personalidad que a él se une; en uno como en otro caso el derecho cesa con el hecho, pero los derechos de su violación continúan existiendo.

542 Ihering, *Del fundamento de la protección posesoria*. París, Marescq, 1882, 2ª edición.

B)

BERNARD WINDSCHEID

LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Título del original alemán :

Lehrbuch des Pandektenrechts.

Traducción directa de la octava edición alemana (1900), por Jorge Marshall Silva en consulta con el doctor Otto Erich Langfelder.

Nota : La traducción comprende los párrafos 27, 37 y 37 *a*, del Libro primero del primer tomo de la obra. De ella se han excluído las notas que el doctor Kipp, al publicar la 8ª edición, agregó después de la muerte de Windscheid.

LIBRO PRIMERO

DEL DERECHO EN GENERAL

CAPÍTULO TERCERO

ANTINOMIAS EN EL DERECHO

Proposiciones jurídicas imperativas, prohibitivas y permisivas. — Proposiciones jurídicas negatorias y declaratorias (*).

§ 27

La tarea del derecho privado es trazar los límites de los campos de voluntad de los individuos que viven en común, de definir en qué medida la voluntad de cada individuo debe ser decisiva para los individuos con los cuales él se enfrenta. Esta finalidad la alcanza el orden jurídico privado por la promulgación de normas preceptivas y prohibitivas — de proposiciones jurídicas imperativas y prohibitivas [1].

Pero, no todas las proposiciones jurídicas contienen un mandato o prohibición. Hay también 1) proposiciones jurídicas negatorias. Son proposiciones negatorias: a) las que declaran que a un cierto hecho no debe ser ligado un man-

dato o prohibición [2]; b) las que declaran que un cierto hecho ligado a un mandato o prohibición debe extinguirse con la ocurrencia de otro hecho [3] y c) finalmente también puede negar una proposición jurídica, cuando a un hecho debe ser ligada una negación de la índole mencionada [4]. Un ancho espacio ocupan luego 2) las proposiciones jurídicas declaratorias [5], es decir, aquellas proposiciones jurídicas que definen más exactamente lo expresado en otra proposición, sea según sus presupuestos fácticos, sea en lo referente al significado que se adscribe a ellos [6]. Las proposiciones permisivas, es decir, las expresadas en la forma de un permiso, son, en realidad, o imperativas o prohibitivas o negatorias [7].

[*] Lo que se dice a continuación se basa sobre la exposición de *Thöl* Einl. in das deutsche Privatr. § 35-36 (Introducción al Derecho Privado alemán). Además, *Thon* Rnorm. und subjectives R. S. 347 (Norma jurídica y derecho subjetivo, Pág. 347); *Binding* kr. V. J. S. XXI, S. 545 (Revista crítica trimestral, tomo XXI, Pág. 545); *Bierling* zur Kritik del jur. Grundbegriffe, II, S. 22 fg. (Juristische Prinzipienlehre, I, § 5) (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, II, Pág. 22 y sgts. (Doctrina de los principios jurídicos, I, § 5); *Binding* Handb. des Strafr. I § 36 (Die Normen, I (2ª Aufl. § 15) Manual del Derecho Penal, I, § 36 (Las normas, I (2ª Edición, § 15); *Schuppe* Begriff des subjectiven R. (1887) S. 15 fig. (Concepto del derecho subjetivo (1887) Pág. 15 y sigts.); *Hölder* Pandekten § 11 (Pandectas § 11).

1 Expresiones que comprenden el mandato y la prohibición son: norma, imperativo (ambas expresiones se usan con preferencia en el último tiempo), mandato jurídico. Además, se puede decir que también la prohibición es un mandato: mandato de omisión.

2 Ejemplos: Lo perdido en el juego (prometido en un contrato de juego) no necesita ser cumplido. Las declaraciones de voluntades de los niños y enagenados mentales son nulas.

3 Ejemplos: la obligación se extingue por el cumplimiento. Los derechos prescriben en 30 años.

4 Por ejemplo, el art. 317 del Código de Comercio (alemán) dispone: "En los negocios mercantiles la validez de los contratos no está condicionada por redacción escrita u otras formalidades". Asimismo pertenece a esto la prescripción del art. 319 del Código de Comercio (alemán) que establece en la oferta hecha entre ausentes, que el proponente quede ligado por ella hasta un tiempo determinado. Este precepto niega que, al hecho de la aceptación de la oferta efectuada no se pude ligar un mandato jurídico porque antes de la aceptación se hubiera producido la retractación declarada.

5 Thöl dice: Proposiciones jurídicas que desarrollan un concepto. Esta expresión, que yo mismo he usado antes, es demasiado restringida.

6 Ejemplos: El testamento debe ser otorgado ante 7 testigos. La infancia dura hasta el cumplimiento de los 7 años. Un contrato se perfecciona cuando una declaración de voluntad hecha por el oferente es aceptada por la persona a quien se formula. El deudor puede efectuar el pago que lo obliga por medio de un tercero, cuando es indiferente su persona. Frente a una proposición jurídica negatoria es, por ejemplo, una proposición declaratoria la que dice que el consentimiento para dejar sin efecto un contrato debe ser declarado frente al otro contratante. Que una proposición jurídica declaratoria puede ser también declaratoria para otro, apenas necesita observación.

7 a) La proposición: "El contratante puede exigir del otro contratante el cumplimiento de la prestación prometida", es solo otra expresión de la proposición: "el promitente debe efectuar la prestación prometida". Cuando se dice que en las obligaciones alternativas, el deudor puede elegir lo que él quiere pagar, se quiere decir, en realidad: Al deudor está ordenada solo la prestación elegida (el contenido elegido de la prestación), nó la no elegida.

b) "El propietario puede disponer de su propiedad como él quiera". El contenido real de esta proposición es una prohibición para las personas que están frente al propietario de impedir su disposición.

c) La proposición jurídica según la cual puede revocarse el mandato contiene, para el caso de la revocación, una negación de los conceptos que se derivan de la celebración del mandato. La proposición jurídica

según la cuál no puede rescindirse un contrato bilateral, porque el otro contratante no cumple su obligación es doblemente negatoria (contiene una negación de la negación, como en el texto bajo I. c). Cfr., con la cuestión tan discutida últimamente acerca de si hay proposiciones jurídicas permisivas, *Thon* Rnorm, und subj. R. S. 292 fg., 345 fg. (Norma jurídica y derecho subjetivo, Pág. 292 y sgts, 345 y sgts.) y las notas a este escrito de *Binding* kr. V. J. S. XXI, S. 542 fg. (Revista crítica trimestral, XXI, Pág. 542 y sgts.); *Merkel* Grünh. Z. S. VI, S. 371 fg. (Periódico Grünhuts de derecho privado y público de la actualidad, VI, pág. 371 y sgts.); *Pernice*, la misma, VII, Pág. 473 y sgts; últimamente *Bierling* zur Kritik der jur. Grundbegriffe, II, S. 1 fg., 307 fg. (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, II, Pág. 1 y sgts., 307 y sgts.), también véase más adelante el § 38. *Binding*, Handb. des Strafr. I, S. 156 fg. (Manual del Derecho Penal, I, Pág. 156 y sgts.) *Schuppe* *, pág. 19, 58 y sgts.

LIBRO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y ESPECIES DE DERECHOS

Concepto del derecho *

§ 37

Del derecho como facultad (derecho en sentido subjetivo, derecho subjetivo) se habla en un doble sentido [1].

I. — Derecho a una cierta conducta, acción u omisión, de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado. El orden jurídico (el derecho en sentido objetivo, el derecho objetivo) ha emitido, en base a un hecho concreto, un mandato [2] de observar una conducta de determinada índole y ha puesto este mandato a la libre disposición de aquel en cuyo beneficio ha sido emitido. El orden jurídico deja a su cargo hacer uso o no del mandato y en particular hacer aplicación o no de los me-

dios concebidos por él contra quien se resista. Conforme a eso, su voluntad es decisoria para la efectividad del mandato emitido por el orden jurídico. El orden jurídico se ha desprendido del mandato emitido por él en favor del titular, ha transformado su propio mandato en mandato de éste. El derecho ha devenido su derecho.

2. — La palabra derecho no tiene esta significación, cuando se dice, por ejemplo, el propietario tiene el derecho de enajenar su propiedad, el acreedor el derecho de ceder su crédito, a un contratante compete el derecho de desistimiento o de desahucio y otras. Se expresa con esta y otras acepciones de la palabra derecho, que la voluntad del facultado es decisoria para el nacimiento de derechos de la primera especie mencionada o para la extinción o modificación de derechos que ya habían nacido. Se atribuye al facultado una voluntad decisoria no ya para la realización, sino para la existencia de mandatos pertinentes al orden jurídico.

Ambas especies de derecho subjetivo comprende la definición: El derecho es un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico [3].

No pertenece al concepto de derecho, que el orden jurídico suministre al facultado, cuando éste lo exija, los medios coactivos para la actuación del poder que se le ha conferido por aquél [4].

§ 37 a.

Además del concepto del derecho hay que definir aun el de la *relación jurídica*. Una relación jurídica es una relación jurídicamente determinada. Esta relación sólo es posible como una relación jurídica, es decir, una relación

creada por el orden jurídico, por ejemplo, la propiedad; o también como una relación de vida a la cual el orden jurídico solo adhiere, por ejemplo, la posesión [1].

Por *institución jurídica* se entiende el conjunto de prescripciones jurídicas que se refieren a una relación jurídica. En este sentido se designan por institución jurídica, tanto la propiedad, como la posesión, del mismo modo que el matrimonio, las obligaciones, los contratos, etc.

[1] *Jhering* Der Geist der röm. R., III, § 60, 61, (1 Aufl. 1865) (El espíritu del Derecho Romano, III, § 60, 61) (1a. edición 1865); Cfr., del mismo "El fin en el Derecho", I, Pág. 434 y sgts. (2a. y 3a. edición, 443 y sgts.), II, Págs. 188, 212; *Conrad* Handbuch der Staatwissenschaft. (Diccionario manual de Ciencias Políticas), bajo la palabra "Besitz" (posesión) = Jahrb. f. Dogm. XXXII, Pág. 65 y sgts. *Thon* Rnorm und subjectives R. (1878) (Norma jurídica y Derecho subjetivo). Además las notas correspondientes a esto de *Merkel* en Grünh. Z. S. VI, S. 367 fg. (1879) (Revista Grünhuts de derecho privado y público del presente, VI, Pág. 367 y sgts.) y de *Binding* Kr. V. J. S. XXI, S. 542 fg. (1879) (Revista crítica trimestral, XXI, Pág. 542 y sgts.). *Leonhard* Grünh Z. S. X, S. 1 fg. (1882) (Revista Grünhuts... X, Pág. 1 y sgts.); *Bierling* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, zweiten Theil (1883) (Aportes a la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, segunda parte). Cfr. *Schlossman* der Vertrag (1876) S. 243 fg. (El contrato, Pág. 243 y sgts.); *Zrodlowski* das r. Privatr. I, § 54 (1877) (El derecho privado romano, I, § 54); *v. Schey* Grünh. Z. S. VII, S. 756 fg. (1880) (Revista Grünh... VII, Pág. 756 y sgts). *Plosz* Beiträge zur Theorie des Klager. (1881) S. 49 fg. (Contribuciones a la teoría del derecho de acción, Pág. 49 y sgts.) y sobre este libro *Baron* kr. V. J. S. XXIV, S. 322 y fg. (Revista crítica trimestral, XXIV, Pág. 322 y sgts.) y *Bierling* op. cit. Pág. 57, nota; *Pfersche* Methodik der Privatr. Wissenschaft (1881) (Metódica de la ciencia del derecho privado) y sobre este libro *Kohler* Z. S. f. vergl. R. W. IV, S. 293 fg. (Revista de la ciencia del Derecho comparado, IV, Pág. 293 y sgts.), *Schuppe* der Begriff des subjectiven R. Breslau,

1887. (El concepto del Derecho subjetivo). *Bekker* Pandekten, I, S. 49 (Pandectas, I, Pág. 49): "El concepto del derecho subjetivo no es posible comprobar en forma absoluta, sino más bien se plasma, según las diferencias en el derecho vigente y en la doctrina imperante" (1).

1 La exposición siguiente comprende, según la tarea de este Tratado, solo el derecho privado.

2 Norma, imperativo. Compárese con el § 27,1.

3 Yo mantengo la definición del Derecho sentada en las ediciones anteriores de este Tratado. Saber si la misma corresponde todavía a la opinión dominante, tal como se ha afirmado anteriormente, puede aparecer dudoso después de los numerosos ataques que ha experimentado en el último tiempo. Estos ataques se dirigen ora contra la categoría del poderío o señorío, ora contra la categoría de la voluntad. Con respecto a esto último Jhering en particular (op., cit.) ha sostenido con gran energía que la definición del derecho debía fundarse no en la voluntad, sino que en el interés. Su definición reza: "El derecho es un interés jurídicamente protegido, es decir, por medio de la acción. A menudo se ha hecho notar contra él (excepción hecha de otros) que la substancia del derecho no reside en el interés, sino en los enunciados establecidos por el orden jurídico para la protección de ese interés. Por cierto, el orden jurídico solo conferirá derechos con la finalidad de satisfacer los intereses de aquellos a quienes se los confiere; pero no pertenece a la definición del Derecho el fin en consideración al cuál es conferido. Sobre este punto se han expresado (en parte confirmando a Jhering, en parte contradiciéndolo, en parte modificándolo): *Bürkel* kr. V. J. S. XI, S. 198 (Revista crítica trimestral, XI, Pág. 198), *Bruns*. in v. Holtzendorff's Encycloped. I, S. 267 (5ª edición Pág. 445), *Binding* Normen, I, S. 154 fg. (Normas I, Pág. 154 y sgts.), ver también II, Pág. 50 y sgts., *Schlossmann*, op. cit. págs. 246, 256, *Thon*, op. cit. Pág. 218 y sgts., *Kohler* Jahrb. f. Dogm. XVIII, Pág. 196 (Cfr. Págs. 131; 199), *von Schey* Grünh. Z. S. VII, S. 756 fg. (Revista Grünhust... VII, Pág. 756 y sigts.), *Merkel*, op. cit., Pág. 386 y sgts., *Pachmann* über die gegenwärtige Bewegung in der Rwissenschaft S. 32 fg., 50 fg.). (Sobre los movimientos contemporáneos en la ciencia jurírica, Pág. 32 y sgts., 50 y sgts.), *Leonhard*, op. cit., 27 y sgts., 46 y sgts., *Karlowa* Grünh. Z. S. XV S. 381 fg. (Revista

Grünh... XV, Pág. 381 y sgts.) *Bernatzik*, Arch. f. öffent...
y sgts., 282 y sgts., 260 y sgts. (:El derecho es un interés humano (un fin humano) para cuya realización el orden jurídico proporciona la posibilidad de un señorío de voluntad, (es decir, según opinión del autor, para cuya realización el orden jurídico declara decisorio un querer humano, sin que importe a quien pertenece esta voluntad. En las pág. 263 y pág. 262 se dice: otra voluntad se impone en su interés al sujeto del derecho, como su voluntad); *Claussius* das Merkmal der Macht im Begriff des subj: R, Bonner Inaug. Diss. (1890) (El componente del poder en el concepto del derecho subjetivo, discurso inaugural en Bonn (1890) (Entiende por "poder" no el señorío de voluntad conferido por el orden jurídico, sino la efectivación real de dicho señorío y busca los medios para esta efectivación), *Kuntze* zur Besitzlehre S. 73 fg. (Anotaciones sobre la teoría de la posesión, pág. 73 y sgts.), ((G. Rümelin Methodisches über jur. Personen (Freib. Progr. 1891) (Tratado metódico sobre las personas jurídicas (Programa de Friburgo, 1891), pág. 34 y sgts.)) (Contra Jhering). Los traductores italianos de este Tratado (Fadda y Bensa) creen poder rechazar la definición antes desarrollada del concepto del Derecho subjetivo con la afirmación de que ella reposa en un juego de palabras. Yo desecho esta afirmación errónea. La definición del derecho aquí sostenida, en lo que toca al derecho señalado en la primera forma en el texto, ha tenido que luchar, sin embargo, con una dificultad. Consiste ésta en el hecho de que la existencia de la sujeción potestativa correspondiente al derecho y por lo tanto, el derecho mismo, es independiente del querer real del facultado, de una manifestación de voluntad que provenga de él. El que camina por una finca ajena hiere el derecho del propietario, aunque éste no se lo haya prohibido; el que no satisface a su acreedor en el tiempo debido, lesiona el derecho del acreedor, aunque éste no se lo haya reclamado. Y puede tener un derecho también un incapaz de voluntad sin representante e incluso se puede tener un derecho sin saberlo. Cfr. *Thon*, Pág. 115 y sgts. (El punto de vista de Lenel criticado en este lugar ha sido retractado por él mismo entretanto, Jahrb. f. Dogm., XIX, Pág. 168). Esta dificultad la traté de evitar en las ediciones anteriores, diciendo que el orden jurídico declara decisorio en la concesión de un derecho, no la voluntad del facultado, sino un cierto contenido de voluntad. Este intento lo abandono como imperfecto. El fundamento del concepto sustentado ahora

aquí, es tomado —como lo reconozco agradecido— del excelente libro de Thon. Hay que partir de que la voluntad que manda en el derecho subjetivo es solamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado. Aun cuando el orden jurídico desprenda el contenido de su mandato del querer de una persona, sin embargo, él solo manda y nó esta persona. Pero, para este mandato emitido en beneficio del facultado, el orden jurídico ha hecho decisoria la voluntad de aquél. Su voluntad es decisoria para la conducta de otros porque es decisoria para un mandato jurídico, que a su vez es decisorio para la conducta de ellos. La diferencia entre la concepción aquí sustentada y la de Thon reside tan solo en lo siguiente: Thon se niega a llamar al mandato jurídico postulado en favor del facultado, mandato de éste, por la sola razón de que su voluntad sea decisoria para aquél. Según Thon, el mandato originario del orden jurídico no es suministrado al facultado, sino que lo son los mandatos ulteriores, los que el orden jurídico, con el fin de hacer efectivo su mandato, establece contra el opositor para el caso de desobediencia; y en particular, aquellos mandatos dirigidos a los órganos del poder estatal para garantizar el amparo jurídico. Para Thon, el mandato originario sigue siendo mandato del orden jurídico, en cuanto tal; el derecho subjetivo, según él, no tiene carácter de propiedad, sino que es pretensión a ésta; y el deudor, por ejemplo, que voluntariamente satisface a su acreedor, no cumple sino con un mandato del derecho objetivo. Ver contra Thon también *Binding*, Pág. 565 y sgts., *Merkel*, Pág. 387 y sgts., *Bierling*, Pág. 61 y sgts. Un autor reciente (*Duncker*, La acción posesoria y la posesión, 1884) dice con razón que los derechos de Thon no son derechos, pero él deduce de ahí la consecuencia, de que en general no hay derechos, sino solamente deberes. El punto de vista de Schuppe concuerda en lo esencial con el aquí expuesto, sólo que él considera la voluntad subjetiva como lo principal: Derecho subjetivo es lo querido por la voluntad subjetiva, de lo cuál la voluntad objetiva se apropia. Dernburg ha propuesto la siguiente definición, hace muy poco, I, § 39: El derecho en el sentido subjetivo es una participación que corresponde a los individuos en los bienes vitales, según el orden jurídico. Con respecto a los derechos de la segunda clase, los autores que controvierten la definición del derecho en cuanto poderío de voluntad se mueven, claro está, con grandes dificultades. A causa de ello Thon y Bierling se deciden, sin más ni

más, y la segregan completamente de la definición del Derecho. Thon (Pág. 325 y sgts.) no los quiere denominar derechos; él propone la expresión facultades. (Al revés, Brinz, I, § 64, 65 usa la expresión "facultad", pero no para el "poder hacer" jurídico, sino para el "estar facultado" jurídico).

4 La opinión dominante ve en la coactividad de la ley jurídica el criterio que la distingue de la ley moral. Yo me opongo a esta acepción. Veo más bien la diferencia entre la ley jurídica y la ley moral en el hecho de que los mandatos de la ley moral son mandatos a secas, mientras los mandatos de la ley jurídica lo son en consideración a otro, de modo que son mandatos *suyos* en el sentido expuesto. En el caso de la ley moral no existe nada sino el deber; en el de la ley jurídica el deber existe en virtud del derecho conferido. Hablando con una terminología o con expresión aguzada: la ley moral establece deberes, la ley jurídica confiere derechos. Un derecho carente de medios coactivos es un derecho imperfecto, pero por ello no es menos derecho. Cfr. *Thon*, op. cit. S. X. Pág. 6 y sgts., Grünh. Z. S., VI, Pág. 244 y sgts., *Bierling*, Pág. 202 y sgts., L. *Seuffert* Grünh Z. S., XII, Pág. 622 y sgts.

3 El concepto de la relación jurídica no siempre se precisa con la claridad y determinación requrida; en particular, la doble significación destacada en el texto con la cuál la palabra se aplica en la terminología corriente, se desconoce con frecuencia, o por lo menos, no se la destaca lo suficiente. Esto dificultaba en especial el acuerdo en la cuestión de saber si el sistema del derecho privado debe ser un sistema de derechos o, más bien, de relaciones jurídicas. Savigny (I, § 41) y Puchta (§ 29) creen que el derecho subjetivo es una sola parte de la relación jurídica separada de ésta por medio de la abstracción, y que la relación jurídica es un complejo de derechos. Con esto se afirma como esencia del asunto algo que tan solo es posible. Por ejemplo, del mutuo no nace sino el derecho del acreedor. Cfr. *Neuner*, wesen und Arten der Privatrverhältnisse (Esencia y formas de las relaciones jurídicas privadas) Pág. 4 a 13; *Bürkel*, kr. V. J. S. XI, Pág. 191 y sgts., *Böhlau* Mecklenb. Landr. II, Pág. 2 y sgts., *Bierling* (§ 37, nota (*) V, Pág. 130 y sgts.; *Puntschart*, die fundamentalen R. verhältnisse des r. Privatr. (1885), Pág. 57 y sgts. (Las relaciones jurídicas fundamentales del derecho privado romano).

FACULTAD DE DERECHO

Jean Dabín

EL DERECHO SUBJETIVO

CAPITULO II

LA DEFINICION DEL DERECHO SUBJETIVO

Uno de los principales argumentos de los adversarios del derecho subjetivo, especialmente de Duguit, es la imposibilidad de dar una definición satisfactoria que descubra la «naturaleza íntima», la «esencia verdadera» de ese «elemento invisible, pero real, que se quiere colocar detrás de la protección social» (1). El argumento, es preciso confesarlo, carece totalmente de pertinencia. Son muchas las cosas que son difíciles de definir, y nadie se atreverá por eso, sin embargo, a sostener que no existen ni tienen razón de ser. *Omnis definitio periculosa.* Esta observación es verdadera sobre todo en la esfera de las ciencias morales, puesto que las cosas son en ellas, a menudo, complejas y llenas de matices, de modo que no siempre se sabe por qué punta cotejarlas. A esto se añaden preocupaciones de lógica formal, porque la definición es un género sometido a leyes más o menos estrictas, de las que sería incorrecto apartarse.

Pero ni las emboscadas de una definición del derecho subjetivo, ni las divergencias y las controversias a que ha dado lugar esta definición efectivamente en la literatura, pueden justificar una condenación o una negación del derecho subjetivo como realidad. Queda por ver lo que valen las definiciones propuestas, hacer su análisis crítico (Sección I), y en caso de desconfiar de unas y otras intentar un esfuerzo de construcción personal (Sección II). ¿Será preciso decir que el fracaso en ese esfuerzo dejaría intacto el problema de su representación conceptual, pero no el del derecho subjetivo en sí mismo?

---

(1) DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel,* 3.ª ed. París, 1927, T. I, § 25, pág. 274.

SECCION I.—EXPOSICION Y CRITICA DE LAS DEFINICIONES CORRIENTES

En general, las definiciones del derecho subjetivo en curso entre los juristas desde el siglo XIX se agrupan en tres escuelas (2). La primera, que se puede decir clásica, pretende descubrir en la voluntad del sujeto el elemento esencial característico del derecho subjetivo: el derecho subjetivo es para ella «poder de voluntad». Como reacción contra esta doctrina apareció otra concepción que dejando aparte el sujeto se vuelve hacia el objeto y ve en el derecho un «interés jurídicamente protegido». Y, acabando el proceso, una tercera teoría intenta realizar la síntesis de los dos elementos, voluntad e interés, siguiendo, por lo demás, un orden de prioridad discutido, poniendo unos en primera fila el interés, y otros la voluntad.

Examinemos sucesivamente estas tres doctrinas.

§ 1

El derecho como poder de voluntad (Windscheid)

Es la *doctrina de la voluntad.* Cuando la escuela clásica definió el derecho subjetivo como un «poder de voluntad» *(Willensmacht, Willensherrschaft),* empleaba un lenguaje muy equívoco. ¿Pretende significar que la voluntad del sujeto, en derecho, es todopoderosa, al menos en principio, que ella tiene en sí misma su propia razón de ser y razón suficiente (escuela liberal voluntarista: *Willenstheorie, Willensdogma,* como dicen los alemanes), o bien simplemente que el derecho subjetivo, tal como lo concede el derecho objetivo, se caracteriza por un poder de voluntad?

(2) Se hace, pues, abstracción de los períodos anteriores, porque nuestro estudio no lo ofrecemos como estudio histórico. Pero ya se tendrá ocasión de ver en la parte constructiva que los análisis de la escuela tradicional, desde la antigüedad, no carecen de solidez.

Se comprende esta duda porque incluso entre los autores que admiten la subordinación de la voluntad individual al derecho objetivo las afirmaciones favorables a la omnipotencia van unidas o alternan con la definición del derecho-voluntad. A tal extremo que Saleilles ha podido equivocarse cuando al pretender captar la filosofía subyacente a esa concepción decía: «Se llegaba a desprender el derecho de toda relación de dependencia social para hacer de él una relación puramente individual, sacando de la libertad y la voluntad del hombre su causa original y su fuente inicial: Quiero, luego tengo derechos; tal era la divisa que podía servir de lema a toda esta filosofía. Era la analogía del: Pienso, luego existo, de Descartes» (3).

Pero esta interpretación completamente filosófica, del poder de voluntad, parace rebasar al pensamiento, menos ambicioso de los clásicos. Si se examinan, a la luz de los textos, las definiciones que nos dan por ejemplo los grandes pandectistas que han inaugurado la fórmula, se percibirá que el derecho-voluntad no lo establecen más que dentro del marco y de los límites del derecho objetivo, suspendido de la *Rechtsordnung.* Así, por ejemplo, para Savigny «el derecho [subjetivo]... se nos aparece como un poder de voluntad. *En los límites de ese poder,* la voluntad del individuo reina, y reina por el consentimiento de todos» (4). Y más adelante «...cada relación de derecho se nos aparece como una relación de persona a persona *determinada por una regla de derecho,* y esta *regla determinada* asigna a cada individuo una esfera en que su voluntad reina

(3) Saleilles: *De la personalité juridique,* 2.ª ed. París, 1922, pág. 535. Comp. págs. 524-25.—Ver en este sentido, aparte Duguit, Michoud: *La théorie de la personnalité morale,* París, 1906, T. I, n.º 43, pág. 69-70; n.º 47, pág. 101-102; n.º 51, pág. 110-112.—Hauriou: *Principes de droit public,* París, 1910, pág. 96-97.—Gounot: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* París, 1912, pág. 27, 332 y sigs.—Jonescu: *La notion de droit subjectif dans le droit privé,* París, 1931, n.º 39, pág. 79; n.º 43, pág. 85-87.—Bonnard: «Los derechos subjetivos de los administrados», en la *Rev. de droit public,* 1932, pág. 720-22; *Le contrôle juridictionnel de l'Administration,* París, 1934, n.º 13, pág. 41-42.

(4) Savigny: *Traité de droit romain,* trad. Guenoux, T. I, § 4, pág. 7.

independientemente de toda voluntad extraña» (5). También para WINDSCHEID si la función del derecho privado es trazar las fronteras entre las *Willensherrschaften* de los individuos respectivos, y determinar la medida en que la voluntad de cada individuo será determinante para los otros (6), ese poder de la voluntad está conferido por el derecho (7). No es preciso, pues, representar el derecho-poder de voluntad como inherente al sujeto aparte de toda dependencia social, abstracción hecha de toda regla de derecho que le de su fundamento y medida. Este fundamento podrá sacarse perfectamente de la idea —verdadera— del respeto debido por el individuo al individuo; y esa medida podrá señalarse perfectamente, según la doctrina kantiana, sobre la base del principio individualista —e inexacto— de la coexistencia de las libertades (8). No deja de ser por todo eso menos exacto que el derecho-poder de voluntad, tal como se le concibe, se apoya sobre la regla de derecho, y que siempre se tiene a la vista, por confesión incluso del mismo SALEILLES, una «facultad legal de querer», un *Wollendürfen.* (9). En consecuencia también, no

(5) SAVIGNY: *ob. cit.* T. I, § 52, pág. 327.—Añadir: § 53, pág. 328 («Se puede definir la relación de derecho como la esfera de la voluntad libre»).—Ver, por otra parte, para la crítica de la idea de que la regla de derecho sería siempre generadora de derecho subjetivo, antes, págs. 65 a 67.

(6) WINDSCHEID: *Pandektenrecht,* T. I, 8.ª ed. por KIPP, Francfort, 1900, § 27, pág. 99.

(7) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, pág. 131.

(8) KANT: *Métaphisique des moeurs, Introduction à la théorie du droit,* § 13: «El derecho es el conjunto de las condiciones en las que la voluntad individual (*Willkür*) de uno puede unirse y asociarse a la voluntad individual de otro conforme a una ley universal de libertad» (trad. de Lalande: *Vocabulaire de la philosophie,* 4.ª ed. París, 1938, T. III, v.º *Droit*).—Otra es la cuestión de saber si tal es la exacta interpretación del pensamiento personal de KANT: ver sobre este punto, LEVY-HULLMANN: *Eléments d'introduction à l'étude des sciences juridiques;* I, *La definition du droit,* París, 1917, pág. 95-96, 158-59.

(9) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 472, 503, 524, 561, 652.—Igualmente MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 32, pág. 69.—Comp. CH. BEUDANT: *Le droit individuel et l'Etat,* París, 1891, que después de haber sostenido en tesis que el derecho se confunde con la libertad ideal, es decir, ilimitada, se ve forzado a contradecirse añadiendo que «el derecho positivo, que es la hipótesis, es decir, la práctica, sólo admite una libertad limitada, y limitada doblemente: por el respeto debido al

se puede tratar de un poder de voluntad puramente abstracto, sin otro objeto que el goce de la voluntad deleitándose en su propia potencia (10). En realidad, la voluntad siempre quiere alguna cosa, pero en derecho no le está permitido querer cualquier cosa, puesto que depende de la regla objetiva que asigna a su poder unos límites, e incluso a veces unos fines.

Es verdad que contra la idea de una facultad concedida por el derecho objetivo se ha objetado que el derecho subjetivo, al tener su raíz en la personalidad del individuo, es anterior a todo reconocimiento por el ordenamiento jurídico (11). Pero esto es confundir derecho objetivo *jurídico* y derecho objetivo *moral* (12). La concesión de un derecho subjetivo por el ordenamiento jurídico no es evidentemente gratuito; si tiene lugar es porque así lo impone una razón objetiva, que domina ese establecimiento de las reglas positivas y manda sobre la voluntad del legislador. Pero también es evidente que un derecho subjetivo no puede existir, en el plano jurídico, más que en tanto que el orden jurídico positivo lo reconozca, confiriéndole valor específicamente jurídico garantizado por unas vías de derecho (13).

Siendo esta la posición exacta y el alcance real del problema, problema que es mucho más técnico que filosófico, ¿qué debe entenderse por ese «poder de voluntad» en que consistiría la esencia del derecho subjetivo? Porque la expresión no sólo es ambigua: es abstracta, en el sentido de oscura.

Si preguntamos a WINDSCHEID, que se ha esforzado más que los demás en dar una idea a la vez precisa y concisa del derecho subjetivo, el

derecho ajeno, y por las necesidades sociales reconocidas por la ley» (pág. 142). Ver sobre esta contradicción, MICHOUD: *ob. cit.* T. I, pág. 110, nt. 1.

(10) Tal como lo presenta IHERING: *L'Esprit du droit romain,* trad. Meulenaere, 3.ª ed. T. IV, § 70, pág. 320-21, 326.—Igualmente MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 47, pág. 101-102.

(11) DERNBURG: *Allgemeine Lehre des bürgerlichen Rechts,* 2.ª ed. Halle, 1902, § 41, pág. 104-105; igualmente BEUDANT: *ob. cit.* pág. 210.

(12) Ver antes, págs. 61 y sigs.

(13) Comp. con las observaciones similares de KIPP, sobre WINDSCHEID, T. I, § 37. nt. 3, pág. 133.

derecho en sentido subjetivo (*Berechtigung*) tiene dos significaciones diferentes. Significa, en primer término, derecho a un cierto comportamiento, acto u omisión, por parte de todas las personas, o de una persona determinada, frente al titular. Este derecho nace del modo siguiente: La regla objetiva (*Rechtsordnung*) ha dictado, sobre la base de la situación concreta, una norma de conducta que pone a disposición de aquél en cuyo favor se ha dictado tal norma. Deja al beneficiario la facultad de hacer uso o no de la norma, y especialmente de utilizar los medios previstos frente al transgresor. De este modo es la voluntad del beneficiario la que es determinante para la puesta en ejecución de la regla. El derecho objetivo se ha desprendido en provecho de esa persona de la orden que ha dictado, haciendo de su propio ordenamiento el ordenamiento del beneficiario: el derecho ha venido a ser su derecho (14).

El segundo significado se da cuando se dice, por ejemplo, que el propietario tiene el derecho de enajenar su cosa, que el acreedor tiene el derecho de ceder su crédito, que un contratante tiene el derecho de renunciar o de rescisión, etc... Aquí se entiende que la voluntad del titular es decisiva para la creación de los derechos de la primera especie, o también para la supresión o la modificación de éstos. El poder de voluntad atribuído al titular ya no interviene solamente a los fines de la ejecución, sino con vistas a la producción misma de las normas del orden jurídico.

Considerando en estas dos formas, el derecho subjetivo puede ser definido, por tanto, bien como potencia de voluntad (*Willensmacht*), bien como la soberanía de voluntad (*Willensherreschaft*), concedidas ambas, condicionadas y limitadas por el derecho objetivo. Tal es, reproducida literalmente, la concepción de WINDSCHEID (15).

Esta concepción suscita muchas objeciones. La primera la plantea el mismo WINDSCHEID, que, en comentario en nota del texto, observa que el derecho subjetivo puede existir independientemente de toda voluntad real, así como de toda manifestación de voluntad del titular: aquél que penetra en terreno ajeno viola el derecho de propietario sin que éste haya tenido necesidad de manifestarle ninguna prohibición; el deudor que no paga en la fecha fijada viola el derecho del acreedor, aunque éste no le haya dirigido ninguna orden. WINDSCHEID comprueba además que un derecho puede tener por titular a una persona incapaz de voluntad y desprovista de representante, que incluso se puede tener derechos sin saberlo (16). He aquí, pues, un poder de voluntad en el que la voluntad no interviene para nada, del que puede estar completamente ausente: ¿no es contradictorio?

(14) Confr. VALETTE: *Cours de Code civil*, T. I, 1872, n.° 4: el derecho (en sentido subjetivo) es «la facultad que pertenece a una persona de invocar una cierta regla en un caso dado y obtener un provecho».

(15) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, págs. 130-131.—Añádase para las diferentes especies de derechos reales, personales y *an der eigenen Person*, §§ 38 a 40.

WINDSCHEID había creído poder escapar a la objeción diciendo, en su primera edición, que «lo que el orden jurídico tenía por determinante en la concesión de un derecho subjetivo no era la voluntad del titular de derecho, sino solamente un cierto contenido de voluntad.» Después ha reconocido «la insuficiencia» de esta explicación: ¿cómo representarse un contenido de voluntad aparte de todo poder de voluntad? Pero la la nueva respuesta que da en las ediciones ulteriores de su libro no es más satisfactoria. La base de la teoría, de la que es deudor, según declara, a THON, es que la voluntad de que se trata en derecho subjetivo es «únicamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del titular». Porque incluso cuando el orden jurídico toma el contenido de su norma de la voluntad de una persona es aquél el que manda y no esta persona. Sin embargo, tratándose por hipótesis de una norma dictada en el interés de una persona, el orden jurídico declara decisiva la voluntad del individuo beneficiario. Esta voluntad se convierte en determinante para el comportamiento de los terceros, puesto que ha sido reconocida como determinante por el orden jurídico competente para regular su conducta. Resulta, pues, que, para WINDSCHEID, la voluntad del orden jurídico se ha convertido por apropiación en la voluntad del beneficiario, en tanto que para THON la voluntad del beneficiario no es llamada a entrar en liza sino más tarde, en el momento en que el ordenamiento sufre violación, y a fin de hacerlo respetar (17).

Pero toda esta discusión carece de pertinencia, porque no se enfren-

(16) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132.

(17) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, pág. 132-133, nt. 3.

ta con la objeción. Se busca definir las relaciones entre la voluntad del orden jurídico y la voluntad de sujeto (18). Ahora bien, el problema está en explicar cómo un individuo puede ser titular del derecho subjetivo cuando, incapaz de voluntad y desprovisto de representante, se encuentra imposibilitado de realizar el acto de apropiación del beneficio de la norma, que constituye, según WINDSCHEID, la esencia del derecho subjetivo (19). En efecto, hay que elegir una de las dos cosas. O bien es preciso mantener la paradoja de que este individuo, falto de voluntad, no tiene derecho alguno a la vida, ni a moverse o pasear, que no puede ser propietario ni acreedor (de igual modo que no puede estar sometido a ninguna obligación) (20); o bien es preciso renunciar a definir el derecho subjetivo por la voluntad. El caso del individuo sin voluntad no es además el único, como WINDSCHEID lo reconoce en su objeción. Nada impide que se sea titular de un derecho sin saberlo; así, el heredero, el legatario, el beneficiario de una estipulación a favor de tercero, en el caso de ignorancia de la muerte, del testamento, o de la estipulación, porque antes de esta aceptación no sólo está llamada la persona a recoger su derecho, sino que ya está investida de él (21). También sucede

(18) Ver para la crítica de la tentativa de WINDSCHEID en este respecto, KELSEN, y tras él DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, T. I, n.º 25, pág. 277-79; § 44, pág. 478.—Igualmente JONESCO: *ob. cit.* n.º 41, pág. 82-83.

(19) Ver en este sentido IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 321-25.—MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 46, pág. 100-101.

(20) Esta es la tesis, sobre todo, de E. ROGUIN: *La science juridique pure*, París-Lausanne, 1923, T. II, n.º 684 y sigs.—Confr. P. CUCHE: *Conférences de philosophie du droit*, París, 1919, pág. 121 y sigs.—En cuanto a las concepciones de Hölder y de Binder, ver MICHOUD: *ob. cit.* T. II, Apéndice, págs. 506-507 y 510; SALEILLES: *ob. cit.* pág. 485 y sigs. Para la crítica de esas concepciones, ver MICHOUD: *ob. cit.* T. II, pág. 508-509; 513-514; SALEILLES: *ob. cit.* pág. 499-502; 506 y sigs.; 536-537, 600, nt. 1.

(21) Si, en contra de la solución admitida generalmente, se decide que el sucesor no adquiere de pleno derecho la propiedad de los bienes dejados por el causante, sino solamente un derecho a esa propiedad, es decir, una facultad de aceptarla (ver en este sentido DE PAGE y DEKKERS: *Traité de droit civil belge*, T. IX, *Des successions*, Bruselas, 1946, núms. 530 y 568), no cambia la solución porque es entonces la facultad de aceptar, el derecho de opción lo que se ha adquirido sin saberlo.

que la persona investida del derecho sin saberlo no tenga facultad para renunciar a él: así ocurre en el caso del heredero necesario del derecho romano, o cuando no es un puro beneficio, sino que va acompañado de la idea de función, tal como la patria potestad, o la potestad tutelar, que son cargas obligatorias.

Pero, aun aparte estas hipótesis, más o menos excepcionales, en que la voluntad está ausente o es indiferente, no es cierto que el derecho subjetivo requiera para existir alguna iniciativa de la voluntad. ¿Cuál sería, en efecto, el objeto de esta iniciativa? WINDSCHEID habla de un acto «de apropiación del beneficio de la regla, acto por el cual el titular decidiría actuar contra el transgresor para la ejecución de la regla (*Durchsetzung*). Pero el derecho existe, perteneciente al sujeto, antes de todo acto de apropiación o de puesta en ejecución, anteriormente a toda violación o intromisión. Por ejemplo, el derecho a la vida existe, como derecho subjetivo, desde en instante en que nace el individuo y en tanto que sigue viviendo, por el solo hecho de esa vida, sin ninguna manifestación explícita de una voluntad de reivindicar el derecho a la vida. Y esto es porque el derecho a la vida existe antes de que pueda dar lugar a violaciones y a reivindicaciones. También el derecho de propiedad, que confiere al titular la plena libertad de utilización de una cosa, existe como derecho subjetivo portegido, aparte de toda idea de discusión, al menos actual (22), del derecho del propietario. De no ser así, el derecho sólo aparecería en el momento preciso en que es atacado. Igualmente sucede en el derecho de crédito: el acreedor tiene sin duda el derecho de reclamar la prestación que es objeto de su crédito, pero solamente como consecuencia del derecho que tiene a esa prestación, y sólo la reclama si el deudor se retrasa en cumplirla. Es que hace falta siempre distinguir entre el *derecho mismo* y su *puesta en ejecución*, sobre todo por la vía de la coacción: la voluntad del titular del derecho (o de su representante) es necesaria para esa ejecución, pero presupone, lógicamente, el derecho, un derecho existente y actual.

(22) Esta reserva final está destinada a destacar que todo derecho supone otra persona, es decir, un posible contrincante: ver más adelante págs. 116 y sigs.

Acaso se buscará llevar más adelante el juego de la voluntad, en alguna actividad del sujeto inherente al derecho mismo, *antes de la puesta en ejecución*. En este sentido tener un derecho sería esencialmente *obrar* y por consiguiente *querer*; querer los actos del ejercicio del derecho en cuestión. Pero sin contar que ésta no es la tesis inicial (23), ese análisis no es exacto. En primer lugar, hay derechos que, por su objeto, no postulan ningún obrar, ningún ejercicio: así el derecho a la vida, en el que el titular no obra, así como no quiere, contentándose con poseer el bien de la vida y gozar de ella. En este caso la existencia del derecho se confunde con su goce, que es puramente pasivo (24). En segundo lugar, en los casos inclusive en que el derecho, según su objeto, pide ejercicio en el sentido de una toma de posición cualquiera (caso de las diferentes libertades, del derecho de propiedad, del derecho de crédito), el titular tiene, sin duda, la posibilidad *moral* de ejercerlo; pero puede suceder que por una razón cualquiera, objetiva o subjetiva, esté en la imposibilidad *material* de ejercerlo o que en realidad se *abstenga,* por principio, de ejercerlo. Ahora bien, en tesis, esta imposibilidad o esa abstención, más o menos radical, de ejercicio no perjudica en nada al derecho: el individuo que rehusa el uso de tal o cual libertad, el propietario que deliberadamente deja su campo yermo, el acreedor que se desinteresa de su crédito, no pierden, en principio, nada de su derecho (25).

De igual modo, incluso el ejercicio de un derecho está lejos de postular siempre la existencia de la voluntad, del titular del derecho o de

(23) Se aproxima entonces uno a las definiciones tradicionales —facultad de obrar o facultad de hacer— con apenas la diferencia de que el derecho es definido como poder «de obrar» y no, como entre los alemanes, como poder de «querer».

(24) Evidentemente, vivir es también, en cierta manera, poner los actos indispensables para la conservación de la vida, respirar, alimentarse, pasearse, dormir... Pero por derecho a la vida se entiende la vida misma y no los medios de conservarla, que corresponden a derechos distintos.

(25) Comp. sobre todo esto IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 334: «El disfrute [del derecho] reviste formas diferentes según la diversidad de las cosas a las que se aplica. Unas veces existe por sí mismo, a la vez que el derecho mismo, en tanto que éste no ha sido lesionado (por ej.: la libertad, el honor, las servidumbres negativas); y otras reclama un acto del titular del derecho.»

un representante: el *infans* ejerce su derecho de propiedad cuando habita la casa que le pertenece; el loco ejerce su libertad cuando se pasea (26). También hay actos materiales de ejercicio de naturaleza puramente corporal en los que el espíritu no es necesario para nada. Seguramente un ejercicio racional de los derechos supone un sujeto consciente de sus actos; y por eso podrá el derecho objetivo, en interés del sujeto físicamente incapaz, confiar a un representante el cuidado de obrar en su lugar, no solamente para los actos *jurídicos* relativos a sus derechos, sino también, a menudo, para los actos *materiales* de ejercicio: así es como el tutor administra los bienes del menor, jurídica y materialmente, y el menor se limita a recoger los provechos de la gestión. Pero debe notarse que a falta de tal régimen de protección, el incapaz de hecho conserva intacto no sólo su derecho, sino la facultad de ejercerlo (inteligentemente o no), al menos en lo que concierne a los actos *materiales* de ejercicio (27).

Así pues, ni el ejercicio del derecho supone necesariamente la voluntad, ni el derecho se confunde con el ejercicio del derecho. Aun en la hipótesis más favorable, la de derechos que implican normalmente actos conscientes de ejercicio, siempre subsiste una distinción entre el *derecho* y el *ejercicio del derecho,* de suerte que el derecho no puede ser definido por los rasgos que se refieren a su ejercicio. El ejercicio puede ser perfectamente la consecuencia necesaria o, en cierto modo, el objeto del derecho; pero no lo constituye. Y, por tanto, el concepto de *Willensmacht,* aun suponiéndole válido para el ejercicio, no lo será, necesariamente, para el derecho (28).

(26) Ver en este sentido, MICHOUD: *ob. cit.* T. II, Apéndice, pág. 494, pasaje que se encontrará más adelante, pág. 94.

(27) Para los actos *jurídicos* de ejercicio, en efecto, se requiere una voluntad consciente, porque el acto jurídico es, por definición, un acto de voluntad. En caso de falta, o de vicio, de la voluntad, el acto sería susceptible por ello de anularse.

(28) Comp. con la crítica de MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 47, pág. 101-102: «La ley protege, no la voluntad, sino el interés que esa voluntad representa.».— Pero no se trata de saber si la ley protege el acto de volición en sí mismo, abstracción hecha de su contenido; se trata de saber si el derecho subjetivo se define por la voluntad o por el interés: lo cual es otro problema.

En cuanto a la segunda categoría de derechos subjetivos establecida por WINDSCHEID (en la que el papel de la voluntad ya no es solamente poner en ejecución la regla o norma, sino *creador*, por creación de derechos de la primera categoría o por modificación o supresión de éstos), se le ha reprochado que no es más que otra especie del mismo género, y que se refiere en su mayor parte a los derechos de la primera categoría (29). Reproche discutible, porque, en fin, el derecho de disponer jurídicamente de una cosa, es decir, de transmitir a otro el derecho de disponer de ella materialmente es un derecho distinto de aquél que tiene por objeto esa misma disposición material. De un lado se dispone de la *cosa* por *actos materiales*; de otra parte se dispone del *derecho* por un *acto jurídico*. Enajenar su cosa no es ejercer ya su derecho de propiedad; es deshacerse de ella al transmitirla a otra persona.

Sea lo que sea del problema de la clasificación (30), es posible admitir, siempre por las mismas razones, que el derecho de enajenar su cosa, el derecho a ceder su crédito, el derecho de renuncia o de rescisión (estos son los ejemplos invocados por WINDSCHEID), puedan ser definidos, en cuanto derechos, como poderes de voluntad. Sin duda, a diferencia de los *actos materiales* de ejercicio, que no suponen necesariamente para nada la voluntad, los actos de *disposición jurídica* implican, por definición, la voluntad: por el «poder soberano» de la voluntad (*Willensherrschaft*), con el permiso de la ley, es por lo que se produce el efecto traslativo de derecho. Pero poco importa; así como los actos materiales de disposición de una cosa no son constitutivos del derecho que consiste en tener la cosa propia, tampoco los actos jurídicos de disposición de esa cosa son constitutivos del derecho de enajenar su cosa. De este modo se define el contenido del derecho, que es establecer (o poder establecer) actos, bien materiales, bien jurídicos, y en este sentido de querer; no se define el derecho *en su ser*, en cuanto tal: el derecho de querer o de expresar una voluntad, incluso engendradora de efectos jurídicos, no

(29) Ver sobre este punto la crítica más o menos decisiva de KIPP sobre WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 135-37; igualmente JONESCO: *ob. cit.* n.º 41, pág. 83.—Confr. IHERING: *ob cit.* T. IV, § 70, pág. 337.

(30) Sobre este problema se encontrarán algunas referencias en el cap. IV, pág. 221, nt. 43.

implica que el derecho mismo de querer, es decir, de realizar los actos, sea querer (31). Ejercer de manera efectiva y actual el derecho de enajenar su cosa, de ceder su crédito... requiere la voluntad, pero no el derecho mismo de enajenar, de ceder, que requiere simplemente la condición de propietario de la cosa, de titular del crédito, dotado o no de voluntad, en estado o no de ejercer el derecho (32).

§ 2

EL DERECHO, INTERÉS PROTEGIDO (IHERING).

El adversario más incisivo, más elocuente de la concepción del derecho-voluntad, es IHERING. Partiendo precisamente de la comprobación de que muchas personas sin voluntad (al menos consciente), los locos, los impúberes, tienen reconocidos derechos, deduce que «el verdadero derecho habiente es aquél que puede pretender, no el *querer*, sino el *aprovechar*» (33). De ahí la definición famosa: «Los derechos son intereses jurídicamente protegidos» (34). Para IHERING, «dos elementos constituyen el principio del derecho, uno *substancial*, en el que reside el fin práctico del derecho y que es la utilidad, la ventaja, la ganancia asegurada por el derecho; el otro *formal*, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber la *protección* del derecho, *la acción judicial* (35). «Utilidad, bien, valor, goce, interés: tal es la sucesión de las ideas» que despierta el primero de los elementos componentes del derecho.

Cualquier derecho existe para el servicio, para la utilidad del hombre; siempre tiene por contenido un bien, de naturaleza moral o económica

(31) Confr. la crítica de KELSEN, citada y aceptada por DUGUIT: *Traité...* T. I, § 25, pág. 279-80.

(32) Comp. de modo general, para la crítica de las concepciones que definen el derecho común como un «poder jurídico», GARBAGNATI: «Derecho subjetivo y poder jurídico», I, n.º 1 a 8, en *Ius*, Milán, 1941, pág. 550 y sigs.

(33) IHERING: *ob. cit.* T. IV, § 70, pág. 325.

(34) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(35) IHERING: *loc. cit.* pág. 327-28.

que, objetivamente, representa un valor y, subjetivamente, respecto al individuo beneficiario, un interés. Este interés es lo que constituye el principio del derecho (36). Al que se une la acción judicial que es «la cubierta protectora del derecho»: «El goce o la prespectiva del goce, se hace entonces segura y se convierte en un derecho. La seguridad jurídica del goce es la base del principio del derecho» (37).

En cuanto a la voluntad, cuyo papel declara IHERING capital en el *establecimiento* del derecho (38), no interviene para nada, dice él, en el *derecho* mismo, más que a título subordinado. El goce domina sobre la voluntad; pero «en donde la ley no ha regulado estricta y definitivamenla manera en que el derecho debe servir al sujeto, es la voluntad la que asigna al derecho esa dirección; ella es la que le hace servir a tales necesidades y a tales fines de un sujeto determinado»: así sucede en la propiedad, donde corresponde a la voluntad del sujeto determinar la forma en que la cosa será utilizada (39). Es verdad que la voluntad es dueña, bien de abandonar el derecho, bien en caso de violación o de perturbación, de defenderlo; pero, dice IHERING, todo esto es secundario: reivindicar un derecho no es más que un medio para llegar a poder gozar de él; un derecho puede subsistir también aunque no sea susceptible de abandono. «Pero lo que no puede faltar al derecho es el goce. Puede concebirse gozar de un derecho sin disponer de él; disponer sin gozar es imposible» (40).

(36) IHERING: *loc. cit.* págs. 328-32.—Se trata aquí del derecho *subjetivo.* Pero IHERING ha dado en otra obra (*Der Zweck im Recht,* 1.ª ed. 1877; 3.ª ed. 1893) una definición del derecho *objetivo* también por el fin («la garantía de las condiciones vitales de la sociedad»; 3.ª ed. trad. Meulenaere, pág. 443), manteniendo por otra parte que todas las reglas del derecho «tienen al hombre por fin» (pág. 463 y nt. 1). No hay ninguna contradicción, aunque piense LEVY-HULLMANN (*La definition du droit,* pág. 100 y sigs.) que descuida la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo en sentido clásico.

(37) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(38) Confr. con la segunda categoría de WINDSCHEID, anteriormente, pág. 74.

(39) IHERING: *loc. cit.* págs. 337-38.

(40) IHERING: *loc. cit.* pág. 338.—Precisemos, por lo demás, que para IHERING la dación gratuita de una cosa implica también un goce para quien da (pág. 335).—Precedentemente (págs. 333-34) ha distinguido IHERING entre *goce*

De igual modo que en la de WINDSCHEID, y en virtud de los mismos yerros, la definición de IHERING ha sido atacada en el terreno filosófico. Se la ha acusado de tendencias materialistas: llevar la substancia del derecho al interés, al goce, suprimir el elemento espiritual de la voluntad, ¿no es caer en el materialismo sensualista y utilitario? Se le ha reprobado, sobre todo, el servir de fundamento y de justificación al despotismo: si el derecho no es más que un interés protegido, en el que la voluntad del sujeto no tiene parte alguna, es entregarlo a merced del Estado, único competente para apreciar los intereses y la proteción que merecen. Pero estas quejas, exactamente inversas a las dirigidas —IHERING a la cabeza— contra la doctrina pretendidamente «liberal y voluntarista» de la voluntad, son —consideradas en sí mismas— tan inexactas como las primeras, y si se atiende a la cuestión debatida, igualmente extrañas al debate.

En primer lugar, cuando IHERING habla de «goce» (*Genuss*) de «interés», no mira únicamente a los bienes del *orden material,* sino a todos los bienes humanos de toda clase: «Hay otros intereses —escribe— diferentes a la fortuna material, que deben estar garantizados al hombre. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es, de otro modo, grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos familiares» (41). Así pues, la misma libertad, no está excluída de la lista de los intereses dignos de proteción; ¿y qué es la libertad si no, en el marco de las leyes, la voluntad autónoma? (42). IHERING solamente pretende que el fin del derecho, de todos los derechos subjetivos, incluída la libertad, no es otro que la realización de un cierto bien del hombre, y en modo alguno el vano placer de una voluntad deleitándose en el juego

del derecho y su *ejercicio,* comprendiendo éste, además del goce, todo lo que el titular puede emprender por medio del derecho, a saber la reivindicación y prosecución del derecho en caso de lesión. En este sentido el ejercicio del derecho es la acción judicial.

(41) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.—Es verdad que el autor añade que sólo es en la esfera económica donde la idea de valor saca su interés práctico, en el sentido de que la libertad, la vida, el honor son *inestimables en dinero* (página 329-30).

(42) Comp. en igual sentido, MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 51, pág. 112.

de su propio poder: «la voluntad está para el derecho y no el derecho para la voluntad» (43). Pero esta concepción finalista que pone el derecho subjetivo al servicio del hombre y, en el hombre, al servicio de un bien real y objetivo, ¿en qué fomenta la acusación del materialismo?

IHERING no se equivocaba más que en una cosa: en imaginar que sus adversarios pensaban de otro modo. Ahora bien, jamás entre los juristas, salvo en Hegel o en Nietszche (44), ha tenido la doctrina de la voluntad este alcance anti-teleológico. Y sin ninguna reserva mental ha podido responder Windscheid a IHERING que «sin duda el orden jurídico sólo concede derechos con vistas a la satisfacción de los intereses de aquellos a quienes se los concede» (45). Pero es otra cosa distinta saber si el interés-goce basta para dar la exacta representación del derecho.

Se ha reprochado sobre todo a la definición de IHERING el entregar el derecho subjetivo al poderío arbitrario del Estado: el derecho-interés, separado de toda voluntad subjetiva, no sería más que aquello a que el Estado quiere conceder su garantía (46). Pero la queja proviene de una ilusión. En el plano del derecho positivo, que es el nuestro, el derecho subjetivo depende fatalmente de la voluntad del Estado, dueño de la ley que crea los derechos subjetivos y los protege. Sólo los intereses reconocidos por la ley positiva y, en tal sentido, por el Estado, adquieren valor de derechos subjetivos jurídicos (47). Pero aunque se defina el derecho subjetivo por la voluntad del sujeto, el resultado será idéntico, puesto que siempre corresponderá a la ley y, por consiguiente, al Estado, medir, limitar o suprimir el poder de voluntad por el que se define el derecho subjetivo. Porque la voluntad no es superior a la ley; por hipótesis le está sometida. Y por tanto no tiene poder más que sobre la base y dentro del marco de la ley. Se sigue de ello que la arbitrariedad tan temida de la ley positiva siempre tendrá ocasión de mostrarse, de igual modo y en el mismo grado, cualquiera que sea la definición adoptada. Si se quiere evitar eso no hay más solución que descubrir la fórmula que permita someter a la norma de un derecho objetivo superior al derecho objetivo legal la actividad del Estado, dueño de los derechos subjetivos. Y este es otro problema muy distinto, y bien conocido, que no se resolverá mediante un cambio en la definición del derecho subjetivo, pues tal cambio sólo afectaría en suma a la construcción, pero no al fondo de las cosas (48).

(43) IHERING: *loc. cit.* pág. 327. (Meulenaere traduce demasiado libremente: «La utilidad, no la voluntad es la substancia del derecho»).

(44) Ver en relación con HEGEL los pasajes recogidos y criticados por IHERING: *loc. cit.* pág. 318 y sigs., especialmente la nota 490.

(45) WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132.

(46) Esta es la objeción de BEUDANT: *Le droit individuel et l'Etat,* París, 1891, pág. 210.—Ver también SALEILLES: *ob. cit. passim,* y especialmente pág. 541-42.

(47) Sobre la distinción del plano jurídico y del plano moral, ver antes especialmente págs. 57 y sigs.

El vicio de la definición de IHERING yace, por lo demás, en el plano metodológico.

Notemos, en primer término, que el interés no puede ser la substancia o la esencia del derecho puesto que a falta de protección jurídica el interés «no crea, según el mismo IHERING, mas que un estado de hecho de utilidad o de goce (interés de hecho), que el primer recién llegado que tenga el medio oportuno en realidad, puede impunemente en cada instante sacudir o derribar» (49). El interés, por sí solo, aun lícito y no prohibido, sólo es, pues, un simple hecho extraño por sí mismo al derecho; y sólo pasa al rango de derecho subjetivo en el momento en que se encuentra garantizado por una acción judicial (50). ¿Residirá entonces el elemento substancial del derecho en esa acción? (51). IHERING parace dejarlo creer

(48) Comp. MICHOUD: *La théorie de la personnalité morale,* T. I, París, 1906, n.º 50, pág. 108-110.

(49) IHERING: *loc. cit.,* pág. 328.

(50) Tal es en efecto el género de protección que considera IHERING: la acción judicial y no una protección *indirecta,* como la que resulta para ciertos intereses de una política proteccionista, o una protección *general,* como la que se concede a ciertos usuarios de ciertas porciones del dominio público (hipótesis que IHERING mismo ha considerado separadamente bajo el nombre de derechos reflejos del derecho objetivo: ver T. IV, § 71, pág. 339-40). En consecuencia carece de importancia la objeción opuesta a la doctrina de IHERING de la existencia de intereses jurídicamente protegidos, que no son por eso elevados a la dignidad de derechos (MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 48, pág. 103. Igualmente SALEILLES: *ob. cit.* pág. 504-505, 541 y sigs.).

(51) Ver en este sentido, WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132: «la substancia del derecho no está en el interés, sino en la protección».

así cuando observa que gracias a la protección, el goce, asegurado ya en adelante, «se convierte en un derecho»; que «la seguridad jurídica del goce es la base del principio del derecho» (52); que «el derecho es la seguridad jurídica del goce» (53). Pero al mismo tiempo, IHERING describe la protección «únicamente como el medio relacionado con el fin del derecho» que es el interés o el goce (54), de donde deduce que el derecho no puede definirse por la acción, que sólo es el medio, «la envoltura protectora».

¿Se dirá, para terminar, que el derecho es, todo junto e indisolublemente, el fin (goce) y el medio (la protección), «el interés jurídicamente protegido»? Tal es ciertamente el pensamiento de IHERING, para quien el derecho es cosa compleja, sistema organizado de fin y medio. Queda por resolver, sin embargo, que en todo sistema el fin, que es el elemento substancial, tiene primacía sobre el medio, que es todo lo más el elemento formal (estas son las expresiones de IHERING). Ahora bien, ¿cómo explicar, lógicamente, que la intervención de la protección, que sólo es el medio, pueda tener por efecto operar ese cambio de substancia: la transformación del interés, simple hecho, en derecho subjetivo? Es cierto que la protección jurídica podrá ser el *signo revelador* del derecho: así, constituyen derechos todos los intereses, no definidos o enumerados por la ley, que se encuentran sancionados, en caso de perjuicio, por una acción de reparación (art. 1.382 y sigs. Cód. civ.). Pero si la protección jurídica permite descubrir el derecho y diferenciarlo del simple interés, no lo crea o constituye (55). El interés sólo es un derecho porque está protegido;

(52) IHERING: *loc. cit.* pág. 328.

(53) IHERING: *loc. cit.* § 71, pág. 339.

(54) IHERING: *loc. cit.*, pág. 328.

(55) Sucede a veces que se protejan intereses que no constituyen ciertamente ningún derecho: así, no solamente la posesión de mala fe (caso sobre el que voveremos: ver más adelante pág. 127), sino también la categoría de los derechos futuros, de los derechos condicionales (bajo condición suspensiva), de los derechos eventuales. Por hipótesis, esos derechos no tienen ninguna actualidad. A título de intereses están protegidos, sin embargo, por medidas conservativas (que serán ellas mismas el objeto de derechos privativos).

está protegido, por el contrario, porque se reconoce que es un derecho, y merece como derecho protección. Y sigue en pie la cuestión entera de saber en qué consiste el derecho.

De igual modo, para IHERING el interés es lo que, en el conjunto, representa el elemento esencial, decisivo: el derecho es interés porque está al servicio de un interés, porque la satisfacción de un interés es su fin. De este modo se coloca IHERING en el punto de vista teleológico. Pero aunque el derecho tenga un fin, es un error definir el derecho por su fin: de ese modo se señala el *fin* del derecho, pero no se define el *derecho* (56). Lo que hace falta, por el contrario, es una definición del derecho tomado en su propio ser, abstracción hecha de su función y de su fin. Una concepción teleológica no dispensa de dar una definición real, por la cosa misma (57). Ahora bien, y empleando los términos de IHERING, si «el fin práctico del derecho es la utilidad, la ventaja, el provecho asegurado por el derecho», no puede ser confundido éste con esa utilidad, ventaja y provecho de cuyo logro es el medio. Necesariamente implica esto alguna otra cosa, específica, que lo constituya en tanto que derecho, y por consiguiente que lo defina. Esa «alguna cosa» es lo que hace falta descubrir, en virtud de la cual el interés, consagrado por el derecho objetivo, se convierte en derecho subjetivo, garantizado a título de tal contra toda perturbación o violación.

De modo concreto, no es la vida, o el interés de la vida, o el goce de la vida lo que constituye la esencia o la substancia del derecho a la vida como derecho subjetivo; ni la facultad física de ir y venir en cuanto al derecho subjetivo de libertad individual; ni la utilización económica de las cosas en cuanto al derecho subjetivo de crédito. Estos diversos intereses constituyen la substancia del derecho únicamente en tanto que

(56) Ver en el mismo sentido, WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132: «El fin, para el que es dado el derecho, no debe entrar en la definición del derecho.».—SALEILLES: *ob. cit.* pág. 541, 545.

(57) Así procede el mismo IHERING en la definición de lo que se llama los «cuerpos jurídicos (igual instituciones), en donde descarta el método teleológico o sociológico: «No definimos, pues, el cuerpo según lo que produce o debe producir; no consideramos más que su estructura, sus elementos anatómicos» (T. III, § 46, pág. 55 y sig. Igualmente T. II, § 35, pág. 134-35).

le proporcionan su materia, su substrato, su objeto. Pero hay otra cosa en el derecho a la vida, en el derecho de libertad individual, en el derecho del propietario o el derecho del acreedor, además del bienestar de la vida o de la libertad física, el provecho de las cosas o de los servicios, incluso asegurados y garantizados por las vías de derecho; *otra cosa* que no es el *valor* económico o moral (según la naturaleza del interés en cuestión), que tampoco es de orden psicológico, a saber la *voluntad* del interesado; otra cosa que es el elemento propiamente jurídico que responde a la pregunta: ¿qué se quiere expresar exactamente cuando se habla, en sentido subjetivo, del derecho a la vida, del derecho de moverse libremente, del derecho a explotar una cosa, del derecho a una cierta prestación, en una palabra, del *derecho* correlativo a esos distintos *intereses?* (58).

Es posible que el derecho subjetivo se identifique con el interés del sujeto, pero visto bajo un cierto aspecto que le confiere el carácter de derecho; y falta precisar y definir ese aspecto, único constitutivo del derecho. Contentarse con referir el derecho a un interés, aun cubierto con la protección jurídica, es renunciar a definir el derecho por lo que es en sí mismo. El interés es *prejurídico* (es la materia o el fin del derecho); la protección es *postjurídica* (supone el derecho): el derecho, que se sitúa entre los dos, se ha pasado en silencio (59).

Si se supone verdadera la tesis sería necesario aceptar, sin discusión, esta consecuencia lógicamente deducida por IHERING: de que el titular del derecho debería buscarse siempre por el lado de su destinatario, de

(58) Comp. esta crítica de la doctrina del interés con la de DUGUIT, tomada en una parte de Kelsen (*Traité...* T. I, § 26, pág. 284-87).—Pero los argumentos de Kelsen no parecen pertinentes, sobre todo aquel según el cual la doctrina del interés se reduciría finalmente a la doctrina de la voluntad, voluntad del interesado o incluso voluntad del orden jurídico. Es claro que pertenece a la «voluntad del orden jurídico» (es decir, del legislador) decidir —pero no arbitrariamente— qué interés merece reconocimiento y protección. Pero esto no es una refutación de la definición del derecho por el interés.

(59) Comp. para la crítica de la teoría del derecho-interés, GARBAGNATI: *ob. cit.* n.° 13, en *Ius*, 1942, pág. 223.—Comp. BONNARD: «Los derechos públicos subjetivos de los administrados», en la *Rev. du droit public*, 1932, pág. 717-19; y *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934, n.° 17, pág. 50.

la persona que es llamada a recoger el goce, el provecho, porque sólo ella es la interesada (60). Ahora bien, se presentan muchas situaciones de derecho, conocidas por la práctica y clasificadas por la ciencia, en las que IHERING no ha pensado probablemente (él tenía a la vista el caso del incapaz que tiene, en efecto, el goce del derecho aunque no tenga su ejercicio), en las que el sujeto del interés no es el sujeto del derecho, que está en otra persona que tiene su título, no sólo nominal o legal, sino efectivo: así sucede en las variadas formas de propiedad adscrita, especialmente de propiedad con gravámenes. Derecho e interés están disociados en este caso: el beneficiario de la carga, aunque ésta absorba el rendimiento entero de la propiedad, no es el propietario. La propiedad ya no es libre, puesto que, por hipótesis, está gravada con una carga; pero el beneficiario, provisto o no de una acción para el cumplimiento de la carga, está bajo la dependencia del propietario que, jurídicamente, conserva su cualidad de tal y los atributos de la propiedad (61). ¿Qué conclusión sacar de esta comprobación? De ningún modo que el derecho subjetivo no tenga nada que ver con el interés, o que el beneficiario no sea nunca titular del derecho, conclusión que sería excesiva y realmente falsa. Simplemente, que el derecho subjetivo puede subsistir y por consiguiente existir en aquellos casos en que el beneficio, el provecho del derecho, no recaiga en el titular (62).

(60) IHERING: *loc. cit.* pág. 325: «El sujeto del derecho es aquel a quien el derecho destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que garantizarle esa utilidad.»

(61) Ver en este sentido, SALEILLES: *ob. cit.* pág. 542-44.—Confr. sobre la propiedad legal de los «*trustees*» en derecho inglés, pág. 426-27.—Sobre la distinción entre la *titularidad* y el *beneficio* del derecho, ver ROGUIN: *ob. cit.* T. II, núms. 682-83.

(62) Otras soluciones también son inconciliables con la teoría del derecho-interés: toda la categoría de los derechos-funciones, instituídos únicamente para el servicio de un interés que no es el del titular (así la autoridad paterna, derecho del padre en el interés del hijo), todo el sistema de la personalidad moral, pues las personas morales son incapaces, evidentemente, de goce. Es verdad que por esos motivos, precisamente, se pueden negar los derechos-funciones, al menos como derechos, y no ver en ellos más que funciones; negar los derechos de la persona moral y por consiguiente la misma personalidad moral como realidad. Este es el partido tomado por Ihering, especialmente para la persona moral. Pero

Y de esta forma el tema de la condenación dirigida por IHERING contra la teoría de la voluntad se vuelve contra él. La voluntad no es esencial al concepto del derecho, decía él: la prueba en los locos y los impúberes. Y se le contestará: el interés tampoco es lo esencial: la prueba en la propiedad gravada, en la que el titular del derecho no tiene el goce, que se halla adscrito y destinado al beneficiario del gravamen (63).

Tener un derecho no es, por tanto, ni *querer* ni *gozar*... ¿Qué otra cosa hay, pues, además de la voluntad o del goce?

§ 3

LAS DOCTRINAS MIXTAS (JELLINEK, MICHOUD, FERRARA, SALEILLES)

Como sucede a menudo en las controversias en que se enfrentan, en materia compleja, doctrinas tajantes, una tercera opinión, o mejor, un tercer grupo de opiniones, diversamente matizadas, se abre camino y

---

estas posiciones son demasiado simples y los problemas puestos en juego piden un examen más profundo, que vendrá a su tiempo (ver, después, cap. III y IV).

(63) Sobre ciertos puntos, por lo demás, el pensamiento de Ihering carece de claridad. Oponiendo a la idea de *valor* la de *interés*, observa: «un derecho que tiene por sí mismo un valor, acaso para tal sujeto carece de él, por ejemplo, una servidumbre de vistas para un ciego, la entrada a un concierto para un sordo» (T. IV, pág. 329). ¿Es posible concluir por eso que un ciego no puede tener un derecho de vistas, o un sordo el derecho a entrar a un concierto? Más adelante (pág. 333) se pregunta «si la misma relación que existe entre estas dos ideas *in abstracto*, es decir, que el interés es el fin del derecho, debe reproducirse también *in hypothesi;* por ejemplo, si la servidumbre de paso establecida sólo existe en derecho cuando hay un interés demostrable para el beneficiario de ella». Desgraciadamente deja para más adelante el estudio de la cuestión. Pero en verdad no parece que la teoría del interés exija ser llevado hasta eso. Poco importa que una persona no se halle en estado de gozar tal derecho determinado (podía, por lo demás, sacar provecho de su derecho de otra manera, por ej.: cediéndolo a otro). Poco importa que, accidentalmente, un derecho carezca de interés para su titular. Siempre sigue existiendo ese derecho y sin dificultad para la teoría del interés. Es que la falta de goce en un caso particular no tiene para la teoría del interés el mismo alcance radical y absoluto que la falta de voluntad en el sistema del derecho-voluntad.

cree encontrar la solución en una *combinación de los dos elementos de interés y de voluntad.*

Para unos el elemento esencial del derecho subjetivo sigue siendo, conforme al principio de IHERING, el *interés*, y en consecuencia el único sujeto del derecho sería la persona a quien va el provecho. Pero la voluntad se recoge de nuevo en cuanto medio necesario y típico para la realización de ese interés, que es el fin del derecho. Así es cómo en la primera edición de su *System der subjectiven öffentliche Rechts* completa JELLINEK, del modo que sigue, la definición de IHERING: el derecho subjetivo es «el bien o el interés protegido por una potestad de voluntad perteneciente al hombre, o más bien por un poder de voluntad perteneciente al hombre» (64). De igual modo MICHOUD, que añade una precisión concerniente al objeto del poder de voluntad: «el derecho es el interés de un hombre o de un grupo de hombres jurídicamente protegido por medio de la potestad reconocida a una voluntad para representarlo y defenderlo» (65). Con estas últimas palabras quiere expresar MICHOUD «una voluntad a la que se le da la potestad de realizar o no

---

(64) JELLINEK: *ob. cit.* ed. de 1892, pág. 42.

(65) MICHOUD: *ob. cit.* T. I, pág. 48, 105.—Confr. H. CAPITANT: *Introduction a l'étude du droit civil,* 4.ª ed. 1923, n.º 2, pág. 27, n.º 74, pág. 115: «El derecho subjetivo es un interés de orden material o moral protegido por el derecho objetivo que a tal efecto da, a quien está investido de él, el poder hacer los actos necesarios para obtener la satisfacción de ese interés.».—GÉNY: *Les bases fondamentales de la doctrine de Duguit,* en *Science et technique,* cit. T. IV, pág. 183, que se remite a la definición propuesta por él en su obra *Des droits sur les lettres missives,* 1911, T. I, pág. 138: «bienes de la vida humana garantizados por el poder social en la voluntad que los persigue y contra todas las voluntades contrarias». BRÈTHE DE LA GRESSAYE y LABORDE-LACOSTE: *Introduction générale a l'étude du droit,* París, 1947, n.º 376, pág. 346: «Hay, por tanto, en el derecho subjetivo dos elementos: uno esencial, primordial, que es su fundamento: el *interés* o el *bien* individual o colectivo; otro elemento necesario a la realización del bien, pero secundario, *la voluntad,* que juega un gran papel en el uso del derecho, y que sólo tiene valor en relación con el primero y como condición de su realización.» Véase para la doctrina alemana las definiciones análogas de Bernatzik y otros, citadas por WINDSCHEID: *ob. cit.* T. I, § 37, nt. 3, pág. 132 y sigs.; la de Bekker, analizada por DUGUIT: *ob. cit.* T. I, § 27, pág. 289-90, distinguiendo entre el interés (*Genuss*) y el poder de disposición (*Verfügung*).

realizar el derecho, según le plazca; que esté encargada de defenderlo si se le ataca, y de realizar los actos necesarios para su ejercicio» (66). El objeto del poder de voluntad es, pues, doble: se trata, de una parte, de la libertad de ejercicio del derecho (en el sentido de los actos materiales y jurídicos que lleva consigo su «realización»), y de otra parte, de la libertad de defensa del derecho en caso de ataque. Poco importa, por lo demás, según MICHOUD, que la voluntad «representativa» del interés no sea la propia y personal del sujeto interesado, desde el momento en que esa voluntad «puede serle atribuída social o prácticamente por la ley» (67).

En cambio, para BEKKER habría dos sujetos de derecho, portadores de dos derechos distintos cuando el goce (*Genuss*) y la disposición (*Verfügung*) reposen en dos personas distintas (68); en tanto que, en el extremo contrario, HÖLDER y BINDER reservan, en este caso, el título de sujeto de derecho únicamente al que es sujeto de la disposición, es decir, al representante encargado de ejercer el derecho por cuenta y en beneficio del interesado (69).

Sea lo que quiera, por el momento, de esta última controversia (70), el interés, elemento estrictamente objetivo, estático y pasivo, deja de ser el único componente de ese derecho que, por definición, es el derecho de un sujeto, *interesado* sin duda, y con un interés *personal* la mayoría de las veces, pero también de una cierta manera dueño y guía de ese interés que la ley le reconoce. El papel de la voluntad ya no está, pues, como en la construcción de IHERING, borrado y desplazado, subsidiario, reducido a llenar los «vacíos» dejados por la ley en la determinación del modo de gozar de los derechos; de modo positivo, la voluntad que sustenta al interés es llamada a animar el derecho, a ponerle en movimiento, a realizarlo, a defenderlo.

A tal grado se llegó en esto que otros autores del mismo grupo, cambiando la jerarquía de los términos, fueron conducidos finalmente a dar el primer rango al elemento voluntad: así JELLINEK, que en la segunda edición de su obra precitada se corrigió y definió el derecho subjetivo como «la potestad de voluntad humana, reconocida y protegida por el orden jurídico, que tiene por objeto un bien o un interés» (71). El giro es sensible: el derecho ya no es esencialmente el interés servido por la voluntad; es esencialmente la voluntad, pero no pura y arbitraria, sino dominada y regulada por un interés. En vano se buscará en esta fórmula, heredada a pesar de todo de IHERING, el rasgo que la diferencia de la fórmula de los clásicos, y sobre todo de WINSCHEID, al menos cuando se quiere interpretar ésta según su contexto, y aparte toda idea de voluntarismo filosófico (72).

De modo más neto todavía, un autor italiano, FERRARA (73), reprocha a la definición de MICHOUD contradecir sus premisas, porque si —dice FERRARA— la mayor es que la ley protege no la voluntad abstracta, sino la voluntad en tanto que ésta busca realizar un interés, la lógica mandaría llegar a la conclusión de que el derecho es realmente la fuerza de voluntad dirigida hacia la satisfacción de un interés protegido por la ley, y no a la conclusión opuesta de que el derecho sólo es un interés garantizado por una fuerza de voluntad. Precisamente, según FERRARA, la esencia del derecho no es el interés, sino la fuerza jurídica puesta al servicio de ese interés; si el interés humano es el fundamento de la protección jurídica, el derecho subjetivo es el medio que el orden jurídico da para su satisfacción (74). Añade FERRARA que concediendo, con

(66) MICHOUD: *ob. cit.* T. I, n.º 48, pág. 104.—Comp. ROGUIN: *ob. cit.* núms. 679, 680.

(67) MICHOUD: *loc. cit.* pág. 105.

(68) Ver sobre esta tesis, DUGUIT: *ob. cit.* T. I, § 27, pág. 289-90; § 45, pág. 490-92.—DEMOGUE: *Les notions fondamentales du droit privé*, París, 1911, págs. 325, 369.

(69) Ver antes pág. 76, nt. 20.

(70) Se volverá sobre esto luego, págs. 110 y 111.

(71) JELLINEK: *ob. cit.* 2.ª ed. 1905, pág. 44.—Se encontrará en DUGUIT: *ob. cit.* T. I, § 27, pág. 290-93, un resumen detallado de la doctrina de Jellinek.

(72) Ver sobre este punto nuestras observaciones antes, págs. 71 y 72.

(73) FERRARA: «La persona jurídica», en el *Trattato de diritto civile italiano* de Pasquale Fiore, Parte II, Vol. II.

(74) Ver en igual sentido REGELSBERGER: *Pandekten*, 1893, T. I, § 14, pág. 76: «Hay derecho subjetivo cuando el orden jurídico abandona al interesado la realización de un objetivo reconocido, es decir, la satisfacción de un interés reconocido, y le garantiza, para proteger ese interés, un poder jurídico. Este poder constituye la esencia del derecho.»

MICHOUD, que la voluntad, elemento esencial del derecho, pueda residir en otra persona que en el sujeto, se sacrifica en realidad el elemento voluntad para recaer en la teoría de IHERING; lo mismo sucede cuando se hace intervenir la representación para el caso en que los dos elementos del derecho están separados: la representación sólo concierne, en efecto, al ejercicio, a la realización del derecho, y de ningún modo a su existencia; y por tanto se llega de ese modo a excluir la voluntad de la definición del derecho, incluso a título de elemento accesorio (75).

A la crítica en regla de FERRARA responde MICHOUD, en primer término, que la voluntad se requiere no para el ejercicio o la realización del derecho (un loco *ejerce* su derecho cuando en realidad goza de las ventajas del derecho, cuando mora en su casa, cuando se pasea), sino para la protección del derecho, en la defensa y la conservación del derecho contra los agresores (76). De ahí cree MICHOUD poder deducir que la voluntad es perfectamente un elemento de la definición del derecho, «puesto que sin ella sólo podría haber un interés no directamente protegido»: respuesta que parecerá doblemente inadecuada, en primer término en eso de que la voluntad no es necesaria más que para poner en obra la protección legal (anteriormente a esa puesta en obra ya existe la protección legal que hace directamente protegido al interés); en segundo lugar, y sobre todo, porque la idea de *derecho* precede lógicamente a la idea de *protección del derecho*, y porque la voluntad requerida en la *protección* no lo es, según MICHOUD mismo, para la existencia del derecho (77). Sin embargo, MICHOUD mantiene que en el lugar en que se halla situada, es decir, en la zona de la protección, la voluntad no es más que un elemento secundario, en cuanto medio puesto a la disposición del interés, que es el elemento principal, aquél que la ley tiene a la vista cuando reconoce la existencia del derecho. Precisamente esta

(75) Se encontrará en MICHOUD: *ob. cit.* T. II, Apéndice, págs. 493-94, lo esencial de la crítica de Ferrara.

(76) Parece que con esta observación abandona Michoud uno de los papeles que en su definición asigna a la voluntad, es decir, ejecutar con toda libertad los actos necesarios al ejercicio del derecho, lo que no es el caso del loco, que se limita a gozar pasivamente, sin intervención de una voluntad consciente.

(77) Ver antes págs. 77 a 79.

función instrumental de la voluntad es la que explicaría que ésta pueda residir en otra persona que la que es titular del derecho (78).

Tomando parte a su vez en el debate, con su agudeza y fluidez habituales, SALEILLES (79) no acepta más que con reservas la fórmula de MICHOUD. Le parece que al asignar a la voluntad un papel subordinado se corre el riesgo de dejar al poder de policía del Estado la guarda de los intereses jurídicamente protegidos, lo que equivaldría a la negación del derecho subjetivo. Al menos sería necesario calificar de autónoma la voluntad funcional de que se trata, para estar seguros de que se trata de un poder distinto que los poderes públicos. «Entonces, si es así —continúa SALEILLES—, ¿por qué no poner en el primer plano esta noción de *poder* que es la característica misma del derecho? Porque el derecho es algo vivo y no una fuerza inerte. Hablar de intereses es considerar el derecho por su fin abstracto y no en su actividad concreta. En sí mismo es una fuerza en ejercicio, y la fuerza reside donde hay voluntades que la ejerciten» (80). Sin embargo, SALEILLES se niega a llamar ese poder, según la expresión clásica de los alemanes, *poder de voluntad*. «Decir del derecho que es un poder, aunque se trate, como es forzoso, de un poder que implica la puesta en obra de la voluntad, no equivale a decir que se identifica el derecho con la voluntad. Porque un poder puede pertenecer a uno sin que lo ejerza por él mismo». Por tanto, basta hablar de poder, dejando aparte el relegar el elemento voluntad, como lo había hecho MICHOUD, al rango de los medios de realización del derecho. Y SALEILLES concluye proponiendo esta definición: «el derecho subjetivo es un poder puesto al servicio de interés de carácter social y ejercido por una voluntad autónoma» (81).

De este modo, el combate entre partidarios de la doctrina mixta sobre

(78) Ver MICHOUD: *ob. cit.* T. II, Apéndice, pág. 494-97, su respuesta a Ferrara.

(79) SALEILLES: *ob. cit.* 21 lección (crítica de la teoría de la voluntad); 22 lec. y comienzo de la 23 (estudio del papel de la voluntad).

(80) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 546.

(81) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 547-48. Añadir: págs. 541-42; 544-48; 575-79; 581-85; 616-27.

la importancia respectiva de los dos factores, interés y voluntad (82), se cierra con SALEILLES en una dirección original: si el derecho subjetivo no es esencial o principalmente interés, tampoco es esencial o principalmente voluntad o poder de voluntad. Es *poder, sin más,* distinto en sí mismo de la voluntad. Sin pretenderlo la tesis es, en realidad, nueva, al menos en relación con las precedentes. En realidad, se comprende que el derecho no pueda ser definido como poder de voluntad cuando el sujeto de ese poder no tiene necesidad de estar dotado él mismo de voluntad. Si la voluntad es esencia del derecho, no es indiferente que esa voluntad sea la del titular o la de otro, aunque fuera éste representante de aquél; es necesariamente la propia y personal del sujeto. Para el ejercicio del derecho, en cambio —actos materiales, actos jurídicos relativos al derecho, realización y defensa del derecho—, se requiere una voluntad, al menos de ordinario (83); pero no se requiere que esa voluntad sea la propia y personal del sujeto.

La distinción parece en efecto lógica. Pero ¿qué se debe entender justamente por ese poder constitutivo del derecho que ya no es un poder de voluntad? Porque es claro que el rechazar la voluntad al nivel del ejercicio del derecho lleva consigo la exclusión de la voluntad como elemento de la definición del derecho mismo. El poder en cuestión, pues, no tiene de suyo, o no debe tener nada de común, como tal, con el interés que está llamado a servir. ¿Qué significa, pues, de específico? SALEILLES habla de «autonomía directriz», de *self-control,* y sobre todo de «señorío individual», no en el sentido de la disposición del derecho (mirando al ejercicio: «*Verfügung*), sino de «este señorío que se atribuye virtualmente a aquel que tiene facultad, en la relación social, para servirse del poder inherente a la idea de derecho subjetivo, aunque sea otro quien lo ejerza para él y en su interés» (84). La fórmula no es, acaso,

(82) Confr. sobre las doctrinas mixtas, DUGUIT: *ob. cit.* T. I, § 27, pág. 287 y sigs.; § 44, pág. 480; § 45, pág. 490-94; cuya exposición es más descriptiva que crítica.

(83) Ver sobre esta última restricción, antes, pág. 78.

(84) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 543-44.—Ver también págs. 533, 563 y 581.—Además, Saleilles habla de «pertenencia», de «propiedad» de los derechos (páginas 491, 493, 537, 548-49, 556, 559, 627); pero pretende menos definir el

de una perfecta claridad: ¿qué es ese señorío «virtual» atribuído a aquel que tiene facultad para servirse del poder? ¿No hay algo de ambigüedad en la idea de señorío «virtual»? ¿Un señorío, o dominio, no debe ser real? El derecho es poder, fuerza, dinamismo, nos dice SALEILLES; ¿no es propio de una fuerza actualizarse sin cesar, en una palabra, que no existe más que en su ejercicio y por su ejercicio? Y entonces he aquí la voluntad reintegrada en ese poder, que es una fuerza, una energía; he aquí comprometida la distinción entre el derecho y su ejercicio.

Es verdad que, en las explicaciones complementarias, busca SALEILES resolver la dificultad haciendo observar que «el poder entendido en lo que constituye la esencia del derecho es otra cosa que el poder de hecho que le corresponde: éste es una relación jurídica. Es el hecho de considerar a alguien como dueño y señor, y por tanto de atribuirle todos los efectos del señorío o de la soberanía, como si él mismo ejerciera ese señorío soberano. Y esta relación jurídica añade algo más a la idea de destino y de goce, que es la única que IHERING ha tenido en cuenta. Consiste en que no sólo debe serle procurado el goce, tal como lo habría sido si él mismo hubiera procedido al ejercicio de su derecho, sino además que ese ejercicio debe ser realizado también, en la medida posible, como lo hubiera sido por aquel por quien se interviene, aparte toda consideración puramente personal respecto a aquel a quien se ha confiado» (85).

Y «en esta relación jurídica que comprende la palabra poder en el sentido del derecho, hay, según SALEILLES, no una ficción, sino una realidad de derecho, aunque esta realidad se componga en parte de un elemento de idealización y sea una pura relación del espíritu» (86). Así se puede decir, con toda verdad y realidad jurídica, y sin ficción, que

derecho subjetivo que el sujeto de derecho: todo derecho pertenece a un sujeto, el sujeto de derecho es aquel a quien pertenece el derecho. De esta «pertenencia» deduce sobre todo que el Estado está obligado a respetar el derecho del sujeto. Pero éste es otro problema.

(85) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 578. Añadir pág. 604.

(86) SALEILLES: *ob cit.* pág. 578.—Añadir pág. 617 y sigs. (el derecho «implica la existencia de facultades conscientes, por tanto de voluntades para realizarlo. *Está constituído por ellas*», pág. 625).

un rey de algunos meses, representado por un Regente, posee desde el primer momento, pleno y entero, el poder real tal como lo poseerá en su mayor edad (87).

Sin duda; pero se puede pensar que esta interpretación concede demasiado a la voluntad. Al prescribir que el señorío sea ejercido siempre, en el caso de la representación, del mismo modo que hubiera sido ejercido por el interesado, al imaginar, por tanto, que el ejercicio por el representante es *igual* al ejercicio por el titular, ¿no restablece, gracias a esta «idealización», el poder de voluntad precisamente negado? La voluntad *real* del representante, que debe esforzarse, por otra parte, por reproducir la voluntad *supuesta* del interesado, se encuentra metida de nuevo, conceptualmente, en la estructura del derecho, lo que anula la separación inicial entre el señorío, en sentido jurídico o virtual, y el señorío en sentido material, actual y efectivo. En otras palabras, la voluntad no es solamente el medio de realización del poder que constituye el derecho; forma parte integrante de ese poder, que sólo tiene realidad, incluso en el plano jurídico, por la presencia y el juego de la voluntad, la propia del titular del poder (caso normal), o la de otro supletiva y puramente representativa de la primera (88). Por temor de dejar en el aire un poder separado de la voluntad, del que podría apoderarse entonces el Estado (aunque el temor es quimérico puesto que, por hipótesis, se trata de un poder concedido por el derecho objetivo, y por tanto reconocido por el Estado), SALEILLES vuelve sobre sus pasos y por el canal de la idea de autonomía reanuda el contacto, que había

(87) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 576.

(88) El pasaje siguiente de SALEILLES: *ob. cit.* pág. 601-602, es significativo: «¿No vemos que en el hombre los dos elementos que he estudiado por separado, el objetivo y el subjetivo, no son distintos y se confunden en uno solo? Lo que realiza el poder jurídico, tratándose de una acción a ejercer sobre el terreno del derecho, es la misma voluntad, el poder de querer. E incluso cuando ese poder de disposición está separado de la atribución subjetiva, es decir, el poder en sentido activo separado del poder en sentido pasivo, como es en el caso de la representación de los incapaces, el elemento subjetivo, aunque realizándose en otro, existe en estado de posibilidad en el mismo sujeto, en el sentido de que éste, por su naturaleza constitutiva, deberá estar organizado para querer y que la fuente psíquica de la voluntad sigue en germen en él, lo que no sucede en el animal.»

roto, entre la idea de poder y la idea de voluntad; el poder especificado autónomo se resuelve finalmente en un poder de voluntad, bien personal, bien representativa (89).

Ahora bien, cualesquiera que sean las oscilaciones en las posiciones respectivas, todas estas discusiones de precedencia, entre los partidarios de las doctrinas mixtas, tiene un carácter bastante vano: que el derecho subjetivo sea definido como un interés servido por una voluntad, o bien como una voluntad al servicio de un interés; que la voluntad —del interesado o de un representante suyo— sea considerada como inherente y esencial al derecho, o simplemente como un medio de su ejercicio, la diferencia no conduce a consecuencias, sean prácticas, sean incluso teóricas; esto es lo que reconocía el mismo SALEILLES en relación con la definición de MICHOUD (90). En total, todas las doctrinas mixtas se parecen. Acaso se podría sin demasiado atrevimiento adelantarse bastante más: las doctrinas, en apariencia antinómicas, de WINDSCHEID y de IHERING, también se parecen, porque una y otra son, *en el fondo*, doctrinas mixtas, que acentúan uno de los elementos sin duda, no incluyendo en la definición más que ese elemento, pero sin pretender, sin embargo, negar el otro o excluirlo. Ni WINDSCHEID piensa en discutir que la *Willensmacht* y *Willensherrschaft* estén al servicio de intereses humanos vivos, y no para la satisfacción de una voluntad abstracta, completamente filosófica, desligada de la vida; ni IHERING discute que el interés jurídico protegido tenga necesidad, para hacerlo valer, de una voluntad actuante y, dentro de los límites señalados por el derecho objetivo, dotada de autonomía. De suerte que, no obstante las divergencias de presentación o de forma, los unos y los otros, no sólo los partidarios de las doctrinas mixtas, sino también los sustentadores de las doctrinas extremas, vienen a estar de hecho de acuerdo para admitir en el número de los factores componentes del derecho subjetivo el interés y la voluntad.

Pero si, como se cree haber demostrado, el derecho subjetivo no es,

(89) Se volverá sobre este error de Saleilles, más adelante, pág. 115.

(90) SALEILLES: *ob. cit.* pág. 545, nt. 3.— Confr. MICHOUD: «La teoría de la personalidad moral en la obra de R. Saleilles», en la obra colectiva: *L'œuvre juridique de R. Saleilles*, París, 1914, pág. 331, nt. 2.

considerado en sí mismo, en tanto que derecho, ni interés (goce en sentido de provecho), ni voluntad (ejercicio en sentido de acción, de puesta en obra), tampoco puede ser una combinación de los dos elementos. Ya se pueden modificar las perspectivas, graduar las dosis: la vía mixta no puede terminar de modo feliz, porque de dos negaciones no puede salir jamás una afirmación. Por tanto, es preciso coger el problema por completo desde la base, buscando qué es lo que hay en el derecho subjetivo de específico, de distinto a la vez, del interés, aun servido por una voluntad, y de la voluntad, aun puesta al servicio de un interés.

ECHO
BIBLIOTECA
ESCUELA

Colección mayor
FILOSOFÍA Y DERECHO

5

CARLOS SANTIAGO NINO

Introducción al análisis del derecho

2ª edición ampliada y revisada
12ª reimpresión

EDITORIAL ASTREA

6. El concepto de derecho subjetivo

a) Los derechos subjetivos en general

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Tengo derecho a vestirme como quiera".

"Juan tenía derecho a vender ese producto".

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

"Tenemos derecho a fumar en clase".

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

De acuerdo con esta regla de traducción, el primer enunciado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Tengo derecho a inspeccionar la fábrica."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ejemplo, decimos:

"Tengo derecho a descansar con tranquilidad."

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

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

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

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

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

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

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

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

5) "Derecho" como acción procesal. A veces decimos cosas de este tenor:

"Tengo derecho a lograr que el inquilino desaloje mi casa."

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

"El comprador tiene derecho a reclamar la escrituración del inmueble."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes."

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

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

Veamos el primero de los sentidos mencionados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) El derecho de propiedad en particular

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo que está representado por este esquema:

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

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

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

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

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

Ross y Olivecrona coinciden en una explicación del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ière de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada
smitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico,
de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

XII

ARTURO ALESSANDRI R.
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

1998
t.1 v.2
C.3

TRATADO DE DERECHO CIVIL

PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

EXPLICACIONES BASADAS EN LAS VERSIONES DE CLASES
DE LOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE
ARTURO ALESSANDRI R. Y MANUEL SOMARRIVA U., REDACTADAS
AMPLIADAS Y ACTUALIZADAS POR ANTONIO VODANOVIC H.

TOMO PRIMERO

UNIVERSIDAD DE CHILE
[redacted]
3580 [redacted]

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD DE CHILE

© ANTONIO VODANOVIC H.
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 104.257, año 1998
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición de Editorial Jurídica de Chile
(sexta de la obra) de 2.200 ejemplares en el mes de julio de 1998

IMPRESORES: Impresandes Presencia S. A.

IMPRESO EN COLOMBIA/PRINTED IN COLOMBIA

ISBN obra completa 956-10-1210-3
ISBN 956-10-1211-1

CAPITULO XXI

CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

451. Necesidad de clasificar los derechos subjetivos

"Dada la múltiple variedad de las relaciones entre los hombres como individuos o como miembros de la organización estatal, fácil es comprender la variedad y multiplicidad existentes en la serie de los derechos subjetivos. Por ello se impone la necesidad de una clasificación que, atendiendo a las notas comunes y diferenciales, recoja en grupos homogéneos las diversas figuras y las reduzca todas a unidad orgánica y sistemática. Tal obra de clasificación es muy difícil porque existen notas o caracteres que son comunes a varios grupos y dentro de cada grupo hay figuras de derechos que presentan caracteres diferenciales que no encajan bien en una categoría preestablecida; de ahí que sean varias las clasificaciones adoptadas, y puede decirse que cada autor tiene la suya propia. Sin embargo, hay categorías generales que todos aceptan, siendo fundamentales para la construcción de cualquier sistema. A éstas nos hemos de concretar".[1]

452. Clasificación que atiende a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo y clasificación que atiende al objeto y contenido del mismo

Substancialmente, podemos señalar dos grandes clasificaciones, según que se mire a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo o bien al objeto y contenido del mismo.

En el primer aspecto, los derechos subjetivos pueden dividirse:

1) En absolutos y relativos;
2) En originarios y derivados, y
3) En puros y simples y sujetos a modalidades.

Con relación a su objeto y contenido intrínseco, los derechos subjetivos pueden dividirse en *públicos* y *privados*. Estos últimos admiten una gran clasificación, que es la siguiente:

a) Derechos patrimoniales, y
b) Derechos extrapatrimoniales.

---

[1] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 217.

1. *Los derechos subjetivos según su eficacia y naturaleza*

453. Derechos absolutos y derechos relativos

Lo que caracteriza a esta división de los derechos subjetivos es la existencia de un sujeto pasivo universal, que comprende a todo el mundo, o de un sujeto pasivo limitado a una sola o a varias personas determinadas. En el primer caso, nos hallamos en presencia de un *derecho absoluto;* en el segundo, de un *derecho relativo.*[2]

El derecho absoluto tiene una eficacia universal. Puede hacerse valer contra cualquiera persona. Implica un deber general y negativo en cuanto todos los terceros tienen el deber de abstenerse de turbar al titular.

Ejemplos de derecho absoluto son los derechos de la personalidad, y los derechos reales.

El derecho relativo tiene una eficacia limitada. Puede hacerse valer contra una o varias personas determinadas. Sólo éstas se hallan obligadas con respecto al titular a hacer o no hacer alguna cosa: sólo estas personas determinadas sufren una limitación, una obligación que puede ser positiva o negativa, según el contenido específico de la prestación a la que se encuentran obligadas.

Ejemplo de derecho relativo son los derechos personales, llamados también de obligación.

454. Derechos originarios y derechos derivados

Los primeros se producen independientemente de la actividad del titular dirigida o encaminada a adquirirlos. Los segundos se obtienen por efecto de un hecho del titular.

Son derechos originarios todos los inherentes a la persona. Y son derivados los demás que presuponen los primeros, y en cuanto son producto de una actividad del titular, aunque no vaya acompañada ésta de la voluntad dirigida precisamente a adquirirlos.[3]

455. Derechos transmisibles e intransmisibles

Los derechos son transmisibles o intransmisibles según admitan o no la posibilidad de traspasarse del titular a quien corresponden a otro sujeto. Cuando el traspaso del derecho se hace entre vivos, se habla de *transferencia,* y cuando se efectúa por un acto de última voluntad, se habla de *transmisión.* Pero el último vocablo también se emplea en sentido genérico.

La regla general es que todos los derechos puedan transferirse y transmitirse, pero hay algunos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y por eso se llamen derechos *personalísimos*. Pertenecen a éstos, en primer término, los derechos que forman el contenido de la personalidad, y además, los derechos inherentes al estado y capacidad de las personas, los derechos de familia y, entre los patrimoniales, algunos que van unidos estrechamente a la persona del titular, como son los derechos de uso y habitación".[4]

[2] Ionescu, obra citada, p. 142.
[3] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 219.

456. Derechos puros y simples y derechos sujetos a modalidades

Para comprender qué son los derechos puros y simples, los cuales constituyen la regla general, lo mejor es formarse previamente una idea acerca de las *modalidades,* que a menudo afectan a los derechos.

Esta palabra tiene dos acepciones, una amplia y otra restringida. En la primera denota todas las maneras de ser, todas las variantes que los derechos pueden presentar y sufrir. Pero entre estas maneras de ser y entre estas variantes, existen dos, singularmente importantes y de uso frecuentísimo, que vienen a ser las modalidades por excelencia, las únicas que ordinariamente se consideran cuando se habla de modalidades: ellas son el *plazo* y la *condición.*

El término o plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción del derecho. Ejemplo: compro a Pedro un caballo, estableciéndose que la entrega de éste se efectuará el 1º de enero próximo. Desde la celebración del contrato de compraventa, yo tengo un derecho; pero mientras no llegue la fecha indicada, mientras no transcurra el término, no podré exigir la entrega del objeto, pues el plazo suspende el ejercicio del derecho.

La condición es un hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. Ejemplo: le regalaré una casa cuando llegue el barco "Chile" a Valparaíso. Tu derecho para exigirme la casa sólo nacerá cuando el buque llegue a ese puerto. Si jamás arriba, nunca tendrás el derecho mencionado.

Tanto el plazo como la condición pueden ser suspensivos y extintivos o resolutorios, materia esta que tocaremos más adelante al hablar de los actos jurídicos, por lo cual ahora no nos detendrá.

De todo lo anterior fluye, naturalmente, la definición de derechos a plazo y de derechos condicionales, siendo los primeros los que se hallan sujetos a un término o plazo, y los segundos, a una condición.

Derechos *puros y simples* son los que no están sujetos a modalidad alguna.

460. Derechos puros y simples

Podemos ahora, gracias a las definiciones y eliminaciones sucesivas, precisar el concepto de los derechos *puros* y *simples:* son aquellos que no se hallan sujetos a modalidad alguna, cuya existencia y ejecución nunca son suspendidas, y que desde su nacimiento se desenvuelven normalmente. Ejemplo: una venta al contado celebrada entre dos personas; los derechos que de ahí derivan para el vendedor y para el comprador, son derechos puros y simples, que nacen en seguida y cuya ejecución puede exigirse de inmediato. Son los derechos más actuales y definitivos; su vida se desarrolla normalmente de acuerdo con su naturaleza.

461. La jerarquía de los derechos

Las explicaciones anteriores ponen de manifiesto la existencia de una jerarquía de derechos:

1° En la cima, hállanse los derechos *puros* y *simples,* que son actuales y definitivos, perfectos, investidos de todos los atributos; constituyen la regla;

2° Después vienen los derechos sujetos a un plazo (suspensivo), que son actuales en su existencia, pero no en su exigibilidad;

3° Más abajo están los derechos eventuales, sujetos a condición suspensiva o a una eventualidad en sentido restringido. Su imperfección es notoriamente

más grande: su existencia misma se encuentra subordinada a un acontecimiento futuro e incierto

La lista se cierra con las *meras expectativas*, las cuales no constituyen derechos: no son intereses a los cuales la ley acuerde su protección.

461-a. Derecho subjetivo e interés legítimo

Para que el interés de un particular sea respetado o satisfecho es necesario que esté directamente protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, que constituya un derecho subjetivo. Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina y aun la legislación de algunos países como la de Italia (Constitución Política, arts. 24, 103 y 113) admiten la protección de los intereses de los particulares aunque no importen derechos subjetivos, cuando esos intereses se encuentran estrechamente vinculados a un interés público. Se habla entonces de intereses legítimos. Se ha definido el *interés legítimo* como "un interés individual estrechamente vinculado a un interés general o público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último interés". El interés legítimo es un interés indirectamente protegido.

Los órganos del Estado, de las municipalidades y de otros entes públicos están obligados a velar por el interés público o general y a satisfacerlo. Si no lo hacen, los particulares, a menos que la ley les conceda al respecto alguna acción, carecen de un derecho subjetivo para exigir a la autoridad el cumplimiento de las normas vulneradas; a lo sumo pueden hacer presente, formular denuncias de las violaciones, que la autoridad respectiva puede o no tomar en cuenta. Se estima que otra cosa debe suceder cuando el interés público está ligado estrechamente a un interés individual.

Esclarezcamos el asunto con algunos ejemplos. Si yo tengo una casa con vista al mar y el dueño del terreno intermedio me priva de esa vista levantando una construcción, no puedo impedirlo: porque no tengo derecho alguno para ello. Pero si una ley, por razones estratégicas, prohíbe hacer construcción alguna en dicha heredad, puedo exigir a la autoridad o a la justicia que haga cumplir la ley prohibitiva, porque su violación, además de vulnerar el interés general, también daña el mío. Otro ejemplo: si se establece una industria peligrosa o insalubre en una calle, infringiendo una ley que lo prohíbe, los vecinos, aunque no tienen un derecho subjetivo correlativo para impedirlo, pueden reclamar la infracción legal, porque su interés particular o individual está vinculado estrechamente al general o público.

La figura del interés legítimo campea, sin discusión, en el Derecho Administrativo de algunos países; pero se considera que también tiene cabida en el Derecho Privado. Un ejemplo en este sentido: las normas que regulan el funcionamiento de la asamblea de una corporación o de una sociedad por acciones se encuentran establecidas en interés de la corporación o de la sociedad, pero cualquier socio que se considere perjudicado por una deliberación puede pedir al juez que la anule, si ha sido adoptada con violación de la norma susodicha, impugnación que deberá por tanto ser acogida para tutelar un interés legítimo de los socios.[5]

[5] Torrente e Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1995, párrafo 27, p. 63.

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos regulación alguna sobre el llamado interés legítimo; pero dado que al invocarlo también se alega el interés público o general vinculado a aquél, parece justo y lógico que debe ser amparado.

2. *Los derechos subjetivos según su objeto y contenido*

462. Derechos subjetivos públicos y privados

Esta clasificación se hace atendiendo a la norma de derecho objetivo en que se fundan los derechos subjetivos, según sea aquélla de Derecho Público o Privado. Por consiguiente, los derechos subjetivos públicos pueden pertenecer no sólo al Estado y demás entidades de carácter político o público, sino también a los particulares, y viceversa, los derechos privados incumben no sólo a los particulares sino también al Estado y demás personas jurídicas de carácter político o público.[6]

Los derechos públicos no deben confundirse con los derechos políticos. Estos son sólo una especie de aquéllos. Los derechos políticos, por lo que atañe a los individuos, se reducen a los tradicionales "jus suffragii" y "jus honorum", o sea, derecho de sufragio y derecho a ser elegido para cargo de representación popular. Los públicos son, en cambio, múltiples y de variada índole (derecho a la percepción de impuestos, derecho de los empleados a la promoción, a la inamovilidad, etc.), y entran tanto en el campo del Derecho Constitucional como en el del Derecho Administrativo.[7]

463. División de los derechos privados: patrimoniales y extrapatrimoniales

Dejando a un lado los derechos subjetivos públicos, debemos detenernos en la gran clasificación de los derechos privados: derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Derecho patrimoniales son los que tienen por contenido una utilidad económica, o, en otros términos, todos aquéllos que pueden valuarse en dinero.

Derechos extrapatrimoniales son aquellos que no contienen una inmediata utilidad económica, ni son por ello valuables en dinero, como los derechos de la personalidad y los de familia.

464. Derechos extrapatrimoniales: derechos de la personalidad y derechos de familia

Dentro de los derechos extrapatrimoniales cabe distinguir dos categorías: los derechos de la personalidad y los derechos de familia.

Los primeros son los derechos inherentes a la persona. Se caracterizan por ser originarios, es decir, nacen con la persona; absolutos, esto es, pueden ejer-

[6] Coviello, obra citada, p. 26.

[7] Ibídem.

cerse contra todos, "erga omnes", y son inseparables del individuo; éste no puede desprenderse de ellos.

Los derechos de familia son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo.

1) Derechos extrapatrimoniales

465. a) Derechos de la personalidad; categorías en que pueden agruparse

Advertimos que sin perjuicio de las explicaciones que siguen, volveremos a tratar de los derechos de la personalidad al hablar de las personas físicas.

Los derechos de la personalidad pueden agruparse en dos categorías:

a) Los que conciernen a la individualidad física, y

b) Los que conciernen a la individualidad moral.

Los que conciernen a la individualidad física tienen por objeto, primero asegurar nuestra propia existencia (la vida), y, en seguida, la integridad corporal, la salud, la actividad física.[8]

Los derechos que atañen a la individualidad moral del hombre tienen por objeto el honor en sus diversas manifestaciones, y comprenden también el derecho al nombre y la actividad intelectual.[9]

"En verdad, la actividad humana, principalmente la física, nos conducirá al derecho de propiedad, haciéndonos salir del dominio de los derechos de la personalidad propiamente dichos. En cuanto a la actividad intelectual (científica, literaria, artística, etc.), no obstante el elemento patrimonial que entraña, conserva a pesar de todo algo que la hace formar parte de los derechos de la personalidad. En efecto, ella representa el trabajo de *cierto hombre; no de cualquiera*. Lleva, pues, consigo el sello de una *actividad personal*".[10]

466. ¿Son admisibles los derechos sobre la propia persona?

Las controversias al respecto son grandes.

Según Windscheid, así como la voluntad del titular es declarada decisiva sobre una cosa por el orden jurídico cuando éste concede un derecho real, así también es decisiva tratándose de su propia persona, ya en lo que se refiere a su existencia física, ya en cuanto a su existencia psíquica. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas o físicas y otros derechos, no implicando una acción sobre personas o cosas ajenas, representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales. De aquí el derecho sobre el propio cuerpo, sobre el nombre, sobre la propia imagen y, por consiguiente, un derecho a disponer de la propia vida, del propio cadáver, de partes del cuerpo, etc.[11]

[8] Ionescu, obra citada, p. 150.

[9] Ibídem.

[10] Ibídem, pp. 150 y 151.

[11] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 224. Véanse: De Cupis, *"I diritti della personalità"*, Milán, 2 tomos, 1959-1961; A. Borrel M., *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona, 1954.

Contra la admisión de un derecho sobre la propia persona se oponen dos objeciones principales, señaladas a continuación.

1. Ni las fuerzas físicas, ni las psíquicas o intelectuales, se sostiene, como manifestaciones de la multiforme actividad humana, pueden separarse del hombre de quien proceden y representarse como entidades independientes y partes separadas de la persona, la cual constituye un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo componen.[12]

2. El querer considerar la persona misma como objeto del derecho subjetivo, tropieza con una dificultad insuperable, la de dar a la persona simultáneamente dos funciones contradictorias e inconciliables en la relación jurídica: la del sujeto y la del objeto del derecho.[13] Y esto es absurdo, afirma Coviello, aunque por sujeto se tome a la persona en su totalidad, y como objeto se consideren las diversas partes de la persona o sus diversas condiciones, el cuerpo y las facultades intelectuales, las fuerzas físicas o las psíquicas.[14]

Sin embargo, en opinión de Ruggiero, el argumento anterior es cierto "en cuanto que una *efectiva* separación de las partes del todo no es posible; pero es concebible *abstractamente*, sobre todo cuando se considera la personalidad en sí como entidad compleja y autónoma, como sujeto de los derechos que se incluirían en la categoría examinada".[15]

Más concretamente, como explica el mismo Ruggiero, si se examinan los derechos constitutivos de la personalidad en lo que se refiere al elemento físico o material, todo el problema se reduce a ver si la persona tiene un derecho sobre el propio cuerpo. Y esta cuestión se presenta bajo un triple aspecto, según se considere: a) el cuerpo de la persona viva; b) el cadáver, y c) las partes separadas del cuerpo.

En el primer caso no puede hablarse de un derecho de propiedad que la persona tenga sobre su propio cuerpo, o de un derecho patrimonial, pero sí de un derecho personal en cuanto se garantiza al hombre por el derecho objetivo la facultad natural de disponer del propio cuerpo, de la propia vida, de la propia actividad física. Si de tal premisa debe deducirse como lógica consecuencia la existencia de un derecho al suicidio, a la automutilación o a la destrucción del feto como "porción visceral", por parte de la madre, es cuestión que se resuelve al tenor de las normas particulares que cada Derecho Positivo dicte para limitarlo o suprimirlo. Limitaciones se dan en todo ordenamiento jurídico, establecidas por motivos de orden público o de buenas costumbres, que no consienten ciertos abusos de libertad aun cuando éstos recaigan sobre la propia persona.[16]

[12] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 225.

[13] Ibídem.

[14] Coviello, obra citada, p. 27.

[15] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 225.

[16] Ibídem, pp. 225 y 226.

No puede nadie, por respeto a la dignidad humana, darse a sí mismo en esclavitud: hasta en el Derecho Romano, que admitía la abominable institución, la venta de sí mismo es reprobada por el alto concepto en que la libertad debe ser tenida, y si es verdad que una disposición del Edicto Pretorio, mantenida hasta Justiniano (Párrafo 4. Inst. 1,3), impone la servidumbre al ciudadano mayor de veinte años que dolosamente se haya dejado vender como esclavo para participar del precio de la venta, la esclavitud se considera como pena por el desprecio de la propia libertad más que como reconocimiento de eficacia del negocio jurídico de compraventa realizado. El Derecho Moderno ha ido más allá, negando eficacia a toda convención mediante la cual una persona se obligue por toda la vida o por tiempo indefinido a emplear su propia actividad en servicio ajeno.[17] Y en todos los países existen normas expresas que resguardan en una u otra forma la disposición arbitraria de la actividad personal en provecho de otro.

No se concede amparo al acto de atentar contra su propia vida y se impone a funcionarios y ciudadanos el deber de prestar socorro e impedir el suicidio. Y es castigado penalmente "el que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, si se efectúa la muerte" (Código Penal Chileno, artículo 395). Del hecho de que en la mayor parte de las legislaciones el autor de la tentativa de suicidio no sea castigado –para el consumado no habría posibilidad de castigo– no se debe concluir la existencia del derecho de ocasionarse la muerte como facultad protegida por el ordenamiento. No se castiga porque sería inhumano añadir a los sufrimientos morales o físicos que indujeron al autor a adoptar tal determinación, un nuevo sufrimiento con la pena.[18] Por lo demás, la ciencia recomienda después de todo suicidio fracasado enviar al autor a un establecimiento psiquiátrico para precaver en los psicóticos la repetición y practicar en todo caso psicoterapia adecuada.

No es lícito suprimir o detener la vida intrauterina del feto y es castigado como delito el aborto procurado, aunque haya sido realizado por la mujer (Código Penal, artículo 344, inciso 1°), consecuencia lógica ésta de los principios y preceptos que protegen la vida del que está por nacer.[19] Nuestro Código Sanitario prohíbe el aborto (art. 119), al contrario de algunos países que lo permiten por razones económicas o de otro carácter, bajo determinadas condiciones que regulan especialmente.

¿Podría una persona celebrar un contrato para enajenar parte de su cuerpo, algún órgano? Como lo veremos en otro lugar, las enajenaciones a título oneroso no están permitidas; pero sí las a título gratuito y siempre que no menoscaben severamente la salud del donante. Así, sucede con los trasplantes de riñón.

En resumen, la persona tiene un derecho sobre su propio cuerpo; pero por motivos de orden público y buenas costumbres todas las legislaciones establecen grandes limitaciones a tal derecho.

[17] RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 226.

[18] Ibídem.

[19] Véase: EDMUNDO MANRÍQUEZ B., *Protección penal de la vida humana en su primera etapa*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1963.

Por lo que atañe al derecho de disponer del propio cadáver, no puede desconocerse la facultad que tiene al respecto toda persona. Pero debe entenderse con las limitaciones señaladas por el derecho objetivo en virtud de motivos de higiene o policía, de moral o de orden público que privan de eficacia o limitan las disposiciones que pugnan con lo que constituye el destino natural del cadáver.[20]

Es conocido el caso de personas que venden o donan su esqueleto, ya para fines científicos o para satisfacer razones sentimentales. Cuéntase, entre otros, el caso del poeta Rubén Darío, quien vendió su cerebro para después de su muerte.

Según Coviello,[21] la persona viva puede disponer en vida de su cadáver, porque éste, cuando la persona muera, tendrá una existencia impersonal: será una cosa. Y podría disponer del cadáver tanto a título oneroso como gratuito.

En cuanto a los derechos de los herederos sobre el cadáver de su causante, el mismo profesor italiano afirma que hay que distinguir dos situaciones.

1) El causante contrajo en vida relaciones patrimoniales sobre su cadáver. En tal caso, los herederos tienen los derechos que resultan de la relación que había contraído el difunto; los herederos son los sucesores del causante en todas las relaciones patrimoniales que pertenecían a éste al tiempo de su muerte. De manera que si el causante antes de morir no recibió el precio en que vendió su cadáver, corresponderá percibirlo a los herederos.

Nuestro Código Sanitario sólo autoriza para que la persona *done* en vida su cadáver y sólo puede hacerlo para los *objetivos que se enuncian:* investigación científica, docencia universitaria, elaboración de productos terapéuticos, realización de injertos, trasplante de órganos con fines terapéuticos (art. 146). No consideramos inmoral que una persona *venda* su propio cadáver, por lo que, a nuestro parecer, es injustificada la restricción sólo a las enajenaciones a título gratuito. Esa restricción sí se justifica cuando los parientes disponen del cadáver del difunto. Tampoco encontramos razón para *limitar* los fines a que se destinará el cadáver, siempre que no atenten contra la moral y el orden público. ¿Por qué el cadáver de un hombre trascendente no podría entregarse a una organización científica o patriótica para que lo embalsame y deposite en un lugar adecuado a fin de honrarlo y exhibirlo en determinadas fechas como se hacía, por ejemplo, en Moscú con los restos de Lenin?

2) El difunto no había contraído en vida relación patrimonial alguna con respecto a su cadáver. En tal evento, dice Coviello, el cadáver no pertenece a los herederos, porque el cuerpo inanimado se torna cosa precisamente desde el momento de la muerte: antes no lo era, pues formaba parte integrante de la persona, y el heredero en tal calidad no tiene ni puede tener derecho patrimonial alguno sobre el cadáver del difunto, el cual, por lo tanto, quedará sometido por completo a las reglas generales de orden público concernientes a la policía de los cementerios.

Nuestro Código Sanitario, en cuanto a la disposición de cadáveres ajenos o partes de los mismos, prescribe que "los cadáveres de personas fallecidas en

[20] RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 227, "in fine".

[21] Obra citada, pp. 331 y 332.

establecimientos hospitalarios públicos o privados, o que se encuentren en establecimientos del Servicio Médico Legal, que no fueren reclamados dentro del plazo que señala el reglamento, podrán ser destinados a estudios e investigación científica, y sus órganos y tejidos, destinados a la elaboración de productos terapéuticos y a la realización de injertos. Podrán ser destinados a los mismos fines cuando el cónyuge o, a falta de éste, los parientes en primer grado de consanguinidad en la línea recta o en el segundo de la colateral (hermanos) no manifestaren su oposición dentro del plazo y en la forma que señale el reglamento. Podrán también destinarse a trasplantes con fines terapéuticos los órganos de cadáveres de personas cuyo cónyuge o, a falta de éste, los parientes en el orden señalado en el artículo 42 del Código Civil, otorguen autorización en un acta suscrita ante el director del establecimiento hospitalario donde hubiere ocurrido el fallecimiento" (artículos 147 y 148). El referido artículo 42 señala el siguiente orden aplicable a los parientes del difunto: sus consanguíneos legítimos de uno y otro sexo mayores de edad, y si fuere hijo natural, su padre y madre que le hayan reconocido, y sus hermanos naturales mayores de edad. A falta de consanguíneos se consideran los afines. Son preferidos los ascendientes y descendientes a los colaterales, y entre éstos los de más cercano parentesco.

Finalmente, es indiscutible e indiscutida la existencia de un derecho de propiedad sobre las partes ya separadas del cuerpo: éstas se convierten en cosas independientes y comerciables, y en tal concepto son, en principio, propiedad de aquella persona de cuyo cuerpo se han separado. También cabe, por regla general, celebrar negocios jurídicos válidos con relación a miembros que forzosamente han de separarse del cuerpo.[32] Por ejemplo, si a una persona necesariamente deben cortarle una pierna, ella podría, antes de la operación, comprometerse a venderla, donarla, etc.[33]

467. Derecho a la fuerza muscular

Todo hombre tiene derecho sobre su fuerza muscular. Puede comerciar con ella. Pero el legislador, velando por su sana conservación y a fin de evitar abusos que irían en su detrimento, limita las horas de trabajo, establece que los sacos no podrán exceder de determinado número de kilos, con el objeto de impedir un esfuerzo excesivo en los cargadores, etc.

468. Derecho sobre la propia imagen

El derecho sobre la propia imagen consiste en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocuo. El derecho sobre la propia imagen sería, por decirlo así, una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo.

[32] Paul Oertmann, obra citada, p. 1-42.

[33] Bibliografía nacional: Rafael Cañas R., "El trasplante de órganos humanos ante el Derecho Civil", estudio publicado en la R. de D. y J., t. 65 (año 1968), pp. 5 y ss; Eduardo Novoa M., *El trasplante de corazón*. Aspectos Médico-Legales, Éticos y Jurídicos. Santiago, 1969.

En general, las legislaciones establecen que no puede publicarse la imagen de una persona o comerciarse con ella, sin su consentimiento y, después de su muerte, sin el de los parientes de cierto grado más o menos próximo.

Algunas normas de nuestra legislación sobre el derecho a la imagen las veremos en el capítulo *Derechos de la Personalidad*.

Es evidente que el fotógrafo no puede fotografiar a una persona sin su autorización expresa o tácita, aun cuando de la imagen no vaya a hacerse un uso ulterior. Sin embargo, una tendencia niega que uno pueda oponerse a ser fotografiado, a menos que de ello se siga un daño. Más adelante veremos que el derecho para obtener y utilizar la propia imagen es uno de los derechos de la personalidad, o sea, esencial, natural e innato de toda persona por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley.

El derecho sobre la propia imagen lo comprenden algunos tratadistas entre las facultades que integran el *derecho a la intimidad*, que los italianos llaman "diritto a la riservatezza", "the right of privacy" los norteamericanos y "the right to be left alone" los ingleses, el derecho a que a uno lo dejen a solas, tranquilo.

Ese derecho a la intimidad personal o de reserva importa el deber de los extraños de respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo no desea se divulguen. Procurarse la imagen de una persona y usarla sin su consentimiento constituye una violación del derecho a la integridad moral de ella o una intromisión jurídicamente reprobable en la esfera personalísima de otro. El afectado tiene derecho a solicitar a los tribunales que ordenen la cesación del abuso y, si cabe, la indemnización de los perjuicios.

Por cierto, el derecho sobre la propia imagen ofrece excepciones. Justifícanse ellas por no contravenir el fundamento de aquél, el respeto a la integridad moral de la persona o a su intimidad. En consecuencia, como lo revela la legislación comparada –moderno elemento de integración del ordenamiento jurídico nacional– no es necesario el consentimiento del retratado: a) cuando la reproducción de la imagen tiene por causa la notoriedad de la persona (artistas, intelectuales, deportistas) o el cargo que ocupa; b) cuando lo exige un interés superior, como el de la justicia, o la necesidad de identificar a un sujeto desaparecido o extraviado; c) cuando hay interés científico, didáctico o cultural; d) cuando la reproducción, como dice la ley italiana, se encuentra relacionada con hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o actos que se celebren en público. No obstante, en los casos que marcan todas las letras, el retrato, según esa misma ley, no debe ser expuesto o lanzado al comercio si la exhibición o circulación del mismo acarrea perjuicio al honor, reputación o decoro de la persona fotografiada. El perjuicio debe ser real y probarse objetivamente, y no basarse sólo en la estética o la hipersensibilidad del retratado o de sus herederos".

Todas las excepciones deben encuadrarse dentro de sus fines y no desviarse de éstos. So pretexto científico no podría, por ejemplo, publicarse una fotografía que viniera a servir torcidos propósitos contra el sujeto cuya imagen se reproduce. Por análoga razón el retrato, para información periodística, tomado

a un político brindando, a copa alzada, por su partido no podría emplearse, sin autorización del retratado, en la propaganda de un "complejo" viñatero, aunque se ilustrara la imagen con el antiguo proverbio "in vino veritas", en el vino está la verdad...

469. Derechos que conciernen a la individualidad moral

Hasta aquí hemos analizado los derechos relativos a la individualidad física; ahora veremos los concernientes a la individualidad moral.

El hombre tiene derecho al honor. Y cuando éste es amagado por imputaciones injuriosas, puede la persona afectada perseguir criminalmente al autor. Y puede, civilmente, si prueba daño emergente o lucro cesante, apreciable en dinero, demandar una indemnización pecuniaria (Código Civil, artículo 2331). En otro lugar nos ocupamos con más detalles de este asunto.

También tiene el individuo derecho al nombre, al reconocimiento de la paternidad de sus obras literarias, etc., todo lo cual estudiaremos ulteriormente.

470. Características de los derechos de la personalidad

1) Son originarios, porque el individuo nace con ellos; 2) absolutos, porque pueden ejercitarse "erga omnes", contra cualquiera persona; 3) no directamente apreciables en dinero, pero pueden producir consecuencias patrimoniales cuando son violados (ofensas al honor, por ejemplo); 4) son intransferibles e intransmisibles, y 5) son imprescriptibles.

A pesar de que los derechos de la personalidad son intransmisibles, no habría inconveniente alguno para que un heredero exigiera indemnización por violación de un derecho de la personalidad del causante, porque aquí la indemnización nace como consecuencia del derecho que tenía el difunto.

471. b) Derechos de familia

Los derechos de familia son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo. Su fundamento es el matrimonio, que crea vínculos entre los cónyuges, entre padres e hijos y, consiguientemente, los poderes paternos y las instituciones supletorias de estos poderes, como la tutela.[24] Ejemplo: derecho de los padres para exigir obediencia y respeto a sus hijos, etc.

Los derechos de familia se dividen en dos categorías: *derechos de familia propiamente tales*, que son los que no persiguen ventaja o utilidad pecuniaria alguna, como la calidad de hijo legítimo, la patria potestad; y *derechos de familia patrimoniales*, que son los que influyen en el patrimonio y pueden significar ventajas económicas. Por esta circunstancia son patrimoniales, y son de familia porque emanan precisamente de las relaciones de familia. Ejemplo típico de derecho de familia patrimonial es el derecho de sucesión. Otro ejemplo: el derecho de usufructo que tiene el padre sobre los bienes del hijo.

[24] Ruggiero, obra citada, tomo I, p. 228.

2) Derechos patrimoniales

472. Concepto y clasificación

El patrimonio puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valuables en dinero.

Derechos patrimoniales son, en consecuencia, todos los que tienen por objeto una ventaja pecuniaria y, por ende, pueden apreciarse en dinero.

Los derechos patrimoniales se clasifican en dos grandes grupos: derechos reales y derechos personales, de obligación o de crédito.

473. Derechos reales y derechos personales

Derecho real (jure in re) es el que concede al titular un poder inmediato sobre la cosa, poder que puede ser *pleno o ilimitado y menos pleno o limitado*. Cuando es de la primera especie, se ejerce en toda su extensión sobre la cosa y da lugar a la propiedad, que es el derecho real más completo; cuando es de la segunda especie, se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena.

Derechos personales son los que nacen de una relación inmediata entre dos o más personas, en virtud de la cual una (el deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en favor de otra (acreedor). Ejemplo: el derecho que tiene el acreedor a la devolución del dinero prestado, más los intereses respectivos.

Una de las principales diferencias entre ambas clases de derechos, consiste en que los reales pueden hacerse valer contra toda persona, "erga omnes"; mientras que los personales sólo pueden ejercerse en contra de la persona o personas obligadas. Los primeros son absolutos; los segundos, relativos. Más adelante nos explayamos sobre ambos derechos.

474. Los derechos intelectuales

Noción previa de los bienes inmateriales. La doctrina llama bienes inmateriales a aquellos que representan una realidad no perceptible por los sentidos sino sólo a través del entendimiento.

Algunos de estos bienes son objeto de derechos extrapatrimoniales, pues son emanación de la personalidad, y aunque de gran valor moral, no son en sí mismos valuables pecuniariamente. Por ejemplo, el nombre civil. Pero hay otros bienes inmateriales que, al mismo tiempo de ser emanación de la personalidad, tienen valor patrimonial independiente: obras literarias, musicales, inventos, modelos industriales, marcas comerciales, diseños. Todas estas cosas tienen una existencia puramente intelectual, propia y original, con abstracción de que se realicen o plasmen en cuerpos materiales, como el papel, los cuadros, las estatuas, las máquinas, los libros, los dibujos, etc. Los bienes de creación y per-

cepción puramente intelectual y que por sí mismos tienen valor patrimonial son objeto de los llamados *derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales.*

Derechos intelectuales son los que tienen por objeto una cosa puramente intelectual, de valor pecuniario. La doctrina tradicional los engloba dentro de los derechos reales. Empero, otra tendencia, considerando que las diferencias entre una cosa material y una inmaterial son muy grandes en cuanto a su naturaleza y su origen –lo que explica que los derechos de que son objeto reciban distinta regulación– prefiere formar una categoría aparte con los derechos que recaen sobre cosas inmateriales. En 1877, el jurista que por primera vez los estudió, el belga Edmundo Picard, les dio el nombre de "derechos intelectuales".[35] Estos suelen definirse como los derechos que recaen sobre cualquier bien inmaterial de valor pecuniario y que se traducen en un monopolio de explotación del mismo. Ejemplos: derechos de propiedad literaria y artística, propiedad industrial, propiedad comercial.

Hay derechos intelectuales que, además del pecuniario, implican un derecho moral, como el del autor en cuanto protege el interés de éste de que su obra no sea publicada sin su consentimiento y tampoco sufra alteración alguna sin su anuencia.

[35] Véase: EDMUNDO PICARD, *El Derecho puro*, traducción española del francés, Madrid, 1911, párrafos 45 y 54, pp. 83 y 99, respectivamente.

XI

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© ANDRES JANA LINETZKY
JUAN CARLOS MARIN GONZALEZ

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 97.382, año 1996
Santiago de Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de septiembre de 1996

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1143-3

ANDRES JANA LINETZKY
JUAN CARLOS MARIN GONZALEZ

RECURSO DE PROTECCION Y CONTRATOS

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Barcelona • Buenos Aires • México D.F. • Santiago de Chile

CAPITULO I

LA PROPIEDAD SOBRE LOS DERECHOS PERSONALES

A. SU CONSAGRACION EN EL DERECHO POSITIVO CHILENO Y SU APLICACION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA EXISTENCIA DEL RECURSO DE PROTECCION

El artículo 565 del Código Civil chileno dispone que "los bienes consisten en cosas corporales o incorporales", señalando a continuación que "corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro" e "incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas".

Por su parte, el artículo 576 del mismo código señala que las cosas incorporales son derechos reales o personales, derechos estos últimos que pueden emanar de los contratos, en cuanto conforman una de las fuentes de las obligaciones.[1]

Por su parte, el artículo 583 de nuestro Código Civil, luego de definir en el artículo 582 el dominio o propiedad,[2] señala que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad".

---

[1] Artículo 1437 del Código Civil: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones..."

[2] Artículo 583 del Código Civil: "Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo". Artículo 582 del Código Civil: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

Como consecuencia de la interpretación sistemática de los preceptos transcritos,[3] la mayor parte de nuestra doctrina no discute que en el derecho positivo chileno los derechos personales, entre ellos los emanados de contratos, en cuanto son cosas incorporales, son objeto de una especie de propiedad.[4-5-6]

Esta doctrina, basada principalmente en el artículo 583 del Código Civil, ha tenido fuerte influencia en nuestro derecho constitucional.[7] La jurisprudencia constitucional, estableciendo una

[3] A ellos debe agregarse el ya citado artículo 1437 del Código Civil, del cual se desprende que el contrato es una de las fuentes de las obligaciones y por ende de los derechos personales.

[4] Ejemplo de ello es lo afirmado por Jorge López, quien en atención al claro tenor de las disposiciones citadas expone que "...en Chile se admite el derecho de dominio sobre los derechos personales. Hay derechos sobre derechos. Un derecho real de propiedad resguarda los derechos personales emanados de un contrato. *El acreedor es propietario de los derechos personales derivados del contrato* o de otra de las fuentes de las obligaciones. El sujeto activo del derecho personal emanado del contrato es simultáneamente titular de un derecho real; el acreedor es dueño..." LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. "Modificará el legislador chileno, en los años venideros, contratos vigentes o en curso de ejecución", en BARROS BOURIE, Enrique (coordinador), *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 152.

[5] Con el mismo énfasis el profesor Streeter sostiene que "El artículo 583... su explicación por la doctrina y su aplicación por la jurisprudencia, no dejan lugar a dudas que las cosas incorporales son, verdadera y propiamente, objeto del derecho de propiedad dentro del sistema jurídico nacional". STREETER, Jorge, "La propiedad de Cosas Incorporales en la Jurisprudencia", en Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Jahuel, año 1989, sin editar, p. 3.

[6] Don Luis Claro Solar, explicando esta disposición, afirmaba en su clásica obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, que "...las cosas incorporales, consideradas en sí mismas, e independientes de las cosas corporales a que se refieran, directa e indirectamente, pueden ser también objeto de derechos; y lo son del derecho de propiedad". Agrega asimismo "...no sólo los derechos reales... sino los derechos personales, los créditos de toda especie, ya tengan por objeto la prestación prometida, una cosa, ya un simple hecho o aun una abstención del deudor, pueden ser objeto del derecho real de propiedad". CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. III, tomo VI, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 327.

[7] Tal vez nada grafique mejor el hecho de que la jurisprudencia y doctrina se fundaron en el artículo 583 del Código Civil para justificar la garantía constitucional de la propiedad incorporal, que el motivo por el cual en la Comisión Redactora de la Constitución de 1980 se decidió hacer mención expresa a los bienes incorporales en el artículo 19 Nº 24. Aunque implícito en la fórmula empleada en la CP de 1925 –luego de la modificación de 1967– y, adoptada en un primer momento por la comisión constituyente de 1980, sus miembros estimaron conveniente declarar explícitamente el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, más que con el objeto de evitar ambigüedades, con el fin de impedir que ante la derogación del artículo 583 del Código Civil pudiera sostenerse que la garantía constitucional está referida sólo a las distintas especies o formas de propiedad. Ver Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (en adelante Actas), sesión 148.

relación directa entre el citado artículo 583 y el artículo 576 del Código Civil y la fórmula amplia de protección utilizada por la garantía constitucional de la propiedad privada en la Constitución Política de 1925,[8] fue desarrollando un razonamiento que podemos resumir así:[9] la Constitución ampara la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna; dentro de éstas se encuentra la especie de propiedad que recae sobre las cosas incorporales. Los derechos personales son cosas incorporales. A su vez, los contratos son fuente de derechos personales. Luego, los derechos personales y consecuencialmente los contratos se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad, lo que impide al legislador dictar leyes con efecto retroactivo que les afecten.[10]

[8] La CP de 1925 modificó la forma en que la CP de 1833 amparaba el derecho de propiedad, sustituyendo la expresión "la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades", por la de la "inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna". Sobre los efectos que esta nueva y amplia redacción importó, ver EVANS, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1986, pp. 361-362.

[9] Es interesante constatar que esta misma vinculación entre las expresiones bienes corporales e incorporales contenida en el artículo 19 Nº 24 de la CP y el artículo 583 del Código Civil se observa también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que se ha expresado *"El inciso citado [1ª del art. 19 Nº 24] guarda íntima relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil..."* Ver considerando 11º de la sentencia de 16 de julio de 1982 dictada al ejercerse el control de constitucionalidad del proyecto de ley interpretativo del artículo 19 Nº 24 de la CP en relación con la reajustabilidad de las pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, en VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 68.

[10] A modo de ejemplo, la Corte Suprema, con fecha 21 de diciembre de 1949, falló que "El artículo 583 del Código Civil reconoce la existencia de una especie de dominio o propiedad sobre las cosas incorporales. Entre éstas se cuentan, conforme a la clasificación y definición contenidas en los artículos 576 y 578 del mismo código, los derechos personales o créditos. Y es evidente que esta especie de propiedad goza también de las garantías de inviolabilidad consagradas en el Nº 10 del artículo 10 de la Constitución Política del Estado [1925], porque este precepto ha establecido dicho privilegio, en forma explícita, en favor de todas las propiedades, sin distinción alguna". Citada por STREETER, en *op. cit.*, p. 5.

La aplicación práctica de esta doctrina ha significado que, a través del recurso de inaplicabilidad,[11] nuestra Corte Suprema ha tutelado sistemáticamente a titulares de derechos personales, contractuales y de otras fuentes de las obligaciones, que han visto afectados su crédito por un acto del legislador.

Si bien el desarrollo jurisprudencial de esta doctrina fue en un primer momento escaso,[12] desde fines de los años sesenta ella se vio desarrollada y fortalecida.[13] Así quedó de manifiesto en múltiples sentencias, que fallando recursos de inaplicabilidad, sostuvieron que el antiguo artículo 10 Nº 10 de la CP de 1925, al garantizar el derecho de propiedad en sus diversas especies, sin distinción alguna,[14] se refería (y por lo tanto amparaba) a las cosas corporales e incorporales.[15]

[11] Como lo dispone el artículo 80 de la CP, el recurso de inaplicabilidad es aquel por medio del cual la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, puede declarar inaplicable para casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.

[12] PEÑAILILLO, Daniel, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1990, p. 14.

[13] López, *op. cit.* en nota 4, p. 148. Como sostiene el profesor Streeter, "Tal vez nada ilustra con mayor acierto la fuerza que adquiere el principio jurisprudencial de tutelar el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, que el hecho de que en las dos oportunidades en que más claramente se ha deseado hacer excepción a ese principio, fue necesario nada menos que hacer reformas o interpretaciones de carácter constitucional". Así ocurrió, en primer lugar, con la reforma constitucional puesta en vigencia en 1971 y luego con la Ley Nº 18.152, de 1982, que interpretó la garantía constitucional sobre el derecho de propiedad en relación a las pensiones integrantes de un sistema de seguridad social. Ver STREETER, *op. cit.*, p. 11.

[14] La amplitud con que se quiso resguardar este derecho en el primitivo texto de la CP de 1925 y de la que dan testimonio sus actas, fue recogida por la reforma introducida a esta Constitución por la Ley Nº 16.615 de 20 de enero de 1967, la que con el objeto de comprender también dentro de ella todas las nuevas formas de propiedad que va modelando la evolución de la sociedad, dio al precepto la redacción siguiente: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies".

[15] Los pronunciamientos de la Corte en estos recursos se produjeron a raíz de las modificaciones por el legislador de los contratos en curso. Como sostiene López, el "apoyo a la construcción técnica en comentario [propiedad sobre los derechos personales] llegó a ser completo y decisivo con motivo de la aplicación del DFL Nº 9 de 1968, sobre arrendamientos rústicos. El artículo 2º transitorio del DFL Nº 9 dispuso que los plazos de los contratos de arrendamiento celebrados antes de su dictación se entendían prorrogados, en beneficio de los arrendatarios, por el tiempo necesario para completar el lapso de 10 años. El raciocinio del más alto tribunal del país en varios juicios distintos ha sido el siguiente: al celebrarse un contrato de arrendamiento por un lapso dado, v. gr., dos años, el arrendador adquiere el derecho personal a exigir la restitución de la cosa dada en locación al vencimiento del plazo, a los dos años en el ejemplo; el arrendador es propietario de este derecho personal y de acuerdo con la Constitución sólo podría ser privado del mismo mediante expropiación e indemnización. Por lo tanto, el texto legal contenido en el artículo 2º transitorio del DFL Nº 9 es inconstitucional, en cuanto limita, sin indemnización expropiatoria, el derecho del arrendador a exigir la restitución al término del plazo estipulado. La primera sentencia en esta materia, de 24 de diciembre de 1968, fue publicada por *Fallos del Mes* Nº 121, p. 294. En *Fallos del Mes* Nº 166, p. 219; Nº 175, p. 93 y Nºs. 196-197, p. 3, se publican nuevas sentencias de la Corte Suprema que vienen a reiterar la inconstitucionalidad del artículo 2º transitorio ya señalado, en mérito de idéntica argumentación". López, *op. cit.* en nota 4, p. 148. Ver además, a modo de ejemplo, *RDJ*, tomo 63, sec. 4ª, p. 359, sentencia de 7 de diciembre de 1963, y *RDJ*, tomo 64, secc. 1ª, p. 198, sentencia de 21 de junio de 1976. Citadas por López, *op. cit.* en nota 4, p. 148.

La aplicación práctica de la doctrina en estudio en materia de derechos contractuales se tradujo en una cuestión de límites a la retroactividad de la ley a través de la consagración de la llamada *intangibilidad* para el legislador de los contratos vigentes o en curso de ejecución.[16]

[16] El problema surge por cuanto, si bien el principio de irretroactividad de la ley en materia contractual contenido en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo, dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, éste es sólo de rango legal, pudiendo en consecuencia una ley especial que se dicte en relación a contratos operar retroactivamente.

Sin embargo, como usualmente se sostiene, la atribución del legislador para otorgar dicho efecto retroactivo a la ley tiene como límite el derecho de propiedad, que la CP afirma se tiene sobre los derechos personales emanados del contrato.

La ley no puede afectar derechos adquiridos, los que en caso de los contratos existen desde su celebración.

Frente a tal situación se ha afirmado que "Hoy por hoy es derecho vigente en Chile que los créditos derivados de los contratos ordinarios son intangibles. El legislador patrio carece de atribuciones para modificar los contratos en curso, pues existe propiedad sobre los derechos personales engendrados por los contratos y nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, sino en virtud de una ley de expropiación que indemnice al afectado. Si una ley, que no fuese de expropiación, modifica o priva a un acreedor de sus derechos personales emanados de un contrato en curso, dicha ley es inconstitucional, pues viola la garantía del derecho de propiedad, reconocida en la Constitución Política de la República". Sobre este tema ver LOPEZ, *op. cit.*, en nota 4, y *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 147, y GOMEZ, José Luis, *Estudio crítico de la Jurisprudencia de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes*, Editorial Universitaria, Santiago, 1958, pp. 66, 69-70.

La evolución de esta noción alcanzó su punto culminante con la dictación de la CP de 1980, que a través de su artículo 19 Nº 24 estableció expresamente que lo amparado por la garantía es "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales".[17-18]

Sin embargo, en la CP de 1980 se estableció, además del recurso de inaplicabilidad y por primera vez en el derecho chileno, una nueva acción constitucional directa, consistente en una acción de amparo de los derechos fundamentales, incluido el de propiedad, llamado "recurso de protección". Este mecanismo busca amparar a todo el que sea afectado en el libre ejercicio, entre otros, de su derecho de propiedad, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales.[19]

[17] En realidad, esta redacción ya se había introducido anteriormente a nuestro ordenamiento jurídico a través de la dictación del artículo 1º Nº 16 inciso 1º del Acta Constitucional Nº 3 de 1976, sobre los derechos y deberes constitucionales (Decreto Ley Nº 1552), la que fuera tomada posteriormente por la CP de 1980.

[18] Ver Actas de la CP de 1980 (sesión 166ª, p. 5). En el informe de la subcomisión constitucional encargada de estudiar el derecho de propiedad, al discutirse cómo se expresaría el objeto de la garantía, el señor Eyzaguirre, integrante de dicha subcomisión, señaló "...que debe entenderse que la norma corresponde a las diversas especies del derecho de propiedad, ya sea que recaigan sobre bienes corporales o incorporales, muebles o inmuebles, etc..." Específicamente en relación al tema sobre el que versa este trabajo, a propósito de la discusión en relación a incorporar en la Constitución una norma expresa relativa a los Contratos-Leyes, se consideró superfluo hacerlo, por cuanto, amparándose el derecho de propiedad sobre cosas incorporales –las que comprenden a los derechos personales–, celebrado un contrato, los derechos que genera quedan amparados automáticamente por la inviolabilidad del derecho de propiedad.

En este sentido, el mismo Eyzaguirre manifestaba que "ahora, celebrado el contrato, los derechos que crea quedan amparados por el derecho de propiedad. El Nº 10º del artículo 10 no tiene por qué decirlo, porque desde el momento en que se 'garantiza el derecho de propiedad de sus diversas especies', se establece no sólo el derecho de propiedad sobre cosas corporales, sino que también sobre cosas incorporales. Así es que en ese sentido viene el amparo per se del Nº 10º del artículo 10". Sobre este punto, ver Actas, sesión Nº 149, p. 10, y el informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativo al derecho de propiedad, recaído en el estudio de las normas fundamentales sobre el dominio privado, evacuado el 26 de noviembre de 1975.

[19] "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 números [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". (Art. 20 CP.)

Como consecuencia del establecimiento de este recurso y de la consagración en nuestro derecho de la propiedad sobre los derechos personales, asegurada en el artículo 19 Nº 24 de la CP, los tribunales superiores de justicia se han visto enfrentados, no infrecuentemente, a casos en los cuales se ha solicitado, con fundamento precisamente en la protección constitucional del derecho de propiedad sobre derechos contractuales, amparo constitucional por una de las partes de un contrato, por lo general frente a actos de su contraparte y excepcionalmente frente a actos de terceros o de autoridades administrativas.

Lo anterior demuestra que con el objeto de estudiar convenientemente la jurisprudencia del recurso de protección, que con fundamento en la especie de propiedad sobre las cosas incorporales ha amparado a los titulares de derechos personales emanados de contratos, resulta fundamental emprender la tarea de determinar el sentido que cabe atribuir al conjunto de disposiciones que en el derecho chileno señalan que los derechos personales son una especie de propiedad. Es decir, cuando es posible afirmar que un acto o una omisión afectan el derecho de propiedad que el Código Civil y la CP consagran sobre los derechos personales emanados de contratos.

Este esfuerzo, tal vez por razones de aplicación práctica de la noción, no ha sido realizado hasta ahora por nuestra doctrina,[20]

[20] A pesar de que, como hemos señalado, el derecho chileno presenta una evolución de más de 140 años desde la consagración del artículo 583 del Código Civil, quienes se han ocupado del Derecho Civil, o particularmente de los derechos reales o aun del derecho de obligaciones, no lo han hecho del estudio de las cosas incorporales o la propiedad sobre ellas, limitándose a señalar el origen histórico de la noción y a constatar el hecho de su consagración dogmática.

No obstante lo peculiar que puede resultar el artículo 583, los civilistas nunca se han tomado en serio esta propiedad, ya sea intentando darle un contenido o significado al poder que la propiedad incorporal otorgaría a su titular, estableciendo las relaciones entre el derecho (cosa) y la propiedad existente sobre él, o siquiera examinando el régimen dogmático de los específicos casos en que la existencia de derechos sobre derechos, o mejor dicho el tratamiento de los derechos como bienes, ha sido expresamente establecida por el legislador.

A lo más, quienes algo han dicho se han limitado a expresar, en relación a la *especie de propiedad* consagrada por el artículo 583, que ésta "...no quiere significar que la propiedad que recae sobre las cosas incorporales sea distinta de la que recae sobre objetos corporales; el uso de las expresiones se justifica por las modificaciones que imprime al derecho la naturaleza incorporal del ente sobre que recae aquél". Por todos, ver VODANOVIC, Antonio, *Los Bienes y Los Derechos Reales*, Editorial Nascimento, Santiago, 1973 (actualizado por el mismo autor

la que más bien se ha enfrascado en una disputa que ha consistido en afirmar o negar la posibilidad de que exista propiedad sobre los derechos, como si se tratara de un enunciado verdadero o falso, antes que buscarle un sentido a las normas que en nuestro derecho se refieren a ella.[21]

con el título: *Tratado de Los Derechos Reales, Bienes,* tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 1998). Tal vez como única excepción, ver DUCCI CLARO, Carlos, "Las Cosas Incorporales en Nuestro Derecho", en *RDJ,* t. LXXXIII (año 86), primera parte, pp. 29-35. Este autor, en todo caso, luego de exponer el estado de la discusión en la doctrina extranjera acerca de la posibilidad de que los derechos sean cosas, sólo se ocupa de resolver el problema de "si los bienes, las cosas incorporales, están limitadas a los derechos reales o personales, o si existen otros 'meros derechos'... que sean también cosas incorporales...".

Este hecho, que tal vez tenga su explicación en que la importancia práctica de la noción en el derecho chileno se ha desarrollado sólo en materia constitucional (*Es sintomático en este sentido el hecho de que toda la jurisprudencia que se ha producido en torno al art. 583 del Código Civil ha sido originada en problemas constitucionales*), dejó en manos de la doctrina y jurisprudencia constitucionales la preocupación por la construcción de la idea de propiedad sobre las cosas incorporales, las que frente a los textos positivos expresos de nuestro derecho se sintieron liberadas de tal esfuerzo. Así se han limitado a señalar que, recayera la propiedad sobre una cosa corporal o sobre una cosa incorporal, el tipo de derecho subjetivo que nacía y que la CP protegía era el mismo, esto es, el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de modo exclusivo y excluyente. En eso por lo demás, se decía, radicaba la esencia del derecho de propiedad. Ver EVANS, *op. cit.*, pp. 361 y ss.

[21] Ejemplo paradigmático de ello es la disputa sostenida entre Alejandro Vergara Blanco y Eduardo Soto Kloss a través de las páginas de la publicación periódica *Informe Constitucional.* Sostiene el primero de los nombrados que lo que él llama "la propietarización de los derechos", y su consiguiente amparo jurisdiccional a través del recurso de protección fundado en el artículo 19 Nº 24 de la CP, es "abiertamente corrosiva del concepto de propiedad, constituyendo a la vez un vicio dogmático y una relajación de este concepto", afirmación que Soto Kloss responde en un trabajo bajo el expresivo título: "Propietarización de los derechos: no una 'herejía' sino la 'esencia' de lo que es Derecho". Ver VERGARA BLANCO, Alejandro, "La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos", en Informe Constitucional, Doctrina Constitucional, Informe 322, Santiago, junio 1 de 1992, e Informe 323, Santiago, junio 2 de 1992, y SOTO KLOSS, Eduardo, en Informe Constitucional, Doctrina Constitucional, Informe 329, Santiago, junio 10 de 1992.

B. EL SENTIDO DE LOS ARTICULOS 583 DEL CODIGO CIVIL Y 19 Nº 24 DE LA CONSTITUCION POLITICA: LA *ESPECIE DE PROPIEDAD* SOBRE LOS CREDITOS [22]

El Código Civil chileno, al igual que todos aquellos que derivan del Código Civil francés,[23] trata a los bienes, es decir a los objetos del derecho, en relación a la propiedad, la posesión y los demás derechos reales.

Nuestro Código, al abrir el Libro II, el cual tiene por objeto el estudio "De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce", repite en el ya citado artículo 565 del Código Civil, la conocida clasificación del jurista romano Gayo, que divide a los bienes en corporales e incorporales.

> "Las cosas son corpóreas o incorpóreas... son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido" (*Institutas,* II, II, 1).[24]

[22] En base a los primeros borradores de esta obra, el profesor Enrique Barros preparó un trabajo sobre este tema, aún sin publicar, titulado "El Recurso de Protección como Medio de Amparo de los Contratos", para ser expuesto en un curso de extensión dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a fines del año 1993. La forma final de este acápite debe mucho a las consideraciones del profesor Barros expuestas en dicho trabajo y a las conversaciones que, con ocasión del mismo, sostuvimos con él.

[23] La misma afirmación respecto del Código Civil italiano encontramos en BIONDI BIONDO, *Los bienes,* Bosch, Barcelona, 1961 (1ª edición original 1956), p. 28.

[24] Como señala Guzmán Brito, el párrafo 2.12 de las *Institutiones* de Gayo dice "que las cosas son algunas corporales y otras incorporales; más adelante, en el párrafo 2.13 de la misma obra, agrega que las cosas corporales son aquellas que pueden ser tocadas (*quae tangi possunt*), como un fundo, un esclavo, las vestiduras, el oro o la plata; y en el párrafo 2.14 indica que cosas incorporales son las que no pueden ser tocadas (*quae tangi non possunt*), las cuales corresponden a aquellas que *iure consistunt,* como la herencia, el usufructo, y las obligaciones contraídas de cualquier modo". Ver GUZMAN BRITO, Alejandro, "Para la Historia del Derecho Subjetivo", en *Anuario de Derecho Administrativo,* Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile 1975/1976, pp. 51-65.

Como lo señalan la mayoría de los romanistas, esta distinción tuvo poca influencia práctica y fue más bien consecuencia de un afán sistematizador y aun didáctico de parte de Gayo.[25]

No obstante que esta distinción se encuentra implícita en otros códigos civiles de la época,[26] y a pesar de las consecuencias que algunos autores han intentado extraer de su consagración expresa en nuestro derecho,[27] ella tampoco parece haber tenido mayores efectos en estos cuerpos legales, incluido el chileno.[28] Así, si se observa el contenido del libro relativo a los bienes, podrá apreciarse que el tratamiento de la propiedad y los demás derechos reales, se refiere en ellos, siguiendo la tradición romanista, a las cosas corporales.[29]

Según explica el profesor Barros, "en ello ha influido, ante todo, la ya aludida circunstancia de que sobre los créditos, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales fraccionados[30], no se pueden ejercer actos propiamente posesorios".[31-32]

[25] Ver GUZMAN BRITO, *op. cit.*, p. 60, y KASSER, Max, citado por BARROS, Enrique, en *op. cit.*, en nota 22.

[26] Así se desprende respecto del Código Civil francés, de lo sostenido por el tratadista DELVINCOURT M. en su *Cours de Code Civil*, tomo I, Videcoq Libraire, París, 1834.

[27] "Ante esta disposición (art. 565 del Código Civil) nadie puede discutir que en nuestro ordenamiento jurídico los derechos son cosas incorporales y, por lo tanto, *pueden ser objeto de una relación jurídica.*" Ver DUCCI, Carlos, *op. cit.*, p. 31.

[28] En este sentido, es posible observar como, salvo la norma del artículo 583, el contenido del libro relativo a los bienes es muy similar en otros códigos civiles, como el español o argentino, a nuestro código.

[29] Como expresa el profesor Barros, "...el dominio –en el período del derecho romano clásico– estaba íntimamente relacionado con la idea de posesión, entendida como señorío respecto a una cosa corporal, la que excluía como objeto de ese derecho a las cosas incorporales. Por eso, la propiedad romana, tanto en la época clásica como en el derecho bizantino de la época de Justiniano, sólo recaía directamente sobre cosas corporales y, a lo más, se extendía por analogía a los derechos reales sobre las mismas cosas, como la servidumbre y el usufructo.

Los derechos personales, de acuerdo con esta tradición jurídica, no son objeto de propiedad". *Op. cit.*, en nota 22.

[30] En estos derechos la posibilidad de actos posesorios se explica por su relación directa con una cosa corporal, que permite la existencia de una situación de hecho que conduzca a la prescripción adquisitiva. En otras palabras, del ejercicio de hecho de un derecho determinado. Es en estas razones en las que encuentra su origen la *quasi-posesio* en el derecho romano. Sobre este tema ver CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La Posesión, el Usufructo y la Prenda de Derechos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1992, 1ª edición, pp. 10-12.

[31] La relevancia que el punto tiene para aquellos que han intentado construir, con afanes de generalidad, la llamada "cosificación de los derechos", se demuestra por el hecho que este esfuerzo se ha visto precedido de una explicación que justifica la posibilidad de ejercer posesión sobre derechos personales. CANO MARTINEZ, José Ignacio, *op. cit.*, pp. 9-25.

[32] Es doctrina pacífica en nuestro derecho, que cuando la ley habla en el artículo 1576 del Código Civil, a propósito de a quién puede hacerse válidamente el pago, del "pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito...", lo hace metafóricamente, refiriéndose más bien al título material del mismo.

En un sentido técnico, podemos decir, siguiendo al autor francés Larroumet,[33] que es perfectamente clara la diferencia de estructura y naturaleza que presentan un derecho personal y el derecho de propiedad. Mientras que el derecho de propiedad supone un sujeto, el propietario, y un objeto, la cosa sobre la cual se ejerce el derecho, el derecho personal supone una relación eminentemente relativa y personal entre dos sujetos, el acreedor y el deudor. En otros términos, mientras que el derecho de propiedad es un poder inmediato y directo sobre una cosa, el derecho personal no confiere jamás un poder directo sobre la cosa que puede eventualmente ser el objeto de prestación.

Consecuencia de esta diferencia estructural es que todos los ordenamientos jurídicos de tradición romanística utilicen como división máxima de su derecho patrimonial, la de los derechos reales y personales.[34]

Ahora bien, así como puede constatarse en los códigos civiles, y en general en los tratados de derecho civil, que al referirse a los bienes se ocupan de las relaciones jurídicas que se vinculan directamente con las cosas corporales, es igualmente posible observar que con la misma coincidencia, todos estos tratados en sus partes generales o introductorias al ocuparse de la teoría del patrimonio de un individuo y del contenido activo de este patrimonio, consi-

[33] LARRUMET, Christian, *Les Obligations*, Económica, París, 1988, p. 31. En un sentido similar BARROS, Enrique, *op. cit.*, en nota 22.

[34] BARROS, Enrique, *op. cit.*, en nota 22.

deran a los derechos personales como integrantes de esta parte activa, en definitiva como bienes patrimoniales.[35-36]

Ello sin duda está determinado por el marcado carácter económico que estos derechos presentan, carácter que es un componente esencial de la idea de patrimonio, en cuanto éste representa el punto de convergencia de las relaciones económico-jurídicas de un sujeto de derecho.[37] En este sentido se sostiene que, en su parte activa, el patrimonio no es otra cosa que un agregado de bienes económicos, el que estaría conformado por los derechos reales y personales de que es titular un sujeto. Es precisamente sobre la base de lo explicado anteriormente que la mayoría de los autores no discute que los derechos sean bienes.

Como lo explica Diez-Picazo, el crédito no es sólo una situación de poder jurídico que al acreedor pertenece. Desde un punto de vista económico, resulta muy claro que la probabilidad de recibir la prestación debida supone un bien valioso. Por ello, el crédito o derecho personal no está contemplado dentro de la relación jurídica que liga al acreedor con el deudor, sino dentro del tráfico jurídico general; constituye un bien que forma parte del patrimonio del acreedor. No cabe duda de que el patrimonio de la persona no lo forman sólo los derechos de señorío sobre las cosas, como el dominio y los demás derechos reales, sino también los créditos, en cuanto facultan para obtener una conducta de prestación que es valorable pecuniariamente.[38-39]

[35] A modo de ejemplo ver LARROUMET, Christian, *Introduction à L'étude du Droit Privé*, Económica, París, 1984; Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, L.G.D.J., París 1977; MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomo II, Doctrinas Generales, E. J. E. A., Buenos Aires, 1979, obra original italiana, 1952; VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*, tomos I y II.

[36] No deja de ser interesante observar cómo el llamado proyecto inédito del Código Civil de 1853, señalaba en el antecedente del que luego fuera el actual artículo 565, siguiendo textualmente al autor francés Delvincourt, *"Las cosas que constituyen bienes y forman parte del haber o patrimonio, se dividen en corporales o incorporales"*.

[37] Ver DE LOS MOZOS, José Luis, "Aproximación a una Teoría General del Patrimonio", en *Revista de Derecho Privado Español*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, jul.-ago. 1991, pp. 587-609. En este trabajo se puede apreciar la vinculación entre el patrimonio y su aspecto económico, como componente obligado del mismo. Es así como el autor señala que las dos notas fundamentales de los derechos (bienes) patrimoniales se encuentran en: a) su valor económico; y b) su atribución a un titular (p. 604). En el mismo sentido Biondi sostiene que el "...patrimonio es sinónimo de entidad económica". *op. cit.*, pp. 32-33.

[38] DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid 1970, 1ª ed., p. 366.

Esta naturaleza esencialmente patrimonial que tienen los derechos personales y la propiedad determina que ellos presenten numerosas analogías. En primer lugar, ambos forman parte del contenido activo del patrimonio.[40] Reflejo de lo anterior es que 1) el acreedor puede enajenar su crédito;[41] 2) puede afectarlo en garantía de deudas;[42] 3) puede constituir sobre él derechos de goce en favor de terceras personas;[43] y 4) éste forma parte del derecho de prenda general de que goza todo acreedor; es parte del "sustrato de responsabilidad del deudor".[44]

Como agrega el profesor Barros, es igualmente por analogía con la propiedad que el titular de un derecho de crédito se apro-

[39] En un sentido similar, Biondi: "...adicionalmente no se ha dudado que los derechos sean cosas incorporales... La exclusión de los derechos del número de los bienes choca contra la concepción común y jurídica. Difícilmente podríamos adaptarnos a la idea de que un derecho de crédito... como tal, no sea un bien", *op. cit.*, p. 51. En el mismo sentido ver DE LOS MOZOS, José Luis, *op. cit.*, p. 604.

[40] Es común que el patrimonio en su faz activa sea definido como "el conjunto de derechos... de una persona avaluables en dinero y ésta es la razón por la cual los calificamos de derechos patrimoniales". LARROUMET, Christian, *op. cit.* en nota 36, pp. 282-284.

[41] El parágrafo 1° del título XXV del Libro IV del Código Civil trata de la cesión de los créditos personales, regulando la forma de hacer la tradición de estos derechos, la que supone necesariamente un título, esto es, un "acto o negocio jurídico en virtud del cual el acreedor se desprende de su situación jurídica, haciéndola llegar a un tercero adquirente, que se instala en ella convirtiéndose en nuevo acreedor". DIEZ-PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 366. Así, y por vía de ejemplo, el artículo 1907 del Código Civil establece textualmente que el cedente de un crédito a título oneroso "responde de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, que verdaderamente le pertenecía". Al respecto ver artículos 17 y 21 de la Ley N° 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré.

[42] Esta figura se conoce con el nombre de prenda sobre créditos y está regulada en nuestra legislación por los artículos 816-819 del Código de Comercio.

[43] El artículo 475 del Código Civil español consagra la figura de usufructo de créditos. Según esta disposición, el acreedor, sin perder esta calidad, concede a un tercero las facultades necesarias para que éste pueda recibir del deudor aquellas prestaciones que económicamente merecen ser consideradas como frutos o rentas del crédito; en el fondo se permite que los créditos sean disfrutados por una persona distinta al acreedor.

[44] Expresión de ello es el artículo 1578 N° 2 del Código Civil: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 2°. Si por el Juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago".

pia asimismo de sus frutos civiles, sin que se repare en que el título para que el acreedor se apropie de los intereses es la titularidad de su crédito.[45]

La existencia de estas analogías y las consecuencias que de ellas derivan han llevado a algunos autores a plantear una nueva clasificación de los derechos patrimoniales distinta a la de personales y reales.

Destaca entre ellos la obra del francés Ginossar,[46] quien luego de argumentar que la noción tradicional de propiedad, entendida como el poder reconocido a un sujeto de sacar de la cosa todas las utilidades que ella le pueda procurar, es incapaz de explicar algunos fenómenos que se presentan en este derecho;[47] propone definirla, con el objeto de salvar estas insuficiencias, como "la relación por la cual una cosa pertenece a una persona, por la cual la cosa es de la persona, es suya".[48]

Luego y refiriéndose específicamente al derecho de crédito, Ginossar expresa que esta relación de pertenencia se encuentra también en el derecho de crédito. El poder de exigir de otro una prestación, anticipación de la prestación futura misma, es un valor atribuido al acreedor. En consecuencia, "*un crédito es un bien que pertenece al acreedor y que está ligado a su patrimonio por efecto de un derecho de propiedad*".[49] ¿No puede el acreedor ceder su crédito como el propietario de un inmueble puede venderlo? Hay entonces en el derecho de crédito una superposición de dos derechos: uno es el poder en contra del deudor, el otro, la propiedad sobre el derecho precedente.[50]

Así se puede explicar que el derecho de crédito, que es un derecho relativo en virtud del cual una sola persona está obliga-

[45] BARROS, *op. cit.*, en nota 22.

[46] La exposición de la tesis de S. Ginossar contenida en el libro *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droit patrimoniaux*, L.G.D.J. 1960, ha sido extraída de un resumen de la misma contenido en el *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, de Jacques Ghestin, L.G.D.J. 1977, pp. 168-172. Para una crítica a este trabajo, ver DABIN, M. Jean, "Une Nouvelle Définition du Droit Réel", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1962, pp. 20-44; y la respuesta de S. Ginossar a esta crítica, "Pour una Meilleure Définition du Droit Réel et du Personnel", contenida en la misma revista y año, pp. 573-589.

[47] GINOSSAR, *op. cit.*, pp. 29-33, citado en GHESTIN, *op. cit.*, p. 168.

[48] Idem, p. 33.

[49] Idem, p. 35.

[50] Idem, pp. 85-86.

da, es, al mismo tiempo, absoluto, oponible a todos. En efecto, la oponibilidad universal es la característica de la propiedad. Porque es propietario de su crédito, es que el acreedor, en sus relaciones con terceros, puede exigir de otro el respeto de su derecho. Pero la otra relación, el vínculo obligatorio que coexiste con la propiedad, une solamente al acreedor con el deudor.[51]

Como lo dejan establecido los autores franceses Ghestin[52] y Dabin[53], la tesis de la propiedad sobre los derechos hace claramente resaltar que el derecho de crédito es un bien y que ellos son oponibles universalmente,[54] característica común a todos los derechos patrimoniales. Por lo que aquello que Ginossar llama propiedad y que define como una "relación de pertenencia", es un aspecto común en todos los derechos pecuniarios, y que, así como él lo expone, se traduce en un derecho sin contenido, en una pertenencia genérica. Consecuente con ello, el problema para Ginossar se torna insoluble a la hora de traducir esta propiedad en poderes. Razón por la cual al hablar de propiedad sobre las cosas corporales se ve obligado a reintroducir los poderes, que antes le había sacado a esta propiedad, para poder hacerla extensiva a los derechos personales.

Con todo, la tesis que Ginossar plantea, así como las críticas que se le han formulado, tienen a nuestro juicio la virtud de hacer patente una conclusión que para el análisis que hemos emprendido en este trabajo resulta fundamental: *El carácter de bien y la oponibilidad universal que concurren en el derecho personal hacen que éste presente una doble perspectiva, una doble dimensión.*[55] Por un lado, la relación obligatoria propiamente tal, y por el otro, una "propiedad genérica" o "pertenencia", por medio de la cual

[51] Como consecuencia de caracterizar a la propiedad como una relación de pertenencia, el autor presenta *un sistema racional de derechos patrimoniales*. La propiedad se caracteriza básicamente por ser oponible a todos, universalmente, y puede tener objetos diferentes, bienes corporales e incorporales, dentro de los cuales estarían los intelectuales y lo que Ginossar llama los *derechos relativos*, entre los cuales estarían los derechos personales. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 169-170.

[52] Idem, p. 171.

[53] DABIN, M. Jean, *op. cit.*, pp. 27-33.

[54] Como señala Ghestin, "La oponibilidad a todos del derecho de crédito... es la característica de todos los derechos subjetivos que reservan a un sujeto una zona de poderes inaccesibles a otro". *Op. cit.*, p. 172.

[55] En igual sentido, BARROS, Enrique, *op. cit.*, en nota 22.

el derecho personal se vincula al titular a través de su patrimonio.[56]

Por otra parte, también del debate expuesto podemos concluir que, desde el punto de vista técnico, las analogías que los derechos personales presentan con la propiedad y que Ginossar pone de relieve, permiten establecer, independientemente de la forma en que lo llamemos, que la propiedad sobre los derechos personales es un concepto que no tiene otro sentido que demostrar un vínculo entre el derecho y el sujeto, es decir, una relación de titularidad.[57]

De las anteriores explicaciones, podemos concluir, entonces, que el alcance que cabe atribuir al artículo 583 del Código Civil, cuando dispone que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, es que se está refiriendo a estas analogías que desde el punto de vista de su titular presenta un derecho personal con la propiedad en sentido estricto, es decir, a la titularidad sobre la que venimos hablando. En palabras de Ginossar, a la relación por la cual un crédito pertenece al acreedor y que lo liga al patrimonio de éste. Pareciera ser ésta la interpretación más razonable y consistente con la estructura técnica y características que las nociones de propiedad y derechos personales presentan en el derecho civil.

Como señalara textualmente el profesor Barros en la conferencia ya citada, "En la dimensión del tiempo se puede valorar la clara intuición jurídica de Andrés Bello, que se aparta en esta materia de la tradición romana y de la doctrina aceptada por los códigos europeos de su tiempo (y posteriores, como el alemán y el italiano). Al hablar de una especie de propiedad, Bello pretende significar que la titularidad sobre derechos presenta analogías, no identidad, con el derecho de propiedad. Es sintomático que en el proyecto de 1853 se expresara que 'se concibe también

[56] Como lo destaca De los Mozos, uno de los elementos esenciales que componen el patrimonio es la referencia a un titular. El patrimonio, según este autor (en su parte activa), se presenta como "Una masa de bienes de valor económico atribuido a un titular". *Op. cit.*, pp. 595-604.

[57] Al contrario de lo que pretende Ginossar, si bien la idea de titularidad es necesaria para explicar la cesión, prenda y goce de créditos y aún su oponibilidad, ella no permite hablar sino de una pertenencia genérica. Consistente con ello, se ha sostenido, refiriéndose a la naturaleza del usufructo y prenda de créditos, que "en general lo que existe en la base es la cesión de la *titularidad del derecho de crédito* con fines de goce (usufructo) o garantía (prenda)... Se da un cambio de titularidad para los precitados fines". DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 433-434.

sobre las cosas incorporales una especie de propiedad, que se llama cuasidominio' (artículo 688)".[58-59-60]

Las explicaciones anteriores deben servirnos también para que esta especie de propiedad de la que venimos hablando no lleve a error acerca de la naturaleza interna de los derechos personales.

Como ya lo hacíamos notar, citando a Larroumet, jurídica y económicamente hablando, no es posible identificar la especie de propiedad que se tiene sobre un crédito con la prestación a que éste da derecho. El valor de un crédito expresa la probabilidad de cobro o cumplimiento y lleva implícita un factor aleatorio o de incertidumbre, que es consustancial al derecho personal.[61] Aquí

[58] BARROS, Enrique, *op. cit.*, en nota 22.

[59] Al respecto es pertinente observar que los glosadores del derecho romano utilizaban la expresión *cuasidominio* con referencia a las cosas incorporales. Esta noción, que precisamente se basaba en las analogías que estos derechos tenían con la propiedad, se construía a través de un razonamiento muy parecido al de la analogía.

[60] Es de destacar que en el sentido señalado la especie de propiedad que el código reconoce sobre los derechos personales se aleja así de lo que ha sido el centro de la disputa de la doctrina en relación al artículo 565 y 583 del Código Civil, esto es, si es posible cosificar los derechos, transformándolos en objetos de otros derechos. Esta discusión hasta ahora ha llevado más bien a oscurecer el debate planteándolo con un enfoque equivocado, que no mucho tiene que ver con las relaciones entre el derecho personal y la propiedad, sino más bien con la posibilidad de establecer derechos sobre derechos, es decir, que un derecho tenga constituido sobre sí otro derecho cuyo titular es distinto al del derecho-objeto. Sobre la cosificación de los derechos o *derechos sobre derechos,* ver para un estado general de la cuestión a CANO MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 33-37. Como ejemplos de autores a favor de la posibilidad, ver al mismo CANO MARTINEZ y a BIONDI. Cfr. VERGARA, Alejandro, DE CASTRO, Federico. En una posición intermedia, ver al ya citado DIEZ-PICAZO.

[61] Como lo explica el profesor Barros: "...la propiedad reconocida sobre los créditos por el Código Civil, y por la Constitución Política, no debe llevar a error acerca de la naturaleza interna de los derechos personales. La perspectiva de la economía nos puede ayudar a precisar la diferencia. El propietario de una cosa corporal no sujeta a gravamen es titular de un derecho cuyo valor es idéntico al precio que se puede obtener por esa cosa. Por el contrario, la titularidad sobre un crédito tiene un valor patrimonial determinado por la solvencia del deudor. En otras palabras, la propiedad sobre el crédito no es garantía de cumplimiento. Nadie negaba hace diez años por ejemplo la titularidad de los acreedores del Estado chileno sobre sus respectivos créditos, a pesar de que éstos se podían adquirir a un 30% de su valor nominal atendida la entonces alta improbabilidad de que pudiesen ser efectivamente cobrados. Esto yo creo que es interesante, como veremos para el efecto del recurso de protección más adelante, porque lo importante es que el valor de un crédito expresa la probabilidad de cobro y lleva necesariamente implícita una cierta incertidumbre". *Op. cit.*, en nota 22.

aparece de relieve la otra dimensión del derecho personal, la que se traduce en la facultad de exigir de otro una cierta conducta.

"Ello demuestra inequívocamente que la propiedad sobre un crédito no puede ser identificada con la prestación que éste representa. En ello radica la diferencia entre la estructura interna del derecho real y personal." [62] Consecuencia de lo anterior será, entonces, que el incumplimiento de un derecho personal, por operar en la dimensión de la relación obligatoria propiamente tal, no afecta la *especie de propiedad* o titularidad que emana de ese mismo derecho.

Ahora bien, si se analiza conforme a las reflexiones anteriores el artículo 19 Nº 24 de la CP, que asegura la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, deberá concluirse entonces que el alcance que cabe darle a la norma constitucional en relación a los derechos personales, es el de una protección de su titularidad, de esa pertenencia genérica que vincula al derecho con un patrimonio y consiguientemente con un sujeto de derecho.

Esta interpretación es consistente con el sentido que el constitucionalismo generalmente da a la garantía del derecho de propiedad, como parte de las llamadas libertades económicas de un individuo[63]. Esto es, proteger todos los componentes que forman parte del activo del patrimonio de un sujeto.[64-65]

[62] Ibíd. Ello explica por qué, en razón de la función económica que cumplen ciertos derechos tradicionalmente personales, se les quite su incertidumbre, identificando al derecho con la prestación que él faculta para exigir. Ejemplo de ello lo encontramos en la nueva Ley de Leasing Habitacional.

[63] Ver CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Cap. IX, intitulado "La Constitución Económica", Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 155-180. En el mismo sentido, EVANS, Enrique, *op. cit.*, p. 315.

[64] Es interesante observar al efecto las opiniones vertidas en la Comisión Constituyente de la Constitución de 1980, cuando se debatía el alcance de la garantía del derecho de propiedad: "Se pretende que todo aquello que ha sido adquirido conforme al ordenamiento jurídico y que forme parte del patrimonio de cada chileno esté amparado por la garantía (Comisionado Enrique Evans)". En el mismo sentido, el Comisionado Alejandro Silva Bascuñán expresó que "parece evidente –como lo he recordado ya tantas veces– que cuando se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, se lo está haciendo en toda su amplitud, de manera que abarque toda clase de beneficios patrimoniales, reales o personales, muebles o inmuebles, corporales o incorporales". Actas, sesión 166ª.

[65] Como señala el autor argentino García Belsunce, "...consideramos indispensable esclarecer previamente la distinción entre el concepto constitucional de propiedad y el concepto civil de propiedad, o mejor dicho, de dominio. El derecho de dominio recae única y exclusivamente sobre las cosas, o sea sobre los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio *el derecho de propiedad reconocido y garantizado en el derecho constitucional, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona*". GARCIA BELSUNCE, Horacio, *Garantías Constitucionales. De las libertades económicas. Del derecho de propiedad. De la retroactividad de las leyes tributarias*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 120.

La naturaleza esencialmente patrimonial de los derechos personales, unida al sentido de protección amplia del patrimonio del individuo que comúnmente se atribuye a la garantía constitucional del derecho de propiedad, permiten explicar por qué el derecho constitucional comparado, aun con una doctrina construida a partir de normas distintas a la chilena[66] y en ausencia de una norma tan explícita como la hoy vigente en la Constitución, ha protegido, con fundamento en esta garantía, la titularidad sobre los derechos personales y patrimoniales en general.[67]

Si uno observa la jurisprudencia producida precisamente en materia de recursos de inaplicabilidad,[68] tanto en lo que dice relación con derechos personales contractuales como de otras fuentes de las obligaciones,[69] es posible apreciar como al afectarse el contenido de los derechos personales de que era titular un determinado individuo, se afecta a la vez ese derecho, privándolo

[66] Nos referimos obviamente a lo peculiar que resulta el artículo 583 del Código Civil en el derecho comparado, norma, como hemos visto, a partir de la cual se ha construido la doctrina de la protección constitucional de los derechos personales en Chile.

[67] Así, por ejemplo, en el derecho argentino, la Corte Suprema de ese país ha fijado el concepto constitucional de propiedad como "Todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la nación, trátese de derechos reales o personales, de bienes materiales e inmateriales". Citado por FUNES, Víctor Luis, "El Derecho Patrimonial en la Constitución de Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, 1989, Universidad Católica de Chile, Santiago, p. 236. En el mismo sentido, y también sobre el derecho argentino, ver GARCIA BELSUNCE, *op. cit.*, pp. 117-145. Algo similar se puede señalar respecto de la jurisprudencia constitucional alemana. Para una referencia a ello, ver HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, p. 127 y BRAHM, Enrique, "La propietarización de los Derechos en la Alemania de Entreguerras", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 3, 1992, Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 411-414.

[68] Ver *supra*, pp. 11-12.

[69] En materia de protección constitucional de derechos personales cuya fuente ha sido un hecho ilícito, ver sentencia de 7 de diciembre de 1966, en *RDJ*, tomo LXIII (1956), pp. 359-366.

de aquello en que consistía su pretensión. Así, resulta afectada la titularidad que la Constitución le garantizaba sobre ese derecho.[70]

Corresponde ahora, entonces, que revisemos a la luz de estas explicaciones cuál ha sido el camino que han seguido las Cortes cuando les ha correspondido pronunciarse en recursos de protección deducidos por titulares de derechos personales contractuales, con fundamento en que se les ha afectado el "derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales", que el artículo 19 Nº 24 de la CP les asegura.

[70] BARROS Enrique, *op. cit.*, en nota 22.

Ilícitos atípicos.
Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley
y la desviación de poder

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero



EDITORIAL TROTTA

Capítulo II

EL ABUSO DEL DERECHO

7. *El surgimiento de la figura y su porqué*

La figura del abuso del derecho surge como tal, por razones que en seguida veremos, sólo tras el Código de Napoleón. En el Derecho romano una figura de este género era funcionalmente innecesaria, pues los fines a los que la misma sirve se veían procurados por otras vías. Como escribe L. A. Warat, el Derecho romano «no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el Derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad [...]; el órgano llamado a administrar justicia adaptaba permanentemente el sistema normativo a las necesidades de la coexistencia» (Warat, 1969, 42-43)[1].

Tampoco en el Derecho medieval cabe hablar de una figura equiparable al abuso del derecho tal como hoy lo entendemos. Las muy diversas prohibiciones de los llamados actos emulativos —actos de ejercicio de un derecho con la única finalidad de perjudicar a un tercero— tenían un carácter de regulaciones específicas —reforzadas, incluso, con un gran número de presunciones destinadas a establecer el espíritu emulativo de ciertos actos— que impide asimilarlas a la figura moderna del abu-

1. Ya en el plano meramente terminológico, conviene advertir que el término *abusus* tiene, en el Derecho romano, una significación muy distinta de la actual: no quiere decir «uso malo» o «uso condenable», sino «uso intenso» —excluido de las facultades del usufructuario, pero no de las del propietario— (cf. Levi, 1993).

so. Pues lo característico de esta, como vamos a ver, es el constituir una cláusula general de excepción, derivada de razones de principio, al alcance de las reglas que califican como permitidos los actos de ejercicio de un derecho subjetivo.

La figura del abuso del derecho surge como una creación jurisprudencial (y doctrinal) francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX y se generaliza después, con o sin expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental. Por lo que se refiere a la recepción de la figura en España, los hitos fundamentales son, en el terreno doctrinal, la publicación en 1917 de la monografía de José Calvo Sotelo *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*; en el terreno jurisprudencial, la STS de 14 de febrero de 1944; y, finalmente, en el terreno legislativo, la incorporación general de la figura en la reforma del título preliminar del Código civil de 31 de mayo de 1974.

Que la figura surgiera en la jurisprudencia francesa no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez. Basta, en todos los casos, con que este se limite a comprobar que las propiedades individuales del caso que ha de resolver resultan subsumibles en las propiedades genéricas que constituyen las condiciones de aplicación o antecedente de una cierta regla que proporciona, en su consecuente, la solución normativa del caso. El segundo rasgo es lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad, que viene definido por el Código (art. 544) como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta», y que se traduce en una regla general de permisión de las acciones del propietario relativas a las cosas que son de su propiedad. Sin más limitaciones que las muy escasas con-

tenidas en reglas legislativas o reglamentarias, el propietario puede, en relación con las cosas de su propiedad, llevar a cabo cualesquiera acciones, sin necesidad de ponderar en ningún caso de qué manera dichas acciones pueden afectar a intereses de otros.

La figura del abuso del derecho surge como reacción frente a, y como corrección, de estos dos rasgos. Se suele citar, en este sentido, como primera manifestación jurisprudencial destacada la sentencia de la Corte de Colmar de 2 de mayo de 1855, en la que se afirma que el ejercicio del derecho de propiedad «debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo», y también la sentencia del tribunal de Compiègne, de 19 de febrero de 1913, en el caso conocido como Clement Bayard, en la que se dice que el titular de un derecho no puede ejercerlo «para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador». Aparece ya, en el texto de estas dos sentencias, lo que, como veremos, constituye el núcleo central de la problemática del abuso: a saber, que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (y singularmente del derecho de propiedad) implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones.

En los sistemas jurídicos del *common law* no se ha desarrollado la figura del abuso del derecho como institución jurídica, aunque es de uso común la expresión *abuse of right* o *abuse of freedom* para referirse, en el ámbito, por ejemplo, de la libertad de expresión, a conductas que, aunque jurídicamente no sancionables, resultan criticables por diversas razones. La razón de la ausencia del abuso del derecho como figura jurídica probablemente se halla en la facultad de *distinguishing* que el *common law* confiere a todo juez y que le permite apartarse de la regla bajo la que habría que subsumir el caso y adoptar una solución distinta, si el caso presenta propiedades adicionales a las contempladas en la regla bajo la que habría que subsumirlo y si dichas propiedades adicionales justifican tal solución distinta. Esta facultad de revisabilidad de las reglas a la luz de sus justificaciones ha hecho funcionalmente innecesaria —de mane-

ra análoga a como ocurría en el Derecho romano— la figura del abuso[2].

Volviendo al Derecho continental, la institución del abuso del derecho no sólo ha surgido en él en relación con el derecho de propiedad, sino que también se ha desarrollado básicamente en dicho contexto, de forma que, como escribe Carlos Lasarte, la idea del abuso «se encuentra imbricada directamente con el análisis del contenido del derecho de propiedad en concreto» (Lasarte, 1992, 168). Esta es la primera razón de que, en el tratamiento que sigue, nos ocupemos fundamentalmente del abuso en relación con la propiedad. Pero para proceder así hay también, al menos, dos razones adicionales. La primera de ellas es que el derecho de propiedad constituye un título especialmente complejo, que se traduce en una diversidad de posiciones jurídicas: derechos subjetivos en sentido estricto, poderes normativos, libertades e inmunidades. La segunda razón es que, en la configuración de ese conjunto de posiciones jurídicas interrelacionan, de forma particularmente rica, principios en sentido estricto, directrices y reglas. Todo ello hace que lo que se diga del abuso del derecho en relación con el derecho de propiedad pueda servir de modelo para un análisis del mismo en relación con otros derechos de estructura y configuración más simples, a lo que aludiremos, singularmente por lo que se refiere a los derechos fundamentales, al final del capítulo.

8. *La disposición del artículo 7.2 Cc y las normas expresadas por ella*

Aunque nos interesa el abuso del derecho en cuanto concepto de la teoría general del Derecho, partiremos aquí de la regula-

2. Señala así Salmond que, en el *common law*, «la interpretación [de los precedentes] para hacer frente a las cambiantes circunstancias es fácil». Salmond alude también, para explicar la escasa fortuna de la doctrina del abuso del derecho en el contexto del *common law*, a la «comparativa facilidad [frente a la rigidez del Derecho codificado] con la que la legislación puede revocar [*overrule*] derechos existentes cuando ello es considerado como generalmente deseable» (Salmond, 1937, 35; en el mismo sentido, Paton, 1972, 106). Todo ello, concluye Salmond, ha causado que «las doctrinas del abuso de los derechos hayan hecho menos progresos en Inglaterra en la teoría y muy pequeños o ninguno en la práctica» (*ibid.*).

ción que de la figura hace el Código civil español. El artículo 7.2 (tras la reforma de 1974) quedó redactado así: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso»[3]. Esa disposición, adecuadamente interpretada, debe entenderse como expresiva de, al menos, las cuatro normas siguientes:

(1) Una norma de mandato relativa al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción[4] que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos.

(2) Una norma que confiere un poder normativo: si alguien es dañado por una acción abusiva y se dirige a los tribunales para exigir que impongan al autor de la acción abusiva el pago de una indemnización y/o que adopten u ordenen adoptar las medidas necesarias para impedir la continuidad del abuso, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) de que la norma enunciada en (4) es aplicable.

(3) Una norma permisiva referida al ejercicio del poder normativo anterior: quien es dañado por una acción abusiva puede (en el sentido de que tiene un permiso para) dirigirse o no dirigirse a los tribunales para hacer valer las exigencias a las que se alude en (2).

(4) Una norma de mandato dirigida a los tribunales que tiene como condición de aplicación el ejercicio del poder normativo a que se alude en (2): si quien es dañado por la acción abusiva ejerce el poder normativo a que se hace referencia en (2), entonces los tribunales tienen el deber de imponer la correspondiente

3. No nos interrogaremos aquí acerca de si el «ejercicio antisocial de un derecho» constituye una figura distinta de la del abuso del derecho: asumiremos sin más que el legislador ha sido aquí redundante y que, como sostienen civilistas especialmente autorizados (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 441), ambos términos son sinónimos.

4. Como antes se ha dicho, el término «acción» se emplea aquí y en todo el texto en el sentido genérico que comprende tanto las acciones positivas (los «actos» de los que habla el 7.2) como las omisiones.

indemnización y/o de adoptar u ordenar la adopción de las medidas necesarias para impedir la continuidad del abuso.

De estas normas, parece claro que los problemas interesantes se plantean en relación con la norma (1). Las normas (2) y (3) establecen las consecuencias normativas que se siguen de la violación de (1) y estas no presentan características singulares frente a las que se siguen de la violación de cualquier norma prohibitiva en el ámbito civil. La norma (4), por su parte, establece las consecuencias que se siguen de que se dé tanto la violación de (1), como el uso por el afectado del permiso que figura en (3) referido al ejercicio del poder normativo que figura en (2); tampoco esas consecuencias presentan características singulares frente a aquellas que se siguen de esgrimir ante los tribunales cualquier pretensión bien fundada frente a la violación de cualquier norma prohibitiva en el ámbito civil.

9. *«Abuso del derecho» como término que designa una propiedad valorativa. La distinción entre significado y condiciones de aplicación*

El primer problema que plantea el abuso del derecho es el de determinar cuál es la clase de acciones que pueden ser calificadas, en determinadas condiciones o circunstancias, de abusivas y el de cuáles son las condiciones o circunstancias que imponen tal calificación.

Cuál sea la clase pertinente de acciones es algo que, de entrada, admite una respuesta sencilla: se trata de acciones que, *prima facie*, constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo y que son, por tanto, acciones, asimismo *prima facie*, permitidas. Pero, como ya hemos adelantado y veremos más adelante, ésto indica —al menos en el caso de derechos subjetivos complejos, como el derecho de propiedad— una clase de acciones bastante compleja.

Cuáles sean las condiciones bajo las cuales esas acciones *prima facie* permitidas, por constituir casos de ejercicio de un derecho subjetivo, resultan sin embargo prohibidas por abusivas admite asimismo una primera contestación sencilla: a tenor

de la disposición contenida en el artículo 7.2 Cc (y algo parecido ocurre con la regulación del abuso del derecho en otros sistemas jurídicos), cuando «por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho». Ahora bien, esta contestación sencilla nos resulta bastante inútil, sencillamente porque, al indicarnos que atendamos a la propiedad de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», deja el problema más o menos como estaba antes de formularla; cuando preguntamos por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho resulta abusivo no estamos preguntando por el significado de la palabra «abusivo», sino por algo distinto, de un modo análogo a lo que ocurre cuando preguntamos qué características hacen a un cierto automóvil mejor que otro. Si a esta última pregunta se nos respondiera que el automóvil *A* es mejor que el automóvil *B*, cuando el automóvil *A* resulta preferible al automóvil *B*, juzgaríamos que no se nos ha contestado a aquello que habíamos preguntado, pues nosotros ya sabíamos que «mejor que» *significa* «preferible a». Nosotros no teníamos una duda acerca del significado de «mejor», sino acerca de sus criterios de aplicación en materia de automóviles: queríamos saber qué características —como por ejemplo la velocidad, o el bajo consumo, o la durabilidad, o alguna combinación de ellas— suministran la pauta de bondad (esto es, de preferibilidad) acerca de automóviles. Algo semejante ocurre si lo que nos interesa no es «automóvil mejor» sino «abuso del derecho» o «abusivo»: decir que calificar una acción de ejercicio de un derecho subjetivo como «abusiva» *significa* que con dicha acción «se han sobrepasado manifiestamente los límites normales del ejercicio de ese derecho» es correcto, pero escasamente útil. Y ello es así porque la pregunta interesante no es la referente al *significado* de palabras como «abuso» o «abusivo», sino a sus *criterios de aplicación*. Pero esta distinción entre *significado* y *criterios de aplicación* requiere, a su vez, ser explicada.

En una obra capital de la filosofía moral de este siglo —*The Language of Morals* (Hare, 1975)— R. M. Hare señala que, para entender la lógica de las palabras que designan propieda-

des valorativas —como, por ejemplo, «bueno»— es fundamental apercibirse de que dichas propiedades resultan supervinientes, o resultantes, de otras propiedades. Especificar cuáles son, en relación con un cierto contexto, estas otras propiedades es especificar cuáles son, en dicho contexto, los *criterios de aplicación* de la palabra que designa la propiedad valorativa. Ello tiene, entre otras, una consecuencia que nos interesa especialmente: las propiedades valorativas no son, a diferencia de otras como los colores, propiedades simples. Un automóvil, por ejemplo, puede diferir de otro automóvil únicamente en que el primero es amarillo y el segundo no lo es, pero no puede darse el caso de que únicamente difieran en que el primero es bueno y el segundo no lo es (o en que, como en el ejemplo anterior, el primero sea mejor que el segundo). Tiene que haber, al menos, alguna otra propiedad que se dé en el primero y no en el segundo (o que se dé en mayor grado en el primero que en el segundo) y que justifique el que consideremos al uno bueno (o mejor) y al otro no bueno (o peor).

Proyectemos estas consideraciones sobre las acciones abusivas. Dos acciones pueden diferir entre sí únicamente en que la primera ha sido realizada en miércoles y la segunda no, pero no pueden diferir únicamente en que la primera sea «abusiva» («o sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho») y la segunda, no. Tiene que haber, al menos, alguna otra propiedad que se dé en una acción y no en la otra y que justifique que consideremos a la primera como abusiva (o manifiestamente sobrepasadora de los límites normales del ejercicio de un derecho) y a la segunda no. Especificar cuáles son estas propiedades es determinar las condiciones de aplicación de la calificación de «abusiva».

Pues bien: para comprender la manera específica como el legislador guía la conducta mediante el empleo de un concepto como el de «abuso del derecho» podemos partir de un modelo de regulación muy diferente, al que ya aludimos anteriormente, el propio (al menos idealmente) del Derecho penal (o al menos del Derecho penal liberal). En materia penal la idealidad liberal —como ya señalamos— exige que el legislador determine muy precisamente, en términos de propiedades descriptivas, las con-

diciones de aplicación de la calificación como disvaliosas —y, consiguientemente, como prohibidas— de ciertas conductas (las «típicamente antijurídicas»). Algo muy diferente sucede con el «abuso del derecho»: aquí el legislador se limita a prohibir aquellas acciones que merezcan ser calificadas valorativamente de «abusivas» (o de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho») sin especificar, en términos de propiedades descriptivas, en qué condiciones una cierta acción merece tal calificación valorativa. Determinar dichas condiciones de aplicación es, así, asunto que el legislador encomienda al aplicador del Derecho[5].

10. *Las condiciones de aplicación del abuso según la jurisprudencia*

La jurisprudencia española —desde la famosa sentencia del TS de 14 de febrero de 1944— ha determinado las condiciones de aplicación de la calificación valorativa de «abusiva», referida a una cierta acción, de la siguiente manera: una acción es abusiva siempre que se den conjuntamente las circunstancias siguientes (los pasajes entrecomillados pertenecen a la sentencia citada): *a*) «uso de un derecho objetivo[6] o externamente legal», esto es, la acción debe poder ser descrita *prima facie* como un caso de ejercicio de un derecho subjetivo; *b*) «daño a un interés no

5. Es común entre los juristas caracterizar el «abuso del derecho» como un «concepto jurídico indeterminado». Pues bien, lo anterior puede arrojar alguna luz sobre el oscuro concepto de «concepto jurídico indeterminado». Podría decirse que cuando el legislador guía la conducta mediante un «concepto jurídico indeterminado» lo que hace es ordenar o prohibir acciones que merezcan una cierta calificación valorativa sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión. Ello genera lo que antes hemos llamado «vaguedad radical», pues obviamente la mayoría de los casos de aplicación resultarán controvertibles (hasta que la determinación de las condiciones de aplicación se haga mediante reglas). Los ejemplos de «conceptos jurídicos indeterminados» que encontramos, por ejemplo, en el Código civil parecen obedecer todos a esta caracterización. Por no hacer la lista interminable: «prodigalidad», «fidelidad y socorro mutuo», «buena fe», «mala fe», «fraude de ley», «mala conducta, falta de aplicación al trabajo», «respeto y reverencia», «órdenes, consejos o ejemplos corruptores», «negligencia», «como un buen padre de familia», «buenas costumbres», «equidad», etc.

6. O sea, de un derecho subjetivo establecido por reglas del Derecho objetivo.

protegido por una específica prerrogativa jurídica». Esto es, el abuso no entra en juego cuando el interés dañado se encuentra protegido por una regla y, en particular, cuando la regla protege un derecho subjetivo ajeno, pues en tal caso nos encontramos ante un supuesto de colisión de derechos y no de abuso; *c*) «inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Junto con estas condiciones, la jurisprudencia ha insistido también en lo que podríamos llamar un criterio restrictivo en el uso de la calificación de «abusiva»: el recurso al abuso «debe aplicarse con especial cuidado, atendiendo a las circunstancias de hecho y procurando la indubitada acreditación de los presupuestos de aplicación del artículo 7.2 del Código civil» (Lasarte, 1992, 171).

Estas condiciones de aplicación establecidas por la jurisprudencia plantean dos órdenes de problemas: el primero de ellos es que en su formulación aparecen de nuevo palabras que designan propiedades, si se quiere más específicas que la de «abusiva», pero igualmente valorativas —«inmoralidad o antisocialidad del daño», «interés serio y legítimo», «exceso o anormalidad»—. Ello hace surgir la cuestión de las condiciones de aplicación (digamos, de segundo nivel) de estas palabras valorativas que, según la jurisprudencia, deben constituir las condiciones de aplicación (digamos, de primer nivel) de la palabra valorativa «abuso». Si fuera posible una enunciación completa de las propiedades descriptivas que deban constituir las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de estas palabras que designan propiedades valorativas más específicas, el «abuso del derecho» dejaría de ser un concepto jurídico *indeterminado*: dicha enunciación constituiría la *determinación* del concepto. Y, en tal caso, la reglamentación del abuso del derecho habría abandonado el terreno de los principios para situarse por completo en el de las reglas. Como veremos más adelante, tal cosa no parece posible y, además, no sería deseable.

El segundo problema que la determinación jurisprudencial de las condiciones de aplicación de la calificación de «abusivo»

plantea es el de los criterios para evaluar la *corrección* de dichas condiciones de aplicación. ¿Por qué la jurisprudencia debería considerar que son estas, y no otras, las condiciones de aplicación de la calificación de «abusivo»? En lo que sigue nos ocuparemos de este segundo problema. Al final se verá cómo de nuestro tratamiento del mismo se deriva también alguna luz para el primero. La idea central que vamos a defender es, por un lado, que una concepción del Derecho que entienda a este como compuesto exclusivamente por un solo tipo de normas regulativas —a saber, por reglas que ordenan, prohíben o permiten la realización de acciones descriptivamente caracterizadas, cuando se dan ciertas condiciones asimismo descriptivamente caracterizadas— resulta por completo inadecuada para dar cuenta del abuso del derecho. Y, por otro, que solo una concepción del Derecho que en su reconstrucción de las instituciones jurídicas integre principios en sentido estricto, directrices y reglas constituye el marco adecuado para una explicación y justificación satisfactorias del abuso del derecho y de las condiciones de aplicación de esta calificación establecidas por la jurisprudencia.

11. *Principios y moralidad positiva. Una posición equivocada*

La posición según la cual las normas jurídicas regulativas tienen la forma exclusiva de reglas, en el sentido estricto en el que estamos usando esta expresión, tiene como correlato que el Derecho no proporciona criterios de valoración distintos de esas mismas reglas. De esta forma, si un cierto caso no resulta subsumible en una regla, el Derecho resultaría, para esta concepción, ayuno de criterios de valoración respecto de tal caso. Pero, como es notorio, el Derecho exige en muchas ocasiones de sus órganos de aplicación que resuelvan sobre la aplicabilidad de predicados valorativos —tales como «mal uso de la cosa», «abuso del derecho», «diligencia de un buen padre de familia», «equitativamente», etc.— a situaciones particulares, para lo cual los tribunales han de realizar necesariamente valoraciones que no pueden fundarse en reglas (por ausencia de

disposiciones que establezcan qué propiedades descriptivas constituyen condiciones necesarias y suficientes de aplicación del predicado valorativo). Para tal concepción, en tales supuestos habría que acudir necesariamente a valoraciones extrajurídicas, que se obtendrían básicamente de la moralidad social vigente en el momento de que se trate.

Una posición de este género se encuentra ampliamente difundida y constituye un substrato común del que participan autores y corrientes que, a otros respectos, parecen bien heterogéneos. Pondremos dos ejemplos que muestran la presencia de esta concepción de fondo en corrientes del pensamiento jurídico que resultan, por lo demás, muy alejadas (e incluso incomunicadas) entre sí: el primer ejemplo nos lo proporcionarán Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en su tratamiento de las valoraciones judiciales; el segundo, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón en su presentación de los principios jurídicos.

En un trabajo titulado «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» (Alchourrón y Bulygin, 1991), y bajo el apartado «el papel de las valoraciones en el razonamiento judicial», Alchourrón y Bulygin escriben que «en lo referente a los términos valorativos que figuran en normas jurídicas no es en modo alguno claro e indiscutible que su aplicación a situaciones particulares exige valoraciones genuinas» (Alchourrón y Bulygin, 1991, 315). Esto es así, a juicio de estos autores, porque los predicados valorativos pueden usarse no solo para valorar, para formular juicios de valor, sino que también «pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no expresan valoraciones [...], sino proposiciones fácticas, es decir, proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social» (*ibid.*). Esto es indudablemente cierto —se trata de lo que Hare (1975) llama «uso entrecomillado» de los predicados valorativos—, como también lo es que muchos enunciados en los que figuran predicados valorativos son ambiguos, en el sentido de poder interpretarse tanto que expresan un juicio de valor genuino como que expresan una proposición acerca de las creencias o actitudes morales vigentes en determinado contexto: si nosotros afirmamos, por ejemplo, que «la duquesa de

Alba actuó de forma inmoral al dejarse retratar desnuda por Goya», esto puede interpretarse, bien como un genuino (y mojigato) juicio de valor por nuestra parte, bien como la afirmación (descriptiva) de que la duquesa de Alba actuó de manera disconforme con las pautas de moralidad aceptadas en aquel momento por, digamos, la nobleza o las clases acomodadas o la sociedad española en su conjunto. Pero mostrar esta ambigüedad de muchos enunciados valorativos no equivale, naturalmente, a mostrar que el juez, a la hora de aplicar los predicados valorativos que figuran en las normas jurídicas a situaciones particulares, no deba hacer valoraciones genuinas, sino limitarse a recoger las valoraciones socialmente vigentes. Para fundamentar esto último sería preciso postular la presencia, en el sistema jurídico, de una norma que ordenara al juez considerar como condiciones de aplicación de los predicados valorativos aquellas que sean consideradas como tales por el grupo social en el que el juez desarrolla su función. Alchourrón y Bulygin no postulan, desde luego, la existencia de una norma tal, y se limitan a decir, sin mayor fundamentación y sin precisar el alcance de los cuantificadores, que «nos inclinamos a pensar que en muchos (aunque no en todos los) casos los jueces no valoran sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen» (*ibid.*, 316).

La concepción de los principios jurídicos expuesta por Díez-Picazo y Gullón parece implicar la postulación de la existencia en el sistema jurídico de algo semejante a una norma de este género. Y ello es así en virtud de su concepción de los principios jurídicos. Los principios jurídicos —dicen estos autores— «son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Cuando se dice, por ejemplo, que nadie puede enriquecerse injustamente, o que *nadie puede ejercitar abusivamente sus derechos*, o que los pactos han de ser observados, es claro que se están proponiendo modelos de conductas a seguir» (Díez-Picazo y Gullón, 1994, 144-145; la cursiva es nuestra). Hasta aquí el acuerdo por nuestra parte es completo: los principios son normas y la disposición referida al abuso del derecho expresa una norma de principio. Los problemas empiezan, a nuestro juicio, con la

concepción, que estos autores mantienen, de los principios como normas generadas por la conciencia colectiva y recibidas por el sistema jurídico. Los principios jurídicos (o principios generales del Derecho) —dicen estos autores— «tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador» [de los principios]; «para que una norma constituya un auténtico principio general del Derecho basta su arraigo como norma fundamental en la conciencia social» (*ibid.*, 145). Esta misma caracterización es considerada válida por los citados autores para los principios expresados en fuentes, como, por ejemplo, los incluidos en la Constitución; así, tras aludir a que «lo usual es que las leyes constitucionales modernas proclamen de forma solemne los valores, creencias y convicciones del país» (*ibid.*, 145), señalan que tal proclamación no viene a ser más que una acogida accidental, que ni quita ni añade nada sustancial al principio afectado: «debemos insistir en que el carácter de principio general del Derecho no se lo da a una norma su formulación, ni el rango o categoría del texto que la haya recogido, en el caso de que la haya recogido. A los principios generales del Derecho, quien les dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene» (*ibid.*, 146).

Pues bien, tal entendimiento de los principios como pautas que se incorporan al sistema jurídico en virtud de su arraigo, sin más cualificaciones, en la conciencia social nos proporcionaría un criterio para resolver el problema de las condiciones de aplicación de la calificación de abuso del derecho: constituirían abuso del derecho aquellas acciones de ejercicio de un derecho subjetivo que merecieran tal calificación por la conciencia social. El problema es que este entendimiento de los principios resulta, a nuestro juicio, claramente inadecuado por cuanto el arraigo en la conciencia social no parece ser condición ni necesaria ni suficiente para que una pauta más o menos general se convierta en principio jurídico. Que tal cosa no es condición necesaria lo muestra el dato de que un principio proclamado en una fuente (como, por ejemplo, la Constitución española de 1978) no pierde su validez como principio jurídico

por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social: los principios, por ejemplo, de prohibición de discriminación por razón de raza o por razón de sexo (art. 14 CE) seguirían —a no ser que se modifique la Constitución— siendo principios del Derecho español con independencia del arraigo que actitudes racistas o sexistas llegaran eventualmente a tener en la sociedad española. Un principio formulado en una fuente no pierde su validez como principio jurídico por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social.

Que el arraigo en la conciencia social no es condición suficiente para que una determinada pauta más o menos general de comportamiento constituya un principio jurídico viene mostrado por el hecho de que tal cosa requiere, al menos, de dos condiciones adicionales: primero, que la pauta en cuestión tenga relevancia jurídica, esto es, verse sobre materias objeto de regulación jurídica y, segundo, que dicha pauta pase el test de su adecuación al Derecho establecido, esto es, a los principios y reglas expresados en fuentes: por ultraliberal que se volviera la sociedad española, el principio según el cual es ilegítima cualquier intervención estatal en la vida económica que no tenga por objeto únicamente la protección de los derechos de propiedad no podría ser considerado como un candidato serio a principio del sistema jurídico español, mientras no cambiara una parte muy sustancial de las reglas y principios basados en fuentes que hoy forman parte del Derecho español.

12. *El derecho de propiedad y el abuso del derecho*

La tesis según la cual hay que mirar a la conciencia social para determinar las condiciones de aplicación de un término valorativo, como «abuso del derecho», se ha revelado, pues, o bien desprovista de fundamentación (en el caso de Alchourrón y Bulygin) o bien fundamentada en una concepción inaceptable de los principios jurídicos (en el caso de Díez-Picazo y Gullón). A continuación vamos a ver cómo una concepción del Derecho que integre adecuadamente reglas, principios en sentido estricto y directrices es más fructífera para dar adecuada cuenta de

la figura del abuso. Como ya antes se ha indicado, la figura del abuso del derecho ha surgido históricamente vinculada de manera central a la institución jurídica del derecho de propiedad privada. La reconstrucción de esta institución en términos de reglas, principios en sentido estricto y directrices aparece, pues, desde esta perspectiva, como una tarea necesaria para elaborar una teoría satisfactoria del abuso.

12.1. El derecho de propiedad como haz de posiciones normativas

El derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un título que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas (de modalidades jurídicas activas, en la terminología de Hohfeld), no sujetas a límite temporal, en relación con esa cosa, y frente a todos los demás. Dicho complejo comprende[7]:

a) El derecho subjetivo en sentido estricto a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa, así como en el uso de las libertades y poderes normativos a que se alude a continuación. Correlativo a este derecho subjetivo en sentido estricto es el deber de no interferencia por parte de todos los demás.

b) Una serie de libertades (por ejemplo, de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, etc.) cuyo correlativo es el no-derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas. Una parte importante de estas libertades se refiere al uso de los poderes normativos a que se alude a continuación; otra, al uso del derecho subjetivo en sentido estricto a no ser interferido.

c) Una serie de poderes normativos que le posibilitan producir cambios en el *status* normativo de la cosa (o, más exactamente, en el *status* normativo de las conductas relacionadas con la cosa): poderes normativos para donar la cosa, para venderla, para arrendarla, para constituirla en garantía de una deuda, etc. El correlativo de estos poderes normativos es la sujeción de los demás, en el sentido de que el uso de los mismos origina cambios normativos respecto de la cosa (o, si se prefiere, de las conductas relacionadas con la cosa) que los demás deben aceptar como vinculantes.

d) Una inmunidad referida al *status* normativo de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás: por ejemplo, nadie puede ser privado de la condición de propietario de un cierto bien si no es en determinadas condiciones, por determinado procedimiento y mediante indemnización. Correlativa a esta inmunidad es la incompetencia de los demás para alterar tal *status* normativo.

7. Naturalmente, analizar el derecho de propiedad en términos de modalidades hohfeldianas implica dejar de lado la dicotomía entre derechos reales y derechos personales y entender que no hay derechos que no sean frente a personas. Esta posición, junto con la crítica de la anterior dicotomía, tiene su formulación clásica en Kelsen (cf., por ejemplo, 1979a, 143 ss.). En la teoría del Derecho postkelseniana A. M. Honoré (1961) y J. Waldron (1990) han vuelto a encuadrar la propiedad entre los *rights to things*, que se distinguirían de los *rights against persons*. Una crítica, a nuestro juicio convincente, de ambos, junto con una buena puesta de relieve de la fecundidad de las categorías hohfeldianas para el análisis del derecho de propiedad, se encuentra en Pavlos Eleftheriadis (1996).

12.2. La justificación de la propiedad. Justificaciones últimas y justificaciones utilitarias en la adscripción de derechos. La justificación de la estructura normativa de la propiedad como justificación «mixta»

Del derecho de propiedad —como conjunto de posiciones normativas— deben distinguirse las razones que justifican, y que limitan, ese mismo conjunto. Estas razones están, sin embargo, también constituidas por pautas jurídicas, en la forma de principios en sentido estricto y de directrices.

Por razones justificativas de la propiedad cabe entender, en todo caso, al menos dos cosas distintas: en primer lugar, las razones que justifican la adscripción de un cierto bien a una cierta persona como su propietaria; en segundo lugar, las razones que justifican la *institución* de la propiedad, como haz de posiciones normativas, respecto de bienes no determinados, accesible, en cuanto tal haz, a cualquier persona. Naturalmente, en el contexto en el que nos movemos, es este segundo sentido de «justificación de la propiedad» el que nos interesa.

Pues bien: una institución consistente en un haz de posiciones normativas —la institución de un cierto derecho subjetivo,

en el sentido amplio y usual de esta expresión— puede ser justificada (cf. Alexy, 1992): (1) bien en cuanto protege o promueve bienes o intereses del propio titular del derecho (cuando se trata de bienes o intereses que se consideran dignos de protección para todo individuo y para todos los individuos); (2) bien en cuanto protege o promueve bienes o intereses colectivos —bienes o intereses, pues, distintos de los del propio titular del derecho—; (3) bien mediante una justificación que integre elementos de ambos tipos. Las justificaciones del primer tipo son justificaciones últimas —justificaciones en términos de principios— y se refieren a derechos que se adscriben universalmente; las justificaciones del segundo tipo son justificaciones utilitarias —justificaciones en términos de directrices— y se refieren a derechos que pueden adscribirse de forma no universal, esto es, a personas determinadas o a clases determinadas de personas. Las justificaciones «mixtas» integran tanto justificaciones últimas (en términos de principios) como justificaciones utilitarias (en términos de directrices) y se refieren a derechos que, en cierto sentido, se adscriben universalmente, aunque, en otro sentido, se adscriben de forma desigualitaria. Un ejemplo de derecho subjetivo cuya justificación es del primer tipo es el derecho de todos a no ser «sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 15 CE). El bien protegido mediante tal derecho es el de la dignidad de la persona humana, dignidad que se adscribe de forma igual a todos y cada uno de los seres humanos. Un ejemplo de derecho subjetivo cuya justificación es del segundo tipo es el derecho «a la cláusula de conciencia y al secreto profesional» de que gozan los individuos de una cierta clase, los periodistas (art. 20.1 CE). La justificación de estas instituciones se halla en que las mismas sirven para maximizar un bien público, el de la información públicamente disponible. Pues —como escribe Laporta— es para «incentivar el fluido de información en una sociedad deliberante» para lo que «se protege mediante el secreto no el dato en sí, que se airea, sino la fuente de donde proviene ese dato»; algo análogo ocurre con la cláusula de conciencia: con ella no se trata de proteger la conciencia del periodista —que no tiene, en cuanto tal, un valor superior a la conciencia de,

digamos, un empleado ferroviario, cuyo *status* laboral no incluye tal cláusula— sino «el que algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal» (Laporta, 1997, 16-17).

Pues bien: en la justificación del haz de posiciones normativas que constituye el derecho de propiedad intervienen tanto consideraciones referidas al bien de la persona titular del derecho —consideraciones en términos de principio, que exigen que este derecho se adscriba universalmente— como consideraciones referidas a ciertos bienes colectivos —consideraciones en términos de directrices, que posibilitan una distribución desigualitaria—. La justificación en términos de principio de la propiedad privada se halla —por decirlo con palabras de Nino— en la «relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de la persona y la necesidad de controlar individualmente algunos recursos económicos», pues «sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona» (Nino, 1992, 363). Esta justificación en términos de principio resulta compatible, como es obvio, con fuertes restricciones de la propiedad, al menos, en tres direcciones distintas: En primer lugar, respecto de los bienes susceptibles de convertirse en propiedad privada de alguien, pues no parece que, por ejemplo, la imposibilidad de convertirse en propietario de una gran empresa haga imposible el ejercicio de la autonomía. En segundo lugar, respecto al alcance de las diferentes posiciones normativas —particularmente poderes normativos y libertades— que integran el derecho de propiedad respecto de un cierto bien. Pongamos un par de ejemplos: el primero es el de importantes libertades que «idealmente» parecen integrar la propiedad —como es el caso de las relativas a los usos del suelo del que uno es propietario— y que se hallan, de hecho, fuertemente restringidas en nuestros sistemas jurídicos; el segundo sería el de la transmisibilidad hereditaria, que no parece constituir exigencia de ninguna concepción plausible de la autonomía. En tercer lugar, respecto a la posibilidad de acumulación

desigualitaria de propiedad, pues no parece tampoco que el poner, por ejemplo, límites a la acumulación de fortuna pudiera considerarse lesivo al derecho *igual* a la autonomía que tenemos todos.

Quiere decirse con lo anterior que la configuración concreta del derecho de propiedad que encontramos en nuestros sistemas jurídicos no puede explicarse y justificarse mediante la sola referencia a la autonomía, pues lo que esta exige es simplemente que *todos* los individuos dispongan del *quantum* de propiedad necesario para poder llevar una existencia autónoma. Para poder dar cuenta de las razones que explican y justifican la configuración de la propiedad en nuestros sistemas jurídicos es preciso aludir a directrices y a juicios sobre nexos causales entre los bienes colectivos cuya maximización viene ordenada por las directrices y ciertas configuraciones normativas en forma de reglas. De entre estas directrices y juicios sobre nexos causales, cabe destacar la importancia de la directriz que ordena maximizar la riqueza social y del juicio que considera que, a salvo de algunas cualificaciones y con carácter general, un sistema amplio de propiedad privada crea las condiciones más adecuadas para el incremento de la riqueza social. Pero, naturalmente, esta directriz no es la única que incide sobre el sistema de reglas que constituye la concreta regulación normativa de la propiedad. Junto a ella, inciden sobre tal regulación prácticamente todas las demás directrices, esto es, todas las demás normas que estipulan la obligatoriedad para los poderes públicos de perseguir la maximización de determinados bienes (como por ejemplo, en el caso español, el logro de una distribución de la renta personal y regional más equitativa, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, el acceso al trabajo, el logro de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, el acceso a una vivienda digna y adecuada, la protección de los consumidores y usuarios, la protección de la familia, la protección de la salud, etc.). Todas estas directrices, acompañadas de los correspondientes juicios sobre nexos causales, pueden constituir —y de hecho constituyen— razones para limitar —en alguno de los sentidos distinguidos y según la naturaleza de los bienes— el alcance de las posiciones normativas que las reglas que configuran la propiedad atribuyen al propietario. La llamada *función social de la propiedad* no es otra cosa sino su concreta regulación atendiendo a la exigencia de maximización de todos estos bienes. Y, de otro lado, el propio principio de autonomía que opera como razón justificativa última de la propiedad privada opera también como razón para el establecimiento de limitaciones (o cargas) a la misma: buena parte de los esquemas en que consiste el Estado social pueden verse, justamente, como mecanismos de transferencia hacia los más desfavorecidos, con el fin precisamente de asegurar a estos el *quantum* de propiedad necesario para poder llevar una existencia autónoma.

12.3. Razones justificativas de la propiedad y abuso del derecho

Lo anterior permite presentar como coherente el régimen constitucional español de la propiedad privada y la interpretación del mismo llevada a cabo por el Tribunal Constitucional[8]. En primer lugar, el que el *contenido esencial* del derecho de propiedad privada no esté, de acuerdo con la Constitución, a disposición del legislador. Pues, en efecto, si entendemos por *contenido esencial* del derecho de propiedad privada la existencia de una institución que consista en un haz de posiciones normativas como las reseñadas en el apartado 12.1 (o, como dice el Tribunal Constitucional, «el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo descrito»), una institución del género es, como hemos visto, una condición necesaria, un componente esencial, de la autonomía personal. Pero también, en segundo lugar, que el legislador pueda, en cumplimiento del mandato constitucional de configurar el sistema de reglas que establecen en concreto los alcances y los límites de

8. Sobre el régimen constitucional español de la propiedad privada, cf., por ejemplo, Vicente L. Montés (1980); Javier Barnes Vázquez (1988); Jesús Leguina Villa (1994); Fernando Rey Martínez (1994).

tales posiciones normativas (de tales «facultades o posibilidades de actuación»), atender en dicha configuración a la promoción de bienes colectivos del más variado género, tales como el listado —desde luego no exhaustivo— a que antes (en el apartado 12.2) hacíamos referencia.

En la configuración del sistema de reglas de la propiedad el legislador dispone, pues, de un amplio margen de discrecionalidad: pues, con el límite del respeto al «contenido esencial», puede —para dar cumplimiento a las diversas directrices en que consiste la «función social» de la propiedad— dictar reglas que fijen de manera más o menos amplia o más o menos restringida, respecto de unas u otras categorías de bienes, el alcance de los derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades que constituyen la condición de propietario.

Ello no obstante, una vez dictadas tales reglas, su respeto en los casos individuales, así como una relativa estabilidad de las mismas, tiene valor de principio. Y ello porque precisamente la existencia de un sistema de reglas de la propiedad, su relativa estabilidad y su no excepcionabilidad en casos individuales constituyen la principal condición necesaria de la autonomía personal en el plano patrimonial. En *Las piezas del Derecho* escribíamos que la importancia de las reglas para la autonomía personal reside en que ellas «posibilitan a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales» (Atienza y Ruiz Manero, 1996, 17). Esto, naturalmente, es de aplicación también en el campo patrimonial. Difícilmente alguien podría desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan lo que le está permitido hacer en el plano patrimonial estuvieran en situación de cambio permanente o si decisiones suyas de esta índole, permitidas en virtud del sistema de reglas aplicables, resultaran a la postre interferidas —esto es, impedidas, sancionadas o anuladas— porque afectaran negativamente a los intereses de otros o a esos intereses colectivos que las directrices ordenan maximizar. Esto nos devuelve a nuestro tema, al abuso del derecho. Pues, como veíamos, las acciones que constituyen casos de abuso del derecho son, en el caso del derecho de propiedad, acciones de ejercicio de alguna de las posiciones normativas en que la propiedad consiste, y, por ello, acciones *prima facie* permitidas, pero que resultan, consideradas todas las cosas, finalmente prohibidas. ¿Cuáles son las «cosas» que pueden entrar en línea de cuenta para esta prohibición final de acciones *prima facie* permitidas en virtud del sistema de reglas de la propiedad? De lo antes dicho se infiere que no puede tratarse *meramente* de razones de directriz, de razones (utilitarias) que apelen a la maximización de unos u otros intereses colectivos. Una acción no puede considerarse como abusiva simplemente porque no sea la acción que, entre las posibles, produzca la mayor utilidad social, ni tampoco por cuán escasa sea la utilidad social que produzca. El espacio de autonomía personal que las reglas sobre la propiedad garantizan a cada uno sólo es tal espacio de autonomía personal si cada uno puede tomar decisiones y actuar dentro de ese espacio persiguiendo sus propios intereses y sin necesidad de tomar en consideración en cada caso cómo esas decisiones y acciones pueden afectar a intereses de otros individuos o a intereses colectivos.

Las «cosas» —o, en mejor lenguaje, las razones— que pueden entrar en línea de cuenta a la hora de calificar como abusiva —y, por ello, como finalmente prohibida— una cierta acción han de ser, pues, razones de principio y no simplemente razones de directriz. Y aquí cabe excluir que se trate de razones de principio derivadas del respeto a derechos de otros establecidos en reglas: pues, como ya sabemos, en tales casos no cabe hablar de abuso del derecho, sino de colisión de derechos, exigiendo el abuso del derecho que el interés dañado no se encuentre «protegido por una específica prerrogativa jurídica». Las razones de principio que entran en línea de cuenta a la hora de calificar una cierta acción como abusiva son razones referidas al alcance de la autonomía que estimamos valioso proteger. Ciertamente estimamos como valioso que una persona pueda desarrollar su propio plan de vida, perseguir sus propios intereses, sin necesidad de ponderar en cada ocasión cómo va a afectar su acción a intereses de terceros. Pero la autonomía, así entendida, no tiene un alcance ilimitado, sino

que está sujeta a dos tipos de límites, que marcan el alcance de la autonomía que estimamos digna de ser protegida. Quedan fuera del alcance de la autonomía digna de ser protegida tanto las acciones orientadas a dañar los intereses de otros (no las que simplemente, persiguiendo los propios intereses, los dañan) como aquellas otras en las que, aun persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a otros sujetos o a la colectividad aparece como «excesivo» o «anormal»[9]. Al primer caso corresponden los supuestos de abuso del derecho en los que, utilizando el lenguaje de la jurisprudencia, la «inmoralidad o antisocialidad del daño» se manifiesta «de forma subjetiva»: cuando el derecho «se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo». Esto es, aquellas acciones que —con independencia de la intención de su autor— solo parecen poder ser razonablemente descritas —por, digamos, un «descriptor imparcial»— como acciones orientadas a dañar los intereses de otros. Al segundo caso —daño «excesivo» o «anormal»— corresponden, siguiendo con el lenguaje de la jurisprudencia, aquellas otras acciones en las que la «inmoralidad o antisocialidad del daño» se manifiesta «de forma objetiva».

13. *Una definición de abuso del derecho...*

Todo lo anterior nos permite presentar una definición de la figura del abuso del derecho que, creemos, viene a ser una reconstrucción y generalización adecuadas de la manera como la misma opera. La definición es la siguiente:

9. Decíamos hace un momento que las razones que pueden entrar en línea de cuenta a la hora de calificar una acción como abusiva han de ser razones de principio y no meramente razones de directriz. Pero cuando el daño causado a intereses de otros sujetos o a intereses colectivos (a cuya tutela y promoción apuntan las directrices) resulte «excesivo» o «anormal», la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía. No se trata aquí de que razones de directriz vengan a prevalecer sobre razones de principio, sino tan solo de que la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede trazarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros o a intereses colectivos (pues en tal caso sería imposible una sociedad mínimamente equitativa en el trato dispensado a los intereses de sus diversos integrantes y tal exigencia parece ser, sin duda, un principio en sentido estricto).

«La acción *A* realizada por un sujeto *S* en las circunstancias *X* es abusiva si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a *S* realizar *A* en las circunstancias *X*. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra *S* como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de *A*, otro u otros sujetos sufren un daño, *D*, y no existe una regla regulativa que prohíba causar *D*.

3) *D*, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar *A*, *S* no perseguía otra finalidad discernible más que causar *D* o que *S* realizó *A* sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que *D* es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción *A* quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias *X'* [*X* más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2)] la acción *A* está prohibida»[10].

14. *... y su aplicación a un caso paradigmático*

Veamos ahora cómo se aplica la definición a un ejemplo paradigmático de abuso del derecho, el contenido en la STS de 14 de febrero de 1944, clásica en el tratamiento del abuso del derecho en la jurisprudencia española y a la que hemos hecho repetida referencia. El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión administrativa para extraer arenas de las playas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseía una central de energía eléctrica situada junto a la desemboca-

10. Quizás convenga acotar que, en las referencias a «principios» que se contienen en la definición, este término es utilizado en su sentido amplio, que comprende tanto principios en sentido estricto como directrices. Ello es consecuencia de la pretensión de generalidad de la definición, que puede aplicarse tanto en el contexto de derechos basados en justificaciones últimas, como en el contexto de derechos basados en justificaciones utilitarias o en justificaciones «mixtas».

dura de un río y en las inmediaciones de una playa en la que el Consorcio procedió a la extracción de arenas. La extracción de arenas produjo la desaparición de las defensas naturales que protegían a la central eléctrica frente a los desbordamientos del río y la acción del mar. En esta situación, tuvieron lugar unos temporales particularmente fuertes que produjeron importantes daños a la central. La sociedad propietaria de la misma se dirigió a los tribunales solicitando ser indemnizada por el Consorcio, pretensión que fue estimada por los tribunales.

El análisis, en términos de la definición propuesta, discurriría así:

1) En virtud de su titularidad de la concesión administrativa para la extracción de arenas, al Consorcio le estaba permitida la extracción de arenas en cualquier punto del litoral barcelonés.

2) Como consecuencia de la extracción de arenas en la playa contigua a la central eléctrica, a esta se le causa un daño, pues queda privada de sus defensas naturales frente a los temporales, y no había una regla que prohibiera despojar a la central eléctrica de tales defensas naturales.

3) La atribución de un derecho de contenido patrimonial implica que el titular del mismo puede ejercerlo atendiendo a sus propios intereses, sin tener que ponderar en cada ocasión cómo su acción puede dañar a los intereses de otros. Sin embargo, la central eléctrica ha sufrido, como efecto de la extracción de arenas, un daño que debe considerarse como injustificado, por «excesivo» o «anormal».

4) El carácter injustificado del daño determina el surgimiento de una nueva regla que establece que, en circunstancias como las concurrentes en este caso, la acción de extraer arenas está prohibida y, como consecuencia, quien la llevó a cabo debe indemnizar los daños causados como consecuencia de la misma.

15. *Una estructura normativa de dos niveles, pero situados ambos dentro del Derecho*

La definición propuesta supone una estructura normativa de dos niveles. Y es que, en efecto, las acciones abusivas son acciones *prima facie* permitidas pero que finalmente resultan, *considera-*

das todas las cosas, prohibidas. De acuerdo con la definición, su carácter de *prima facie* permitidas proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. Su carácter de finalmente, *consideradas todas las cosas*, prohibidas proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. A la luz de dichos principios, la regla resulta, por decirlo con la terminología de Schauer (1991), supraincluyente: esto es, abarca casos que no debería abarcar. La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de autocorrección del Derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas.

Desde otras orientaciones se ha visto también en la figura del abuso del derecho una estructura normativa de dos niveles, si bien el segundo nivel de la misma se ha situado fuera del universo jurídico. Así, por ejemplo, Lino Rodríguez Arias apunta que «el abuso del derecho viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral» (1971, 132). Análogamente, J. M. Martín Bernal escribe que la calificación como abusivo significa «la condena moral, por parte de la conciencia colectiva, de un determinado acto, aunque para el ordenamiento positivo vigente sea lícito y consista por ello en el ejercicio de un derecho» (1982, 143).

En una de las monografías más agudas que conocemos sobre el abuso del derecho, L. A. Warat, en el mismo sentido que los autores recién citados, pero con mayor rigor analítico, indica que en el abuso del derecho nos enfrentamos con «la existencia y el ejercicio de un acto o su omisión, permitidos dentro del Derecho positivo, en virtud de una expresa permisión legal» (1969, 56). Ello no obstante, esta permisión contenida en la ley contrasta con «la existencia de una fuerte presión social, reflejada a través de la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira a una modificación del Derecho positivo vigente» (*ibid.*, 60). Así las cosas, la calificación por el

juez de una acción como abusiva tiene como condición «que el órgano encargado de la aplicación del Derecho positivo valore como más justa la prohibición emergente de la regla de acción social que la permisión del sistema legal» y, como consecuencia, que «establezca por ello una nueva limitación de las posibilidades de obrar con vigencia jurídica» (*ibid.*, 67).

Para estos autores, por tanto, la figura del abuso del derecho no constituiría, como hemos defendido nosotros, un mecanismo de autocorrección del Derecho —de corrección, repetimos, del alcance de ciertas reglas jurídicas a la luz de los principios jurídicos que determinan su alcance justificado— sino un mecanismo de heterocorrección del Derecho desde la moralidad. El abuso del derecho entraría en juego si se da un contraste entre la permisión jurídica de ciertas acciones en ciertas circunstancias y la convicción moral colectiva de que tales acciones, en tales circunstancias, deberían encontrarse jurídicamente prohibidas. El razonamiento judicial no se encontraría, en tales supuestos, limitado a razones proporcionadas por el propio Derecho, sino que se abriría a todo aquello que puede ser alegado en una controversia moral ordinaria. El juez se encontraría en la posición de un legislador no limitado.

Esta concepción del abuso del derecho resulta tributaria de una concepción general del Derecho que ve la dimensión regulativa de este como compuesta exclusivamente por reglas y que, así, arroja al universo de lo extrajurídico todo aquello que no resulte reducible a ellas. Sobre lo inadecuado de esta concepción ya nos hemos extendido ampliamente y no vale la pena que lo reiteremos de nuevo. Pero quizás sí valga la pena indicar que buena parte de las alarmas y recelos que la figura del abuso del derecho ha venido suscitando tradicionalmente entre los juristas[11] tienen probablemente su explicación en la asunción de una concepción de este tipo. Pues si el abuso viene entendido como una situación de desajuste entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, frente a la cual se autoriza al juez a excepcionar la aplicación de la primera atendiendo a las exigencias de la segunda, la controlabilidad racional de la co-

11. Véase, como muestra, Herrero (1974).

rrección de las decisiones judiciales se ve enormemente dificultada: pues las decisiones judiciales podrían basarse en razonamientos completamente abiertos y no limitados a las razones proporcionadas por el Derecho. Las ventajas que, en cuanto a reducción de la complejidad, aporta el disponer de un sistema jurídico que limita el campo de las razones admisibles como fundamento de las decisiones, se disiparían por completo.

Bien distintas son las cosas desde nuestra concepción: pues no se trata aquí de una divergencia entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, sino de una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema. Nuestro relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes, deben ser excepcionadas. La figura del abuso del derecho viene a ser, así, una suerte de mecanismo de salvaguardia —para casos que presenten propiedades que no se ha logrado anticipar— de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

16. *Abuso del derecho y laguna axiológica en el nivel de las reglas*

Una manera de presentar lo anterior que quizás resulte esclarecedora es vincular la figura del abuso del derecho con la noción de *laguna axiológica en el nivel de las reglas.*

Según Alchourrón y Bulygin (1974, 145 ss.), un cierto caso constituye una laguna axiológica de un determinado sistema normativo si el caso en cuestión está solucionado por ese sistema normativo, pero sin que se considere como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con alguna *hipótesis de relevancia*[12], sí debiera considerarse como relevante.

Ciertamente, Alchourrón y Bulygin no distinguen, en la obra citada, entre reglas y principios y entienden, por ello, que

12. Por «hipótesis de relevancia» se entiende la identificación del conjunto de propiedades que el sistema debería, de acuerdo con un cierto criterio axiológico, considerar como relevantes.

afirmar que un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico supone siempre una crítica externa a ese sistema jurídico (esto es, formulada desde una *hipótesis de relevancia* exterior al mismo). La noción de laguna axiológica puede, sin embargo, ser reformulada de manera que se integre en ella la distinción entre reglas y principios y la afirmación de que un cierto caso constituye una laguna axiológica no sea ya una crítica externa, sino interna al sistema jurídico. La noción de laguna axiológica quedaría referida, entonces, a las reglas de un cierto sistema jurídico y la hipótesis de relevancia dejaría de ser exterior al sistema para derivarse de los principios de ese sistema jurídico. Obtendríamos, así, la noción de laguna axiológica en el nivel de las reglas, que podríamos definir como sigue: Un cierto caso constituye una laguna axiológica en el nivel de las reglas de un cierto sistema jurídico, si las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin que dichas reglas consideren como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia derivada de los principios de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante.

Los supuestos de abuso del derecho pueden ser vistos, así, como supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso.

CHICAGO JOURNALS

A Right to Do Wrong
Author(s): Jeremy Waldron
Source: *Ethics*, Vol. 92, No. 1, Special Issue on Rights (Oct., 1981), pp. 21-39
Published by: The University of Chicago Press
Stable URL: http://www.jstor.org/stable/2380701
Accessed: 24-09-2015 20:53 UTC

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

The University of Chicago Press is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Ethics*.

http://www.jstor.org

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

A Right to Do Wrong*

Jeremy Waldron

I

It seems unavoidable that, if we take the idea of moral rights seriously, then we have to countenance the possibility that an individual may have a moral right to do something that is, from the moral point of view, wrong. Consider, for example, the following actions.

> Someone uses all the money that he has won fairly in a lottery to buy racehorses and champagne and refuses to donate any of it to a desperately deserving charity.
>
> An individual joins or supports an organization which he knows has racist leanings, such as the National Front in the United Kingdom; he canvasses support for it among a credulous electorate, and he exercises his own vote in its favor.
>
> Somebody offers deliberately confusing, though not untrue, information about the policies of a political party to a confused and simpleminded voter in an attempt to influence his vote.
>
> An athlete takes part in sports competition with the representatives of an oppressive or racist state, despite the fact that this profoundly demoralizes those who are struggling for the liberalization of that state.
>
> Antiwar activists organize a rowdy demonstration near a cenotaph service on Remembrance Day.
>
> A man refuses to give a stranger in the street the time of day when he asks for it or coldly and rudely rebuffs attempts at conversation in a railway compartment.
>
> Someone refuses to consider evidence that might call in question his or her fundamental opinions and beliefs about the world; for instance, a biblical fundamentalist refuses even to look at the evidence of the fossil record.

Now, our opinions as to the morality of these actions may differ, and, in real life, our judgments would turn on details and background elements

* I am obliged to Bob Durrant, Ronald Dworkin, Les Green, Bob Hargrave, and Gwen Taylor for helpful criticisms of earlier drafts of this paper, and to the editor and referees of *Ethics* for their encouragement and suggestions.

Ethics 92 (October 1981): 21–39
© 1981 by The University of Chicago. 0014-1704/82/9201-0002$01.00

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

that have to be left out when one is sketching examples such as these. But in each case we can easily imagine circumstances and backgrounds in which the following is a possible, even perhaps the most plausible, moral response: the action in question is morally wrong, but nevertheless it is an action that the agent in question has a moral right to do. Thus someone might say, "It is surely wrong to canvass support for an organization with racist leanings, but equally surely it is something people have a moral right to do." Or they might say, "Certainly, athletes have the moral right to compete in sports with racially selected teams if they want to, but nevertheless it is something that they should not do." This sort of double-barreled response is not unfamiliar in political discourse. But it *sounds* paradoxical, or it sounds as if the person who is making it is equivocating. So the question that I want to examine in this paper is whether there is any *real* inconsistency underlying the appearance of paradox or equivocation in this sort of response. When somebody says of an action, "Action A is wrong" and adds ". . . but you have a right to do it," is he expressing his own uncertainty or indecision as between two contrary positions such that he cannot in the end hold both? Or does the conjunction of these two judgments actually represent a single coherent position that is open to a logically scrupulous person making judgments from the moral point of view?

Obviously, at least some of our uneasiness about the idea of a right to do wrong can be explained away on purely terminological grounds. The *noun* "right" (as in "You have a *right* to join the National Front") is apt to be confused with the *adjective* "right" (as in "You are *right* to join the National Front"), and the latter term is, of course, an antonym of "wrong." So it is perhaps inevitable that the noun "right" tends to acquire by association some color of this antonymy. In a more lucid language, such a connotation might be avoided by having a word for *rights* (say, "claims" or "entitlements") which is different in sound and appearance from the adjective we use for the property *rightness*.

But this glib move does not do away with very many of our misgivings. The connection between the noun "right" and the adjective "right" is not a matter of accidental homonymy, like "pitch" (as in "cricket pitch") and "pitch" (as in "pitch black"), nor is it even merely a matter of common etymology, like "bank" (as in "bank overdraft") and "bank" (as in "river bank"). The connection between "right" and "right" is generally supposed to be more subtle and substantial than that. It is widely believed that statements about rights can be analyzed ultimately into statements about rightness and wrongness or into "ought"-statements, or that both sets of statements are commonly reducible to statements about the realization of goodness or consequential value. The paradox of a right to do wrong is serious because it threatens to introduce incoherence into all these reductive enterprises. Such a threat cannot be removed simply by substituting a fresh string of letters for one of the delinquent terms.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

II

The language of rights is now a familiar part of moral discourse. It should not be necessary to emphasize that the topic here is *moral* rights, not legal rights—no matter how the former are supposed to be related to the latter. Clearly, there is no paradox in the suggestion that someone may have a *legal* right to do an act that is morally wrong. Just as individuals may have legal duties that require them to perform wrong acts (e.g., serve in unjust wars), so too they may have legal rights that entitle them to perform actions that are wrong from the moral point of view. (This, no doubt, is what antiabortionists think about the legal rights created by permissive abortion legislation.) This seems to be possible, no matter whether "legal right" is construed as standing for a Hohfeldian privilege (indicating merely the absence of a legal duty constraining the right-bearer with respect to the action specified) or whether it stands for the stronger claim-right (indicating that others have certain duties to the right-bearer in respect of the action specified).[1] I may be legally at liberty to perform a certain act even though that act is not permissible from the moral point of view; or, others may have a legal duty to me to refrain from interfering with my performance of a certain act, even though the act is morally wrong and their interference morally permissible. All this seems quite straightforward. But legal rights are not our topic here.

When we come to examine the less straightforward topic of moral rights, we find that some moral philosophers have rejected out of hand the possibility that individuals have rights to do what is morally wrong. In 1798, William Godwin wrote, "There cannot be a more absurd proposition than that which affirms the right of doing wrong."[2] More recently, some philosophers seem to have adopted conceptions of moral rights such that the proposition

1. P has a moral right to do A

simply *entails* the negation of

2. P's doing A is morally wrong.

That is, they have adopted conceptions which make the moral permissibility of an action part of what is asserted when it is claimed that the action is the subject of a moral right. For instance, John Mackie says that a moral right is the conjunction of two elements—a freedom and a claim-right. The contribution made by the former element to the proposition that an individual has a right to do some act is this, that the act in question is one

1. For the distinction between privileges and claim-rights, see Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1923). See also Joel Feinberg, *Social Philosophy* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1973), pp. 56–59, for a brief and accessible summary.

2. William Godwin, *Enquiry concerning Political Justice*, ed. K. Codell Carter (Oxford: Clarendon Press, 1971), p. 88.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

that the individual is not morally required not to do. Since a wrong act is an act we *are* morally required not to do, it follows, on Mackie's account, that one cannot have a moral right to do an action that is morally wrong.[3]

But philosophers are by no means unanimous on this. In recent jurisprudence, both Ronald Dworkin[4] and Joseph Raz[5] have insisted that there is no contradiction in the claim that a morally wrong act may be the exercise of a moral right. But neither Raz nor Dworkin has provided any detailed argument for this position. In what follows, I shall show that the conjunction of propositions 1 and 2 above is not, as Mackie suggests, a logical falsehood, and that the fact that it is not tells us a great deal about the nature of moral rights and their function in moral theory.

It may be thought that the issue between Mackie and myself is simply this: is it the case that the formal analysis of a rights-statement always reveals, among other things, a Hohfeldian privilege? Or, more bluntly: do moral rights contain moral privileges? If they do, then the acts which are the subject matter of moral rights cannot be acts prohibited by the moral duties of the right-bearer, and, in this sense, one cannot have a moral right to do what is morally wrong. But unfortunately matters are not so simple. Hohfeld's account of privileges was designed to cope with the analysis of normative systems in which duties were perfectly correlative with claim-rights, as they are, for the most part, in contract, tort, and property law. In such systems, a privilege (being the absence of a duty with respect to some action) is just someone else's lack of a right with respect to that action. The duties whose absence is indicated by a privilege are always and only duties imposed by the rights of others. There is no conception of normative constraints on action other than duties in this strictly correlative sense and, thus, no conception of normative permissibility apart from the lack of constraints defined in this very narrow way.

Now the trouble with applying this neat analysis to the language of morals is that, in the moral sphere, notions like *duty*, *wrongness*, and *permissibility* are—though relevant to rights—not confined to the area of rights. Certainly, there are some actions that are impermissible, some actions that we have a duty not to do, because they are infringements of the rights of others. But actions may also be morally impermissible or more generally subject to moral criticism for other and more subtle reasons. They may be seen as wrong because they are vicious, or because they fall

3. John Mackie, "Can There Be a Right-based Moral Theory?" *Midwest Studies in Philosophy* 3 (1978): 350–59, esp. 351. A similar account is found in James Nickel, "Dworkin on the Nature and Consequences of Rights," *Georgia Law Review* 11 (1977): 1115–42, esp. 1117: "And if P has a right to receive X *then* P does no wrong (morally, if it is a moral right, legally, if it is a legal right) in receiving X."

4. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Gerald Duckworth & Co., 1978), p. 188: "Someone may have the right to do something that is the wrong thing for him to do. . . ."

5. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 274: "To show that one has a right to perform the act is to show that even if it is wrong he is entitled to perform it."

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

short of the standard required by some ideal or principle which is conceived of as a constraint independent of moral rights. So, since wrongness does not necessarily involve the infringement or violation of rights, there is much more to the question of whether one can have a moral right to do what is morally wrong than the simple question of whether moral rights are capable of coming into conflict.

I suppose we could *define* a sense of "morally wrong" so that it applied only to infringements of moral rights. If we were to adopt this artificial way of talking, *then* the issue would just be the Hohfeldian one outlined above. But resolution of that issue would beg the much more interesting question of the relation between the language of moral rights and the rest of moral language in all its exuberance, including those uses of "wrong" and "impermissible" that are not already tied into an artificial reconstruction of rights-talk.

III

In analyzing a problem of this sort, the professional philosopher is likely to be tempted to see whether W. D. Ross's distinction between prima facie and actual duties can be of any use.[6] The distinction is supposed to operate as follows.

When they are stated in general terms, the intuitively apprehended demands of morality often appear to contradict one another. For example, my duty to tell the truth may conflict in a particular case with my duty not to cause distress. Or my duty to keep a promise to meet someone at a certain time may conflict with my duty to give aid to someone else along the way. Now if one and the same act is the subject of conflicting moral requirements, then we have to insist that the general principles of duty which generate the conflict cannot *both* be regarded as stating the individual's *actual* duty with regard to that act in those circumstances. In other words, they cannot both be regarded as indicating what, all things considered, he ought to do. An individual's actual duty cannot be determined until the requirements of all the general principles applicable to the situation in which he finds himself have been weighed and considered. The application of a *single* general principle to a particular case, in advance of this process of weighing and considering, yields only the conclusion that the act in question is what we call a prima facie duty—something which we might conclude would be our duty *tout court* were it not for the fact that other moral considerations are relevant as well.

Obviously, if there is anything in this distinction between prima facie duty and actual duty, it can be applied equally well to rightness and wrongness. Since the idea of duty leads to the idea of the wrongness of the failure to do one's duty, we can talk about prima facie wrongness and actual wrongness in a similar sort of way. It has been argued that the distinction can also be extended to moral rights; indeed, some theorists

6. The distinction was introduced in W. D. Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930), chap. 2, pp. 17–56.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

have claimed that, without such a distinction between prima facie and actual rights, theories of human rights become manifestly implausible.[7] It is argued that, since a general right like the right to liberty may have to be set aside in some cases in favor, say, of the right to life or the right to a decent standard of living, particular cases where these rights conflict cannot be analyzed without recourse to the distinction between prima facie and actual moral constraints.

Can this distinction be of any use in analyzing our paradox of a right to do wrong? At first sight, maybe. Perhaps what are involved when somebody conjoins

1. P has a moral right to do A

and

2. P's doing A is morally wrong

are not final all-things-considered judgments but rather tentative prima facie judgments about P's doing A, each of them capable of entering into the balance of considerations to establish what, in the final analysis, ought to be done. We can perhaps rewrite 1, then, as

1A. P has a prima facie moral right to do A,

meaning that, under one description at least, P's doing A is the exercise of a moral right, but withholding our final assessment until the significance of all the possible descriptions of P's doing A is considered. And similarly, 2 is now

2A. P's doing A is prima facie morally wrong.

Understood in this way, the conjunction of 1A and 2A is, of course, not incoherent: neither of the judgments purports to state a final position, and their juxtaposition indicates only that they are both to be weighed in the balance, along with any other judgments relevant to the moral character of P's doing A, to determine what we are finally to say about the matter.

But there is a bit of an ambiguity here. Consider 2. When we shift from 2 to 2A, we indicate that we are to be understood as expressing only a prima facie rather than a final moral judgment. But in saying this we may mean either of two things. (i) We may mean that it is not to be understood as a final judgment *even so far as the wrongness of P's doing A is concerned*. That is, there may be other considerations to be weighed before we finally conclude that P's doing A is morally wrong, quite apart from whether P has a right to do it. (ii) Or we may mean that it *is* to be understood as *a final judgment so far as the wrongness of P's doing A is concerned*, but that the judgment remains prima facie inasmuch as the issue between it and 1 or 1A is still outstanding. Of these two interpreta-

7. See, e.g., Richard Brandt, *Ethical Theory* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1959), pp. 437–39.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

tions of the claim that we are making a prima facie rather than a final moral judgment, the rendering of 2 as 2A seems better suited to i. Similarly, there are two possible interpretations of 1A: (i) that it is not a final judgment even about moral rights, and (ii) that it is final about rights but not final vis-à-vis 2 or 2A. Again, the rendering of 1 as 1A seems better suited to the former interpretation.

But from our point of view, it is the latter interpretation, ii, of the prima facie claims that is the more interesting. We are more interested in the case where a judgment which is final so far as the rightness or wrongness of P's doing A is concerned confronts a judgment that is final so far as the issue of whether P has a moral right to do A is concerned. For instance, to take one of the examples from the list at the start of the paper: we may have balanced up all the conflicting principles and considerations that bear on the issue of whether voting for the National Front is *wrong* (e.g., on the one hand, British society as we know it is in danger of cultural collapse, and, on the other hand, the National Front is a dangerous racist organization); we may have weighed up all the conflicting principles and considerations that bear on the issue of whether one has a moral *right* to vote for the National Front (e.g., on the one hand, being free to vote for the party of one's choice is a necessary right in a true democracy, and, on the other hand, there is a chance that one's vote is being given to a party that would itself reject the democratic process); and we may have reached verdicts that are final in each of these two areas of morality. The question, then, is this: can the distinction between prima facie and actual moral requirements be of any further use in analyzing the confrontation between these two verdicts?

It is difficult to see how it could be. The distinction between prima facie and actual moral requirements is designed for the analysis of cases in which the agent is pulled in opposite directions by a number of general moral requirements whose applicability to this situation he acknowledges. But, whereas it is clear that the judgment expressed in 2, conceived of as a final judgment about the wrongness of the action, pulls the agent in a certain direction—in the direction of refraining from A—it is not at all clear that the judgment expressed in 1, even conceived as a final judgment so far as P's rights are concerned, pulls him in the opposite direction, or indeed in any direction at all.

This point can be understood more clearly in terms of the idea of reasons for action. Obviously, anyone who acknowledges the truth of 2 or 2A recognizes a reason for not doing A in the sort of circumstances in which P is placed. That, at least in part, is what acknowledging the truth of 2 amounts to. But although 2 provides a reason for *not* doing A, there is no corresponding reason *in favor of* doing A provided by an acknowledgment of 1. To assent to the proposition that I have a right to perform some action is not thereby to acknowledge any reason for performing that action.[8] For instance, I have a moral right to marry the partner of my

8. See Raz, pp. 266–67.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

choice (if she will have me), but that does not provide me with any reason whatever for getting married, let alone for marrying anyone in particular. If I say, "I have a right to marry anyone I choose but I am determined to remain celibate," there is nothing logically odd, not even slightly logically odd, about that conjunction. Perhaps it will be argued that in remaining a bachelor I am in fact exercising the right in question, since the right to marry may be thought to include the right to refuse to get married. (Similarly, choosing to remain silent may be thought of as an exercise of the right of free speech, and so on.) But this point—important as it is—only reinforces my argument. The moral right in itself gives me no reason for undertaking any one course of action rather than another. Thus the fact that P has a right to do A does not of itself give rise to any reason in favor of A which is capable of competing with and being balanced against the reason for not doing A provided by the acknowledged wrongness of the act. It seems, then, that the distinction between prima facie and actual moral requirements, tailored as it is to the analysis of cases in which moral reasons for acting conflict, is inappropriate for the analysis of the tensions that arise in the case of our paradox of a right to do wrong.

IV

Rights, I have said, do not provide reasons for acting, at least not for the people who have them. The same point can be presented another way. If, in some situation, I ask a friend, "What shall I do?" he has not given me any advice at all, he has not prescribed any action, if he answers, "You have a right to do A." By the same token, if somebody asks me, "Why did you vote for the National Front candidate?" or "Why did you spend all that money on racehorses and champagne?" or "Why did you marry someone you loathed?" the answer, "I was exercising my moral rights," is not any sort of appropriate reply. At best it amounts to a refusal to reply, like the retort, "Because I wanted to." Certainly, the reply, "I had a right to do A," goes no way toward *justifying* the doing of A. To justify an action is to show the standard to which in the circumstances it conformed or the worthiness of the goal that it was intended to advance. But to adduce a right is not to do either of these things.

This point has often been overlooked. For instance, A. I. Melden opens his book *Rights and Persons* with the claim: "Actions which would otherwise be arbitrary and capricious may be quite reasonable when they are in fact cases in which rights are being exercised. . . ."[9] But that is precisely what is *not* the case. If an action appears arbitrary or capricious, if, for example, I stand on my head for a week facing west in a public place, or marry somebody I loathe, or burn my stock certificates in a fit of pique, or vote randomly in a general election, my action when questioned is not made to appear one iota more reasonable or defensible, nor is a spectator the slightest bit more likely to understand why I did it, when I reply, "I had a right to do it; I was exercising my right." The spectator

9. A. I. Melden, *Rights and Persons* (Oxford: Basil Blackwell, 1977), p. 1.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

may concede that the reply is *true*, but that concession need not in any way diminish his puzzlement or indignation at my behavior.

In what contexts, then, *is* this reply helpful or appropriate? The cutting edge of the claim that P has a right to do A is the correlative claim that other people are morally required to refrain from interfering with P's performance of A. If P has a right to do A, then it follows that it is wrong for anyone to try to stop P from doing A. Thus the assertion, "I have a moral right to do A," is entirely appropriate when my act is challenged in the sense that somebody threatens to interfere coercively. For example, I may be halfway through my speech in favor of the National Front when a radical member of the audience interrupts me, saying, "Give me one good reason why I shouldn't stop you making such an evil racist speech." In these circumstances, the reply, "I have a moral right to make the speech," is, if true, a perfect and sufficient answer. Although it does not provide *me* with any reason or justification for acting, my right provides the radical with a reason for not interfering.

Now our paradox of a right to do wrong arose out of the conjunction of two propositions:

1. P has a moral right to do A

and

2. P's doing A is morally wrong.

We have seen that 1 entails

3. It is morally wrong for anyone to interfere with P's doing A.

The first step toward an understanding of why our paradox does not involve a contradiction is to realize that 2 and 3 are perfectly compatible. In particular, 2 does not entail

4. It is morally permissible for someone to interfere with P's doing A,

which would obviously contradict 3 and therefore 1.

That the wrongness of an act does not by itself entail the moral permissibility of interfering with it is obvious on a number of grounds. First, in almost every case, the act of interfering with wrongdoing will have a significance over and above the mere stopping of the wrongdoing and the suppression of its consequences. It may put the interferer at risk; it may involve the expenditure of public money or the use of other scarce resources such as police manpower; it may enhance or tarnish the reputation of the police; and so on. It may even, as the Christian ethic argues, distract the interferer from the task of his own self-improvement or be the occasion for a sinful act of moral self-indulgence. Clearly, none of these factors is relevant to the issue of whether P's doing A is right or wrong. But they *are* directly relevant to the permissibility of someone's proposed interference with P's doing A. For these reasons, then, it is necessary to drive a wedge between 2 and 4.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

It may be thought that driving a wedge between 2 and 4 diminishes the prescriptivity of 2. After all, I can hardly assert 2 sincerely, with its full prescriptive force, and yet remain completely indifferent to the conduct in question. But there is an important distinction to be drawn between self and other here. If I utter 2 sincerely, I commit myself to avoiding A in the sort of circumstances in which P is placed. But I do not commit myself to interfering with P's action. Tolerating wrongdoing does not make me hypocritical or weak willed; I am weak willed only to the extent that I perform actions myself that I believe to be wrong, and I am hypocritical only if I purport to believe that certain actions are wrong that I myself perform. The difference, then, between self and other is this. To stop *myself* from performing wrong actions, no special act of prevention is required; I need only steel myself to my duty (assuming of course that I am not in the grip of any sort of duress or compulsion). But to stop *others* from performing wrong acts (even when their behavior is as voluntary as my own), other positive acts must be performed by me beyond the mere giving of my sincere assent to the moral judgment in question. And, of course, these other acts will have moral ramifications of their own.

Of course, in practice, these distinctions get a bit blurred. Depending on the circumstances, on the personal relationships involved, and so on, merely *telling* someone that he should not do A may be a highly effective way of *getting* him to stop A-ing. The line at which mere prescription and admonition stop and coercion begins is a fine one. Even the mere expression of disapproval—the raised eyebrow or the icy stare—may be felt as a positive show of force. Also, inasmuch as a morality forms part of a way of life, and inasmuch as a person's way of life is defined in part by the persons with whom he chooses to associate, the prescriptivity of a *personal* moral judgment may lead an agent to impose social sanctions of the most far-reaching kind on those around him. There are, then, considerable difficulties in distinguishing interference from mere condemnation, and it should not be thought that driving a wedge between 2 and 4 in our formal reconstruction of the positions involved does anything to remove them. But it would be a mistake merely to abandon the point in the face of these difficulties. What we can say is this: to the extent that expressing an opinion on a moral matter has any effect on the world (over and above its inherent prescriptive effect on the actions of the person expressing it), the issue of whether one ought to express the opinion is a separate issue—a separate *moral* issue—from the issue of the correctness of the opinion itself. The expression of a moral judgment may have any number of effects in the world: it may disturb the peace in a library; it may reveal one's position to enemy soldiers; it may upset one's mother; or it may coercively interfere with another's freedom. It is not necessary to be a consequentialist to see that in all such cases there is a clear distinction to be drawn between the issue of the *truth* of a moral judgment and the issue of the rightness or wrongness of expressing it. So long as these distinctions are kept in mind, it will be clear that, since 4 does not follow from 2, then 2 and 3 are logically compatible.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

We have seen that 1 and 2, the two sides of our paradox, are compatible at least to the extent that 2 does not contradict one of the most important consequences of 1, namely, 3. But while obviously 1 entails 3, it is not obvious that their relation is one of equivalence. Mackie's position, for example, was based on the inference of a further consequence from 1—an assertion of moral permissibility.[10] So a more general argument is needed to show, against Mackie and others, that there is, as it were, nothing *else* in 1 that 2 could contradict.

The same point can be put another way. The considerations I have given in favor of driving a wedge between 2 and 4 apply to *all* cases of wrongdoing, not just those cases of wrongdoing protected by a moral right. In *every* situation where someone does something that is wrong, it is a further question whether it would be right or permissible to interfere with the wrongdoing. But when we move to the cases where there are moral *rights* involved, there is a feeling that the fact that the agent had a right to do what he did provides a *special* reason for not interfering that is not present in the ordinary cases of wrongdoing. So what we have to do now is to make sure that there is nothing in this special reason for noninterference, provided by rights, which is inconsistent with the claim that the action in question is wrong.

In the following section I shall show that we can capture the special reasons against interference provided by rights in a way that does not commit us to rejecting the possibility of a right to do wrong. To this end, I shall provide an argument showing that the *function* of rights in moral theory precludes the imposition of any general requirement on rights to the effect that actions that one has a right to perform must be actions that it is morally permissible for one to perform.

V

The argument I am going to introduce relies on something I want to call the *generality* of moral rights. The statement that an individual P has a moral right to perform a particular action A never stands on its own. It is usually supported by indicating that A is a member of a certain set of actions any of which P has a right to perform in the circumstances. Characteristically, the claim about P's doing A is seen as a particular instance of a more general claim, that P has the right to perform actions of a certain type. For example, when we say that an individual has a right to join the National Front, this claim is defended and debated, not on its own merits, but on the basis of its connection with the wider claim that the individual has the right to join any political group he likes, or, if he chooses, to refrain from political activity altogether. That is, it is put forward as an instance of the right of free political association. Similarly, when I say that a certain person has the right to paste up a particular wall poster, that claim is not contested or defended on its own merits alone but in terms of the wider claim that he has a right to free expression in

10. See II, above.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

public of his views—that is, a right to perform any of a number of activities, ranging from addressing a meeting at his workplace to writing a letter to the local newspaper. The general claim is not inferred, as it were, inductively from the more specific claims ("He has the right to put up the wall poster, and he has the right to address his workmates, and he has the right to send a letter to the newspaper—so therefore he must have the right to free expression in public"). The order of argument is the other way round. We establish the general claim and then derive the more specific propositions from it.

Of course, not all argument about rights takes place at the general level. There may be argument as to whether a particular case is really an instance of the wider claim; for example, does the right of free expression include a right constraining the editor of the local newspaper to actually publish my letter? But even here, argument at the level of particular cases looks up and refers back all the time to the nature of the argument for the more general right.

Notice that generality, in this sense, is not the same as what R. M. Hare has called the "universalisability" of evaluative language.[11] A judgment is universalizable if it either is, or is supported by, a judgment in which there are no terms referring to particulars. But a judgment may eschew all reference to particulars and so be universal in Hare's sense and still fail to be general in the sense that I have outlined. For example (moving for a moment from the language of rights to that of deontological prescriptions), the prescription, "One should never tell lies to one's wife on the morning of her birthday" is *less* general than "Don't ever deceive me," even though the former is universal and the latter is not. The greater generality of "Don't ever deceive me" consists just in its application to a wider range of actions that the former prescription. Generality and universality, then, are two different dimensions in terms of which prescriptions may be described, though it is worth reminding ourselves that generality is a matter of degree, whereas a statement is either universal or it is not.[12]

Hare has insisted throughout his work that universalizability is a *logical* feature of evaluative language. I wish to make no such claim on behalf of generality, even in the limited fragment of evaluative language that comprises the language of rights. (The mind boggles even at the preparatory task of deciding what would count as the establishment of such a claim.) Nevertheless, it is, I think, significant that many rights-claims have this feature: particular rights-claims, as well as being universalizable, are also liable to be argued for in terms of a wider, more general right. In particular, this seems to be true of the very rights that are most likely to feature in the paradox of a right to do wrong; it seems to be true,

11. See R. M. Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952), and esp. *Freedom and Reason* (Oxford: Oxford University Press, 1963), passim.

12. In this paragraph, I have drawn heavily on Hare's discussion of universality and generality in *Freedom and Reason*, chap. 3, pp. 38–40.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

for instance, of all the rights-claims that could be applied to the situations described at the start of this paper. This, as I shall show, is no coincidence.

Before we go on, it is necessary to add an important qualification. The language of rights is far from being a homogeneous fragment of the language of morals and political theory. It includes not only the traditional liberal claims of the right to free speech, to freedom of worship, and so on, in terms of which my argument has been couched so far, but also the more radical "positive" rights to free medical care, decent housing, and other basic assistance from the state and from one's fellow citizens. It also includes claims of *special* rights—the rights both positive and negative that arise out of interpersonal transactions such as promises and contracts.

In the case of these last two categories, the thesis that rights-statements are not just universalizable but also general in the way outlined above seems rather out of place. There is no question of defending, say, P's right to emergency first aid in an accident on the basis of some more general right of P's to choose among any of a number of alternative goods and services. The link with individual choice which seems so important in the case of the liberal rights, and which is probably the basis of the universality feature, seems lost altogether here. If human choice is important in cases like this, it is so only as a general justifying value lurking in the background; we might say, for instance, that the reason why people have a right to free medical care is that, without such a right, any freedom of choice in other areas of life would be so insecure as to be empty. But the immediate subject matter of the right (the receipt of medical care) itself involves no choice.

This is even more apparent in the case of special rights. If I have a right arising out of a promise to use your cottage for the weekend, then that is all I have a right to. There is no more general right that I have in terms of which my right to use your cottage could be defended and which also indicates other particular rights that are open to me.

I suppose that if one were, in Aristotle's words, out to defend a thesis at all costs, one might insist that the rights described in both these cases each cover at least two choices open to the right-bearer. In the case of the promissory right, I may choose either to use the cottage in accordance with the permission granted to me by its owner or not to use it. So my promissory right covers a plurality of actions. And even in the case of a straightforward right of receipt, such as the right to first aid in an accident, one might want to draw a distinction between *being given a good*, which is a purely passive condition, and *recieving or accepting a good*, which seems to have a slightly more active flavor to it. So if the right to first aid is redescribed as the right to *accept* first aid, and not just the right to *be given* first aid, then it too may be seen to cover a plurality of actions open to the right-bearer.[13]

13. This approach may be taken, e.g., by somebody committed to H. L. A. Hart's 'choice theory' of rights: see H. L. A. Hart, "Are There Any Natural Rights?" *Philosophical*

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

In any case, I do not want to pursue this line of thought here. Anyone who wants to apply my argument for the coherence of the paradox of a right to do wrong to cases of special or positive rights of receipt will be obliged to set up some such line of argument. But I prefer to concentrate on cases where the generality and choice elements are clearly prominent, for these are the cases where the paradox arises most acutely.

Particular rights-statements can be conceived of as clustered together into groups represented by general rights-statements. It was indicated earlier that the main characteristic of this general clustering was its relation to justification: debate and justification normally take place at the level of the general rights-statements, not at the level of the particular ones. What we contest or defend is not just the right to do A, but a general right which is the right to choose to do A or B or C or D, and so on.

Now it is important for understanding the notion of a right to do wrong to see in general terms how justification here usually proceeds. As we have seen, the cutting edge of a rights-claim is the claim it entails about the wrongness of interfering with the action that the right-bearer has chosen. So what is defended or contested when a general right is in dispute is the claim that choice within a certain range is not to be interfered with. This claim in turn is usually defended on the basis of the *importance* of the choices in the range in question for the lives of the individuals who are making them. In the ranges of action to which a theory of rights draws attention, individual choices are seen as crucial to personal integrity. To make a decision in these areas is, in some sense, to decide what person one is to be. Some rights-theorists attribute this importance indiscriminately to *all* the choices that an individual makes in his life, and so his rights to perform particular actions are organized into just one cluster under the auspices of a general right to liberty. But most rights-theorists recognize that some of the choices that individuals make are more important than others.[14] There are certain types of choice, certain key areas of decision making, which have a special importance for individual integrity and self-constitution. Particular theorists may differ, of course, as to what these key areas are, but, over the centuries, a certain liberal consensus has evolved: individuals' political activities, their intimate relations with others, their public expressions of opinion, their choice of associates, their participation in self-governing groups and organizations, particularly political organizations and trade unions, their

---

Review 64 (1955): 175–91, and also "Bentham on Legal Rights," in *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2d ser., ed. A. W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1973), pp. 171–201. Despite superficial similarities, my emphasis on the role of *choice* in rights does not commit me to anything like Hart's 'choice theory.' Clearly, one may say that a certain right is necessarily a right to make a certain choice, and that others have a duty to respect that choice, without saying (as Hart says) that the respondent's duty is actually *created or imposed by* the right-bearer's choice. It seems perfectly intelligible to say that Q may have a duty not to interfere with certain choices made by P, even before P has exercised any of those choices.

14. Dworkin, pp. 269–72, presents this contrast nicely.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

choice of an occupation—all these have been regarded as particularly important in people's definitions of themselves.

In each of these areas, from time to time, a number of alternative actions are possible. That is why the claim that someone has the right to perform one particular action does not stand alone: the claim is understood in the light of the more general proposition that the range of options in which that action is located represents an important area of choice for that person. Moreover, that is why the fact that an individual has the right to perform some particular action does not in itself provide a *reason* for his performing that action. For the claim that he has the right to perform it refers us to the wider area of decision, in which the action is located and in which alternatives are available, and asserts only that his decision making in this area is to be protected. To protect decision making is not to provide a reason for the making of any particular decision.

In the light of all this, it is easy to see why we cannot exclude the possibility that a person has a right to perform some action that is wrong. Presumably, the actions in each of the clusters covered by a general right will each be either morally required, morally prohibited, or morally indifferent. Or, to phrase it a little less rigidly, each action protected by a right will, in its particular circumstances, be an action that is *called for* from the moral point of view, or an action that is *subject to moral criticism*, or an action on which *morality has nothing of importance to say*. (For simplicity, I am ignoring supererogatory acts; their inclusion would not affect the argument except to make it a bit more complicated.)

Now suppose we were to agree with Mackie, for instance, that only morally permissible actions can be the subject of moral rights. Then the protected choices would be limited to actions that are called for from the moral point of view and actions that are morally indifferent; wrong actions or actions subject to moral criticism would be excluded. But once this restriction had been imposed it would be bound to escalate further. For, if an action is *called for* from the moral point of view, then any alternative to it that is not called for (i.e., any merely indifferent alternative) immediately becomes impermissible and so would be excluded. Thus, if we applied Mackie's condition and allowed only right and indifferent acts to figure as the subject of rights, then the right actions would soon start to dominate. And to the extent that right actions became the dominant subject matter of rights, then rights would lose what we have regarded up to now as their crucial link with the notions of choice and alternatives. One might have the right to do *the right thing* in given circumstances, but only at the cost of not having the right to do anything else in those circumstances. Rights would become what they are at times for Locke—merely the duties of the right-bearer perceived from a subjective point of view.[15]

15. See, e.g., John Locke, *Two Treatises of Government*, Critical Edition, ed. Peter Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1960), vol. 2, sec. 11 (the 'right' of self-preservation); see also Alan Ryan, "Locke and the Dictatorship of the Bourgeoisie," *Political Studies* 13 (1965): 219–30, esp. 223–24.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

It may be argued that this dominance of rights by right action need not be total even on Mackie's proposal for, except under very rigorous moralities (such as Godwin's utilitarianism),[16] there are many choice situations in which a number of permissible alternatives are open to the agent, none of which is actually called for from the moral point of view.

But this possibility reveals even greater danger for the idea of moral rights. Suppose that, in view of the argument just developed, we were to modify Mackie's proposal slightly, so that right actions as well as wrong actions were excluded, leaving only morally indifferent actions as the subject matter for rights. Then we seem to be faced with two possibilities which are equally objectionable.

The first possibility is that, by limiting rights to actions that are morally permissible, we would impoverish the content of our theory of rights. To implement the proposal under consideration, we have to imagine some sort of lexical ordering whereby the morality of rightness and wrongness, duty and obligation, requirement and prohibition, even virtue and vice is allowed first into the field of action to pick out as its domain those actions that are of particular moral concern. The morality of rights is allowed to enter the field only when that process has been completed, to clean up the leftovers, as it were. But *what* will be left over when the morality of rightness and wrongness has had its say? The answer seems to be: the banalities and trivia of human life. The decision to begin shaving on chin rather than cheek, the choice between strawberry and banana ice cream, the actions of dressing for dinner and avoiding the cracks on the sidewalk—these would be the sorts of actions left over for the morality of rights to concern itself with. But these are the actions which—apart from the argument here under consideration—would be the ones *least likely to be regarded as an appropriate subject matter for rights*. The areas of decision that we *normally* associate with rights would, on this account, be miles out of range. Because of the very importance that leads us to regard them as subject matter for rights, those areas of decision are bound to be of concern to the other deontological requirements of morality and thus are bound to be excluded from the area of moral indifference where rights are permitted their limited sway. In other words, if rights were confined to actions that were morally indifferent, actions on which the rest of morality had nothing to say, then rights would lose the link with the *importance* of certain individual decisions which, as we have seen, is crucial in their defense.

The other possibility is to let the morality of rights into the field first and to exclude from the domain of rightness and wrongness, duty and obligation, requirement and criticism any action preempted by the morality of rights. But this is equally unacceptable. The decisions that one

16. Godwin, pp. 84–85; "There is not one of our avocations or amusements, that does not, by its effects, render us more or less fit to contribute our quota to the general utility. If then every one of our actions falls within the province of morals, it follows that we have no rights in relation to the selecting them."

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

makes in exercising one's rights are supposed to be decisions that shape the character and direction of one's life and, in some sense, define the person one is to be. It is completely implausible to suppose that the rest of morality could be silent here, that the ethics of rightness and wrongness, goodness and evil, duty and obligation, and virtue and vice could have nothing to say on matters of this importance. When we say, for example, that individuals have the right to marry whom they will or to speak their minds on matters of public moment, we cannot mean to claim that actions of these sorts are sealed off from moral criticism and evaluation. Quite apart from anything else, the decisions in question cannot be made in an existentialist vacuum. Those who are making them will ask others for advice and for their opinions and evaluations of the various alternatives under consideration. And replies will come not just from those who have some personal interest at stake in the decision but also from those—like parents, priests, politicians, and philosophers—who are capable of seeing and evaluating the chosen actions as emergent fragments of an overall pattern of life. Since exercising a right involves making an important choice, it is incredible to suppose that the practice of assessing, evaluating, guiding, and criticizing important choices—the practice we call "morality"—should be inapplicable to the exercise. To exclude the rest of morality from the evaluation of these choices, and yet to insist that the choices in question are still somehow important (indeed, to justify the exclusion on the basis of this importance), is to come perilously close to self-contradiction.

To sum up. I have spoken as if the morality of rights and the morality of rightness and wrongness—the morality that gives rise to statements like 1 and the morality that gives rise to statements like 2—were distinct. And so they are, for they have distinct functions: the former has the function of protecting choices and the latter the function of guiding them. But they cannot be distinct in their range of application: it cannot be the case that a choice is so important that it needs to be protected but yet so unimportant that guidance is out of the question. If we attempt to allot a distinct sphere of action to each of these fragments of morality, we will end up by impoverishing at least one of them.

If we take the idea of moral rights seriously, then, and if we draw the connections with the ideas of choice and of the importance of certain areas of decision that I have outlined, it is necessary to insist that wrong actions as well as right actions and indifferent actions can be the subject of moral rights. So the clusters of actions that we find subsumed under our general rights are likely to include, in the circumstances that face us, actions that would be stupid, cowardly, tasteless, inconsiderate, destructive, wasteful, deceitful, and just plain wrong, as well as actions that are wise, courageous, cultured, compassionate, creative, honest, and good. This may seem messy to a certain austere type of analytic mind, but it involves no contradiction, as far as I can see, and it is the only way to reconcile the importance of moral rights, as a distinctive ingredient in ethical theory, with the diversity and the wide range of standards of ethical evaluation.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

VI

We have seen that the possibility of a right to do wrong, far from being a contradiction in terms, is actually required by the way in which rights function in moral theory and the basis on which we argue for them. But even after these arguments have been given, the sense of paradox is likely to linger. I will conclude by offering some explanations of this.

The residual sense of paradox in the idea of a right to do wrong has, I think, at least four main sources. The first is the terminological consideration I mentioned at the very start of the paper:[17] the associative link between the noun "right" and the adjective "right" is so strong that some feeling of the latter's antonymy with "wrong" is bound to rub off on the former.

The second source is connected with this. The language of rights is put to many uses, and sometimes a sentence like 1 is used just to say that P's doing A was right or at least morally permissible—and no more.[18] This usage is perhaps more noticeable in the second-person negative: "You had no right to do that" is often used as though it were interchangeable with, "You shouldn't have done that." We are all guilty of this usage at times, and it is an obvious source of misgiving about the conjunction of 1 and 2. (It should perhaps be noted also that this is not the only deviant use to which the language of rights is put. Often rights-statements are used as though "right" were loosely synonymous with authority in such a way that "You had no right to do that" is equivalent to "It was not for you to do that" said, for example, to someone who had purported to act in loco parentis. In this sense of "right," there do not seem to be any problems with the idea of a right to do something that is wrong.)[19]

The third source was also alluded to earlier. It may be thought that it is, in the last resort, impossible both to guide choices and to protect them. If we take a sufficiently brutal (perhaps emotivist) view of moral interaction, we may believe that, when somebody tells me that A is wrong, he cannot claim to be respecting my right to do A. To say that an act is wrong, to condemn its performance, and to urge others not to do it—surely all that comes down, in the end, to the very sort of coercion which is ruled out when we say that the action is one which there is a moral right to perform. But it should be obvious that the whole drift of this paper depends on a rejection of that way of looking at things. As Austin and Hare have stressed, there *is* a distinction to be drawn between telling a person to do something and making him do it;[20] so that even if saying that A is wrong involves telling P not to do A, still we can distinguish between

17. See I, above.

18. See Dworkin, p. 189 and footnote thereto.

19. Some such theory, linking "right" and "authority," seems to be espoused in G. E. M. Anscombe, "On the Authority of the State," *Ratio* 20 (1978): 1–28.

20. See J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, 2d ed., ed. J. O. Urmson and Marian Sbisa (Oxford: Oxford University Press, 1975), pp. 101 ff., and Hare, *The Language of Morals*, pp. 12–16.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions

moral guidance and coercive interference. But it has to be admitted that, in real life, this distinction is a perilously fine one, and that its fineness is one of the contributing sources of any residual misgivings about the idea of a right to do wrong.

The fourth and final source is based on the pragmatics of rights-talk. There is, as we have seen, no prescriptive incompatibility between 1 and 2: there is nothing in the assertibility conditions of 1 to rule out its conjunction with 2. But now consider the *pragmatics* of the first-person assertion, "I have a right to do A." In real life, such an assertion is not often offered as a contribution to ethical theory—it is most often uttered by someone who intends to do A and is responding to moves by other people to prevent his carrying out that intention. But there is something odd about having the intention to do A and sincerely believing that A is wrong. There is an extremely important logical link, alluded to already in this paper, whose precise nature has not and will not be explained until we have satisfactory theories both of weakness of will and of the relation between prima facie wrongness and actual wrongness, between intending to do A and *dissenting* from the judgment, "My doing A is wrong." And so the pragmatic link that holds between the assertion, "I have a right to do A," and the intention to do A, coupled with the semantic link between the assertion, "My doing A is wrong," and *not* intending to do A, is likely to remain as another source of residual misgiving about the idea of a right to do wrong.

This content downloaded from 64.76.96.21 on Thu, 24 Sep 2015 20:53:35 UTC
All use subject to JSTOR Terms and Conditions