



Biblioteca de Ética,
Filosofía del Derecho
y Política

DIRIGIDA POR

Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

W. N. HOHFELD

CONCEPTOS JURÍDICOS
FUNDAMENTALES



Título original: "Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning" in *23 Yale law journal*, 16 (1913), New Haven, Connecticut, U. S. A.

Traducción: *Genaro R. Carrió*

Primera edición: 1968, Centro Editor de América Latina, S. A., Buenos Aires, Argentina.

Primera edición: 1991, Distribuciones Fontamara, S. A.

Quinta reimpresión: 2004

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-127-9

© W. N. Hohfeld

© Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

NOTA PRELIMINAR

1. La existencia de un orden jurídico en una determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en las que pueden hallarse los miembros de esa comunidad. Por lo pronto, ello posibilita afirmar que hay acciones u omisiones *jurídicamente* prohibidas, obligatorias o permitidas. Estos calificativos deónticos no agotan, por cierto, el arsenal de términos que los juristas —y también los legos— emplean para hablar *acerca de* aquellas situaciones o, en términos genéricos, para describirlas. Los mencionados son los predicados deónticos más generales y, en ese sentido, los de más alto nivel.

2. Son numerosos los términos y expresiones que usan los juristas para aislar o identificar las múltiples y complejas situaciones que derivan de la existencia de un orden jurídico. En esta nota preliminar vamos a referirnos especialmente a un grupo de palabras y expresiones —a las que, por ahora, llamaremos “expresiones B”— que se encuentran ubicadas, por decirlo así, en un nivel intermedio entre (A), los términos deónticos más generales ya señalados (jurídicamente prohibido, obligatorio, permitido), y (C), las expresiones que los juristas emplean para aludir a las situaciones específicas de que se ocu-

pan las disciplinas en que se divide la (bien o mal) llamada Ciencia Dogmática del Derecho. Me refiero a expresiones tales como "hipoteca", "heredero aparente", "obligación solidaria", "avalista", "cesación de pagos", "préstamo a la gruesa", "excusa absolutoria", "legítima defensa", "delito instantáneo", "excepción dilatoria", "tercería de dominio", "acto administrativo", "debido proceso legal", "desviación de poder", "preaviso", etcétera.

Las expresiones *B* poseen una órbita de aplicación que excede el campo particular de las distintas disciplinas dogmáticas (el derecho civil, comercial, procesal, etcétera). Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general que, si cabe el giro, cruzan los límites que separan, en forma más o menos clara, los dominios adjudicados a aquéllas. Estas expresiones *B* son, por ejemplo, "derecho subjetivo", "deber jurídico", "responsabilidad", "sanción", "acto ilícito", etcétera. No hay una separación nítida entre las expresiones *B* y las expresiones, más específicas, del grupo *C*.

3. En términos generales puede decirse que, mientras los juristas dogmáticos *usan* las expresiones *B* al trabajar en sus respectivas disciplinas (para aludir con ellas a las situaciones generales que esas expresiones aíslan, o bien, con mas frecuencia, para caracterizar por su intermedio a figuras o instituciones de alcances más específicos), los teóricos generales del derecho *mencionan* tales expresiones *B* para elucidar su significado, sus relaciones y sus criterios de aplicación.

En conexión con esta (pretendida) división o asignación de tareas, y con lo que ella da por supuesto, caben estas dos observaciones:

(i) No siempre los autores de Teoría General del Derecho se ocupan de elucidar nociones que son de uso frecuente entre los juristas dogmáticos. Algunos de los

conceptos de que se ocupa la Teoría General del Derecho han sido *creados* por ella —esto es, introducidos y definidos estipulativamente— con la finalidad de presentar los fenómenos del derecho en una perspectiva que se juzga más esclarecedora o más rica en consecuencias teóricas. Tal ocurre, por ejemplo, con la noción de “deber jurídico” entendida en su alcance más lato.¹

Esta introducción de nociones, que no responde a un uso vigente entre los juristas, puede ser presentada como una explicitación de presupuestos que, se afirma, los juristas *aceptan* tácitamente. Tal es en parte la pretensión de Kelsen; véase, por ejemplo —y en otro contexto—, cómo caracteriza su noción de “norma fundamental”.²

(ii) No siempre los juristas que trabajan en las disciplinas dogmáticas se limitan a *usar* las expresiones del tipo B, también suelen ocuparse de ellas, con el propósito de definir las y describir sus relaciones recíprocas. Estas excursiones por el campo de la Teoría General del Derecho no suelen ser muy afortunadas.

4. Pues bien, los “conceptos jurídicos fundamentales” de Hohfeld corresponden a nuestras “expresiones B”. Hohfeld no se refiere a todas ellas —o, mejor dicho, a los conceptos correspondientes— por la sencilla razón de que su interés central fue esclarecer dos familias de tér-

¹ Cfr., mi ensayo *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966. Allí adoptó y desarrolló una idea expuesta por Hart en “Il concetto di obbligo”, en *Rivista di filosofia*, vol. LVII, núm. 2, pp. 125 a 140.

² Cfr., por ejemplo, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, Cap. X, C. a., *in fine*, [hay trad. castellana de Eduardo García Máynez, Imprenta Universitaria de México, 1950]. Igualmente, *Théorie Pure du Droit*, Editions de la Neuchâtel, Baconnière, 1953, Cap. IX, 3, [hay traducción castellana de Moisés Nilve, Buenos Aires, EUDEBA, 1960].

minos ligados, de maneras oscuras y complejas, a la pareja de opuestos "derecho (subjetivo)" — "deber (jurídico)"—. Para aclarar un poco los términos de esta oposición, digamos:

a) que el primero de ellos ("derecho") tiene allí el sentido (impreciso) con que se usa la palabra en fórmulas del tipo de "X tiene derecho a...", o "Y tiene el derecho de...", fórmulas que son usuales en contextos jurídicos; y,

b) que el segundo término ("deber") no tiene allí el alcance generalísimo a que aludimos en el punto anterior, sino una acepción más circunscrita, en la que suele aparecer típicamente como el complemento o "correlato" del término con el cual se lo presenta en oposición.

Si nos aproximamos al lenguaje que usan los juristas, podemos observar que cada uno de estos términos parece presidir, por así decirlo, una familia de expresiones o palabras emparentadas entre sí. Las relaciones internas de cada familia distan mucho de ser precisas. No se sabe si algunos de sus miembros son recíprocamente sustituibles, y si no lo son, por qué no lo son. No se sabe a ciencia cierta si el uso que esas palabras reciben admite áreas de superposición y, en su caso, cómo y con qué criterio puede ser acotada la zona común y deslindada de la que no lo es. No se sabe tampoco si esos términos se emplean siempre con un significado unívoco o si, por el contrario, sus reglas de uso toleran ambigüedades que el contexto puede, o no, ayudar a disipar. Hay, en suma, un aparente caos terminológico que, en este caso, parece ser un indicio de caos conceptual.

(i) Así, a la primera familia, presidida por la palabra "derecho" (en el impreciso sentido sugerido), corresponden expresiones tales como "inmunidad", "libertad", "privilegio", "prerrogativa", "facultad", "exención", "po-

testad", "poder", "pretensión legítima", "interés legítimo", "atribución", "garantía", "capacidad", "competencia", "autorización", "permiso", "licencia", "franquicia", "impunidad", "concesión", "título", "opción", "limitación de responsabilidad", "prioridad", "preferencia", "jurisdicción", "independencia", "autarquía", "autonomía", "inoponibilidad", etcétera.

(ii) Así, a la segunda familia, presidida por la palabra "deber" (en el impreciso sentido sugerido), corresponden expresiones tales como "obligación", "responsabilidad", "incapacidad", "incompetencia", "prohibición", "limitación", "caducidad", "carga", "condición", "prestación", "servicio", "gravamen", "impedimento", "incompatibilidad", "inhabilidad", "ausencia de derecho", "restricción", "ligamen", "débito", "inhibición", etcétera.

5. La Teoría General del Derecho ha intentado poner orden en el aparente desorden terminológico que acabo de ejemplificar. Con el riesgo de incurrir en una simplificación excesiva, podemos hablar de dos tipos de soluciones frente a este problema. O, si se quiere, de dos técnicas de ataque para resolverlo. No digo que no puede haber otras; estas dos son las principales que se han dado o empleado.

(i) La primera de dichas soluciones consiste en *reducir* los conceptos ligados a las dos familias de expresiones en cuestión, *redefiniendo* "derecho subjetivo" y "deber jurídico" de manera tal que esas expresiones tengan, en todos los contextos, un significado unívoco y, a su vez, no dependiente el uno del otro. Esto significa, por decirlo así, "oficializar" sólo una acepción de cada una de esas expresiones, y *decidir* que todas las demás expresiones de uso corriente, emparentadas con ellas, o poseen un significado reducible a los homologados, o bien

carecen de un contenido significativo relevante para la adecuada representación de un sistema jurídico sobre bases científicas.

Esta primera solución que he presentado, claro esta, en la forma de una apretada síntesis y, por ello, con un considerable sacrificio de matices, parece ser la de la Teoría Pura del Derecho. Aceptarla es alejarse a sabiendas de los usos vigentes entre los juristas; tales usos quedan descalificados. La reducción y la redefinición correlativa son impuestas por los requisitos de la llamada pureza metódica. Esto es, por la necesidad de *construir* un aparato conceptual coherente y "económico" a partir de un grupo muy pequeño de nociones básicas. Estas últimas, a su vez, han sido seleccionadas en función de los ideales científicos del positivismo jurídico (en cierto sentido de "positivismo jurídico").

(ii) Una segunda solución posible es mantenerse *relativamente* cerca de los usos vigentes, para *reconstruir* los distintos conceptos jurídicos fundamentales que la profusa terminología en boga encubre. No se trata aquí tanto de introducir definiciones puramente estipulativas, como de recoger, con las necesarias precisiones, el núcleo de significado central de expresiones vigentes.

Esta solución procura tomar el lenguaje de los juristas como punto de partida y, sin presupuestos rígidos, rescatar aquellos usos que efectivamente marcan distinciones útiles, aunque muchas veces ese uso enmascare la distinción bajo el empleo ambiguo de un mismo término que se utiliza para describir situaciones distintas, o recurra a una prescindible batería de sinónimos perfectos, en la creencia errónea de que las distintas palabras identifican o aíslan situaciones también distintas.

6. Esta última parece ser la solución de Hohfeld, tal como resulta de lo que llamaré la "pretensión modera-

da" de su ensayo. Claro está que la tarea de Hohfeld exige efectuar delimitaciones más o menos drásticas en los lindes imprecisos de los términos jurídicos vigentes. También es cierto que Hohfeld se ve obligado en un caso a introducir un nombre nuevo para contribuir a efectuar una distinción que, según pretende, es efectivamente hecha por los juristas, pero no adecuadamente reconocida por ellos ni, menos aún, identificada mediante una designación específica. No obstante estas dos maniobras —la redefinición parcial y la introducción de algún término nuevo—, la tarea de Hohfeld no se confunde con la que he llamado la primera solución.

Esto es así porque tras la concepción de nuestro autor, en esta interpretación que se apoya en su "pretensión moderada", opera la idea de que buena parte de lo que hacen los juristas al clasificar y calificar las diversas situaciones jurídicas es básicamente aprovechable, al punto que Hohfeld busca apoyo en una multitud de ejemplos tomados de la experiencia de los tribunales y de los textos de los autores, y escribe con la pretensión de mejorar la práctica diaria del derecho. No debe olvidarse que el título completo del ensayo es *Los conceptos jurídicos fundamentales tal como son aplicados en el razonamiento judicial (Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning)*. Hay, pues, una marcada diferencia de presupuestos, de métodos y de objetivos entre una concepción a la manera de Hohfeld y las concepciones puramente reduccionistas.

7. Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien Hohfeld enuncia el propósito de recoger y precisar los núcleos de significado central de nociones jurídicas vigentes, en otras partes atribuye a su ensayo conquistas que pueden calificarse de excesivas. Esta dualidad autoriza a distinguir entre una "pretensión moderada" y una "pretensión

máxima" de la doctrina. En efecto, nuestro autor pretende haber llegado a aislar ocho conceptos jurídicos fundamentales, cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por "derecho" y cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por "deber", que constituirían los "mínimos denominadores comunes" a los que se podrían reducir *todas* las situaciones o relaciones jurídicas concebibles para dar acabada cuenta de ellas. Algo así como si esas nociones nos proveyeran de ocho géneros próximos (o categorías) únicos y exclusivos, que permitirían definir, con el aditamento de las diferencias específicas del caso, *todos* los conceptos jurídicos imaginables.

En la medida en que Hohfeld creyó realmente haber hecho eso, su empresa está expuesta a numerosas críticas que no sería oportuno ni adecuado desarrollar aquí. Ese modo de entender a Hohfeld recoge la pretensión máxima de su doctrina. Como ella *es* separable de la que he llamado su "pretensión moderada", prefiero moverme dentro de esta última. Es decir, en la interpretación menos ambiciosa —y, a mi juicio, más sensata— que he sintetizado en el punto 6.³

³ Arthur L. Corbin subraya lo que llamó "interpretación moderada": "Hohfeld luchó con gran éxito para restringir cada uno de los ocho términos fundamentales a aquel significado con el que es más comúnmente usado por los jueces y los juristas", (prólogo a Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, 1964, p. XIII). También la destaca Walter W. Cook: "Así, el análisis jurídico, para Hohfeld, era principalmente un auxilio necesario para descubrir cuáles son exactamente los problemas que los tribunales y los abogados deben enfrentar y, a la vez, para hallar analogías útiles que de otra manera podrían quedar encubiertas." Añade Cook que por eso el verdadero carácter del interés de Hohfeld en el campo analítico lo muestra el título completo de su famoso ensayo *Los conceptos jurídicos fundamentales tal como son aplicados en el razonamiento judicial*; eso —dice Cook— "es lo importante; los conceptos jurídico fundamentales no en absoluto, sino usados concretamente para resolver los problemas prácticos que surgen en el trabajo diario de los abogados y los jueces", (prólogo a Hohfeld, *Fundamental...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5).

8. Hohfeld cumple su tarea mediante el examen de una abundante cantidad de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas. Sobre esa base aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales, que agrupa en dos tablas, una de correlativos y otra de opuestos. Ambas tienen los mismos ingredientes, sólo que agrupados con criterios distintos.

(i) En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas –que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra “derecho” (subjetivo)– y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto **A** en su relación con un sujeto **B**, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene **B** frente a **A**. A la modalidad activa “derecho” (en sentido estricto) le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva “deber”; a la modalidad activa “privilegio” le corresponde la modalidad pasiva “no-derecho”; a la modalidad activa “potestad” le corresponde la modalidad pasiva “sujeción”; y a la modalidad activa “inmunidad” le corresponde la modalidad pasiva “incompetencia”.

Con otros términos: Si **A** tiene *derecho* a que **B** haga el acto **X**, **B** tiene el *deber* frente a **A** de hacer el acto **X**. Si **A** tiene frente a **B** el *privilegio* de hacer el acto **X**, **B** no tiene el derecho (tiene el *no-derecho*) de exigir que **A** se abstenga de hacer **X**. Si **A** tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de **B**, mediante el acto **X**, **B** está sujeto (está en un estado de *sujeción*) frente a **A**, en el sentido de que la situación jurídica de **B** se verá alterada por los efectos del acto **X**. Si **A** tiene frente a **B** una situación de *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto **X** de **B**, **B** es incompetente (tiene *incompetencia*) para alterar, mediante el acto **X**, la situación jurídica de **A**.

Cada una de las modalidades jurídicas activas reclama a la modalidad pasiva que está correlacionada con ella.

(ii) Distinta es la situación que exhibe la tabla de los opuestos. Aquí cada modalidad jurídica activa es presentada en conexión con aquella modalidad pasiva que, en lugar de complementarla, se le opone como su contradictoria en cabeza del mismo sujeto. A la modalidad activa "derecho" se opone —en el sentido de que es su negación contradictoria— la modalidad pasiva "no-derecho"; a la modalidad activa "privilegio" se opone la modalidad pasiva "deber"; a la modalidad activa "potestad" se opone la modalidad pasiva "incompetencia"; y a la modalidad activa "inmunidad" se opone la modalidad pasiva "sujeción".

Con otros términos: si A tiene frente a B el *derecho* de que B haga X, ello excluye que A no tiene el derecho (tiene el *no-derecho*) de que B haga X. Si A tiene frente a B el *privilegio* de hacer X, ello excluye que A tiene frente a B el *deber* de hacer X. Si A tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, mediante el acto X, ello excluye que A es incompetente (tiene *incompetencia*) para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de B. Si A tiene frente a B una situación de *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, ello excluye que A está sujeto (se encuentra en un estado de *sujeción*) frente a B respecto del acto X y de sus efectos jurídicos.

Cada una de las modalidades jurídicas activas excluye a la modalidad pasiva opuesta.

9. Las distintas modalidades jurídicas activas no se excluyen entre sí. (Tampoco se excluyen necesariamente entre sí las modalidades jurídicas pasivas.) Lo que quiero decir se verá más claro con el siguiente ejemplo. Decir que A es propietario del objeto Z, importa afir-

mar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z. A tiene el derecho de que B (otro miembro de la comunidad) no use el objeto Z; tiene, frente a B, el privilegio de usarlo; tiene, frente a B, la potestad de abandonarlo; tiene, frente a B, la inmunidad consistente en que este último no puede, digamos, enajenar dicho objeto. A puede, sin embargo, en sus relaciones con B (o con cualquier otro miembro de la comunidad), limitar ese cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades. Por ejemplo, concediendo a B el derecho (o el mero privilegio) de usar el objeto, o comprometiéndose frente a B a no usarlo, u otorgando a éste la potestad de venderlo.

10. No voy a caracterizar y desarrollar aquí todas las modalidades jurídicas. Sólo quiero mostrar cómo ayudan a clarificar algunos de los problemas que preocupan a los juristas. A tal fin utilizaré un ejemplo no jurídico, pero del cual puede extraerse más de una moraleja con relevancia para el derecho. Se conecta con el par de correlativos "privilegio-no derecho" y con el par de opuestos "privilegio-deber".⁴

Supongamos que queremos representar la situación normativa recíproca de dos púgiles durante un comba-

⁴ Alf Ross ha mejorado la caracterización de "privilegio" que trae Hohfeld y, en lugar de "privilegio", habla de "libertad", [*On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958, Cap. V. Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963]. Mientras que para Hohfeld la expresión "A tiene frente a B el privilegio de hacer el acto X" sería analizable diciendo que A no tiene frente a B el deber de hacer X y que B no tiene el derecho (tiene el no-derecho) de que A omita X, para Ross la expresión "A tiene frente a B la libertad de hacer X" es analizable diciendo que A no tiene frente a B el deber de hacer ni de omitir X, y que B no tiene el derecho (tiene el no-derecho) de que A omita o haga X. Considero preferible, hasta allí, la caracterización y la terminología de Ross. No obstante, en el ejemplo del texto usaré el vocabulario de Hohfeld. No creo que ello afecte la inteligencia de lo que digo.

te de boxeo, usando exclusivamente la relación "derecho-deber" caracterizada de la siguiente manera estricta:

a) Decir que el sujeto A tiene el derecho de hacer (omitir) el acto X significa que A está autorizado a comportarse así y, específicamente, que el sujeto B tiene el deber de no impedir que aquél realice (omita) tal acto (o, lo que es lo mismo, que el primero puede exigir que el segundo se abstenga de impedirlo); y,

b) Paralelamente, decir que A tiene el deber de hacer (omitir) el acto Y significa decir que a A le está prohibido comportarse de manera contraria y, más específicamente, que B tiene el derecho de impedir que A omita (haga) dicho acto (o, lo que es lo mismo, que B puede exigir que A se comporte en la forma debida).

A y B son nuestros púgiles. Sus acciones en el *ring* constituyen el universo de nuestro discurso. No hay otras reglas aplicables que las del boxeo. Nos proponemos representar la recíproca posición normativa de A y B en función de esas reglas, utilizando exclusivamente el par de nociones "derecho-deber" con el sentido que acabamos de precisar.

No cabe duda, en tales circunstancias, de que tanto uno como otro púgil tiene el deber de no dar golpes bajos ni cabezazos a su oponente, así como el derecho de que su oponente no le dé golpes bajos ni cabezazos. Podemos identificar de la misma manera una importante serie de derechos y deberes de ambos contendientes.

Pero, ¿qué diremos del acto de dar un golpe "correcto" al oponente? No cabe duda de que las reglas del boxeo no prohíben que A aseste a B un impecable golpe de puño en la mandíbula. Lejos de ello, el esfuerzo de A en tal sentido parece corresponder claramente al espíritu del deporte y A está autorizado expresamente a hacerlo. Es más, las reglas del mismo lo estimulan a com-

portarse así. Pero aunque las reglas del boxeo autorizan a **A** a dar golpes "correctos" a **B**, sería indudablemente falso decir que **A** tiene el derecho de golpear así a **B** (en el sentido de "derecho" caracterizado más arriba). **A** no tiene ese derecho, por la sencilla razón de que sería no sólo falso, sino absurdo, sostener que **B** tiene el deber de no impedir que **A** le dé golpes de esa clase. Las reglas del boxeo expresamente autorizan a **B** a impedir que **A** le de golpes "correctos", y, aún más, estimulan a **B** a comportarse así. **A** no tiene el derecho de golpear a **B** ni **B** tiene el deber de dejarse golpear (y lo mismo vale, por supuesto, respecto de **B** y **A**). Pero el hecho de que **B** (o **A**) no tenga el deber de dejarse golpear no significa que tenga el derecho de que **A** (o **B**) no lo golpee, en el sentido de que **A** (o **B**) tendría el deber de no golpearlo.

Es obvio que la terminología de derechos y deberes, en el sentido definido, fracasa totalmente para dar cuenta de la recíproca situación normativa de nuestros dos púgiles a la luz de las reglas del boxeo. No se trata de que esa terminología refleje inadecuadamente o distorsione las cosas; simplemente, no funciona en absoluto.

Frente a nuestro ejemplo, Hohfeld sacaría a relucir, sin duda, su par de nociones "privilegio-no derecho". Cada púgil tiene, frente al otro, el privilegio de darle golpes "correctos", en el sentido de que no tiene el deber de abstenerse de ello. Ninguno de los púgiles tiene ese deber y uno y otro tienen el no-derecho correlativo al privilegio de su oponente. Pero como un no-derecho no se confunde con un deber, cada uno de los púgiles puede, legítimamente, realizar todo lo que esté a su alcance (sin violar ningún deber genuino) para impedir que su rival ejerza el privilegio de que goza.

Hay, en suma, dos privilegios enfrentados, circunscritos, por supuesto, por un perímetro de derechos y de-

beres en el específico sentido que da Hohfeld a estos términos (por ejemplo, los derechos y deberes relativos a los golpes bajos, cabezazos y actos semejantes, descritos por normas prohibitivas).⁵ Ninguno de los boxeadores tiene el derecho (en el sentido específico de Hohfeld) de darle al otro golpes "correctos", y ninguno de ellos tiene el deber (también en el sentido de Hohfeld) de dejárselos dar. Ambos gozan del privilegio de darlos y sobre ambos pesa un no-derecho, a saber, el que hace que no puedan exigir que el otro se abstenga de dárselos pero que no les veda impedirle al otro que se los dé. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del perímetro de derechos y deberes genuinos que encierran el área dentro de la cual se enfrentan los dos privilegios.

Hay algo así como una institucionalización de la lucha, regulada por normas que permiten usar las nociones de "privilegio-no derecho" en el interior del perímetro y las nociones de "derecho-deber" (en el sentido específico de Hohfeld) en el perímetro y fuera de él. La situación no puede ser entendida ni representada si sólo intentamos verla, como quisimos más arriba, a la luz de las normas perimetrales o, mejor dicho, de los conceptos jurídicos usados para hablar acerca de la incidencia de ellas en la calificación del comportamiento de los púgiles.

Este ejemplo aparentemente trivial no está tan alejado como parece de tópicos que preocupan seriamente a los juristas. También en la vida de una comunidad hay formas de institucionalización de la lucha que sólo pueden ser adecuadamente comprendidas si hacemos fun-

⁵ La imagen del perímetro de derechos y deberes que circundan los privilegios (en sentido de Hohfeld) es de Hart. Se la escuché en el ciclo de conferencias que dictó en la Universidad de Oxford, sobre "Derechos y Deberes", durante el año académico 1964/65.

cionar, al lado de las nociones "derecho-deber", en sentido específico, las nociones "privilegio-no derecho". Las primeras demarcan una zona dentro de la cual está legitimado el combate, o sea, donde se enfrentan válidamente dos privilegios en pugna. Las formas más importantes de esta institucionalización de la lucha en el contexto social son, quizás, la competencia económica y las formas legítimas de enfrentamiento que caracterizan a las relaciones entre el capital y el trabajo.⁶

Es notoria la enorme importancia que tiene el enfoque de Hohfeld para conceptualizar con claridad y provecho estos fenómenos tan característicos de los tiempos en que nos ha tocado vivir. Es previsible el cúmulo de perplejidades en que puede verse envuelta —y de hecho se ve— la teoría jurídica, si pretende analizar estos problemas valiéndose únicamente de una noción tan inadecuada para esos fines como el concepto de derecho subjetivo, entendido en su correlación estricta con el de deber jurídico. Ante el fracaso del análisis siempre es posible, claro está, apelar a la declamación. Pero ése, aunque ampuloso, es en verdad un magro sustituto.

11. Para apreciar mejor el valor de la contribución de Hohfeld me parece conveniente, antes de concluir, destacar estas tres cosas:

(i) Hohfeld sólo se propuso elucidar el *significado* de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas. No se propuso, en cambio: a) establecer si en un determinado orden jurídico o más precisamente, en cierta área del mismo, se dan tales o cuales derechos, privilegios,

⁶ Véase Hart, "Are there any natural rights?", en *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 2, pp. 175 y ss. [Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, bajo el título de "¿Hay derechos naturales?", en Hart, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, pp. 65 y ss. Véase, en especial p. 72.]

potestades, etcétera: éste es un problema para los llamados juristas dogmáticos, por oposición a los teóricos generales del derecho; b) establecer cuáles son los factores de condicionamiento social dentro de los cuales es probable que surjan ciertos derechos, privilegios, potestades, etcétera (o que surja el reclamo en favor de su implantación), ni cuáles son las consecuencias reales que para una comunidad determinada tiene el hecho de que se implanten ciertos derechos, privilegios, potestades, etcétera (o que se reclame su implantación): éste es un problema que concierne básicamente a los sociólogos; c) establecer si en un determinado orden jurídico o, más precisamente, en cierta área del mismo, es justo o conveniente que haya tales derechos, privilegios, potestades, etcétera: éste es un problema para los legisladores, los políticos, los filósofos de la política y los filósofos del derecho.

Con lo que antecede quiero destacar que el trabajo de Hohfeld es un ensayo de jurisprudencia analítica. No resuelve problemas como los indicados. Sólo puede ayudar a solucionarlos en cuanto contribuye a pensar en ellos con más claridad. Tal es su único mérito, que, por supuesto, es enorme.

(ii) Si bien el trabajo de Hohfeld fue concebido en función de las peculiaridades del sistema jurídico anglosajón y con referencia principal al aparato de conceptos que emplean los juristas de ese ámbito, sus logros son perfectamente adaptables a nuestro sistema jurídico y a nuestro aparato de conceptos. Cuando digo "nuestro", aludo al sistema de derecho y al conjunto de nociones jurídicas básicas características de Europa continental, que hemos recibido los pueblos de América latina.

Una prueba concluyente de que los frutos del trabajo de Hohfeld son aprovechables en nuestro ámbito la constituye el hecho de que un autor de tanta gravitación

como el dinamarqués Alf Ross se haya ocupado de las modalidades jurídicas, utilizando una versión refinada del análisis de aquél.⁷

Por otra parte, el hecho de que nuestros juristas no hablen expresamente, pongo por caso, de “no-derecho” o de “sujeción”, carece de importancia. Lo que importa es ver si esas distinciones están incorporadas a su aparato conceptual, en cuanto se traducen en otras que, de no aceptarse aquéllas, no se formularían. Importa ver, además, si el hecho de introducir en forma explícita las distinciones conceptuales que las expresiones de Hohfeld marcan, ayuda, o no, a entender mejor los problemas que preocupan a los hombres de derecho.

(iii) Puede afirmarse que la contribución de Hohfeld reviste un valor considerable dentro de los estudios de jurisprudencia analítica. Su elucidación de los “conceptos jurídicos fundamentales” puede ser objeto de rectificaciones — algunas de ellas importantes —, y la nomenclatura de ellos seguramente debe ser enriquecida para poner a la Teoría General del Derecho a la altura de los tiempos y acercarla más a las preocupaciones efectivas de los juristas.⁸ Tal tarea está aún por hacerse, pero nada de ello resta valor a lo que el joven Hohfeld escribió hace ya más de 50 años.

12. Wesley Newcomb Hohfeld nació en Estados Unidos en 1879 y murió en 1918, cuando aún no había cumplido 39 años. Este artículo fue escrito en 1913. Todos cuantos conocieron a Hohfeld quedaron asombrados por su clara inteligencia y su brillante capacidad de análisis. Enseñó en las universidades de Stanford y de Yale. El presente ensayo, y otro publicado cuatro años más tarde, con el mismo título, han sido reunidos en el volu-

⁷ Véase la nota 4 de esta misma obra.

⁸ Véase mi ensayo citado en la nota 1.

men *Fundamental Legal Conceptions*, que lleva un estudio introductorio de Walter Wheeler Cook. La edición de 1964 tiene un prólogo de Arthur L. Corbin.

La influencia de la obra analítica de Hohfeld en el mundo jurídico anglosajón ha sido considerable, no sólo en el campo de la teoría, sino en el de la reformulación de las normas vigentes: secciones enteras del *Restatement* de contratos llevan la impronta de sus ideas a través de algunos de sus principales epígonos. Su ensayo *Conceptos jurídicos fundamentales* es ya una obra clásica.

No obstante ello, Hohfeld es casi un desconocido entre nosotros. Tal circunstancia acuerda especial interés a la publicación de esta obra en castellano. Espero que, además, sirva para justificar esta nota introductoria y para excusar a su autor.

Genaro R. Carrió
Buenos Aires, octubre de 1967

I

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos muy antiguos, y hasta el presente, la naturaleza esencial de los *trusts** y de otros intereses con fundamento en la *equity** se ha constituido en tema favorito de análisis y discusión. Los clásicos estudios de Bacon¹ y de Coke son conocidos por todos los estudiosos

* *Trust*: Institución típica inglesa, de origen germánico, semejante, en aspectos importantes, al *fideicomissum* del derecho romano. Consiste básicamente en esto: una persona transfiere a otra (*trustee*) la propiedad o título sobre bienes del primero para que el segundo los administre en beneficio de aquél o de un tercero. El beneficiario se llama *cestui que trust*. Aunque el dominio corresponde al *trustee*, el *cestui que trust* dispone de diversos remedios con base en la *equity*, encaminados a que el *trustee* cumpla adecuadamente con su función. [N. del T.]

* *Equity*: Conjunto de reglas que tenían por objeto atenuar los rigores del sistema jurídico inglés (*common law*), entendida esta expresión en sentido estricto. Originariamente fueron creadas por el *Chancellor*, funcionario de la Corona, y aplicadas por órganos especiales. Hoy subsiste la distinción entre normas de derecho y normas de *equity*, pero ambas son aplicadas por los jueces y ambas integran el orden jurídico de los países del *common law*, entendida la expresión "orden jurídico" en sentido amplio. Las reglas y remedios de *equity* se basan en consideraciones de justicia. [N. del T.]

¹ *Bacon on Uses* (circa 1602; Rowe, 1806, pp. 5 y 6): "La naturaleza de un *use* se discierne mejor considerando lo que no es y luego lo que es. (*Use*. Para los fines de esta exposición, '*use*' puede considerarse como sinónimo de '*trust*', '*usee*', como sinónimo de '*trustee*' y '*cesty que use*' como sinónimo de '*cesty que trust*' [N. del T.]... Primero, un *use* no es un derecho, título o interés jurídico; y, en consecuencia, el *master attorney* que comentó esta ley dijo bien, a saber, que no hay más que dos derechos (subjctivos): *jus in re* y *jus ad rem*."

de *equity*, y la famosa definición del segundo (por inadecuada que en realidad sea) es citada aun en los más recientes libros de texto sobre *trusts*.² El tema ha ejercido una peculiar fascinación sobre los pensadores jurídicos modernos; de ello proporcionan prueba abundante los difundidos artículos de Langdell³ y de Ames,⁴ las reitera-

“Uno es la derecha sobre una cosa, que es un *jus in re*; el otro una pretensión o exigencia, la cual es un *jus ad rem*, pero un *use* no es ni lo uno ni lo otro[...] tal modo, hemos llegado ahora por vía de negaciones a una afirmación: lo que un *use* es. *Una est dominium fiduciarium*: el *use* es una propiedad en fideicomiso.”

“De modo que, *usus et status, sive possessio, potius differunt secundum rationem fori, quam secundum naturam rei*, porque el uno está en el tribunal de derecho, el otro en el tribunal de la conciencia[...].”

² Co. Lit. (1628) 272 b: “Nota, un *use* es un *trust* o confianza en otro, que no se origina en la propiedad raíz sino que es algo colateral, anexo al inmueble y a la persona que tome contacto con él, *scilicet*, que *cesty que use* obtendrá el beneficio, y que el tenedor de la tierra administrará el bien. De modo que el *cesty que use* carecía de *jus in re* y de *jus ad rem*, y sólo tenía una relación fiduciaria y un *trust* para lo que no había remedio en el *common law*. Para la violación del *trust* su único remedio consistía en la *subpoena* o intimación a comparecer ante la cancillería[...].”

Esta definición es citada y examinada con aprobación en Lewin, *Trusts* (12ª ed., 1911, p. 1). También se la recuerda en Maitland, *Lectures on Equity*, 1909, pp. 43 y 116.

³ Véase Langdell, “Classification of Rights and Wrongs” (1909), en 13 *Harvard Law Review*, 659, 673: “¿Puede entonces la *equity* crear aquellos derechos que considere necesarios para los fines de la justicia? Puesto que la *equity* sólo dispone de fuerza física, parece imposible que pueda crear nada[...] Parece, por tanto, que los derechos fundados en la *equity* sólo existen con miras a ésta, esto es, que son una *ficción* inventada por ella para promover la justicia[...].”

“Cerrando, pues, nuestros ojos al hecho de que los derechos fundados en la *equity* son una ficción, y suponiendo que poseen existencia real, ¿cuál es su naturaleza, su extensión, y cuál es el campo que ellos ocupan?[...] No deben violar el derecho (objetivo). Los derechos basados en el orden jurídico (en sentido estricto) y los derechos basados en la *equity*, en consecuencia, tienen que existir los unos al lado de los otros, y los últimos no pueden interferir con los primeros ni afectarlos de manera alguna.”

Véase también (1887) 1 *Harvard Law Review*, 55, 60: “En suma, se puede decir que la *equity* no podría, aunque quisiera, crear derechos *in rem*, y que no querría hacerlo aunque pudiera.” *Compárese ibid.*, p. 58, y *Summary of Equity Plead*, (2a ed., 1883), secciones 45, pp. 182-184.

⁴ Véase Ames, “Purchase for Value Without Notice” (1887), en 1 *Harvard Law Review*, 1, 9: “El *trustee* es el propietario de la tierra y, por supuesto, dos

damente reproducidas observaciones que hace Maitland en sus *Lectures on Equity*,⁵ el desarrollo muy distinto del tópico que trae Austin en sus *Lectures on Jurisprudence*,⁶ la tesis aún más osada sostenida por Salmond en su libro sobre *Jurisprudence*,⁷ y las expresiones disonantes de

personas con intereses contrapuestos no pueden ser propietarios de la misma cosa. Lo que el *cestui que trust* realmente tiene en su patrimonio es la obligación del *trustee*; porque una obligación es tan cabalmente el objeto de un derecho de propiedad como una *res* física. La diferencia más notable entre un derecho de propiedad sobre una cosa y un derecho de propiedad sobre una obligación, es el modo de ejercicio. El dueño de una casa o de un caballo goza de los frutos de la propiedad sin el concurso de otra persona. La única manera en que el dueño de una obligación ajena puede materializar su propiedad es compeliendo al deudor a cumplir. Por lo tanto, en el primer caso se dice que el propietario tiene un derecho *in rem* y en el segundo, un derecho *in personam*. En otros respectos las reglas comunes de la propiedad se aplican por igual a la propiedad de cosas y a la de obligaciones. Por ejemplo, los que pueden denominarse aspectos pasivos de la propiedad son los mismos en uno y otro caso. El deber general de todos los otros miembros de la comunidad de abstenerse de destruir la propiedad ajena existe tanto en favor de un acreedor como en favor del dueño de un caballo. Y la violación de este deber es un acto ilícito tanto en un supuesto como en el otro."

⁵ *Lectures on Equity*, 1909, 17, 18, 112: "La tesis que tengo que sostener es ésta: que los intereses sobre una cosa fundados en la equidad no son *jura in rem*. Por razones que percibiremos poco a poco, han llegado a parecerse a los *jura in rem*; pero por ello mismo, es más necesario observar que no son esencialmente *jura in rem*, que no son derechos contra todos los demás, sino derechos contra personas determinadas."

Véase también Maitland, *Trust and Corporation*, 1904, reimpresso en 3 *Collected Papers*, pp. 321, 325.

⁶ Austin., *Lectures on Jurisprudence* Londres, John Murray, 5ª ed., 1889, p. 378: "Por virtud de lo dispuesto en esa parte del derecho inglés llamada *equity*, un contrato por el cual una parte se obliga a vender una cosa acuerda de inmediato un *jus in rem* o propiedad al comprador, y el vendedor sólo tiene un *jus in re aliena* [...] Para completar la transacción, el interés jurídico (*legal interest*) del vendedor tiene que pasar al comprador, en legal forma. A este fin, el comprador sólo tiene un *jus in personam*: un derecho a compeler al vendedor a pasarle su interés jurídico; pero hablando en términos generales, el comprador tiene *dominium* o *jus in rem* y el instrumento es una transferencia (*conveyance*)."

⁷ Salmond J., *Juridisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 1907, p. 230: "Si reparamos en la esencia de la cuestión más que en su forma, un *trustee* no es en modo alguno un propietario, sino un simple *agent*, a quien el derecho ha conferido la potestad e impuesto el deber de administrar la propiedad de otra persona. Para la teoría jurídica, empero, él no es un simple *agent* sino un propietario. Es una persona a quien el derecho atribuye ficticia-

Hart⁸ y de Whitlock⁹ en sus recientes contribuciones a la literatura de las revistas jurídicas norteamericanas.

Se cree que todos los estudios y análisis a que me he referido son inadecuados. Sin embargo, habría que admitir que ni siquiera el gran interés intrínseco del tema, ni la llamativa divergencia de opiniones existente entre los juristas profundos de todos los tiempos, proporcionan sino una pequeña excusa para un nuevo estudio considerado como un fin en sí mismo. Pero con total independencia de la importancia presumiblemente práctica de tratar de "reflexionar en forma directa" sobre todos los problemas jurídicos, es visible que el verdadero análisis de los *trusts* y de los otros intereses fundados en la *equity* es una cuestión que debiera atraer hasta los cultores más extremos del pragmatismo jurídico. Puede muy bien ocurrir que el punto de vista que uno adopte frente al correcto análisis de tales intereses sea decisivo para solucionar una cantidad de problemas específicos. Esto vale, obviamente, para la solución de muchos delicados y difíciles problemas de derecho

mente la propiedad de otro, con el propósito de que los derechos y potestades así conferidos a un propietario *nominal* sean usados por éste por cuenta del propietario real."

⁸ Véase Walter G. Hart (autor del *Digest of Law of Trusts*), "The Place of Trusts in Jurisprudence", 1912, en *28 Law Quarterly Review*, 290, 296. Su posición es sustancialmente igual a la de Maitland y Ames.

Al final de este artículo sir Frederick Pollock, el compilador, se hace la siguiente pregunta: "¿Por qué el *trust* no tiene derecho a merecer un título *sui generis*?"

⁹ Véase A. N. Whitlock, "Classification of the Law of Trusts", 1913, en *1 California Law Review*, 215, 218: "Sostengo —dice el autor— que el *cestui* tiene en los hechos más que un derecho *in personam*, que tal derecho podría ser descrito con más propiedad como un derecho *in personam ad rem*, o, posiblemente, como un derecho *in rem personam*."

No cabe duda de que estas oscuras y nebulosas expresiones tienen que haber contribuido a "confundir más la confusión".

constitucional y de derecho internacional privado.¹⁰ Así, también, la naturaleza intrínseca de los intereses fundados en la *equity* posee gran significación, para ciertas cuestiones del régimen jurídico de las *perpetuities** como lo demuestra el conocido caso *Gomm*¹¹ y otros más o menos análogos. Lo mismo puede decirse de una cantidad de cuestiones especiales concernientes al tópico de la adquisición de buena fe a título oneroso. Y así indefinidamente.¹²

Todo esto, empero, puede dar la impresión de que estoy colocando el énfasis en un lugar inadecuado. Porque las sugerencias que acabo de hacer no son de aplicación peculiar a los intereses fundados en la *equity*. Las mismas observaciones y los mismos ejemplos parecen válidos respecto de todos los posibles intereses jurídi-

¹⁰ Véase Beale, "Equitable Interests in Foreign Property", 1907, en 20 *Harvard Law Review*, 382; y comparar los importantes casos *Fall c/ Eastin* (1905), 75 Neb. 104; s. c. (1909), 215 U. S., 1, 14-15 (especialmente el voto concurrente de Holmes); *Selover, Bates y Co. c/ Walsh* (1912), 226 U. S., 112; *Bank of Africa Limited c/ Cohen* (1909), 2 Ch., 129, 143.

* *Perpetuity*: Se entiende por *perpetuity* toda restricción o condición que tenga por finalidad prohibir o suspender la potestad de enajenar un bien durante un período que se extienda durante la vida de personas existentes al momento en que la restricción o condición es impuesta, más 21 años adicionales. Tal limitación está prohibida por un principio del *common law* conocido como *rule against perpetuities*. [N. del T.]

¹¹ (1882) 20 Ch. D. 562, 580, opinión de sir George Jessel, M. R.: "Si la regla sobre falta de proximidad se aplica por lo tanto a un acuerdo de esta naturaleza, este acuerdo es claramente inválido en cuanto se extiende más allá del plazo que la regla permite. Que la regla se aplique o no, depende, según me parece de esto: ¿otorga o no el acuerdo un *interés en el inmueble*? [...] Si hay un simple contrato personal no puede ser hecho valer contra el cesionario. En consecuencia, la compañía tiene que admitir que de alguna manera 'obliga' al inmueble pero si 'obliga' al inmueble crea un interés en éste, que tiene fundamento en la *equity*."

¹² Compárese *Ball c/ Milliken* (1910), 31 R. I., 36; 76 Atl., 789, 793. Este caso se refiere a una cuestión distinta de la de las *perpetuities*, pero cita en apoyo de la decisión el lenguaje usado por sir George Jessel respecto de los "intereses en un inmueble que tienen fundamento en la *equity*". Véase nota anterior.

cos, tanto los fundados en la *equity* como los fundados en el derecho (en sentido estricto); y ello es así, además, ya sea que nos ocupemos de la "propiedad", de los "contratos", de la "responsabilidad por actos ilícitos" o de cualquier otro sector jurídico. Por lo tanto, la referencia especial que he hecho al tema de los *trusts* y de los otros intereses fundados en la *equity* sólo ha estado motivada por el hecho de que la notable divergencia de opiniones allí reinante ilustra de manera conspicua la necesidad de ocuparse, de modo más intenso y sistemático que el usual, de la naturaleza y el análisis de todos los tipos de intereses jurídicos. Sería virtualmente imposible, por cierto, considerar en forma adecuada el tópico de los *trusts* sin analizar y discriminar, desde un comienzo, los diversos conceptos fundamentales que están en juego en casi todos los problemas jurídicos. En relación con esto, se puede aventurar la sugestión de que los estudios usuales sobre *trusts* y otros intereses jurídicos parecen inadecuados (y, a veces, engañosos) precisamente porque no se fundan en un análisis suficientemente amplio y discriminatorio de las relaciones jurídicas en general. Con otras palabras, ha predominado la tendencia —que implica una falacia— de ocuparse del problema específico como si fuera mucho menos complejo de lo que en realidad es; y este loable esfuerzo de tratar como simple lo que es en realidad complejo se ha constituido, creemos, en un serio obstáculo para la comprensión clara, la enunciación ordenada y la solución correcta de los problemas jurídicos. En suma, sostenemos que el tipo correcto de simplicidad sólo puede ser el resultado de un análisis más elaborado y más profundo.

En consecuencia, si el título de este ensayo sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas —esto es, un estudio que

podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación. Por el contrario, mi objetivo principal es destacar ciertos temas a menudo desatendidos que pueden ayudar a entender y a solucionar problemas prácticos, cotidianos, del derecho. Con esta finalidad en mira, en este ensayo, y en otro que pronto publicaré,* me propongo examinar, como tópico principal, los conceptos fundamentales del derecho, los elementos jurídicos que entran en todos los tipos de intereses, tanto los fundados en la *equity* como los fundados en el derecho (en sentido estricto). En el otro ensayo me ocuparé especialmente del análisis de ciertos tópicos e importantes intereses de carácter complejo; más en particular, de los *trusts* y de otros intereses fundados en la *equity*. Dicho sea de paso, me parece necesario señalar que ambos artículos están dirigidos a los estudiantes de derecho más que a otra clase de público. Por tal razón, confió en que el lector versado sabrá excusar ciertas partes del análisis que, de otra manera, podrían parecer innecesariamente elementales y detalladas. Por otra parte, los límites de espacio propios de un trabajo de esta índole pueden servir de excusa para que sea tan breve como resulte compatible con la claridad, y para que me ocupe en forma comparativamente pobre —y aún para que no me ocupe en absoluto— de ciertas cuestiones cuya intrínseca importancia podría, en otro contexto, merecer mayor atención. En suma, subrayaré aquellos puntos que, según creo poseen mayor importancia práctica.

* El otro ensayo a que se refiere el autor, y que lleva el mismo título que el presente, fue publicado en la *Yale Law Review* en 1917, tomo 26, p. 710. [N. del T.]

II CONCEPTOS JURÍDICOS Y CONCEPTOS NO JURÍDICOS

Desde un comienzo parece necesario destacar la importancia de distinguir entre las relaciones puramente jurídicas, por un lado, y los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir, por otro. Aunque esta sugestión inicial puede parecer muy obvia, los argumentos que se escuchan casi a diario en los tribunales, y también un número considerable de fallos, suministran prueba amplia de la infortunada e inveterada tendencia a confundir y mezclar los elementos jurídicos y los no jurídicos en un problema dado. Hay por lo menos dos razones especiales para esto.

En primer lugar, las asociaciones de ideas involucradas en los dos conjuntos de relaciones — la relación física y psíquica por una parte, la puramente jurídica por la otra — son, según la naturaleza misma del caso, muy cercanas. Este hecho ha ejercido necesariamente una marcada influencia sobre las doctrinas generales y las reglas específicas de los sistemas primitivos de derecho. Así, expresan Pollock y Maitland:

El antiguo derecho alemán, como el antiguo derecho romano, tiene grandes dificultades para admitir la cesión de

un crédito o de otro beneficio emergente de un contrato[...]
Los hombres no ven cómo puede tener lugar la transferencia de un derecho a menos que ese derecho esté materializado en alguna cosa corporal.^{12a} La historia de las cosas incorporales nos ha mostrado esto: ellas no son plenamente transferidas hasta que el destinatario de la transferencia ha obtenido posesión plena (*seisin*), ha llevado sus animales al prado, ha presentado un funcionario a la iglesia o ha colgado un ladrón en el patíbulo. Un pacto o una garantía relativos a un título de propiedad tienen que estar ligados a la tierra para que el cesionario de ésta pueda demandar a quien asumió las obligaciones frente al cedente o dio la garantía.¹³

En relación con otra cosa, los autores nombrados observan:

El derecho medieval abunda en cosas incorporales. Todo derecho permanente que tenga naturaleza transferible, en todo caso si posee lo que podemos llamar un ámbito territorial, es concebido como una cosa que se asemeja mucho a una parcela de tierra. Precisamente porque es una cosa, es transferible. Esta no es una ficción inventada por los juristas especulativos. Para la mente popular estas cosas son cosas. La tarea de los juristas no consiste en hacer de ellas cosas, sino en señalar que son incorporales. El lego que desea transferir el *advowson** de una iglesia dirá que transfiere la iglesia; corresponde a Bracton explicarle que lo que él se propone transferir no es esa estructura de madera y de piedra que pertenece a Dios y los santos, sino una cosa incorporal, tan incorporal como su propia alma o el *anima mundi*.¹⁴

^{12a} Compárese a los mismos fines, Holmes, *The Common Law* (1881), p. 409.

¹³ *Hist. Eng. Law*, 2ª ed., 1905, 226.

* *Advowson*: Según el *Black's Law Dictionary*, 4ª ed., p. 76, "en el régimen eclesiástico inglés había personas que gozaban del derecho de presentar candidatos para llenar vacantes en una diócesis. El presentante (llamado *patronus* o *advowee*) tenía derecho a que el candidato presentado fuese designado por el obispo. Ese derecho se llamaba *advowson*". [N. del T.]

¹⁴ *Ibid.*, p. 124.

La segunda razón tras la tendencia a confundir o mezclar los conceptos no jurídicos con los conceptos jurídicos consiste en la ambigüedad y falta de precisión de nuestra terminología jurídica. La palabra "propiedad" suministra un ejemplo llamativo. Tanto para los legos como para los letrados este término carece de una connotación definida o estable. A veces se lo emplea para indicar al objeto físico con el cual se relacionan varios derechos, privilegios, etcétera; a veces se lo usa —con mucha mayor discriminación y acierto— para denotar el interés jurídico (o conjunto de relaciones jurídicas) que corresponden a tal objeto físico. Con frecuencia hay un tránsito rápido y falaz de un significado al otro. A veces, también, la palabra es empleada en un sentido "mixto", que no transmite ningún significado definido.

Con el fin de ilustrar el uso menos preciso a que acabo de referirme, podemos citar el caso *Wilson c/ Ward Lumber Co.*:¹⁵

La palabra "propiedad", tal como se la usa comúnmente, denota cualquier objeto externo *sobre el cual* se ejerce el *derecho* de propiedad. En este sentido es un término muy amplio, e incluye todas las clases de cosas de las que un hombre puede ser dueño o en las que puede tener un interés.

Quizás la enunciación más acertada para ejemplificar el uso opuesto, y más correcto, sea la del profesor Jeremiah Smith (entonces juez) en el *leading case* *Eaton vs. B. C. & M. R. Co.*:¹⁶

¹⁵ (1895) 67 Fed. Rep. 674, 677. Para una enunciación en cierto modo similar, y de forma aún más confusa, véase *In re Fixen* (1900), 102 Fed. Rep., 295, 296.

¹⁶ 51 H. H. 504, 511. Véase también las excelentes consideraciones análogas del juez Comstock en *Wynehamer c/ People* (1856), 13 N. Y. 378, 396; juez Selden s. c. 13 N. Y., 378, 433-434; Ryan C. en *Law c/ Rees Printing Co.* (1894), 41 Neb., 127, 146; juez Magruder en *Dixon c/ People* (1897), 168 Ill., 179, 190.

En un sentido jurídico estricto, la tierra no es "propiedad" sino el objeto de la propiedad. La palabra "propiedad", aunque en el habla común es aplicada con frecuencia a una parcela de tierra o a una cosa mueble, en su sentido jurídico "significa únicamente los derechos del propietario en relación con ella". "Denota un derecho sobre una cosa determinada." "La propiedad es el derecho de una persona a poseer y usar una cosa y a gozar y disponer de ella." Selden J., *Wynehamer vs. People* 13 N. Y. 378, p. 433; Blackstone, *Commentaries*, t. 1, p. 138; Austin, *Jurisprudence*, t. 2, 3ª ed. pp. 817 y 818. El derecho a usar en forma indefinida es una cualidad esencial de la propiedad absoluta sin el cual ésta no puede tener existencia. Este derecho de uso incluye necesariamente el derecho y la potestad de excluir a otros de usar la tierra. Véase Austin, *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 836; juez Wells, en *Walker vs. O. C. W. R. R.* 103 Mass. 10, p. 14.^{16a}

Otro pasaje útil es el que aparece en la opinión del juez Sherwood en el caso *St. Louis vs. Hall*:¹⁷

A veces la palabra se aplica a la cosa misma (un caballo, una parcela de tierra); estas cosas, sin embargo, aunque constituyen los objetos del derecho de propiedad, no son, cuando a ellas se les une la posesión, más que indicios, esto es, la manifestación visible de derechos invisibles, "la evidencia de cosas que no se ven."

La propiedad sobre un objeto determinado, pues, está compuesta de ciertos elementos constituyentes, a saber: el derecho no restringido de uso, goce y disposición de ese objeto.

^{16a} Compárense las observaciones hechas por el juez Gray al votar en disidencia en el caso *Roberson c/ Rochester Folding Box Co.* (1902), 171 N. Y., 538, 64 N. E. 442: "La propiedad no es necesariamente la cosa misma; es el derecho del propietario en relación con ella. El derecho a ser protegido en la posesión de una cosa, o en los privilegios que nos asisten como individuos, o que nos corresponden como miembros de la comunidad, eso es propiedad y en cuanto tal, tiene títulos para ser protegido por el orden jurídico."

¹⁷ (1893) 116 Mo., 527, 533-534. Espero que la parte final de este ensayo hará ver que la última frase citada no constituye un análisis adecuado de la propiedad.

Véase también, respecto del término "propiedad" la opinión del Juez Doe en *Smith c/ Fairloh* (1894), 68 N. H. 123, 144-45. ("Al considerar la propiedad *disuelta* en los derechos en que consiste[...]", etcétera.)

En relación con las ambigüedades latentes en el término "propiedad", parece adecuado observar que una análoga vaguedad de pensamiento y expresión se oculta tras el supuesto (aunque falso) contraste entre propiedad "corporal" e "incorporal". La segunda de las citas de Pollock y Maitland hecha más arriba exhibe una fase de esta cuestión. El lector hallará otro ejemplo llamativo en el conocido examen que hace Blackstone de los bienes transmisibles por herencia (*hereditaments*) corporales e incorporales. El ilustre comentarista dice así:

Pero *hereditament*, según sir Edward Coke, es, con mucho, la expresión más amplia y comprensiva; porque incluye no sólo tierras y construcciones, sino todo lo que *puede ser heredado*, sea corporal o incorporal, real, personal o mixto.¹⁸

Resulta claro que sólo los *intereses jurídicos* en cuanto tales pueden ser heredados; sin embargo, en la cita que antecede existe una confusión sin remedio entre los objetos físicos o "corporales" y los intereses jurídicos correspondientes; todos estos últimos tienen que ser necesariamente "incorporales" o "invisibles", para usar la expresión del juez Sherwood. Esta ambigüedad de pensamiento y de lenguaje se extiende a lo largo de todo el análisis de Blackstone. Un poco más adelante dice:

Los *hereditaments*, pues, para usar la expresión más amplia, son de dos tipos, corporales e incorporales. Los corporales son aquellos que afectan los sentidos, tales como los que pueden ser vistos y manipulados físicamente; los incorporales no son objetos de sensación, no pueden ser vistos ni manipulados; son criaturas de la mente y sólo se dan en la contemplación.

Más adelante dice:

¹⁸ Black, Com, (1765), 16-43.

Un *hereditament* incorporal es un derecho que emerge de una cosa de propiedad de una persona jurídica (sea la cosa inmueble o mueble), o concerniente, o anexo a dicha cosa, o que puede ejercerse en ella[...].

Los *hereditaments* incorporales son principalmente de 10 clases: *advowsons, tithes, commons, ways, offices, dignities, franchises, corodies, o pensions, annuities y rents*.

Puesto que todos los intereses jurídicos son "incorporales" — pues consisten en conjuntos más o menos limitados de relaciones jurídicas *abstractas* —, un contraste supuesto tal como el que busca presentar Blackstone, no puede sino inducir a engaño a una persona no advertida. El interés jurídico del propietario de un inmueble con dominio pleno (*fee simple*) y el interés comparativamente limitado del titular de un "derecho de paso" sobre el mismo inmueble son semejantes en lo que a "incorporalidad" concierne; el verdadero contraste consiste primordialmente, por supuesto, en el hecho de que el conjunto de relaciones jurídicas del dominio pleno es mucho más extenso que el conjunto del titular de la servidumbre.

Buena parte de la dificultad, en lo que atañe a la terminología jurídica, se origina en el hecho de que muchas de nuestras palabras sólo eran aplicables originariamente a cosas físicas;¹⁹ de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente, figurativo o

¹⁹ Comparar Pollock y Maitland, *History of English Law*, vol. II, 2ª ed., 1905, p. 31: "Pocos, o quizás ninguno, de los términos de nuestro vocabulario jurídico han sido siempre términos técnicos. La licencia que el científico se toma al acuñar palabras nuevas le está negada a los juristas por la naturaleza misma de las cosas. Los juristas tienen que tomar sus términos del lenguaje popular; gradualmente, las palabras así tomadas son definidas; a veces, una palabra continúa teniendo un sentido técnico para los juristas y un significado distinto y más vago para los legos; a veces, la palabra que los primeros han adoptado es abandonada por los últimos." *Compárese también ibid.*, p. 33. (Véase también el análisis de lord Kinneir en *Bank of Scotland c/ Macleod*, 1914, A. C., 311, 324.)

ficticio. La palabra "transferir" constituye un buen ejemplo. Si X dice que ha transferido su reloj a Y, puede concebiblemente querer decir, en forma literal, que ha entregado físicamente el reloj a Y; o, más probablemente, que ha "transferido" su *interés jurídico*, sin ninguna entrega de posesión. Este último es, por supuesto, un uso relativamente figurado del término. Volveremos sobre este punto cuando nos ocupemos de la "transferencia" de intereses jurídicos. Otro ejemplo de este uso esencialmente metafórico de una palabra tomada en préstamo del mundo físico es el caso de "poder" (en el sentido de "potestad"). En el lenguaje jurídico, como en la vida diaria, ella puede ser empleada como sinónimo de capacidad física o mental para hacer algo; pero con más frecuencia y mayor corrección es usada para indicar una "potestad *jurídica*", y esta última expresión connota una cosa completamente distinta. La misma observación se aplica, *mutatis mutandi*, a la palabra "libertad".

Pasando al campo de los contratos, pronto descubrimos una similar e inveterada tendencia a confundir y hacer borrosas las discusiones jurídicas por no discriminar entre los actos físicos y mentales involucrados en el llamado "acuerdo" de las partes, por un lado, y, por otro, la "obligación contractual jurídica que se origina en esos actos. Tal ambigüedad y confusión son algo que particularmente acaece respecto del uso de la palabra "contrato". En una ocasión la palabra puede significar el *acuerdo* de las partes; luego, con un cambio rápido e inesperado, el escritor u orador puede usar el término para indicar la *obligación contractual* creada por el derecho como resultado del acuerdo.

La distinción entre el acuerdo de las partes, por un lado, y, por el otro, la obligación jurídica (o conjunto de derechos, privilegios, potestades, e inmunidades actuales y potenciales) fue claramente reconocida y expresada

con vigor en el caso *Aycock c/ Martin* (1867) 37 Ga. 124, 128 y 143 (voto del juez Harris):

La obligación, pues, no es el contrato,^{19a} no está en el contrato, ni constituye ninguno de sus términos, ni es equivalente a todos los términos unidos[...] Cuando el contrato se celebra, es el derecho vigente y obligatorio, cualquiera sea éste, el que atribuye *eo instanti* al promitente la obligación de realizar lo que se ha comprometido a hacer[...] Sólo los términos del contrato son creados por las partes del acuerdo.

La obligación es la criatura del derecho; esto es, del derecho vigente cuando el contrato se celebra, que obliga al cumplimiento de la promesa. Ese derecho vigente es producido únicamente por la sociedad.

A medida que nuestro estudio avance advertiremos otros ejemplos de este tipo de ambigüedad.

^{19a} "Un contrato es una obligación atribuida por la mera fuerza del derecho a ciertos actos de las partes, habitualmente palabras, que por lo común acompañan y representan una intención conocida." Juez Hand en *Hotchkiss c/ National City Bank*, (1911), 200 Fed. 287. Compárese también el voto del juez Baldwin en *McCracken c/ Howard*, (1844), 2 How. 608, 612.

III

LOS HECHOS OPERATIVOS CONTRASTADOS CON LOS HECHOS PROBATORIOS

Parece necesario a esta altura destacar otra importante distinción inherente en la naturaleza misma de las cosas. Los hechos importantes relativos a una transacción jurídica determinada pueden ser *operativos* o *probatorios*. Los hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos son aquellos que, con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente.²⁰ Por ejemplo, en la creación de

²⁰ Véase el voto del juez Waldo en *White v. Multnomah Co.*, (1886), 13 Ore., 317, 323: "El juez Holmes ha definido 'derecho' (subjetivo) como la consecuencia jurídica atribuida a ciertos hechos. (*The Common Law*, 214.) Cada hecho que integra un grupo de hechos cuya consecuencia jurídica es el derecho (subjetivo), pertenece a la sustancia de este último." He elegido la palabra "operativo". La elección me fue sugerida por el siguiente párrafo de Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, p. 893: "Otra discriminación que hay que observar es aquella entre los documentos que constituyen un contrato, hecho o transacción, y aquellos que se limitan a certificar y probar algo externo a ellos, algo válido y *operativo* con independencia del texto."

Véase también Holland, *Jurisprudence*, 10ª ed., 1906, p. 151: "Desde hace mucho tiempo se ha descrito un hecho que origina un derecho con la palabra

una obligación contractual entre *A* y *B*, los hechos operativos *afirmativos* son, *inter alias*, que cada una de las partes sea un ser humano, que cada una de ellas haya vivido un número determinado de años (que no sea "menor de edad"), que *A* haya efectuado una "oferta", que *B* haya "aceptado", etcétera. A veces, es menester considerar también lo que, desde el particular punto de vista, puede ser considerado como hechos operativos negativos. Así, por ejemplo, el hecho de que *A* no haya inducido dolosamente a error a *B* respecto de un punto importante, y el hecho de que *A* no haya "revocado" su oferta, tienen realmente que ser incluidos como parte de la totalidad de los hechos operativos en el ejemplo dado.

Pongamos otro ejemplo, esta vez uno perteneciente al campo general de la responsabilidad por actos ilícitos. Si *X* atemoriza a *Y* con la amenaza de hacerle sufrir un daño corporal, ese grupo particular de hechos inmediatamente crea a favor de *Y* el privilegio de la defensa legítima. Esto es, el privilegio de usar una fuerza suficiente para rechazar el ataque de *X*; o, correlativamente, podemos decir que por virtud de los especiales hechos operativos, el deber de *Y* de abstenerse de usar la fuerza respecto de la persona *X*, que de otra manera existiría, se extingue o concluye en el acto.

Dicho sea al pasar, no es ajeno a la cuestión recordar que la expresión "hechos litigiosos" (*facts in issue*) se usa

'título'; pero no puede hallarse un equivalente tan en uso para aquellos hechos por cuyo intermedio se transfiere o extingue un derecho. Bentham inventó para ello una nueva nomenclatura, la que es conveniente para el uso científico, aunque no haya sido adoptada por el lenguaje ordinario. Describe esta clase total de actos llamándolos 'dispositivos' y los distingue entre 'constitutivos' (*investitive*), aquellos por cuyo intermedio comienza a existir un derecho, 'extintivos' (*divestitive*), aquellos que lo hacen cesar, y 'traslativos' (*traslative*), aquellos que lo hacen pasar de una persona a otro."

La expresión "hecho último", usada a veces en relación con esto, no parece ser tan útil o adecuada como "hecho operativo" o "constitutivo".

a veces en relación con lo que acabamos de exponer. Si, como ocurre habitualmente, la expresión significa "hechos articulados como litigiosos en los escritos de demanda y contestación" (*pleadings*), esa expresión es infortunada. Los hechos operativos allí invocados poseen un carácter más o menos *genérico*; y si esos escritos son suficientes, únicamente tales hechos operativos *genéricos* han sido "articulados como litigiosos". Los hechos operativos de la vida real, en cambio, son muy específicos. Al ser así las cosas, resulta claro que los hechos *reales y específicos* que en definitiva se tienen en cuenta, por lo común no son articulados como litigiosos en los escritos de referencia. Así, si en una acción por responsabilidad extracontractual, A alega en su demanda que, debido a falta de cuidado de B, fue mordido por el perro del último, el hecho invocado posee carácter genérico, y no importa si fue el perro Jim o el perro Dick el que mordió al actor. Aun si suponemos, en consecuencia, que el perro que mordió a A fue Jim, y no Dick, no podría decirse que este hecho específico fue articulado como litigioso en los escritos de demanda y contestación. Del mismo modo, y en forma más obvia, las alegaciones de hecho contenidas en los escritos iniciales en una acción ordinaria que involucre la llamada negligencia son habitualmente de carácter muy genérico,²¹ de modo que cualquiera dentro de los

²¹ Véase, sin embargo, *Illinois Steel Co. v. Ostrowsky*, 1902, 194 Ill. 376, 384, que correctamente coinvalida una declaración que alega los hechos operativos en *forma específica*, en lugar de hacerlo en *forma genérica*, como algo que exigen las formas procesales aprobadas. (Véase también la discusión que aparece en los casos *Nagel v. United Rys Co.*, 1913, 169 Mo. App., 284; 152 S. W., 621; *Erdman v. United Rys Co.*, 1913, 173 Mo. App., 98; 155 S. W., 1081; *Israel v. United Rys Co.*, 1913, 172 Mo. App., 656; 155 S. W., 1092.)

Las reglas procesales pertinentes, que determinan si las alegaciones deben ser genéricas o específicas, y si deben ser esto último, en qué medida, se fundan, como otras reglas jurídicas, en consideraciones valorativas y de conveniencia. Así, se requiere con frecuencia que los hechos que constituyen *fraude* sean ale-

diversos grupos posibles de hechos operativos es suficiente, en lo que concierne a la obligación *ex delicto* del demandado. Por lo tanto, no podría afirmarse que alguno de esos grupos ha sido articulado como litigioso en los escritos iniciales. Una falacia corriente, en relación con esto, es la de considerar que los actos operativos *específicos* establecidos en un caso determinado no son más que "prueba" de los hechos operativos *genéricos* (o "últimos") alegados en los escritos de demanda y contestación.²²

Un hecho probatorio es aquel que, una vez verificado, proporciona alguna base lógica —no concluyente— para inferir algún otro hecho. Este último puede ser un hecho operativo o un hecho probatorio intermedio. Entre todos los hechos que debe verificar el tribunal, los hechos operativos tienen, por supuesto, primordial importancia; los hechos probatorios sólo cumplen una función subsidiaria.²³ Por lo general no existe mayor peligro de confundir los hechos operativos con los probatorios. Pero hay un tipo de casos en los que se suele dar este tipo de error. Supongamos que en enero último se creó una obligación contractual por un acuerdo escrito suscrito por *A* y *B*. En un juicio pendiente entre ambos, el *instrumento* físico ha sido ofrecido como prueba. Sin

gados en forma comparativamente específica; del mismo modo, los que constituyen *crueledad* en un juicio de divorcio fundado en esa causal. Las razones valorativas son obvias en cada caso. (Para una explicación valiosa en relación con la alegación específica de fraude, véase *Mair c/ Río Grande Rubber States Lim.*, 1913, A. C., 853, 863, 864.)

²² Véase *McCaughy c/ Schuette*, 1897, 117 Cal., 223: La decisión de este caso está bien fundada, pero la afirmación de que los hechos específicos invocados eran "probatorios" parece incorrecta y engañosa.

Por supuesto que hay ejemplos genuinos de alegación equivocada de hechos estrictamente probatorios en lugar de hechos operativos genéricos o específicos. Véase *Rogers c/ Milwaukee* (1861), 13 Wis., 610 y compáreselo con *Illinois Steel Co. c/ Ostrowsky*, *supra* nota 21.

²³ Según el derecho positivo, tanto los hechos operativos como los probatorios tienen que ser *acreditados* en alguna de las cuatro maneras siguientes: 1) Por

mayor reflexión. podría decirse que se trata de un caso en el que parte de los hechos operativos que crearon la obligación originaria han sido presentados en forma directa ante los sentidos del juez. Sin embargo, si reflexionamos un momento veremos que las cosas no son así. El documento, en la forma entonces existentes y en lo que atañe a su efecto operativo, ha agotado su fuerza en el momento en que se suscribió en enero último. Por lo tanto, si el documento, sin adulteración alguna, es producido como prueba, los hechos así verificados, en relación con el acuerdo contractual que se alega, tienen que ser considerados como revestidos de carácter puramente probatorio. Es decir, la existencia actual del pedazo de papel, su contenido específico, etcétera, junto con otros hechos probatorios (vinculados a la ausencia de cambio), pueden tender a probar los diversos hechos operativos de enero último. A saber, que tal papel existía en aquel tiempo; que su contenido era el mismo que el que tiene ahora; que fue suscrito por A y B, etcétera.

Queda por señalar que, en muchas situaciones, un término único conveniente se emplea para designar (en forma genérica) ciertos grupos variados de hechos operativos que, aunque difieren en forma manifiesta en cuanto a sus "ingredientes" individuales, poseen, en relación con un tema determinado, la misma fuerza y efecto *netos*. Cuando se la emplea con discriminación, la palabra "posesión" es una palabra de ese tipo; lo mismo la palabra "capacidad", la palabra "domicilio", etcétera. Pero la tendencia general a confundir elementos jurídi-

vía de reconocimiento judicial (esto es, lo que no ha sido discutido); 2) por vía de su admisión como hechos notorios (es decir, lo que es sabido o puede ser fácilmente conocido); 3) a través de la percepción de los jueces (o sea, lo que cae directamente bajo la acción de los sentidos; *cfr.* "prueba real"); 4) por inferencia de los jueces (vale decir, lo que es determinado por medio del razonamiento a partir de hechos ya acreditados por uno o más de los cuatro métodos aquí bosquejados).

cos y no jurídicos se manifiesta aquí como en otras partes; de suerte que con demasiada frecuencia estas palabras son empleadas, en forma más bien nebulosa, para indicar relaciones jurídicas como tales.²⁴

²⁴ Como ejemplo de esto, véase lord Westbury, en *Bell c/ Kennedy*, (1868), L. R. 1 H. L. (Sc.), 307: "El domicilio, en consecuencia, es una idea del derecho. Es la *relación* que el *derecho crea* entre un individuo y cierto lugar o país." (Compárese con la confusión que acerca del mismo tema se advierte en el voto del juez Farwell en *In re Johnson* (1903), 1 Ch., 821, 824-25.)

Contrasta con esto el lenguaje mucho más apropiado del juez Shaw en *Abington c/ Bridgewater* (1840), 23 Pick., 170: "El *hecho* del domicilio es con frecuencia uno de los hechos de mayor importancia para una persona; *determina* sus derechos políticos y civiles y sus privilegios, deberes y obligaciones[...]."

IV

LAS RELACIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES CONTRASTADAS ENTRE SÍ

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" (subjctivos) 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,

* *Escrow*. "Llámasé '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., p. 641. [N. del T.]

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 "camaleón" constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro como para la expresión lúcida.²⁵ En los he-

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, p. 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 como 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. Véase, por ejemplo, *ibid.*, pp. 7, 183, 189-90, 278, 306, 351, 355, 390-93. 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. p. 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 sólo 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 v. United States* (1911), 225 U. S. 347, 391, el ilustrado juez señaló agudamente: "Es una de las desdichas del derecho que las ideas se enquisten en frases y después de ello, y durante largo tiempo, dejan de originar nuevos análisis."

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

chos, empero la mencionada 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	$\left\{ \begin{array}{l} \text{derecho} \\ \text{(subjeto)} \\ \text{no-derecho} \end{array} \right.$	privilegio	potestad	inmunidad
		deber	incompetencia	sujeción
Correlativos jurídicos	$\left\{ \begin{array}{l} \text{derecho} \\ \text{(subjeto)} \\ \text{deber} \end{array} \right.$	privilegio	potestad	inmunidad
		no-derecho	sujeción	incompetencia

("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 v. Ill. Central R. R. Co.*, 1874, 39 Ia. 56, 64).

* En el cuadro o esquema y en todo el ensayo hemos traducido "power" como "potestad", "liability" como "sujeción", "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.]

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* [Diccionario 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 vs. 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 vs. State*:²⁸

²⁶ (1852), 7 How Br., 124, 130.

²⁷ (1893), 54 Fed. Rep., 338, 348.

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

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* (subjettivos) es genérica, común, y abarca todo aquello que puede ser legítimamente pretendido.²⁹

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

²⁹ Véase también, para observaciones judiciales análogas, *Atchinson & Neb. R. Co. c/ Baty* (1877), 6 Neb. 37, 40. ("La expresión *derecho* [subjettivo] 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 prescritos 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' (subjettivo) denota 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, p. 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 Véase *Kearns c/ Cordwainers' Co.* (1859), 6 C. B. N. S., 388, 409 (interpretando la *Tham es 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

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra "derecho" (subjeto) 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" (subjeto) 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 aquello que uno debe o no debe hacer. "Deber" y "derecho" (subjeto) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho, se viola un deber.³²

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/ Conton* (1895), 65 Conn., 478, 490, 491.)

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

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 (subjeto) es correlativo del deber; donde no hay deber no puede haber derecho (subjeto)."

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" (subjeto) 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 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 supues-

^{32a} Expresó al juez Stayton en *Mellinger c/ City of Houston* (1887), 68 Tex., 45, 3 S. W., 249, 253: "Un derecho (subjeto) 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., p. 597.

to, 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 (subjeto) 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 sólo 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*); *Alien 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, véase 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., p. 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 sólo 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 sustancial-

³⁶ *Ibid.*, p. 82.

^{36a} Comparar también Holland, *Jurisprudence*, 10ª ed., p. 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, p. 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. Véanse pp. 185, 200, 316, y n. 30.

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

mente según el significado más restringido de "pretensión". Los privilegios, las potestades y las inmunidades son *prima facie* ignorados, y uno recibe la impresión de 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 in-

³⁸ *Ibid.*, sec. 48.

terferir". 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

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 y Y es, como consecuencia de ello,

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 estos 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").

fundamentalmente distinta de la relación entre X y A. Respecto de Y, X no tiene el privilegio de comer la ensalada; pero respecto de A o cualquiera de los otros, X tiene ese privilegio. Cabe observar, de paso, que el derecho de X a que Y no coma la ensalada subsiste, aun cuando el privilegio de comerla que tenía X se ha extinguido.⁴⁰

Sobre fundamentos ya subrayados, parecería que la línea de razonamiento seguida por lord Lindley en el famoso caso *Quinn vs. Leathem* merece comentarios:

El demandante tenía los *derechos* ordinarios de todo súbdito británico. Gozaba de la *libertad* de ganarse la vida como le pareciera adecuado, siempre que no violase alguna ley especial que prohibiera ganársela así, y siempre que no transgrediese los derechos de otras personas. Esta *libertad* presuponia 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.⁴¹

Una "libertad" considerada en cuanto relación jurídica [o "derecho" (subjetivo) en el sentido impreciso y genérico de esta palabra], tiene que significar, si ha 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* (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.

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

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

⁴² Véanse pp. 58-67.

⁴³ Compárese *Alien cl Flood* (1898) A. C. 1.

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

⁴⁴ (1889), 23 Q. B. D., 59.

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 sólo 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 relación 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

^{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.

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, véase *Alien of Flood* (1898), A. C. 1 (voto del juez Hawkins, p. 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

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

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 (subjeto) creado por ella[...] es llamado en Derecho Romano beneficio del derecho (objeto) (*beneficium juris*) o privilegio (*privilegium*)[...].⁴⁷

he hecho referencia, a saber, el derecho a seguir libremente nuestra legítima vocación"; Lord Halsbury, p. 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, p. 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/ Leatham* (1901), A. C., 495, 533; *Lindsley C. Natural Carbonic Gas Co.* (1910), 220 U. S., 61, *Roberson c/ Rochester folding Box Co.* (1902), 171 N. Y., 538 (juez Parker, p. 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.

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

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

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 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

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, delje* y otros más."

Compárese *Blades c/ Higgs* (1685), 11 H. L. Gas., 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 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 Véase *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.

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 autoincriminación" 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

⁵⁰ *Comparar Louisville & 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; *propriamente* es una *exención* respecto de algún *deber*."

* En materia de delito 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., p. 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 *Alien c/ Flood* (1898), A. C. 1. 20-21.

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, sólo 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 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,

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 trasgresor 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", en 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".

⁵³ (1583), Coke 1.

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*, des-

⁵⁴ (1898), A. C. 1, 19.

⁵⁵ (1896), 89 Me., 359.

pués de transcurrido el término de duración de la vida de personas hoy existentes y 21 años y fracción más.

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[...]

En lo que sigue, la palabra "derecho" (subjeto) se usará, en la medida de lo posible, siempre en el mismo sentido; y

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; *Mathetos 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.

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, p. 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) primitivos 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 y 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 judiciales⁶⁰ como en documentos de transferencia de inmuebles,⁶¹ no

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 I11., 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/ Louisiana* (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" (véase *supra*, 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 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; *Atter-soll c/ Stevens* (1808), 1 Taunt, 183; *Wicham c/ Hawker* (1840) 7 M. & W., 63, 78-79.

es en modo alguno 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 transferencia, "privilegiada". 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".*

^{61a} Véase, por ejemplo, el voto del juez Lurton en *City of Owensboro v. 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 de-

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.⁶³

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

rechos, 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.]

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, sólo 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 suscrito por la parte obligada. *Black's Law Dictionary*, 4a ed., p. 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.

jurídico, cuyo uso es constante? Un análisis demasiado profundo podría parecer metafísico y poco útil; de tal modo, lo que presentaremos aquí sólo 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 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” (subjeto), 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

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* p. 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” (subjeto) en el sentido en que esa expresión se usa aquí, significa potestad.)

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 obli-

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

Podrían darse innumerables ejemplos adicionales en los que el uso de la palabra "derecho" (subjeto) 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 v 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 v 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 v 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 conglomerada-

gaciones 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 *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

do 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. (Véase *Black's Law Dictionary*, voces "Agency", "Mandate" y "Mandato"). [N. del T.]

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.]

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

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; *Risdorn 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), en 9 *Columbia Law Review*, pp. 492, 512, n. 46, 521, n. 71; *Ibid.*, 10 *Columbia Law Review*, 542-544.

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 por 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 po-

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, 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

testad 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. Por otro ejemplo de potestades basadas en la ley, véase *Capital etc. Bk. c/ Rhode* (1903), 1 Ch., 631, 655 (potestades bajo leyes de *registro*).

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 posible resolverlo con facilidad recurrien-

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 v 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 sólo 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 sustancia la naturaleza verdadera del interés del comprador es *Christensen v 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".

do 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 corre-

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, 233; *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".

lativa 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 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 imperfecta⁷⁷ *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 descrito 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

⁷⁶ Para ejemplos varios de potestades, véase 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.

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

⁷⁸ Compárese *Boston R. Co. c/ Bartlett* (1849), 3 Gush., 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), pp. 16 y ss.

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 modificadas 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

^{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 Langdell, *Summary of Contracts*, 2a ed., 1880, sec. 178.

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 concurren, 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

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 es-

⁸⁰ Las premisas *a priori* y conclusiones específicas de Langdell han sido adoptadas por muchos otros autores que han escrito sobre el tema. Véase, por ejemplo, Ashley, *Contracts* (1911), 25 y ss.; R. L. McWilliams, “Enforcements of Option Agreements” (1913), en 1 *Calif. Law Review*, p. 122.

* *Consideration*. Es uno de los requisitos para que haya contrato obligatorio en el derecho angloamericano. 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. Sólo 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.]

tipulado, una obligación bilateral entre ella y quien dió 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

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

⁸¹ Para un reciente pronunciamiento judicial sobre el tema, véase *K. 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/ McLeun* (1885), 80 A la 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).

Wyman, en su trabajo sobre *Public Services Companies*,⁸² expresa lo siguiente:

El deber que tiene todo aquél 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 potestades 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.

⁸² Secciones 330-333.

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

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 y 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 adecúa 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:

⁸⁴ (1892), 142 111., 388, 397.

En vida de la propietaria, sin embargo, el interés de ésta en el inmueble carecía de aquellos *elementos constituyentes 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 sólo 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 inte-

⁸⁵ (1861), 16 Grat., 519, 525.

⁸⁶ (1885), 63 N. H., 552.

rés 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 donatario[...] 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.

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 acción') 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").

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

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

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. Véase *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.

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 per-

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

sistiera 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 descrita 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.

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

⁹¹ (1895), 161 U. S., 174, 177.

⁹² (1876), 93 U. S., 217, 222.

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 sólo 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

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

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 esta 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 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"), véase 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."

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 impuestos⁹⁴ 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" (subjeto) 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

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 Véase *Brearly School, Limited c/ Ward*, citado en la nota precedente; también *Internal & 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 sólo 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."

Sólo 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."

palabra "impunidad" tiene connotaciones muy similares. 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 sólo su intrínseco significado y alcance, sino también sus relaciones recíprocas y los métodos que se siguen al aplicarlos, en el razonamiento judicial, para la solución de los concretos problemas que se plantean en los juicios. Antes de concluir podemos aventurar una sugestión general referente a la gran importancia

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., p. 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.

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,

Para ejemplos similares recientes, véase *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.

a lo largo de toda la serie. Mediante ese proceso, se hace posible no sólo descubrir semejanzas esenciales y analogías esclarecedoras, en medio de lo 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.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Austin, J., *Lectures on Jurisprudence*, Londres, John Murray, 5ª ed., 1889.
- Bentham, J., *The limits of Jurisprudence defined*, Columbia University Press, 1945.
- Bulygin, E., *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- Carrió, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.
- Commons, J. R., *Legal Foundations of Capitalism*, 1929.
- Cook, W. W., "Hohfeld's contribution to the science of law", en *28 Yale Law Journal* 721, 1919. [Publicado como introducción a la reedición de Hohfeld citada enseguida.]
- Corbin A. L., Prólogo a la reedición de *Fundamental Legal Conception*, de Hohfeld, publicada por la Yale University Press., 3ª ed., 1964.
- , "Legal analysis and terminology", en *29 Yale Law Journal* 163, 1919.
- , "Jural relations and their classification", en *30 Yale Law Journal* 226, 1920.
- Cossio, C., *La teoría Ecológica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1964.

- D'Alessandro, F., "Persone giuridiche e analisi del linguaggio", en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milán, 1963.
- , "Recenti tendenze in tema di concetti giuridichi", en *Rivista di Diritto Commerciale*, núms. 1-2, 1967 p. 15.
- Fuller, L., *The problems of jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1949.
- Hart, H. L. A., *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford University Press, 1953. [Hay traducción castellana de G. R. Carrió, "Definición y teoría en la ciencia del derecho", en *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.]
- , "Il concetto di obbligo", en *Rivista di Filosofia*, vol. LVII, núm. 2, 1966, p. 141.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 1933. [Hay traducción castellana de J. Tejerina, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.]
- , *General Theory of law and State*, Harvard University Press, 1945. [Hay traducción castellana de E. García Máynez, *Teoría General del derecho y del estado*, México, Imprenta Universitaria, 1950.]
- , *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, 1953. [Hay traducción castellana de M. Nilve, *La teoría pura del derecho*, EUDEBA, 1959.]
- , *Reine Rechtslehre*, Viena, F. Dueticke, 2ª ed., 1960
- Kocourek, A., "The Hohfeld system of fundamental legal conceptions", en *15 Illinois L. Q.*, núm. 23, 1920.
- , *Jural Relations*, Indianápolis, Bobbs Merrill Co., 1927.
- Ogden, C. K., *Bentham's Theory of Fictions*, Kegan Paul, Trench, Londres, Trutner & Co., 1932.
- Pound, R., "Legal Rights" en *26 International Journal of Ethics*, 92.

- Radin, M., "A restatement of Hohfeld", en *51 Harvard Law Review* 1141, 1938.
- Roguin, E., *La Regle de Droit*, 1889. [Hay traducción castellana de José M. Navarro de Palencia, *las reglas jurídicas*, Madrid, La España Moderna, s/fecha.]
- , *La science juridique pure*, 1923.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958. [Hay traducción castellana de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963.]
- , "Tû-tû", en *70 Harvard Law Review*, núm. 2, 1957. [Hay traducción castellana de G. R. Carrió, "Tû-tû", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.]
- Salmond, J., *Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 11ª ed., 1957.
- Scarpelli, U., "La definition en droit", en *Logique et Analyse*, 1958.
- , *Contributo alla semantica del linguaggio giuridico*, Turín, 1959.
- Simpson, W. B., "The analysis of legal concepts", en *80 Law Quarterly Review*, núm. 525, 1964.
- Stone, J., *The province and function of Law*, Harvard University Press, 2ª ed., 1949.
- Terry, *Some leading principles of Anglo-american law*, Filadelfia, 1884.

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	25
II. CONCEPTOS JURÍDICOS Y CONCEPTOS NO JURÍDICOS...	33
III. LOS HECHOS OPERATIVOS CONTRASTADOS CON LOS HECHOS PROBATORIOS	41
IV. LAS RELACIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES CONTRASTADAS ENTRE SÍ.....	47
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....	95



**BIBLIOTECA DE ÉTICA,
FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y POLÍTICA**



Dirigida por:

Ernesto Garzón Valdés (Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

1 •	PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA Y DE LA PRAGMÁTICA DEL DERECHO Ulrich Klug	14 •	SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA Rüdiger Lautmann
2 •	CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES W. N. Hohfeld	15 •	LÓGICA DEL DERECHO Rupert Schreiber
3 •	LENQUAJE JURÍDICO Y REALIDAD Karl Olivecrona	16 •	PROBLEMAS DE ÉTICA NORMATIVA Norbert Hoerster
4 •	DERECHO E INCERTIDUMBRE Jerome Frank	17 •	MORAL Y DERECHO Polémica con Uppsala Theodor Geiger
5 •	EL DERECHO Y LAS TEORÍAS ÉTICAS CONTEMPORÁNEAS George Nakhnikian	18 •	DERECHO Y FILOSOFÍA Ernesto Garzón Valdés (Comp.)
6 •	DERECHO, LÓGICA, MATEMÁTICA Herbert Fiedler	19 •	ESTUDIOS SOBRE TEORÍA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA Otfried Höffe
7 •	EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS ENSAYOS Alf Ross	20 •	EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DERECHO Y otros ensayos Werner Krawietz
8 •	CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Hans Kelsen	21 •	EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS Ernesto Garzón Valdés
9 •	¿DERECHO SIN REGLAS? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Carl Schmitt Matthias Kaufmann	22 •	LÓGICA DE LAS NORMAS Y LÓGICA DEONTICA Georges Kalinowski
10 •	¿QUÉ ES LA JUSTICIA? Hans Kelsen	23 •	MARXISMO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
11 •	¿QUÉ ES LA TEORÍA PURA DEL DERECHO? Hans Kelsen	24 •	RACIONALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO Albert Calsamiglia
12 •	EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO Norberto Bobbio	25 •	ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS DE "CIENCIA" JURÍDICA Carlos S. Nino
13 •	LAS INSTITUCIONES MORALES Hartmut Kliemt	26 •	ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL Francisco Laporta

27 •	ESTUDIOS SOBRE Kelsen Letizia Gianformaggio	43 •	FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA José Fernández Santillán
28 •	LÓGICA Y DERECHO Ulises Schmill	44 •	EXPLORACIONES NORMATIVAS Hacia una teoría general de las normas Daniel Mendonça
29 •	EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD Javier de Lucas	45 •	POSITIVISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Agustín Squella
30 •	DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA Robert Alexy	46 •	ENSAYOS DE INFORMÁTICA JURÍDICA Antonio Enrique Pérez Luño
31 •	POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLÓGICO Y IUSNATURALISMO Eduardo García Máynez	47 •	RAZÓN Y SOCIEDAD León Olivé
32 •	ÉTICA CONTRA POLÍTICA Eliás Díaz	48 •	ESTUDIOS DE ÉTICA JURÍDICA Jorge Malem
33 •	EL CONCEPTO DE INFLUENCIA Y OTROS ENSAYOS Ruth Zimmerling	49 •	NORMAS JURÍDICAS Y ESTRUCTURA DEL DERECHO José Juan Moreso
34 •	POLÍTICA, HISTORIA Y DERECHO EN NORBERTO BOBBIO Alfonso Ruiz Miguel	50 •	UTILITARISMO, LIBERALISMO Y DEMOCRACIA Martín Diego Farrell
35 •	RACIONALIDAD JURÍDICA, MORAL Y POLÍTICA Javier Esquivel	51 •	ENSAYOS SOBRE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Paulette Dieterlen
36 •	NORMAS Y ACTITUDES NORMATIVAS Pablo Navarro y Cristina Redondo	52 •	EL SIGNIFICADO POLÍTICO DEL DERECHO Josep M. Vilajosana
37 •	INFORMÁTICA Y DECISIÓN JURÍDICA Julia Barragán	53 •	CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Roberto Gargarella
38 •	INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA Modesto Saavedra	54 •	LAS LIMITACIONES DEL SOBERANO Ernesto Abril
39 •	SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin	55 •	POSITIVISMO CRÍTICO Y DERECHO MODERNO Kaarlo Tuori
40 •	DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL Ensayos sobre filosofía del derecho Aulis Aarnio	56 •	EDUCACIÓN LIBERAL Un enfoque igualitario y democrático Rodolfo Vázquez
41 •	SOBRE LA DEROGACIÓN Ensayo de dinámica jurídica Josep Aguiló	57 •	DEBER Y SABER Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral Ricardo Guibourg
42 •	LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DERECHO Ricardo Caracciolo	58 •	ENSAYOS SOBRE LIBERALISMO Y COMUNITARISMO Eduardo Rivera López

59 •	LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTRUCTURA SOCIAL Owen Fiss	73 •	RAZONAMIENTO JUDICIAL Y REGLAS Ángeles Ródenas
60 •	CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO Luis Prieto Sanchis	74 •	DERECHO Y RAZÓN Aleksander Peczenik
61 •	NORMAS, VERDAD Y LÓGICA Georg Henrik von Wright	75 •	ENSAYOS DE BIOÉTICA Reflexiones desde el Sur Florencia Luna
62 •	ENTRE LA REVOLUCIÓN Y LA DESCONSTRUCCIÓN. El humanismo jurídico de Luc Ferry y Alain Renaut Eric Herrán	76 •	HOFFELD Y EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Matti Niemi
63 •	DERECHO Y ORDEN Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos Martín Díaz y Díaz	77 •	ESTUDIOS ÉTICOS Karl Otto Apel
64 •	RAZÓN Y ELECCIÓN Hugo Zuleta	78 •	DOS ESTUDIOS SOBRE LA COSTUMBRE Bruno Celano
65 •	CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Dante Cracogna	79 •	CUESTIONES LÓGICAS EN LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS José María Sauca
66 •	DERECHO, PODER Y DOMINIO Massimo La-Torre	80 •	IGUALDAD, DIFERENCIAS Y DESIGUALDADES María José Añón
67 •	ÉTICA ANALÍTICA Y DERECHO Fernando Salmerón	81 •	ENSAYOS SOBRE JURISPRUDENCIA Y TEOLOGÍA Hans Kelsen
68 •	RAZONAMIENTO JURÍDICO Elementos para un modelo Paolo Comanducci	82 •	LA NATURALEZA FORMAL DEL DERECHO Robert Summers
69 •	ESTADO DE DERECHO Problemas actuales Liberio Hierro	83 •	ÉTICA, PODER Y DERECHO Gregorio Peces-Barba
70 •	DERECHOS HUMANOS Historia y Filosofía Mauricio Beuchot	84 •	CONOCIMIENTO JURÍDICO Y DETERMINACIÓN NORMATIVA José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo
71 •	DOG MÁTICA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN AUTORITARIO José Ramón Cossío	85 •	DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD Pablo Ruiz-Tagle
72 •	EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Pablo Larrañaga	86 •	DERECHOS HUMANOS Y PAZ MUNDIAL Ermanno Vitale
		87 •	G. H. VON WRIGHT Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO Daniel González Lagier

<hr/>	88
EPISTEMOLOGÍA Y GARANTISMO	
Luigi Ferrajoli	
<hr/>	89
LA DERROTABILIDAD DEL DERECHO	
Agustín Pérez Carrillo	
<hr/>	90
DERECHO DE LOS NIÑOS	
Entre teoría y justicia	
Isabel Fanlo (comp.)	
<hr/>	91
CUESTIONES JUDICIALES	
Manuel Alierza	
<hr/>	92
ENSAYOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL	
Michel Troper	
<hr/>	93
VIRTUD Y JUSTICIA EN KANT	
Faviola Rivera	
<hr/>	94
FICCIONES JURÍDICAS	
Hans Kelsen, Lon F. Fuller y Alf Ross	
<hr/>	95
EL IUSNATURALISMO ACTUAL	
De M. Villey a J. Finnis	
Rodolfo L. Vigo	
<hr/>	96
DEMOCRACIA Y PLURALISMO	
Ángel Oquendo	
<hr/>	97
PALABRAS Y REGLAS	
Timothy Endicott	
<hr/>	98
DERECHO, LENGUAJE Y ACCIÓN	
Paolo di Lucia	
<hr/>	99
LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL	
Perfecto Andrés	
<hr/>	100
ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES	
Claudia Orunesu, Pablo M. Perot, Jorge L. Rodríguez	

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

- | | |
|--|--|
| 1 Octubre 1994 (agotado)
LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA | 3 Octubre 1995 (agotado)
DERECHOS HUMANOS Y
MINORÍAS |
| 2 Abril 1995 (agotado)
MERCADO Y JUSTICIA | 4 Abril 1996 (agotado)
MORAL Y DERECHO |
| 5 Octubre 1996 (agotado)
LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO | 6 Abril 1997 (agotado)
CONSTITUCIONALIDAD Y
DECISIÓN JUDICIAL |
| 7 Octubre 1997 (agotado)
TESTIMONIOS SOBRE LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO CONTEMPORÁNEA EN MÉXICO | 11 Octubre 1999 (agotado)
DERECHO, ESTADO Y
GLOBALIZACIÓN |

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

8

Abril 1998

ÉTICA, MEDICINA Y DERECHO

- Ernesto Garzón Valdés
- Mark Platts
- Florencia Luna
- Gonzalo Moctezuma Barragán
- Manuel Atienza

*¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?
Poder y autonomía.
Sida e investigación.
La responsabilidad profesional del médico.
Juridificar la bioética.*

ARTÍCULOS

- Aulis Aarnio
- Owen Fiss
- José Juan Moreso
- Luis Manuel Sánchez Fernández

*Derecho y acción.
Política y dinero.
Mundos constitucionalmente posibles.
Límites del modelo de ciencia jurídica actual.*

NOTAS

- Josep M. Vilajosana
- José Luis Pérez Triviño
- Miguel Carbonell

*Sobre recepción de normas.
La autoridad suprema de un orden jurídico.
Sobre Constitucionalismo y positivismo de
Luis Prieto Sanchís*

9

Octubre 1998

HOMENAJE A ERNESTO GARZÓN VALDÉS

- Rodolfo Vázquez
- Ulises Schmill
- Rolando Tamayo y Salmorán
- Luis Villoro
- Ernesto Garzón Valdés
- *Publicaciones de Ernesto Garzón Valdés*

*Palabras de presentación
Fundamentación alternativa al concepto de estabilidad de los
sistemas políticos
Ernesto Garzón en su septuagésimo aniversario
Sobre relativismo cultural y universalismo ético. En torno a
ideas de Ernesto Garzón Valdés
Diez mandamientos para la vida universitaria*

ARTÍCULOS

- Tecla Mazzarese
- Robert Burt
- Liborio Hierro
- Luigi Ferrajoli

*La interpretación jurídica como traducción. Esclarecimientos
provenientes de una analogía común
Los riesgos del suicidio con ayuda médica: primeras lecciones
desde la experiencia americana
Justicia, igualdad y eficiencia
Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo
global*

NOTAS

- Gerardo Pisarello y Ramón Suriano
- Pedro Salazar

*Entrevista a Luigi Ferrajoli
Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en
México*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

10 Abril 1999

PODER Y CORRUPCIÓN

- Jesús Glez. Amuchastegui *Corrupción, democracia y responsabilidad política.*
- Nora Rabotnikof *Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados.*
- Jesús Silva-Herzog Márquez *La corrupción y el liberalismo del favor.*
- Susan Rose-Ackerman *Corrupción y economía global.*
- José Ramón Cossío *Transición democrática y corrupción.*

Carta abierta de Ernesto Garzón Valdés a Juan Ramón Capella

ARTÍCULOS

- Juan Ruiz Manero *Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin.*
- Leticia Bonifaz *El derecho y el tiempo. Las relaciones jurídicas intergeneracionales.*
- Daniel González Lagier *Diez tesis sobre la acción humana.*
- Cristina Hermida *¿Es el derecho un factor de cambio social?*
- Ana Lilia Ulloa *Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos.*

NOTAS

- Bernardo Bolaños *La sociología del conocimiento y el problema de la objetividad en el derecho.*
- Eric Herrán *El poder de Foucault: una miniatura.*
- Raúl Mejía *En torno a la interpretación jurídica.*
- Agustín Squella *La despedida de un maestro.*

Índice analítico de los diez primeros números de Isonomía.

12

CONSTITUCIONALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL

- Ernesto Garzón Valdés *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías.*
- Corina Yturbe *Constitucionalismo, globalización y ciudadanía.*
- José Antonio Aguiar *El sonido y la furia: crítica de la persuasión multicultural.*
- José Ramón Cossío *Constitucionalismo y multiculturalismo.*
- Miguel Carbonell *Constitucionalismo, minorías y derechos.*

ARTÍCULOS

- Pablo Navarro *Enunciados jurídicos y proposiciones normativas.*
- Ruth Zimmerling *Algunas consideraciones sobre la parte sumergida del iceberg, o: Javier Muguerza, perplejo ante la racionalidad.*
- Jesús de la Torre Rangel *Mandar obedeciendo.*

NOTAS

- Dante Cracogna *El legado de Carlos Cossío.*
- Bernardo Bolaños *Popper y la conjetura judicial.*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

13 Octubre 2000

DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

- Pablo Navarro *Presentación.*
- Carlos Alchoumón *Sobre derecho y lógica.*
- Cristina Redondo *Lógica y concepciones del derecho.*
- Eugenio Bulygin *Sistema deductivo y sistema interpretativo.*
- Pablo Navarro y
Jorge Rodríguez *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas.*
- Juan Carlos Bayón *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico.*

ARTÍCULOS

- Mario Bunge *El derecho como técnica social de control y reforma:*
- Michelangelo Bovero *La intransigencia en el tiempo de los derechos.*
- María Bono *La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural.*

NOTAS

- Cristina Hermida *Poder y autoridad.*
- Reyes Rodríguez *Teoría de la legislación y nuevo institucionalismo.*

Décimo Aniversario del Seminario Eduardo García Máynez

14 Abril 2001

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

- Guillermo O'Donnell *Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política.*
- Ernesto Garzón Valdés *Derecho y democracia en América Latina.*
- Hugo Concha *América Latina: entre el impulso democratizante y la creación de un Estado de derecho.*
- Gabriel Negretto *El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina.*

ARTÍCULOS

- Rolando Tamayo *Thales de Mileto vs. Resto del mundo.*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho. -Primera parte-*
- Eduardo Hernando *Entre la excepción y la regla.*

NOTAS

- Miguel Carbonell *Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.*
- Francisca Pou *Redescubriendo a Unger.*
- Napoleón Conde *Entrevista a Ulises Schmill.*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hicálgo 47B Col.
del Carmen Coyoacán, México, D.F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

15 Octubre 2001

DERECHOS HUMANOS

- Horacio Spector *La filosofía de los derechos humanos*
- Juan A. Cruz Parcerio *Derechos morales: concepto y relevancia*
- Gerardo Pisarello *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*
- Eerik Lagerpetz *Sobre los derechos lingüísticos*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. -Primera parte-*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho*
- José Luis Pérez Triviño *El renacimiento de los castigos avergonzantes*

NOTAS

- Rogelio Larios *La controversia Schmill-Bulygin sobre la relación entre lógica y derecho*
- Leticia Bonifaz *Nota sobre Martín Díaz y Díaz*

16 Abril 2002

POSITIVISMO CRÍTICO, DERECHOS Y DEMOCRACIA

- Luigi Ferrajoli *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*
- Michelangelo Bovero *Democracia y derechos fundamentales*
- Ermanno Vitale *Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales*
- Ulises Schmill *Comentarios a Juspositivismo crítico y democracia constitucional de Luigi Ferrajoli*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México -Segunda parte-*
- Paolo Comanducci *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*
- Emmanuel Picavet *Conflicto de intenciones y racionalidad de los sistemas de normas*
- Julia Barragán *La paradoja de autoridad y los problemas de formación del capital social*
- Mauro Barberis *Libertad y liberalismo*

NOTAS

- Juan Aguirre de la Hoz *Sobre Reinventar la democracia. Reinventar el Estado de Boaventura de Sousa Santos*
- Antonio Peña Freire *Sobre Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica de Jordi Ferrer*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tlzapán. Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

17 Octubre 2002

REGULACIÓN, MERCADO Y CONSTITUCIÓN

- Pablo Larrañaga *Presentación*
— Leigh Hancher y Michael Moran *La organización del espacio regulativo*
— Cass R. Sunstein *Las funciones de las normas regulativas*
— Viktor J. Vanberg *Mercados y regulación*

ARTÍCULOS

- José Ramón Cossío *Concepciones de la política y legislación*
— Enrique Serrano *República y derecho*
— Guillermo Lariguet *La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica*
— Alejandro Madrazo *Estado de derecho y cultura jurídica en México*

NOTAS

- José Juan Moreso *Guastini sobre la ponderación*
— Daniel Mendonça *Riccardo Guastini, analítico*
— José Luis Martí *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*
— Emilio Zebadúa *El uso democrático de la ley*

18 Abril 2003

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

- Eugenio Bulygin *Los jueces ¿crean derecho?*
— Ernesto Garzón Valdés *El papel del poder judicial en la transición a la democracia*
— Michel Troper *El poder judicial y la democracia*

ARTÍCULOS

- Rafael Hernández Marín *Sobre la concepción lógica del derecho*
— Alberto Filippi *La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y en España. -Primera parte-*
— Jesús Orozco Henríquez *Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano*

NOTAS

- Pablo Bonorino *Interpretación y aplicación del derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín*
— Hugo Seleme *Equilibrio reflexivo y consenso sobrepuesto*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán. Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

19 Octubre 2003

TOLERANCIA Y PLURALISMO CULTURAL

- Mark Platts, *Detrás de la tolerancia*
- Faviola Rivera, *Rawls, filosofía y tolerancia*
- Javier de Lucas, *Sobre el papel del derecho y el contrato político en el proyecto intercultural*
- Francisca Pou, *Contra la lengua invisible*

ARTÍCULOS

- Alberto Filippi, *La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y España. -Segunda parte-*
- Raúl Calvo y Carlos Venier, *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*
- Oscar Sarlo, *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional*
- Pablo Perri, *Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica*

CARTA ABIERTA: "UNA VERGÜENZA MÁS"

NOTAS

- Luigi Ferrajoli, *Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero*
- Adrián Rentería, *Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli*
- José Juan Mureso, *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*

20 Abril 2004

JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

- David Wippman, *No sobreestimar a la Corte Penal Internacional*
- Kai Ambos, *Common Law y los disparos del muro*
- Alfonso Ruiz Miguel, *Guerra, justicia y derecho internacional*
- Robert Summers, *Los derechos humanos y su protección*
- Ruth Zimmerling, *Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar*
- Juan Antonio Cruz, *Derechos humanos y orden internacional*

ARTÍCULOS

- Jesús Silva-Herzog Márquez, *Bobbio y la sabiduría del pesimismo*
- Giorgio Maniaci, *Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy*
- David Sobrevilla, *La concepción de una "justicia política" de Otfried Höffe*
- Eric Herrán, *Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*

NOTAS

- Michelangelo Bovero, *El realismo de Bobbio*
- José Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*

Índice analítico de los veinte primeros números de *Isonomía*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

*Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,
Av. Hidalgo No. 47-2, Colonia del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,
México D. F., en octubre de 2004.
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.*