

NEIL MACCORMICK

**INSTITUCIONES
DEL DERECHO**

Traducción de
Fernando Atria
y Samuel Tschorne

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

CAPÍTULO V

LAS PERSONAS

1. INTRODUCCIÓN

Todavía ahora en el siglo XXI uno puede decir, de modo similar a como GAYO lo dijo hace ya veinte siglos, que todo el derecho tiene relación con las personas, las cosas y las acciones¹. El derecho impone exigencias a las personas respecto de su conducta. Lo hace también con la vista puesta en la protección de las personas frente a la conducta inapropiada de los otros. Regula el acceso de las personas a las cosas que necesitan para su supervivencia, salud y confort. Provee de un sistema de intercambio a través del que las personas pueden obtener unas de otras las cosas que necesitan. Cuando se incumple con lo acordado o cuando se causa daño o uno se apodera sin título de las cosas de otro, puede haber reacciones sancionatorias a instancias de personas privadas o de autoridades públicas, resultando en la imposición de sanciones penales o de consecuencias jurídicas civiles. La comprensión de qué es el derecho y de cómo funciona, por tanto, supone reflexionar acerca de la idea de persona y acerca de las clases de relaciones que existen entre ellas dentro del contexto del tipo de orden normativo que el derecho, en particular el derecho estatal, constituye. Se debe reflexionar además acerca de las relaciones entre personas y cosas. El punto de partida obvio, no obstante, son las personas. ¿Qué son? Tras responder a esta pregunta, este capítulo prosigue con las variadas capacidades de las personas, tanto pasivas como activas, y concluye con una discusión acerca de estatus.

¹ ZULUETA, 1945-53: I.1.

2. ¿QUÉ SON LAS PERSONAS?

No podría haber orden normativo alguno sin personas, pues lo ordenado es la conducta de las personas y el tratamiento que deben recibir. El orden normativo institucional en sí mismo institucionaliza el concepto de persona². El art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de hecho, establece que: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». El ser persona es algo adicional a ser humano, aunque todos quienes sean humanos tienen el derecho a este reconocimiento adicional.

Para la existencia de una persona es algo fundamental la capacidad para tener intereses y para sufrir daños, y la capacidad para actuar racional e intencionalmente. Éstos son los fundamentos para el reconocimiento de entidades como personas, pero no los criterios jurídicos de reconocimiento de la personalidad, pues cada sistema jurídico establece sus propios criterios para determinar quién o qué cuenta como persona. La personalidad tiene tanto aspectos activos como pasivos. El aspecto activo de la personalidad se refleja en el carácter normativo del derecho. El derecho estatal establece reglas y principios de acuerdo con los cuales determinadas acciones u omisiones son ilícitas y el comportamiento opuesto es obligatorio. Por tanto, quienes crean o enuncian tales reglas y principios necesariamente contemplan la existencia de seres racionales conscientes capaces por su propia voluntad de ajustar a ellos sus acciones intencionales, o por cierto para infringirlos. Todo acto de creación o de establecimiento de reglas de conducta tiene como presupuesto la existencia de personas activas. El aspecto pasivo predomina cuando se considera qué reglas y exigencias de comportamiento es razonable adoptar mediante una ley. Es razonable que ellas busquen, al menos en parte, proteger los intereses de las personas de los menoscabos que puedan ocasionarle lo que los demás hacen o dejan de hacer. Las leyes existen para la regulación del aspecto activo de las personas con la vista puesta, al menos parcialmente, en la protección de las personas en sus aspectos pasivos, esto es, protegerlos frente a daños (invasiones de sus intereses) y tal vez con la vista puesta también en la satisfacción de sus intereses. Algunas personas, como se verá, reciben protección pasiva aun cuando no sean, o no sean todavía, reconocidas como personas capaces de actuar en derecho.

Tanto los aspectos activos como los pasivos de los fundamentos de la personalidad implican la continuidad de las personas en el tiempo y un cier-

² Cfr. RUITER, 2001: 102-106.

to grado de conciencia de ésta, real o imputada³. Pues la intencionalidad en la acción supone un agente que anticipa en el pensamiento una acción que será realizada por el mismo agente en algún momento posterior; y la intencionalidad racional supone la capacidad para tomar decisiones con una concepción acerca de su coherencia con un plan general de vida. Y, por otro lado, los intereses de los seres racionales no están confinados a estados presentes y momentáneos de gratificación sino que incluyen más significativamente todo aquello que conduzca al general bienestar de la persona a lo largo del tiempo. Se sigue que debe existir algún criterio de la identidad personal a través del tiempo y algún modo de determinar la duración de la existencia de una persona como tal. Todo lo cual puede ser mirado como nada más que una forma oscura de decir que los seres humanos nacen, viven y mueren, y que en algún sentido son la misma persona desde el nacimiento hasta la muerte.

El hecho de que estos procesos sean oscuros, sin embargo, se debe más a la moderna tecnología médica que a nuestra forma de hablar acerca de ellos. Tanto para fines morales como jurídicos, la cuestión del momento en que comienza la existencia como persona del ser humano resulta ser difícil y discutible. Considérense las siguientes cuestiones: ¿en qué circunstancias, si es que las hay, un feto humano puede ser abortado? ¿o creado y mantenido fuera de un útero y utilizado para propósitos diferentes que su implantación en el vientre de una mujer que quiere ser madre o que de otro modo es estéril?⁴ ¿Qué deberes de cuidado, si es que los hay, se deben hacia o con respecto al aún no nacido o [en el caso de las pretensiones fundadas en el «perjuicio de nacimiento» o «nacimiento erróneo» (*wrongful life*)] al feto aún no concebido?⁵ ¿Qué derechos, si es que los hay, pueden existir en favor o ser de titularidad de un niño en el momento de nacer en virtud de eventos previos al nacimiento que lo afectaron beneficiosa o

³ LOCKE, 1975: libro II, capítulo xxvii, s 9: «Para saber en qué consiste la identidad personal, se debe considerar qué significa ser una *persona*; que es, pienso yo, un ser pensante e inteligente, que tiene razón y reflexión, que puede reconocerse a sí mismo como sí mismo, la misma cosa pensante, en tiempos y lugares diferentes...». El prominente interés en el problema de la continuidad de la personalidad se ha mantenido en la discusión filosófica más reciente: véase PARFIT, 1984: cap. 11, s 80 y las citas ahí contenidas. Si es que la continuidad psíquica y la autoconsciencia han de ser consideradas esenciales para la personalidad jurídica es claramente una cuestión dudosa, si es que la distinción entre personas naturales y jurídicas es tomada de acuerdo a su comprensión tradicional —aunque esta comprensión es en algún sentido puesta en cuestión en este capítulo—.

⁴ WARNOCK, 1985; véase también Cmnd 9314 (1984): 29-35. Cfr. MASON y LAURIE, 2005: 98-103, 412-167.

⁵ Cfr. SCOTTISH LAW COMMISSION, *Liability for Antenatal Injury* [Scot Law Com No 30: Cmnd 5371 (1973)]; además *Report of the Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury* [Cmnd 7054-I (1978)] paras 1414-1453, 1478-1486. Sobre inexistencia de acciones en el derecho inglés para pretensiones fundadas en «*wrongful life*», véase *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166.

dañinamente?⁶ ¿Qué derechos, si es que los hay, tienen los padres u otras personas por daños infligidos al feto que se encuentra en el vientre materno o debido a defectos congénitos que la asesoría o consejo genético o los exámenes y controles fallaron en advertir debidamente?⁷ ¿Qué derechos, si los hay, se adquieren bajo convenios de «maternidad subrogada»?⁸.

Éstas y otras cuestiones del mismo tipo reflejan una profunda incertidumbre acerca de cómo exactamente, y con qué consecuencias, tiene que establecerse el momento en el que los seres humanos comienzan a ser «personas naturales». Existe una antiquísima (pero aún razonable y relevante) doctrina en los sistemas de derecho civil resumida con el brocardo jurídico: «*nasciturus pro iam nato habetur quamdiu agitur eius commodo*». Esto significa que «el que está por nacer debe ser tratado como ya nacido en aquello que sea para su beneficio». Así, por ejemplo, en el derecho sucesorio, un niño que estaba en el vientre materno al tiempo de la muerte del padre recibe la misma cuota en el legado «a cada uno de mis hijos» que sus otros hermanos, a pesar de que sólo los nacidos vivos pueden ser titulares de derechos sucesorios y éstos sólo se adquieren desde el nacimiento⁹. Siguiendo el espíritu de esta máxima y tomando en cuenta el modo en que ha sido aplicada en muchos sistemas jurídicos, podría argumentarse que una aproximación sensata a la cuestión de cómo tratar el comienzo de la vida sería la siguiente. Actos que afectan a la mujer durante el embarazo, o incluso antes, pueden ser dañinos para ella y dañinos para el feto de modo que afectan adversamente al niño una vez nacido, asumiendo que ha sobrevivido tales lesiones. La cuestión que entonces aparece es si el niño con posterioridad al nacimiento debería tener algún derecho a indemnización (o a alguna otra forma de reparación) por este daño, suponiendo que la persona que causó el daño lo hizo de un modo que pueda ser caracterizado en principio como jurídicamente ilícito. El derecho a reparación¹⁰ por tal daño estará sujeto a la condición de que nazca vivo y será adquirido por el niño nacido. Antes del nacimiento, el

⁶ SCOTTISH LAW COMMISSION, *Liability for Antenatal Injury* (*supra* nota 5); SMITH, 1962: 245-246; *Elliot v Joicey* 1935 SC (HL) 57 en 70.

⁷ Cfr. *Soutar v. Mulhern* 1907 SC 723; WALKER, 1981: 716-717.

⁸ WARNOCK, M. (ed.), 1985: 42-47; MASON y LAURIE, 2005: 105-118; cfr. *A v C* [1985] FLR 445 (CA) y *Re C* [1985] FLR 846. Podría parecer injusto que una madre natural que ha cumplido con su parte en un convenio de maternidad subrogada y que ha consentido en la adopción por los padres subrogantes, no reciba, sin embargo, ningún pago o sea obligada a restituir cualquier pago que haya recibido previamente. Aún así parece ser más conforme con el interés general, privar de todo reconocimiento jurídico a todos los elementos de esos convenios.

⁹ Véase, además, WELLMAN, 2005: 70-73 sobre la regla «nacido vivo» del derecho anglo-norteamericano.

¹⁰ En el derecho privado, una persona que sufre un daño ilícito, o cuyos derechos son de alguna otra manera violados o invadidos, tiene lo que algunas veces es llamado un «derecho a reparación» [*remedial right*] o «derecho secundario», esto es, un derecho para que quien cometió el ilícito compense el daño o realice alguna otra acción que ponga término a la invasión. Tales de-

feto no adquiere ese derecho ni siquiera en abstracto. Pero la reparación recaería sobre el daño infligido al ahora nacido niño mientras éste estaba en el útero. En muchos sistemas jurídicos, la base de la responsabilidad por daños negligentemente causados exige tanto la existencia de un deber de cuidado, que exige evitar causar daños previsibles, como la infracción a este deber. En tales sistemas, el único análisis razonable en el caso del daño prenatal es que la infracción al deber se produjo al causarse el daño y que no surge ningún derecho de reparación respecto de éste sino hasta (y si es) que nace vivo el niño. Conceder la reparación implica conceder que puede existir un deber con respecto al *nasciturus*, aunque sin que tenga consecuencias prácticas en favor del *nasciturus* sino hasta que nazca.

Esto, por cierto, parece tener sentido. Cuando las empresas venden fármacos para que sean recetados a mujeres embarazadas, por ejemplo, para el control de las náuseas que se producen durante el embarazo, el riesgo que las empresas deben considerar y prevenir es precisamente que el fármaco podría lesionar tanto al feto como a la mujer. Algunos comentarios acerca de este tipo de casos sugieren que el deber sólo surge y sólo puede ser impuesto en el momento del nacimiento. Esto no es convincente. Estos comentarios suponen que debe entenderse que el derecho impone un deber en un momento en el que ya no puede guiar la acción que se supone debe guiar. Pues la guía relevante es que se adopten prevenciones hacia la mujer durante el embarazo con el objeto de evitar el riesgo de que los fármacos desarrollados para ser administrados durante el embarazo lesionen al niño que se está gestando en el vientre materno. Para expresar el sentido de esta área del derecho de un modo inteligible, se debiera insistir en que la imposición del deber se hace con referencia a una guía para la acción que es dada y en que se trata de un deber que se tiene tanto respecto de la madre como del feto. Los derechos de reparación o las obligaciones de reparación pueden ser adquiridos o pueden surgir en favor de seres humanos en el momento del nacimiento, no antes, pero pueden, ciertamente, relacionarse con daños y lesiones causadas previamente. Esto implica que el deber se debe al mismo tiempo al feto o *nasciturus* y respecto de él, y que las infracciones a ese deber devienen judicialmente exigibles bajo la condición de que nazca vivo, y sólo bajo tal condición. Esto implica que al feto se le atribuyen derechos de tipo exclusivamente pasivo que pueden ser ilícitamente infringidos; y por tanto, que alguna forma mínima de personalidad existe desde el momento de la concepción¹¹.

rechos pueden ser impuestos judicialmente con el propósito de restablecer el «derecho primario» violado. Esto discutido con más detalle, *infra*, en el capítulo VII.

¹¹ Para una posición claramente contraria, véase WELLMAN, 2005: 80-85. La teoría general de los derechos de WELLMAN supone lo que podría considerarse una fusión de derechos primarios

Lo que no se sigue es que los mismos derechos tengan que existir en favor del feto en contra de todas las personas con las mismas consecuencias, en particular en contra de la madre. Y es que no es ni ilógico ni conceptualmente absurdo afirmar los derechos del feto en contra de terceros mientras que se permite (bajo ciertas condiciones) la realización de un aborto a petición de la mujer embarazada¹². La cuestión de si esta solución es moralmente correcta o no es hoy objeto de una profunda discusión. Una parte de esta controversia gira en torno de la cuestión de si puede existir un derecho a demandar la evitación del daño respecto de seres que pueden, en ciertas circunstancias, ser lícitamente privados de vida. A mí me parece que no existe ninguna razón por la que no, si es que se reconoce que el derecho condicional a interrumpir el embarazo corresponde sólo a la mujer y no es una cuestión de pura elección. Esto constituye al menos una aproximación coherente. Las únicas alternativas coherentes hoy disponibles son la que sostiene que la vida humana comienza desde la concepción y que desde ese momento el feto tiene moralmente la titularidad de todos los derechos humanos normales a la vida y a la protección frente al daño, lo que debe ser reconocido legalmente; y la que sostiene que la vida humana comienza al nacer y que sólo desde ese momento el neonato adquiere moralmente la titularidad de todos los derechos humanos normales a la vida y a la protección frente al daño, lo que debe ser reconocido además legalmente. La posición intermedia sugerida parece preferible a estas dos opciones.

Del mismo modo, para la continuidad de la identidad de las personas a través del tiempo, las cirugías de trasplantes han dado origen a problemas conceptuales cuyas soluciones todavía se mantienen en el nivel de la ciencia ficción y la especulación filosófica¹³. Supóngase que apareciera un trasplante de cerebro en el caso en que una parte estuviera afectada por una enfermedad degenerativa del cuerpo y otra afectada por un grave daño cerebral. ¿La entidad resultante sería Campbell, cuyo cuerpo sobrevive con el cerebro de Cameron dentro, o Cameron, cuyo cerebro sobrevive con el

y secundarios que conforma lo que él llama «dominio». Si tal paso no es correcto, parece que las conclusiones que arriba se han alcanzado son firmes. Para una discusión de esta y otras cuestiones en torno a la teoría del «control», véase, *infra*, capítulo VII.

¹² *Vo v. France* ECHR Nº 5392/00, ss 41, 62-64, 70, 84. La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del 8 de junio de 2004) sostuvo, en un caso en el que un acto ilícito culposo había interrumpido el embarazo de una mujer, que el derecho a la vida establecido en el art. 2 de la Convención de Derechos Humanos no da lugar a ninguna acción legal en favor del feto. Esto, sin embargo, no da ninguna luz acerca de la cuestión de si existe un derecho a reparación por lesiones no fatales sufridos por un feto que posteriormente nace vivo pero menoscabado. Véase además *Paton v. British Pregnancy Advisory Council Trustees* [1979] QB 276 y *C v. S* [1988] QB 135; en Inglaterra, a un feto no se le concede curador para la litis [«*be made Ward of the Court*»]: *Re F (in utero)* [1988], lo que es bastante consistente con la línea que se ha adoptado aquí sobre la restricción temporal relacionada con la adquisición de derechos de reparación.

¹³ Véase PARFIT, 1984: parte III, especialmente caps. 10 y 11.

cuerpo de Campbell? ¿Qué sucede si Cameron era una mujer y Campbell un hombre? ¿Puede la identidad humana sobrevivir un cambio de sexo? (¿Y qué sucede con la continuidad de la identidad de los transexuales que han tenido operaciones de cambio de sexo? ¿Si esta persona estaba casada, es el matrimonio anulado *ipso iure*, o debe ser disuelto?¹⁴ ¿Si de ese matrimonio nacieron hijos, cuándo adquieren éstos los derechos a suceder a su «padre»? Si, como parece ser lo mejor, se trata a la continuidad psíquica como necesaria (aunque quizás no como suficiente) para la continuidad de la identidad de la persona, esto resolvería o ayudaría en principio a resolver algunos de los rompecabezas que estos casos presentan. Pero se generarían otros problemas. Así, si se dieran casos de «doble personalidad» tales como los que son ficticiamente explorados por James Hogg en *Justified Sinner*¹⁵ o por R. L. STEVENSON en *Jekyll and Hyde*¹⁶, se seguiría al parecer que un cuerpo físico puede ser el *locus* de (o «pertener a») dos personas distintas. ¿Qué sería lo legalmente procedente, para qué decir lo justo, si una de las personas es debidamente condenada y privada de libertad por la comisión de un delito, mientras que la otra interpone recursos para la excarcelación de su cuerpo?

Los trasplantes de órganos ya han introducido implícitamente la cuestión de la determinación de la muerte. Al parecer se encuentra bien establecido, y ahora apoyado por precedentes judiciales, que en principio el método correcto para determinar la muerte es aquél referido con el concepto de «muerte cerebral o encefálica»¹⁷. En consecuencia, una vez que una persona ha sufrido muerte encefálica, ninguna operación posterior que cause daño orgánico u otro evento tal como la cesación del pulso cardiaco o de la ventilación pulmonar constituirá, para todos los efectos legales, un homicidio jurídicamente relevante. Si esta concepción es correcta, implica necesariamente que, con independencia de cualquier otra cosa que sea verdad acerca del caso hipotético de Campbell y Cameron, Campbell está en este caso muerto y no puede ser tenido por revivido por la inserción del cerebro de Cameron. En efecto, si la persona resultante no continuara siendo Cameron, no parece haber otro resultado que el que Cameron ha sido muerto o incluso asesinado. Pero si esta concepción no es correcta, todos quienes participan

¹⁴ Cfr. *Corbett v. Corbett* [1971] P 83, que declara nulo de acuerdo al derecho inglés un «matrimonio» entre dos personas que habían sido de sexo masculino al nacer, una de las cuales se había realizado una operación de cambio de sexo. Tal vez en similares circunstancias, una «unión civil» bajo la reciente legislación a favor de parejas del mismo sexo hubiera sido posible, en los sistemas jurídicos que reconocen tales uniones.

¹⁵ HOGG, 1992.

¹⁶ STEVENSON, 2006.

¹⁷ *Finlayson v. H. M. Advocate* [1979] JC 33. MASON, 1988: 42-55; ahora, véase MASON y LAURIE, 2005: 465-474.

en cirugías de trasplante usando los órganos de personas muertas son autores de, o les cabe alguna participación accesorio en, alguna forma de delito de homicidio.

No es necesario llegar aquí a ninguna conclusión final acerca de estos problemas. Exponer estos problemas permite mostrar, sin embargo, que a pesar de que es evidente que todos los seres humanos son concebidos, luego nacen y luego viven por un determinado espacio de tiempo al término del cual mueren, no es trivialmente cierto que cuestiones tales como el comienzo, duración o término de la personalidad han sido resueltas por el derecho. Éstas tienen que ser respondidas sobre la base de algunos principios razonables. Idealmente, deberían serlo a través de la formulación de reglas jurídicas para evitar dudas o dificultades en áreas como las que aquí se han considerado. A este respecto existe una perfecta analogía con otros portadores de personalidad jurídica que no son individuos de la especie humana — sociedades, corporaciones y fundaciones, y cualquier otro objeto o entidad que sea admitido bajo la clase de las «personas jurídicas» —.

Por sólo haber cambiado nuestra forma de hablar y empezar a referirnos a las «personas jurídicas» podría parecer que se está dando apoyo a la idea que sostiene que la personalidad jurídica de los seres humanos, o de las así llamadas «personas naturales», es un tipo de hecho natural, mientras que la de las otras entidades existe sólo en virtud del derecho. Desde HANS KELSEN esta idea ha sido sometida a amplias críticas. Él correctamente apuntó al hecho de que los sistemas jurídicos excluyen ciertos seres humanos de la categoría de personas o los admiten sólo en formas restringidas de ésta. El que las personas sean tratadas jurídicamente como personas depende tanto de las disposiciones jurídicas que se hayan establecido, como depende el que las sociedades, corporaciones y fundaciones (o lo que sea) sean tratadas jurídicamente como personas. Éste es un buen argumento. Es cierto, en efecto, que *en derecho* la personalidad de los seres humanos no es ni más ni menos «jurídica» que la de cualquier otra entidad a la que el derecho se la reconoce¹⁸. A pesar de todo esto, las razones para reconocérsela a los seres humanos difieren de las razones para reconocérsela a las sociedades, corporaciones y fundaciones, y similares, por lo que tiene sentido mantener alguna distinción terminológica tal como la que existe entre las que son jurídicamente «personas naturales» y las que son en esos términos personas «jurídicas» o «artificiales».

Para generalizar: se puede afirmar de cualquier tipo de entidad dotada de personalidad jurídica que deben existir principios y reglas jurídicas relacionados con el comienzo de la persona cualquiera sea su tipo, con su

¹⁸ KELSEN, 1967: 168-192.

duración y su identidad a través del tiempo, y con su terminación final, sea por muerte natural o civil, liquidación voluntaria o involuntaria, disolución o lo que sea. Más aún, para toda persona o clase de persona reconocida como tal por el derecho debe ser posible especificar en términos generales qué tipo(s) de protección le otorga el derecho mientras existe. Debe ser posible además especificar qué tipos de actos son reconocidos como aquellos que puede realizar y de los que se hace responsable. Comúnmente estas materias son tratadas bajo el término «capacidad» y se distingue a la luz de lo que recién se ha dicho, entre «capacidad pasiva» y «capacidad activa». Personas o clases de personas diferentes pueden disfrutar o ejercer diferentes capacidades, bajo las condiciones, limitaciones y cualificaciones apropiadas.

Para introducir la cuestión de la diferencia entre las capacidades pasivas y las activas se debe volver al fundamento del reconocimiento de la personalidad que se ofreció originalmente¹⁹. Esto es la «capacidad para tener intereses y para sufrir daño, la capacidad para actuar racional e intencionalmente». Ahora es oportuno considerar una posible objeción a esta propuesta. La posible objeción consiste en que sólo los individuos de la especie humana satisfacen este criterio, dado que sólo ellos tienen la capacidad real para actuar o sufrir. Por tanto, toda otra «persona» lo sería en virtud de una mera ficción, o por especial creación o concesión del derecho²⁰. Tal objeción es falsa pues gira en torno a una concepción falsa acerca de la acción y del objeto de una acción. Un hecho esencial que debe ser notado es que los seres humanos son por naturaleza seres sociales y colaborativos y que existen ciertos actos que sólo pueden ser actos conjuntos de individuos colaborativos, tales como engendrar un niño o ganar un partido de fútbol o interpretar la *Quinta Sinfonía* de Beethoven. De modo similar, hay ciertos daños y desgracias que son necesariamente colectivos. Esto incluye la pérdida sufrida por una familia por la muerte de uno de sus miembros, o la derrota de un equipo en un partido de fútbol, o la de un país en guerra. Piénsese en el caso de ser interrumpido o silenciado mientras se interpreta la *Quinta* de Beethoven o se representa la obra *Hamlet*. Estos ejemplos no son, o no lo son primariamente, ejemplos jurídicos o que envuelvan necesariamente la aplicación del derecho, pero sí llevan a considerar hechos sociales reales de los que el derecho debe dar cuenta de algún modo. Las acciones colectivas o grupales son algo enteramente natural en los seres humanos, aunque ciertamente esto depende de

¹⁹ Vale la pena repetir aquí que es el fundamento a partir del cual resulta apropiado y razonable reconocer a una entidad como persona, pero que no es en sí un criterio de atribución de personalidad. Los criterios de este tipo son determinados por el contenido del derecho positivo de cada sistema jurídico y, en este respecto, algunos criterios resultan más razonables que otros.

²⁰ Sobre la discusión entre las teorías de la «ficción» y las «realistas», véase PATON, 1972: 407-419.

convenciones, invenciones y organizaciones humanas. La convención, la invención y la organización son también naturales en los seres humanos.

Éste es el tipo de realidad que siempre ha sido reconocido, por ejemplo, por los abogados escoceses que aceptan que las asociaciones constituyen una realidad que trasciende a los asociados del momento y que, por tanto, las asociaciones tienen a los menos una cuasipersonalidad. En esta ocasión sólo queda por lamentar el hecho absurdo de que en la mayoría de los puntos en que este perceptivo reconocimiento de la realidad social pudo haber sido aprovechado en favor de un real desarrollo jurídico, el derecho ha sido impedido de obtener tales logros²¹. Lo que sucede en estos casos a decir verdad, es que en ocasiones la *no personificación* jurídica de ciertas realidades sociales colectivas resulta mucho más ficticia que las concesiones de personalidad jurídica que se han hecho en favor de otras. La ficción no es que el Banco Real de Escocia tenga personalidad jurídica, lo que sí es una ficción es que el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Banca carezca de personalidad jurídica. En efecto, clubes, sindicatos y otras asociaciones sin personalidad jurídica frecuentemente tienen mucho más realidad (como ha sido apuntado por F. W. MAITLAND)²² que otras entidades que sí están dotadas de personalidad jurídica como la sociedad de un hombre en el famoso caso *Salomon v. Salomon and Co. Ltd*²³. En los sistemas del *common law* existen una serie de mecanismos de manipulación del derecho de los *trusts*, del mandato y de los contratos, para acomodar las realidades sociales a las que no se les reconoce personalidad jurídica. La artificialidad de estos artilugios parece ser bastante más obvia que la pretendida artificialidad de la personalidad jurídica.

No se pretende desconocer, sin embargo, que la utilización en estos casos de la ficción de la no personificación puede estar fundada en razones de política legislativa conscientemente adoptadas, como en el caso de los sindicatos británicos. Si no hubieran sido dejados así, habría sido imposible para el Parlamento proteger los fondos que habían sido enterados por los trabajadores frente a las acciones indemnizatorias que se interpusieran por los daños causados por huelgas. En ese tiempo, la mayoría del Parlamento suscribía la opinión de que el desarrollo judicial del derecho civil relativo a

²¹ HEMPHILL, 1984: 208.

²² MAITLAND, 1936: cap. 5. Compárese con la introducción del mismo MAITLAND a su traducción en GIERKE, 1900: xviii-xliv.

²³ *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* [1897] AC 22. El Sr. Salomon formó una sociedad anónima [*«company»*] con seis otros miembros de su familia. Él era el accionista mayoritario, los demás sólo tenía una acción nominal cada uno. La sociedad con el tiempo tuvo grandes dificultades comerciales y tuvo que ser liquidada. El problema que se planteó es si la sociedad anónima constituía en realidad una persona diferente de su dueño sustancial, el Sr. Salomon. La Cámara de los Lores sostuvo que sí lo era y que en consecuencia el Sr. Solomon no era personalmente responsable por las deudas de la sociedad.

las acciones ilícitas colectivas estaba injustamente perjudicado en favor de los intereses de los empleadores. El hecho de que los tribunales encontraran formas de eludir esta decisión política²⁴ resulta comprensible en términos de la realidad social, pero en el contexto significó la ruptura del equilibrio que la legislatura había tratado de alcanzar.

Reconocer que algunas acciones humanas son esencialmente colectivas o grupales no identifica *eo ipso* cuáles son. Ciertamente, en el ámbito de las personas jurídicas siempre resulta esencial determinar qué actos, decisiones e intenciones humanas son imputables²⁵ a qué persona jurídica, y bajo qué descripción y con qué consecuencias jurídicas para los derechos y la responsabilidad de la persona jurídica. Aun con independencia del derecho, la imputabilidad de actos a grupos o asociaciones depende necesariamente, en todos los casos, de reglas y convenciones, pues sólo los grupos organizados pueden actuar o sufrir algo en tanto tales y no como meras colecciones de seres humanos actuando o sufriendo socialmente. La organización de grupos o asociaciones es una organización a través de y conforme a reglas y convenciones que entre otras cosas determinan qué intereses son intereses colectivos y qué actos de qué personas en qué circunstancias cuentan como actos del grupo o asociación organizada. Lo que el derecho hace es establecer una estructura relativamente clara de reglas que determinan estas materias para aquellos grupos o asociaciones cuya identidad organizativa está jurídicamente reconocida, lo que supone que al grupo le ha sido conferida la personalidad *jurídica*. Esto supone un efecto similar a lo que en todos los sistemas jurídicos le atribuye personalidad en términos jurídicos a algunos seres humanos y a todos los seres humanos en aquellos sistemas jurídicos que excluyen la esclavitud y junto con ella la reificación (y, bajo el mismo signo, la de-humanización) de los seres humanos.

En breve, la técnica de la personalidad jurídica es un mecanismo que sirve para reconocer que varios tipos de actividades grupales entre seres humanos están dotados de una voluntad y una finalidad unitarias. A través de este mecanismo, ciertos actos o eventos son reconocidos por el derecho como constitutivos de un grupo que está dotado de personalidad propia, distinta a la de cualquiera de los seres humanos que son jurídicamente sus miembros, empleados o agentes²⁶. La consecuencia que se sigue es que ciertos actos, decisiones e intenciones pueden ser imputadas al grupo como sus actos, de-

²⁴ Considérese *Taff Vale Railway Co v. Amalgated Society of Railway Servants* [1901] AC 426 y véase GRIFFITH, 1997: 63-98.

²⁵ Sobre la imputación o «atribución», véase KELSEN, 1967: 76-83 y 188-191 y compárese con el similar concepto de «atribución» que desarrolla GRAY, 1985: cap. 2. Cfr. HART, 1983b: 43-47; véase, además, HART, 1954: 54-56.

²⁶ Cfr. CANE, 2002: 145-147.

cisiones e intenciones. Más aún, determinados estados de cosas pueden ser considerados intereses jurídicamente relevantes de la organización. Ciertos seres humanos apropiadamente identificados pueden actuar como agentes o empleados de la organización mientras ésta exista. Tal existencia no es, sin embargo, perpetua, pues el derecho también establece que el acaecimiento de determinados actos o eventos implican la terminación de la existencia de la organización como una persona para todos los efectos legales. Como con las otras personas, el derecho regula en general y en particular las capacidades jurídicas que pueden detentar las personas jurídicas. Es el momento, entonces, de enfrentar el tópico de la «capacidad», considerando tanto sus elementos pasivos como activos.

3. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: CAPACIDAD PASIVA

3.1. Capacidad pasiva pura

La capacidad pasiva es identificada apropiadamente como la capacidad jurídica de una entidad para ser la beneficiaria de una o más disposiciones jurídicas, en el sentido de que ellas han de ser interpretadas como teniendo el propósito de proteger tal entidad respecto de un daño o de permitir la realización de algún interés de esa entidad. Esto depende de la interpretación que se adopte con respecto a los fundamentos que respaldan esa u otra ley. Por ejemplo, si la ley a través de la que se castiga como acto ilícito punible el delito de lesiones se justifica al menos en parte sobre el fundamento de que tiende a proteger a los seres humanos frente a la amenaza o el ejercicio actual de la violencia física respecto de su cuerpo, entonces se presume que una finalidad de la ley es proteger a los seres humanos o a algunos seres humanos de ese daño. No obstante, si la única verdadera justificación fuera que esas leyes protegen la paz pública en atención al interés del Estado, entonces la finalidad presupuesta no sería la protección de los seres humanos, a pesar de que los medios para la promoción del verdadero objetivo que es el interés estatal sean también beneficiosos para los seres humanos. Por contraste, uno puede con completa seguridad presumir que la prohibición jurídica de demoler edificios con valor histórico tiene como finalidad satisfacer un interés cultural de los humanos, no la integridad física de los edificios (esta última sólo es un medio para finalidad que justifica a la ley). El caso de las leyes que prohíben la crueldad con los animales es en este respecto un caso problemático, pues según algunas concepciones estas leyes se justifican primariamente con miras a la promoción del interés humano en la conducta humana, según otras se justifican primariamente por la protección de los animales respecto del sufrimiento gratuito.

En el caso de la protección puramente pasiva es, por cierto, una cuestión de interpretación y de juicio la determinación de quién es el beneficiario de la ley y cuáles son los medios para algún bien ulterior dado. Más aún, en ciertos casos puede darse que las provisiones legales en cuestión sean primariamente penales o cuasipenales, de manera que la potestad y la discreción acerca de la imposición del derecho recaiga en funcionarios públicos encargados de la persecución. Aquí, puede aparecer como un ejercicio puramente académico y abstracto el de determinar quién tiene la capacidad de ser, y es, el beneficiario de algunas disposiciones jurídicas.

No obstante, cuando esas disposiciones han sido establecidas legislativamente, la cuestión que puede surgir es si la comisión del ilícito o contravención contemplado en el texto legislativo puede además constituir la infracción a un deber de cuidado legislativamente establecido o «culpa infraccional»²⁷. En tal caso, cualquier lesión, daño o perjuicio que sea tenida por suficientemente previsible o como una consecuencia «próxima» de la infracción da lugar a un derecho de compensación en favor del que ha sufrido el daño. Para resolver esta cuestión es crucial tener alguna opinión acerca de si la infracción envuelve, o puede envolver, un daño ilícito a algún otro ser. Esto a su turno requiere que la entidad en cuestión sea capaz sufrir daños ilícitos o de ser jurídicamente ofendida. Además debe ser, en el caso dado, un miembro de la clase cuya protección es una de las finalidades que sirven de fundamento a la ley en cuestión. Un caso relevante a este respecto es el contenido en la discusión anterior acerca de la cuestión de si los actos que culpablemente dañan al feto pueden ser ilícitos en el sentido de que infringen un deber que se tiene hacia él.

3.2. Capacidad transaccional pasiva

No son éstas las únicas formas en que la capacidad jurídica para ser beneficiario puede manifestarse. Cuando se trata del derecho privado, uno puede llegar a ser beneficiario de una promesa aunque uno no sea capaz de obligarse válidamente por sí mismo, ni siquiera para aceptar los términos de una oferta condicional. Uno puede ser capaz de convertirse en el dueño de una propiedad que ha sido donada, aunque uno se sea incapaz de administrarla. Uno puede ser capaz de sufrir un daño jurídicamente relevante causado mediante la infracción a algún deber jurídico y de adquirir por ello algún derecho a reparación aunque no tenga la capacidad de ejercerlo. Uno puede tener la capacidad de ser el beneficiario de los deberes de los guarda-

²⁷ Véase 6.4, *infra*.

dores o *trustees* como tales, aun cuando uno sea incapaz de hacer valer por sí mismo esos derechos frente a las infracciones que ellos cometan.

Estas ilustraciones nos llevan a prestar atención a un segundo tipo de situaciones en las que una persona puede, aunque de un modo totalmente pasivo, tomar parte en el drama del derecho. Hasta aquí se han considerado varios tipos de transacciones jurídicas, una de cuyas características es que no sólo la parte activa debe ser una persona dotada con la capacidad correspondiente para actuar de esa manera, sino que también la parte a la que se dirige el acto debe tener capacidad suficiente para que la transacción produzca el efecto que le es propio. Lo mismo resulta aplicable a aquellas transacciones cuyo efecto propio consiste en la imposición de alguna carga legal a la otra parte. Una carga tal como un deber jurídico sólo puede ser impuesto a un ser que es capaz de ser portador de deberes. Se denominará «capacidad transaccional pasiva» a la capacidad para ser el destinatario de un beneficio o de una carga creada a través de una determinada transacción. Ésta es la capacidad de ser el destinatario del efecto legal de algún tipo de transacción o acto jurídico, sea un beneficio o un detrimento. (Aquellos que dudan acerca de su importancia pueden reflexionar sobre el hecho de que un recién nacido puede ser válidamente el beneficiario de una propiedad dada en *trust*, mientras que una mascota no puede serlo).

En el momento en que se entra en el campo de los ilícitos civiles *hacia* las personas que adquieren las obligaciones de reparación consecuentes o las que se obligan a través de contratos y de otros actos voluntarios lícitos *en favor de* otras personas, uno necesariamente avisa la transición de la capacidad pasiva a la activa. Lo mismo sucede en relación con el ejercicio de derechos en relación con las cosas, en el capítulo VIII *infra*. La aptitud jurídica para exigir, hacer valer o reivindicar —o para abandonar o renunciar— el propio derecho supone la capacidad para realizar «actos jurídicos» o «actos de derecho», esto es, para llevar a cabo transacciones jurídicas. Si una persona carece de tal capacidad, los derechos puramente pasivos de la persona, sin considerar el derecho penal, serían seguramente pasados a llevar e ignorados a falta de alguien disponible y capaz para afirmar estos derechos con efectos jurídicos. El derecho ha desarrollado varios mecanismos de representación exactamente con esta finalidad. Esto asegura que una persona dotada jurídicamente de capacidad activa se haga responsable de actuar en interés de las personas a las que se les reconoce capacidad puramente pasiva. En tales casos la voluntad del representante (guardador, tutor, curador, *trustee* o mandatario, o lo que sea) es a veces imputada o atribuida a la parte representada; en otros casos simplemente produce efectos en favor de la persona incapaz. Antes de entrar a considerar la capacidad activa, se debe hacer notar que la capacidad pasiva es concebible perfectamente en algún ser o entidad carente completamente de cualquier capacidad activa. Sin

embargo, la posesión en alguna medida de algún grado de capacidad pasiva debe ser considerada como el elemento mínimo de la personalidad jurídica. Cuando algún estado de cosas sea concebido como suficientemente valioso como para merecer alguna protección legal como fin en sí mismo, puede llegar a ser el caso de que se considere que la concesión de algún estatus mínimo de personalidad jurídica es un mecanismo útil incluso para objetos inanimados. Así, se ha sugerido que las leyes de protección del medio ambiente serían mucho más efectivas si se les confiriera cierto estatus legal a árboles y similares²⁸. Sin duda ésta es en alguna medida una proposición extravagante y de una intención algo lúdica, pero constituye un recordatorio útil del alcance potencial de la personalidad jurídica; y del hecho de que si bien es cierto que las capacidades jurídicas están normalmente correlacionadas con el ser humano o al menos con capacidades animales, esto no tiene por qué ser así.

Estas tesis acerca de los elementos mínimos de la personalidad son controvertidas. Por ejemplo, algunos autores escoceses, p. ej., el escritor institucional John ERSKINE DE CARNOCK²⁹, recientemente aprobado por la *Court of Session*, niega que pueda haber personalidad jurídica a falta de toda capacidad activa o de la capacidad para ser el titular de una propiedad. Esta es la situación de los impúberes en el derecho escocés. Análogamente, G. J. BELL caracterizó la situación de los «pupilos» como «un estado de absoluta incapacidad en derecho»³⁰. Estas concepciones que ven a la capacidad puramente pasiva como insuficiente para constituir personalidad jurídica parecen verse fortalecidas por la discusión de la posibilidad de que los árboles «deberían [...] tener algún estatus jurídico». No obstante, creo que es preferible la concepción que reconoce que la capacidad cubre tanto la capacidad de sufrir —de ser ofendido o víctima de actos ilícitos— como la capacidad de actuar; es esto, la capacidad activa en sus varias formas. Más aún, como se verá, la capacidad activa, en algunos casos, presupone la capacidad pasi-

²⁸ STONE, 1985. Si se le reconociera a árboles como el abeto de Douglas californiano cierto estatus legal mínimo, sería más fácil, dice STONE, articular una protección efectiva a esta invaluable parte de la naturaleza.

²⁹ ERSKINE, 1989: I.7.14.

³⁰ BELL, 1989: s 2067. El dictum de BELL y el de ERSKINE fueron afirmados en *Finne v. Finnie* [1984] SLT 439, diciendo Lord Cameron: «Un pupilo es incapaz de actuar por sí mismo, ni tiene la capacidad para consentir. “[É]l no tiene personalidad en el sentido jurídico de la palabra...” (ERSKINE, 1989: I.7.14) [...] en nuestro derecho un pupilo carece de personalidad: en efecto, esta personalidad [sic] es subsumida en la de su tutor o tutora». Pero compárese ahora con la Ley escocesa sobre Edad de Capacidad Legal [«*Age of Legal Capacity (Scotland) Act*»] 1991. Los niños menores de dieciséis años bajo esta ley (s 1) son incapaces de participar en transacciones jurídicas, salvo ciertas excepciones. Así, no se les reconoce casi del todo capacidad activa y pasiva transaccional. Sin embargo, considérese además s 2 (3): «Nada de lo dicho en la presente ley [...] (e) impedirá que una persona menor de dieciséis años adquiera o sea titular de algún derecho, título o interés». Se les reconoce jurídicamente capacidad pasiva.

va de algunas (o todas las) personas que van a ser afectadas, sea beneficiosa u onerosamente, a través del ejercicio de potestades.

4. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: DE LA CAPACIDAD ACTIVA EN GENERAL

Como ahora se podrá ver, existen dos formas de capacidad jurídica activa. La primera, que se llamará «capacidad-responsabilidad»³¹, es la capacidad de actuar y ser tenido por responsable de lo que uno hace, o de las consecuencias que trae lo que uno hace. Aquí estamos lidiando con ese sentido de «acción» conforme al que es posible, en derecho, imputar responsabilidad por resultados y consecuencias de la acción al ser o entidad cuya actividad corporal o mental ha de ser tratada como la causa del resultado o consecuencia que está siendo considerado. Tal capacidad para la acción normalmente supone, además, que se puede incurrir en responsabilidad jurídica por las propias acciones o sus consecuencias, sea que esta responsabilidad se traduzca en la imposición de un castigo o pena, o en la imposición del deber de indemnizar o de otros deberes civiles de reparación. La segunda, que será denominada «capacidad transaccional», es la capacidad para realizar válidamente transacciones jurídicas («actos jurídicos» o «actos de derecho»)³². Esta capacidad para realizar transacciones se relaciona generalmente con transacciones de cierto tipo, como en el caso de la capacidad contractual, o con la capacidad para votar en elecciones públicas, o para ser director de una sociedad anónima, o para extinguir válidamente una deuda pecuniaria, y así sucesivamente.

Para ambas formas de capacidad activa, el derecho establece que toda persona que posea determinada condición o condiciones, debe ser tratada como jurídicamente apta para actuar y debe ser tenido por responsable de actos³³, o para participar en transacciones jurídicas y para que sean consideradas válidas los diversos tipos de transacciones que realice. Para decirlo de otro modo: las capacidades jurídicas (activas) de una persona son determinadas condiciones para que en derecho sea capaz de actuar produciendo plenos efectos jurídicos, ya sea por vía de la comisión de un acto ilícito o

³¹ Véase HART, 1968: 265; ahora, sin embargo, en vez de las explicaciones de HART, pueden verse las de CANE, 2002: 29-30, 35-36, 143-145, 150-151. «La capacidad relevante es la capacidad de ser guiado por reglas».

³² Es, con toda seguridad, una capacidad de este tipo la única considerada en los textos referidos en la nota 25, *supra*.

³³ Ser considerado como obligado es una cuestión de capacidad transaccional pasiva; ser reconocido como apto para actuar de un modo que infringe el derecho y que, en consecuencia, incurre en responsabilidad es una cuestión de capacidad activa.

del ejercicio de alguna libertad de acción, o por la vía de efectuar una transacción jurídica. Estas capacidades son asignadas por el derecho según la presencia de atributos duraderos (aunque no necesariamente permanentes) en una persona. Éstos son legalmente determinados pero pueden consistir en atributos no institucionales de una persona, tales como su edad, sexo o estado mental, o en atributos institucionales como la ciudadanía, la de ser hijo legítimo, el estado civil, o la solvencia, que son conferidos por el derecho mismo. Cuando las condiciones determinantes de la capacidad son no institucionales y, en ese sentido, «naturales», la adscripción o no adscripción de capacidad por el derecho es justificada normalmente como fundada (y por tanto como si sólo replicara) habilidades o inhabilidades de la persona de la clase dada. Por ejemplo, las incapacidades que anteriormente afectaban a las mujeres y que todavía afectan a los niños menores y a quienes tienen anomalías o alteraciones psíquicas son representadas como justificadas por las naturales inhabilidades que provienen de la femineidad, de la infancia y de la insanidad. El mismo tipo de argumento ha sido usado en casos de cualificación o descualificación racial. Para los fines del argumento aquí desarrollado se entiende que tales razones están justificadas en el caso de los menores y en el del insano, pero que son inaceptablemente erróneas en el caso del sexo y la raza; pero también aquéllas han sido discutidas por ciertos autores³⁴. En el caso de la incapacitación por atributos institucionales tales como la insolvencia o la condena a pena aflictiva, constituye una parte del sentido de las instituciones en cuestión el que ellas resulten en ciertas incapacidades.

Toda concepción del derecho que lo concibe como algo que, de una u otra manera, guía o regula la conducta de agentes racionales y conscientes por medio de la comprensión que tienen de las exigencias del derecho, tiene que adoptar aunque sea implícitamente un concepto de capacidad activa³⁵. Pues esto supone que los destinatarios del derecho o de leyes particulares tienen alguna comprensión actual o potencial de que están sujetos a tal o cual disposición jurídica. Por tanto, el derecho debe contener, al menos implícitamente, alguna referencia a las cualidades de las personas que las hace caer bajo el ámbito de aplicación de una disposición jurídica dada. Algunas de estas cualidades pertenecerán a la clase de los atributos duraderos de la persona, otros a roles, actividades o circunstancias más transitorios (tales como ser un empleador, conducir un automóvil o trabajar bajo un error o bajo la influencia del alcohol o las drogas, o ser la víctima de un engaño o de coacción). Cualidades del primer tipo, como se ha visto, son aquellas que

³⁴ FARSON, 1978, niega la justificación de las restricciones a la capacidad de los niños; para un punto de vista más equilibrado, sin embargo, véase ADLER, 1982: cap. 3.

³⁵ Véase, de nuevo, CANE, 2002: 35.

son determinantes para la capacidad jurídica o para la incapacidad jurídica. Bajo esta luz, debe ser destacado que lo que aquí se ha identificado como las dos formas o aspectos de la capacidad activa se corresponde con los dos modos en que, según juristas muy influyentes, el derecho guía o regula el comportamiento. Éstos son, por una parte, la imposición de exigencias categóricas de conducta³⁶ (calificando como ilícitos actos u omisiones o como obligatorio su opuesto) y, por la otra, la de conceder potestades a las personas para producir consecuencias jurídicas mediante transacciones jurídicas. Un caso relevante de transacciones jurídicas es el de aquellas que satisfacen un tipo determinado de condiciones jurídicas que serán estudiadas en la discusión sobre las potestades jurídicas contenida en el capítulo IX. Mientras tanto, en las dos secciones siguientes se le dará un tratamiento más profundo a la capacidad-responsabilidad y a la capacidad transaccional.

5. CAPACIDAD-RESPONSABILIDAD

Podría parecer que esta responsabilidad es en esencia más bien pasiva que activa, dado que envuelve la cuestión de si uno puede ser hecho responsable civil o penalmente como sanción por los actos que se ha realizado. Pero, como se verá más adelante (cap. VII, apdo. 3 *infra*), la capacidad-responsabilidad supone además la capacidad de tener y ejercer derechos activos. Y si bien la capacidad para ser obligado es ciertamente una forma de capacidad transaccional pasiva, lo aquí es importante es la distinción que existe entre la capacidad para quedar obligado y la capacidad para realizar aquello a lo que se anuda la obligación. Los niños menores de una determinada edad, y las personas que están afectadas por una alteración o anomalía psíquica en términos jurídicos, son considerados inimputables por carecer de capacidad de culpabilidad penal³⁷. Tales personas, en consecuencia, carecen de la capacidad para cometer delitos y, concordantemente, no pueden ser condenados como jurídicamente culpables de un delito, con independencia de que la seguridad pública o el derecho justifique en estos casos otras medidas constrictivas cuando se hayan visto envueltas en un comportamiento seriamente dañino³⁸. También ha sido objeto de un debate perenne la cuestión de si las personas jurídicas son capaces de culpabilidad penal y si, en este sentido, son capaces de cometer algún delito o infracción cuya tipificación exija un elemento psíquico³⁹.

³⁶ Algunas veces llamadas «reglas que imponen deberes», p. ej., HART, 1994: 78-79, pero véase *infra* capítulo VI, apdo. 4, para una discusión del concepto de deber.

³⁷ WALKER, 1968: 84-124.

³⁸ WALKER, N., 1973: 18-156.

³⁹ CANE, 2002: 157-164.

La respuesta apropiada a esta cuestión es, por cierto, que la imputación de culpabilidad a personas jurídicas puede descansar en fundamentos algo diferentes a los que se aplican en el caso de las personas naturales. Pero a pesar de esto es tan justificable como en el caso de las personas naturales, en la medida en que las acciones intencionales son definibles como el resultado de una deliberación que termina en una decisión y, por tanto, quienquiera que tome las decisiones de la persona jurídica necesariamente forma las intenciones de la persona jurídica. De este modo resulta posible concebir a las personas jurídicas como *capax doli*, esto es, como jurídicamente capaces de culpabilidad, como algo distinto a la mera responsabilidad vicaria por los ilícitos de otros. En muchos sistemas, sin embargo, el derecho ha avanzado a tientas, muy lenta y dubitativamente, hacia una clara decisión de principios en este problema⁴⁰.

Como lo muestra el caso de la responsabilidad civil vicaria, es posible separar la obligación de reparación por daños infligidos antijurídicamente de la infracción al deber o de la comisión de otro ilícito del que se sigue aquélla como consecuencia. En casos como la responsabilidad del empresario, o en la representación y similares, se impone responsabilidad de modo tal que la infracción al deber o a una obligación, o la comisión de otro acto ilícito que causa daño, por otra persona, como el ilícito cometido por el trabajador en el desarrollo de sus labores, resulta no sólo en la obligación de esa persona de reparar el daño hecho, sino que también en que el empresario incurre en una obligación conjunta del mismo tenor y con la misma extensión. Tanto el empleador como el trabajador podrán ser condenados a una indemnización de perjuicios, etc., y en último términos a su ejecución forzosa, si es que no cumplen con ella por propia voluntad⁴¹.

La responsabilidad vicaria tiene que ser distinguida del caso en que una persona incurre en culpa propia por no evitar que otro cause daños. Por ejemplo, los niños pueden previsiblemente cruzar calles con mucho tráfico sin el menor cuidado y su presencia en medio de la calle puede hacer que los vehículos realicen maniobras repentinas que los lleven a causar o sufrir daños (o ambos). En un caso tal, puede considerarse correctamente que el adulto a cargo del niño infringió el deber general de cuidado al haber omitido las precauciones adecuadas para evitar en ese caso este evidente riesgo. Pero, dependiendo de la edad y las circunstancias, puede que el niño no haya por sí mismo infringido en ese caso deber jurídico alguno y, ciertamente, los niños muy pequeños carecen del todo de capacidad-responsabilidad. En este caso la única persona que ha incurrido en culpa es el adulto al cargo, quien constituye

⁴⁰ CANE, 2002: loc. cit.

⁴¹ CANE, 2002: 151-157, 177-178.

la única parte jurídicamente relevante, teniendo por sí la capacidad de serlo⁴². Lo mismo ocurre con la falta de cuidado en la guarda de animales —aquí no hay responsabilidad vicaria, sino que la infracción de un deber por el guardador, que deberá reparar aquellos daños que el animal extraviado cause—⁴³.

En consecuencia, en el caso de potenciales ilícitos, tanto bajo el derecho penal como el derecho civil, es claro que la capacidad para actuar —capacidad-responsabilidad— es distinta de la capacidad pasiva de ser involucrado como parte en un proceso judicial, de la capacidad de ser obligado jurídicamente, que es una forma de capacidad transaccional pasiva. Inversamente, uno puede por razones especiales ser incapaz de obligarse jurídicamente sin ser incapaz para actuar. El caso de la «inmunidad diplomática» constituye un caso de esto. Aquellos que detentan inmunidad diplomática no son considerados incapaces de acción o de cometer ilícitos, sino que simplemente no son capaces de ser sujetos a un procedimiento civil o penal⁴⁴. Lo mismo se ha aceptado en algunos casos en la legislación sobre las organizaciones sindicales y los conflictos laborales. Se ha sostenido que esto no afecta la calificación jurídica (en el derecho inglés) de ciertos actos, como el caso de los piquetes, sino que simplemente le otorga a los agentes una inmunidad frente a procesos criminales o civiles en relación con tales actos⁴⁵. Si esto constituía una lectura correcta de los principios legislativos es algo más que dudoso. Más allá de toda duda está, sin embargo, la corrección lógica de la distinción trazada.

La aptitud para actuar o para abstenerse de actuar en un sentido jurídicamente relevante es fundamental para el orden jurídico en tanto que ordenación racional de seres racionales. Esta aptitud resulta esencial tanto para ser juzgado como el autor de un ilícito como para ser considerado como alguien que no ha cometido ilícito alguno en relación con un hecho dado. Es esto lo que diferencia a los actos y las omisiones del mero comportamiento y los meros eventos. La capacidad en el sentido de «capacidad-responsabilidad», por tanto, es fundamental para el derecho y es un aspecto fundamental de la personalidad jurídica.

6. CAPACIDAD TRANSACCIONAL

En los sistemas jurídicos desarrollados la capacidad transaccional es de la misma importancia. El concepto que aquí se discute es la aptitud para

⁴² Cfr., por ejemplo, *Carmarthenshire County Council v. Lewis* [1955] AC 549; SMITH, 1975: 311.

⁴³ Cfr. NORTH, 1972.

⁴⁴ Cfr. DENZA, 1998.

⁴⁵ Véase *Broome v. Director of Public Prosecutions* [1974] AC 587; *Kavanagh v. Hiscock* [1974] QB 600.

ejercer potestades jurídicas, esto es, para realizar actos con la intención de producir efectos jurídicos. En el que es el caso analíticamente más simple, este efecto consistirá o bien en hacer ilícito lo que de otro modo es lícito, como cuando una persona promete válidamente hacer algo, por lo que la realización del acto prometido se vuelve obligatoria (e ilícita su no realización); o, viceversa, cuando una persona consiente a lo que sin este consentimiento constituiría un delito de lesiones, como las operaciones quirúrgicas, o cuando válidamente se condona la obligación que otro contrato por una promesa. A partir de estos casos simples de potestad, se pueden construir otros más complejos, como por ejemplo cuando una persona promete a otra realizar un acto determinado si le entrega una petición por escrito con anterioridad a una determinada fecha. En este caso el promitente confiere una potestad a la otra parte en virtud de cuyo ejercicio el promitente puede quedar sujeto a la obligación incondicional de realizar ese acto o quedar liberado de toda obligación al respecto. Así, puede haber potestades para conferir potestades como también hay potestades para contraer o para imponer obligaciones; también puede haber potestades para crear, conferir, transferir y extinguir derechos de cualquier tipo, como se verá en su debido momento (cap. IX, *infra*).

Lo que es crucial es que la noción de «efectos jurídicos válidos» acompaña en todos los casos al debido ejercicio de las potestades jurídicas. La especial importancia de todo esto descansa en la imposición judicial de sanciones por actos ilícitos (esto mismo descansa en las potestades concedidas por el derecho al juez como tal) y en el deber judicial de imponer el cumplimiento de todos los acuerdos y relaciones jurídicas válidamente establecidos. Esto puede ser visto incluso como un tipo de recompensa: para aquellos que tienen capacidad transaccional y deciden ejercerla en las formas y condiciones establecidas por el derecho, la recompensa consiste en el que los acuerdos así celebrados serán judicialmente exigibles a través de un debido proceso⁴⁶.

Las disposiciones legales que confieren potestades, concordantemente, han de ser entendidas como si prescribieran que la realización de un determinado acto deberá producir un determinado efecto jurídico. Pero una condición a la que una prescripción tal está necesariamente sujeta es aquella que determina qué tipo de personas teniendo qué características pueden producir este resultado mediante el acto correspondiente⁴⁷. Éste que es un elemento esencial de las disposiciones jurídicas que conceden potestades,

⁴⁶ MACCORMICK, 1981: cap. 6.

⁴⁷ Existen otras condiciones además de la capacidad personal que determinan la validez de un acto. Véase cap. IX, apdo. 2, *infra*.

se corresponde con lo que es esencial para nuestro concepto de capacidad transaccional. Determinadas potestades (p. ej., potestades para celebrar contratos, enajenar propiedades, constituir *trusts* u otorgar testamentos) son ejercitables por todas las personas que posean ciertas condiciones personales duraderas (tales como la edad, sexo, sano juicio, etc.). Propiamente se les adscribe «capacidad» —*capacidad para tal acto o transacción*— a personas con esos atributos.

Un caso diferente es el de aquellos poderes que se confieren a personas especialmente cualificadas, sea que esa cualificación especial provenga por herencia (p. ej., un monarca), por elección (p. ej., un presidente) o por nombramiento (p. ej., ministros, jueces, funcionarios administrativos, directores de las empresas públicas, oficiales de policía, etc.)⁴⁸. En estos casos pueden existir condiciones —al modo de una «capacidad transaccional pasiva»— respecto de quién puede ser nombrado o elegido para un cargo determinado. Pero es el hecho de la sucesión, elección o nombramiento, lo que le otorga a esta persona la calidad necesaria para ejercer ese conjunto de competencias. «Competencia», «jurisdicción», e incluso quizás «autoridad», son los términos que se utilizan para la investidura de poderes especiales a través de tales calidades especiales⁴⁹. A pesar de que los ejemplos elegidos hasta ahora provienen de la esfera del derecho público y han concernido a la competencia o autoridad de derecho público de funcionarios estatales, debe notarse que también pueden existir potestades especiales en el derecho privado por la vía de nombramientos especiales. Pueden servir de ilustraciones el nombramiento que hace una persona para que otra sea su albacea o el *trustee* de una determinada propiedad, o cuando una persona es elegida para ser dirigente sindical o el director de una sociedad anónima, o nombrada en un determinado puesto en la organización de una empresa o negocio, o aceptada como socio en una sociedad de personas. En todos estos casos, sin duda, es una condición previa que el designado posea capacidad transaccional pasiva para ser nombrado o elegido para tal posición o cargo, e indudablemente sólo serán nombradas o elegidas personas con las apropiadas capacidades activas. Pero lo que es conferido a través del nombramiento o elección no es una capacidad general sino una especial competencia jurídica.

Para concluir estas observaciones sobre capacidad, entonces, debe notarse nuevamente que la posesión de una cierta capacidad o capacidades jurídicas mínimas es de la esencia de la personalidad jurídica. Ser una persona significa ser capaz de sufrir y de actuar en derecho, de actuar y de ser

⁴⁸ Cfr. la discusión de las reglas institucionales que definen los cargos en RUTTER, 2001: 92-93.

⁴⁹ Cfr. RUTTER, 2001: 15.

el destinatario de un acto. Puede diferenciarse, por tanto, entre capacidad pasiva y activa. La capacidad pasiva pura es la condición de ser susceptible de recibir protección jurídica *en el propio interés* más que como medio para otro fin en sí mismo. Ésta es, entonces, el reconocimiento jurídico mínimo que puede otorgarse a un ser y es detentado tanto por los niños muy pequeños como por quienes están afectados por graves anomalías o enfermedades psíquicas. Otras capacidades pasivas, las que son transaccionales, tienen relación más bien con la aptitud para ser afectado beneficiosa y onerosamente por actos jurídicos; éstas no son una característica menos omnipresente. La capacidad activa es o bien i) capacidad-responsabilidad, entendida como la aptitud para actuar lícita o ilícitamente, o ii) capacidad transaccional, entendida como el ser apto para ejercer una determinada potestad jurídica o potestades. Los grados más completos de personalidad jurídica suponen un amplio conjunto de capacidades activas y pasivas. Deben distinguirse de las capacidades como tal, las competencias especiales poseídas por personas en virtud de sucesión, elección o nombramiento para posiciones especiales.

7. SOBRE LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Todo lo que se ha dicho acerca de la capacidad es tan aplicable a las personas jurídicas como a otras personas reconocidas por el derecho. Sea que se haya otorgado la personalidad jurídica por ley a determinadas organizaciones, o que la personalidad jurídica resulte de la constitución de la persona jurídica por la vía de la realización del procedimiento legalmente establecido (que realizan personas por medio del ejercicio de las potestades correspondientes) en la legislación sobre sociedades, corporaciones y fundaciones, las personas jurídicas que así se constituyen detentan en principio todo el abanico de capacidades correspondientes a su carácter de personas jurídicas. Esto implica ciertas restricciones en relación con los seres humanos. Por ejemplo, en lo que se refiere a la capacidad pasiva, como las personas jurídicas no pueden ser, por naturaleza, físicamente lesionadas ni se les puede dar muerte, aquellos sectores del derecho penal y el derecho civil que otorgan protección frente a las lesiones corporales no les son aplicables —los «delitos contra las personas» no son delitos en contra de *estas* personas—. Pero los delitos contra la propiedad y la honra son, por cierto, posibles respecto de éstas y las personas jurídicas tienen capacidad para ser ofendidas o víctimas de estos delitos —aunque no exista una explícita referencia legislativa a ellas—. En lo que dice relación con la capacidad para ser el destinatario de un acto mediante el que se ejerce una potestad, existen algunos tipos de cargos para los que, en principio, las personas jurídicas no pueden ser designadas, tal como el de juez (si bien algunos cuerpos

directivos, etc., pueden ejercer potestades judiciales o cuasijudiciales). Pero posiciones de derecho privado tales como la del *trustee* o del albacea puede ser asumida por personas jurídicas.

Desde la óptica de la capacidad activa, en general, en la medida en que las personas jurídicas puedan realizar una acción, pueden actuar ilícita o lícitamente ejerciendo sus derechos. Los problemas de la imputabilidad penal y la responsabilidad que contraen por delitos *ultra vires* o ilícitos civiles son o pueden ser, al menos en teoría, resueltos. No existe ninguna razón de tipo lógico-conceptual ni principio jurídico alguno que impida considerar a las personas jurídicas como sujetos actuantes, sea para actuar en el ejercicio de derechos activos o para actuar en la realización de un hecho ilícito⁵⁰. En cuanto a la capacidad transaccional, con las obvias excepciones referentes a la capacidad para contraer matrimonio, para adoptar menores u otorgar un testamento, las personas jurídicas tienen el completo arco de capacidades apropiadas a su naturaleza pública, comercial o de beneficencia. Pero el ámbito particular de competencias para actuar, y por tanto, las competencias de sus órganos para actuar, es en cada caso regulada por los estatutos de la persona jurídica establecidos en el momento de su constitución o en ejercicio de las potestades estatutarias. En qué medida los actos que vayan más allá de este particular ámbito de competencias —los actos *ultra vires*— resultan vinculantes para la persona jurídica en interés de terceros, ha sido una cuestión controvertida que gira en torno al justo equilibrio entre los intereses de los accionistas y los intereses de terceros de buena fe que negocian con una persona jurídica. La resolución actual en esta materia, que favorece a los terceros de buena fe, no destruye la distinción en el ámbito de transacciones en el que en principio las personas jurídicas tienen capacidad activa y el ámbito especial de competencias de cualquier persona jurídica particular dentro de ese ámbito⁵¹.

Haber examinado más de cerca las capacidades —incluyendo las capacidades pasivas— de las personas jurídicas es importante. Especialmente en lo que se relaciona con los derechos fundamentales de las personas, debe observarse que los más importantes son derechos *humanos* y por tanto dan protección a toda y a cada persona humana. Es indudable que la protección de los seres humanos requiere algunas veces de la protección derivativa de las personas jurídicas y que algunos intereses humanos —como la libertad de culto— tienen un carácter distintivamente colectivo o corporativo más que individualista. Pero, en principio, esa protección pasiva que constituyen

⁵⁰ CANE, 2002: 157-164; también cap. XII, apdo. 4 *infra*.

⁵¹ Véase *Companies Act 1985*, ss. 35 y 36, trasponiendo el derecho de la Comunidad Europea al derecho inglés.

los derechos humanos es una protección para los seres humanos y no debe presumirse su extensión a la protección de las personas jurídicas como un fin en sí mismo sino que, más bien, como instrumentos humanos⁵².

8. ESTATUS

El concepto jurídico de *estatus* personal debe ser entendido principalmente a la luz de la elucidación precedente del concepto de capacidad, pues las diferencias de estatus deben ser entendidas primariamente como los fundamentos para las diferenciaciones respecto de la capacidad. Tal vez sería mejor si en los sistemas jurídicos modernos se dijera que los diferentes estatus constituyen agregados de conjuntos de cualidades sobre los que se fundan significativas diferenciaciones de capacidad activa o pasiva entre diferentes clases de personas⁵³. Las cualidades o características duraderas que constituyen la base general para numerosas e interrelacionadas capacidades o incapacidades, pasivas o activas o ambas, son también cualidades o características constitutivas de algún «estatus» u otro. Así, el estatus es el agregado de, o la base de, los fundamentos legales para varias capacidades o incapacidades, como por ejemplo en el caso de la edad: en el período entre la concepción y el nacimiento, solo existen capacidades pasivas, condicionadas a que posteriormente nazca vivo, en la medida en que se relacionan con la capacidad de que los derechos que se detentan sean jurídicamente defendidos por un representante legal; el período de la infancia es un período de capacidad restringida en todos los sistemas jurídicos, en el que sólo se reconocen capacidades pasivas, siendo un incapaz absoluto en el derecho civil, seguido en los años de la pubertad por una capacidad transaccional activa restringida, pero con una capacidad activa plena en todo cuanto dice relación con materias criminales, si bien bajo especiales condiciones restrictivas en relación con sistemas de justicia juvenil. Cualquier exposición de conjunto de un sistema jurídico contemporáneo mostraría que no existe una única concepción general y sistemática acerca del o de los estatus de la infancia que sea compartida desde el punto de vista del derecho privado, del derecho penal o de la seguridad social, simultáneamente considerados. El estatus de la mayoría de edad hoy se adquiere típicamente a los dieciocho años y con él adquiere el individuo el conjunto completo de capacidades activas y pasivas reconocidas por el derecho y que pueden ser adscritas a

⁵² Cfr. HUTCHINSON, 1999 (especialmente 35-39), para una crítica aguda sobre la extensión a las personas jurídicas de la protección de los derechos bajo la constitución canadiense.

⁵³ ALLEN, 1931 identifica los estatus como la base de, o la agregación de, capacidades; de modo similar, PATON, 1972: cap. 16, s 87. Cfr. WALKER, 1982: cap. 3, s 2.

las personas humanas. Disfrutan de este estatus completo, sin embargo, sólo aquellos que estén en su sano juicio pues la insanidad mental, según la definición contenida en los textos legales o en el *common law*, puede dar lugar a un estatus que se traduzca en la privación o restricción de las capacidades activas. La insolvencia constituye otro estatus del que puede resultar una disminución sustancial de las capacidades activas normalmente detentadas por adultos en su sano juicio.

Diferencias de sexo, como la de entre mujeres y hombres, han sido hasta ahora fundamentos comunes para la diferenciación de estatus legales. Felizmente, la legislación contemporánea ha derogado tales diferenciaciones. En Estados que reconocen los derechos humanos en contra de la discriminación, las diferencias sexuales, así como las diferencias de raza, etnia o religión, no pueden implicar diferencias de estatus legal. Como parte quizás de la misma tendencia en el derecho, debe observarse que las relaciones de familia, tanto aquellas entre marido y mujer como aquellas entre padres e hijos, son apenas reconocibles como cuestiones de estatus en el sentido clásico aquí identificado. Sin embargo, dado que la capacidad activa de un adulto para actuar en nombre de un menor, especialmente durante la infancia, y la capacidad pasiva del niño para ser destinatario de actos, están todavía ampliamente reguladas por las relaciones de familia, el ser hijo legítimo, ilegítimo, legitimado, o adoptado, sigue siendo un asunto (si bien de forma atenuada) de estatus. Del mismo modo, la capacidad para beneficiarse legalmente del derecho de sucesiones, sea una sucesión testada o intestada, sigue dependiendo considerablemente de las relaciones de familia. En la medida en que el matrimonio tiene impacto en las relaciones de parentesco (y también en el derecho sucesorio) sigue manteniéndose, pero de forma todavía más atenuada, como una relación de estatus, no meramente como una forma especialmente regulada de contrato. Lo mismo puede aplicarse ahora a las «uniones civiles» de parejas del mismo sexo en aquellos Estados que las han reconocido legislativamente como parcialmente análogas al matrimonio. Y, por cierto, las doctrinas del derecho internacional privado que exigen que el estatus personal sea determinado por el derecho del domicilio, hacen referencia clásicamente a tales cuestiones de estatus familiar y continúan haciéndolo a pesar de las atenuaciones observadas.

La discusión hasta ahora se ha referido exclusivamente a lo que tiene relación con el estatus en el derecho privado. El estatus también tiene, sin embargo, consecuencias en el derecho público. Pero debe observarse que aun dejando de lado las ramificaciones que tienen en el derecho público los estatus determinados por y en el derecho privado, existen algunas distinciones que pertenecen exclusiva o primariamente al derecho público que son

asimilables a distinciones de estatus⁵⁴. Aquí pueden anotarse como estatus la nacionalidad y la ciudadanía; la nobleza en sus varios grados en los pocos Estados que todavía reconocen derechos o privilegios a los rangos nobiliares, que se contraponen al estatus de plebeyo; y el estatus de condenado a una pena afflictiva por contraposición al de una persona en libertad. Todos estos estatus regulan capacidades en derecho público, tales como la capacidad de emitir válidamente un voto en las elecciones para cargos públicos⁵⁵, o la capacidad para ser válidamente nominado como candidato para la elección en un cargo público, o para ser designado para detentar un cargo u oficio público.

Como es obvio, las diferencias de capacidad y las diferentes cualidades de las personas que dan lugar a las diferencias de capacidad e incapacidad, tienen gran importancia. Lo mismo puede decirse de los derechos y deberes directamente determinados por todas o algunas de estas cualidades —considérese aquí en particular aquellos que surgen de las relaciones de familia—. Pero la agregación de estas cualidades como fundamento para las diferencias de capacidad entre tal y cual estatus —«pupilo», «menor», «adulto»; casado o soltero; ilegítimo, legítimo, legitimado o adoptado— estas agregaciones como tales son de un interés o una importancia limitadas como tópico del derecho contemporáneo. El «estatus» *como tal* ha perdido importancia como concepto jurídico, no obstante la importancia de las cuestiones que pueden ser resumidas bajo el término «estatus» como rúbrica.

Se puede especular acerca de las razones de esto. *Sir Henry MAINE* sostuvo que las «sociedades progresistas», en el momento en que él escribía (a finales del siglo XIX), se movían «desde el estatus hacia el contrato»⁵⁶. Tal vez esto pueda aprehenderse mejor como si diera a entender que en tiempos anteriores la posición jurídica global de una persona (derechos, etc.) estaba determinada en gran parte por su estatus, que fijaba sobre todo la capacidad de ordenar a personas —una capacidad activa transaccional— o la capacidad (pasiva) para ser válidamente ordenado. Los derechos y deberes de cada uno, en aquello que no era determinado por la costumbre, eran establecidos por la decisión de los señores que encabezaban las relaciones familiares o feudales, no por los compromisos que cada uno contrajera libremente. A su turno, el movimiento hacia los contratos implica un igualamiento del estatus y, dentro de éste, de la capacidad transaccional de modo tal que, en

⁵⁴ Cfr. WALKER, 1982: loc. cit.

⁵⁵ La incapacidad de quien está cumpliendo una pena afflictiva para votar en las elecciones ha sido cuestionada, con éxito parcial, por una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que concierne a los Estados miembros de la Convención Europea. Véase *Hirst v. the United Kingdom* (N.º 2) ECHR 26 de octubre de 2005 (demanda N.º 74025/01).

⁵⁶ MAINE, 1931: cap. 1.

último término, los derechos y deberes de cada uno emanan en gran parte de los contratos que cada uno celebra más que de otras fuentes legales. Se asimila pues el estatus de las diferentes personas y el rango de capacidades —o de derechos— determinado por las cualidades definitorias de estatus es reducido. El interés y la importancia del estatus como tópico jurídico, en consecuencia, se reduce progresivamente. Al mismo tiempo, sin embargo, las percibidas y reales diferencias en las fuerzas económicas o en el poder social, o entre los roles de género adscritos, pueden contrastar con las capacidades jurídicamente igualadas mediante las que todas las personas están habilitadas para participar en el mercado. Por eso toda una serie de cláusulas especiales irrenunciables, favorables a la parte presuntivamente más débil (en términos de poder económico), comenzaron a ser agregadas al contenido de los contratos, sea el pasajero o consignante en relación con el acarreador de personas o bienes, o como el asegurado *vis à vis* el asegurador, consumidor *vis à vis* productor, trabajador *vis à vis* empleador, accionista *vis à vis* sociedad anónima, o miembro *vis à vis* sindicato. También las mujeres y los miembros de las minorías étnicas comenzaron a obtener una protección legislativa contra la discriminación de los hombres o de las mayorías. Dondequiera que en los primeros tiempos de los sistemas del *common law* (o en los sistemas de derecho civil) un pequeño conjunto de características personales calificaba a cada uno en relación con un amplio conjunto de capacidades, en nuestros días existe una significativa multiplicidad de roles, y cada uno juega diversos roles y detenta derechos o restricciones sobre la base de algún esquema legislativo. Del mismo modo en ámbitos tales como el derecho de menores una serie de esquemas legislativos dirigidos a la mejora del bienestar del niño crean una red de diferentes sistemas de protección de los afectados por una incapacidad, sin que una determinada edad u otra cualidad decisiva tenga aplicación general. La niñez es una condición jurídica en la que se superponen una multiplicidad de disposiciones legislativas con una variedad de cualificaciones de edad y de criterios relacionados con necesidades de intervención. Ha desaparecido la relativa —y quizás excesiva— simplicidad de los antiguos conceptos civiles de «pupilaje» y «minoridad» —o de «infancia» en el *common law* inglés y otros sistemas que derivan de éste—.

En ocasiones se ha sostenido que tales desarrollos han traído con ellos nuevas formas de estatus y que por esto han significado una vuelta desde los contratos hacia el estatus. Pero, como al menos se ha insinuado más arriba, los roles legislativos en los que y fuera de los que uno puede caer quizás varias veces al día o, *a fortiori*, durante la vida, constituyen algo muy distinto del estatus. Parece mejor actualizar el apotegma de Maine. En las sociedades que se consideran a sí mismas progresistas, el desarrollo moderno se ha movido desde el estatus hacia el estatuto.