

HANS KELSEN

TEORIA PURA DEL DERECHO

Traducción de la segunda edición en alemán, por

ROBERTO J. VERNENGO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1982

Título original en alemán:
"REINE RECHTSLEHRE", zweite, vollständig neu bearbeitete
und erweiterte Auflage, Wien 1960

Primera edición en español: 1979
Primera reimpresión: 1981
Segunda reimpresión: 1982

ISBN 968-58-0032-4

D R © 1982, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. 04510 México, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

~~el daño con su conducta, y que no lo ha reparado, ese individuo será responsable de su propio delito, consistente en la falta de reparación del daño por él provocado; pero por el mismo delito, es decir, por la falta de reparación del daño que provocara, puede también responder otro individuo; tal es el caso, cuando la sanción de ejecución civil se dirige al patrimonio de otro individuo, cuando el primero no cumple su obligación de reparar. El segundo individuo responde plenamente cuando no puede evitar la sanción, aun reparando el daño ocasionado por el primer individuo. Normalmente puede sin embargo, según el derecho positivo, evitar así la sanción, ya que, normalmente, no sólo responde por la falta de reparación del daño por parte del individuo obligado en primera línea a la reparación, sino que también se encuentra obligado, en segundo término a reparar el daño ocasionado por el primero, cuando éste no lo hace. Sólo como sujeto de esa obligación, y no como objeto responsable, puede evitar con su conducta la sanción; pero entonces no responde solamente por el incumplimiento en la reparación por parte del individuo que no ha reparado el daño que ocasionó con su incumplimiento de la obligación, sino también por su propia falta de reparación de ese daño; ni esa obligación suya de reparar el daño, ni su responsabilidad por el cumplimiento de su obligación, es una sanción. La sanción sólo aparece cuando ninguno de los dos individuos reparan el daño.~~

~~g) *La responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado.* Cuando la sanción no se dirige contra el delincuente, sino como en el caso de la responsabilidad colectiva, contra otro individuo que se encuentra con el delincuente en una relación determinada por el orden jurídico, la responsabilidad tiene siempre el carácter de una responsabilidad por el resultado, dado que no se da ninguna relación interna entre el individuo responsable del delito y el acontecimiento, indeseable según el orden jurídico, provocado, o no impedido por la conducta de un tercero. El sujeto responsable no tiene que haber previsto, ni buscado intencionalmente el acontecimiento; pero es enteramente posible, que el orden jurídico sólo estatuya responsabilidad por el delito cometido por otro, cuando el delito ha sido cometido intencionalmente por el delincuente. Entonces la responsabilidad tiene carácter de responsabilidad intencional, en relación con el delincuente, y de responsabilidad por el resultado, en relación con el sujeto responsable.~~

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 formularse, 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 una 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.

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 acreedor, 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 querrela 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 absurdo 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 llevarse 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 fundamenta-

⁹¹ Cf. *infra*, pp. 245 ss.

⁹² Cf. *infra*, pp. 229 ss

les, 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 éste 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

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 administrativo 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.

30. *Capacidad jurídica. Competencia. Órgano*

a) *Capacidad jurídica.* El poder jurídico expuesto en lo anterior como un derecho subjetivo, privado o político, sólo constituye un caso particular de la función del orden jurídico que aquí se denomina "facultamiento". Desde el punto de vista de una ciencia del derecho que describe en enunciados jurídicos el orden jurídico, la función de ese orden reside en enlazar a determinadas condiciones — es decir, a condiciones determinadas por el orden jurídico — determinados actos coactivos también determinados por él. Ese acto coactivo es la consecuencia *par excellence*. Por cierto que entre sus condiciones aparecen algunas que, a su vez, están condicionadas por otros hechos determinados por el orden jurídico, y que en este sentido, configuran consecuencias relativas. Cuando, por ejemplo, el orden jurídico prescribe que quien encuentre una cosa y se la apropie, sin exhibir lo encontrado a determinado funcionario, o sin depositarla ante ese funcionario, debe ser penado, el hecho de la apropiación del objeto encontrado es condición del hecho de la retención o del hecho de la no exhibición, los cuales, a su vez, juntos con la primera condición, son la condición del acto coactivo. Sólo el acto coactivo es una consecuencia que no es ella misma condición. Se trata de la última consecuencia, de la consecuencia jurídica; y si el acto coactivo es una sanción, como reacción contra la conducta de un individuo determinada por el orden jurídico, la consecuencia jurídica es consecuencia de un delito. En tanto el derecho, como orden coactivo, establece el acto coactivo, que es un acto de conducta humana, como debido, aparece como norma: su función es normar.

La función del orden jurídico designada como "facultamiento" se refiere sólo a conducta humana. Sólo la conducta humana es facultada, autorizada, por el orden jurídico. En un sentido muy lato, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo. No corresponde considerar "facultados" otros hechos determinados por el orden jurídico como condiciones. Cuando este orden determina que un hombre, afectado de una enfermedad contagiosa, debe ser internado en un establecimiento hospitalario, el orden jurídico faculta a determinado

~~una agrupación personalidad jurídica, ello significa que el orden jurídico estatuye obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos que son los órganos o los miembros de la asociación constituida por los estatutos, y que esta compleja situación puede ser desentrañada con ventajas, en cuanto de una manera relativamente más simple, mediante el recurso auxiliar de una personificación del estatuto constituyente de la asociación; pero esta personificación, y su resultado, el concepto auxiliar de persona jurídica, es un producto de la ciencia que describe el derecho, y no un producto del derecho mismo. Ello no se ve modificado por el hecho de que también la autoridad creadora de derecho, el legislador, se puede servir de éste, como de cualquier otro concepto creado por la ciencia jurídica. Como ya se subrayó en lo anterior, todo orden normativo que regule el comportamiento de un conjunto de individuos puede ser personificado; cabe referir las conductas que ese orden determina, así como las obligaciones que mediante esas conductas se cumplen, o los derechos que con ellas se hacen valer, a la unidad de ese orden, atribuyéndolas a la persona jurídica así construida. Si, como sucede a veces, se distingue entre asociaciones (sociedades) con personalidad jurídica, y aquellas que carecen de esa personalidad jurídica, ello deriva de que se utiliza un concepto estrecho de personalidad jurídica, hablando sólo de ella cuando el orden jurídico contiene disposiciones especiales, como, por ejemplo, cuando los miembros sólo responden con el patrimonio colectivo, o responden con él en primer término. Pero también un concepto más estricto de este tipo de la persona jurídica es una construcción de la ciencia del derecho, un concepto auxiliar al que se puede recurrir en la exposición del derecho, pero que no es de uso necesario. El derecho crea obligaciones y derechos que tienen por contenido a la conducta humana, pero no a personas. Así como no corresponde reconocer a la ciencia del derecho una función propia del derecho mismo, tampoco debe confundirse una función de la ciencia jurídica con una función del derecho.~~

g) *Superación del dualismo entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo.* Para la jurisprudencia tradicional, el sujeto de derecho representa —en tanto persona física o jurídica—, con “sus” obligaciones y derechos, el derecho en sentido subjetivo; el facultamiento caracterizado como derecho subjetivo no es más que un caso especial de esta representación amplia. Y el derecho, en este sentido subjetivo amplio, se contrapone el derecho objetivo, al orden jurídico, es decir, a un sistema de normas, como un dominio distinto de aquél. La teoría pura del derecho deja a un lado este dualismo, en tanto disuelve el concepto de persona en el de personificación de un conjunto de normas jurídicas; reduce a norma jurídica la obligación y el derecho subjetivo (en sentido subjetivo), norma que enlaza una sanción a determinada conducta de un hombre, haciendo dependiente la ejecución de la sanción de una demanda que lo solicite; es decir, reduce el llamado derecho en sentido

subjetivo al derecho objetivo. Al hacerlo, echa a un lado esa actitud subjetivista hacia el derecho a cuyo servicio se encuentra el concepto de derecho en sentido subjetivo: esa concepción propia de abogados que considera al derecho sólo desde el punto de vista de los intereses de las partes, es decir, en relación con lo que al particular significa, con la medida en que lo beneficie, es decir, sirva a sus intereses, o lo perjudique, es decir, lo amenace con un mal. Se trata de la posición específica de la jurisprudencia romana que, proveniente en lo esencial de la práctica profesional de los juristas con *ius respondendi*, fue receptada junto con el derecho romano. La actitud de la teoría pura del derecho es, en cambio, plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. En este sentido es ella verdaderamente una concepción orgánica del derecho. Pero al pensar el derecho como un organismo, no entiende por tal ninguna entidad supraindividual, supraempírica, metafísica —representación que por lo general oculta postulados ético-políticos—, sino única y exclusivamente, que el derecho es un orden, y que, por lo tanto, todos los problemas jurídicos deben ser planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo.