

BIBLIOTECA DE ETICA, FILOSOFIA DEL
DERECHO Y POLITICA — 2
Dirigida por Ernesto Garzón Valdés
y Rodolfo Vázquez

W. N. Hohfeld

1332
2a 2d
c. 2

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES



**Distribuciones
Fontamara, S.A.**

I. INTRODUCCION

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 conoci-

* *Trust*: Institución típica inglesa, de origen germánico, semejante, en aspectos importantes, al *fideicomisum* 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; ed. Rowe, 1806, págs. 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*".

"Uno es un derecho sobre una cosa, que es un *jus in re*; el otro uno

dos por todos los estudiosos 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 reiteradamente reproducidas obser-

pretensión o exigencia, la cual es un *jus ad rem*, pero un *use* no es ni lo uno ni lo otro... De tal modo, hemos llegado ahora por vía de negaciones a una afirmación: lo que un *use* es. *Usus 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 solo 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 cancellería..."

Esta definición es citada y examinada con aprobación en Lewin, *Trusts on Equity*, 1909, págs. 43 y 116.

³ Véase Langdell, "Classification of Rights and Wrongs" (1909), 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* solo dispone de fuerza física, parece imposible que pueda crear nada... Parece, por tanto, que los derechos fundados en la *equity* solo 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". Compárase *ibid.*, 58, y *Summary of Equity Plead* (2ª ed. 1883), secciones 45, págs. 182 a 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 personas con intereses contrapuestos no pueden ser prople-

vaciones 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

tarios 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 dominarse 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*, 321, 325.

⁶ Vol. I, pág. 378 (5ª ed.): "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 Pág. 230 (2ª ed., 1907): "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 ficticiamente 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".

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 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

⁸ Véase Walter G. Hart (autor del *Digest of Law of Trusts*), "The Place of Trusts in Jurisprudence", 1912, 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 rótulo *sui generis*?"

⁹ Véase A. N. Whitlock, "Classification of the Law of Trusts", 1913, 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".

¹⁰ Véase Beale, "Equitable Interests in Foreign Property", 1907, 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

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 jurídicos, 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* solo 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

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.

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, confío en que el lector versado sabrá excusar ciertas partes del análisis que, de otra manera,

* 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 28, pág. 710. (N. del T.)

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.

II. CONCEPTOS JURIDICOS Y CONCEPTOS NO JURIDICOS

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

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

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 medioeval 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 transfiera 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

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

¹³ 2 *Hist. Eng. Law* (2ª ed., 1905), 228.

* *Advowson*: Según el *Black's Law Dictionary*, 4ª ed., pág. 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.*, 124.

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

"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., en *Wynehamer vs. People* 13 N. Y. 378, pág. 433; Blackstone, *Commentaries*, t. 1, pág. 138; Austin, *Jurispru-*

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

¹⁶ 51 H. H. 504, 511. Ver también las excelentes consideraciones análogas del juez Comstock en *Wynehamer c/ People* (1858), 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.

dence, 3ª edición, t. 2, págs. 817, 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. Ver Austin, *Jurisprudence*, ed. cit., t 2, pág. 836; juez Wells, en *Walker vs. O. C. W. R. R.* 103 Mass. 10, pág. 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”.

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

^{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.)

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 solo tierras y construcciones, sino todo lo que puede ser heredado, sea corporal o incorporal, real, personal o mixto”.¹⁸

Resulta claro que solo 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 solo se dan en la contemplación”.

Más adelante dice:

“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 diez 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

¹⁸ Black. Com. (1765), 16-43.

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 solo eran aplicables originariamente a cosas físicas;¹⁹ de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente, figurativo o 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 comple-

¹⁹ Comparar Pollock y Maitland, *History of English Law* (2^a ed., 1905). Vol. II, pág. 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.*, pág. 33. (Véase también el análisis de lord Kinnear en *Bank of Scotland c/ Macleod*, 1914, A.C., 311, 324.)

tamente 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... Solo 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 una

²⁰ Véase el voto del juez Waldo en *White c/ Multonomah 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 substancia de este último".

He elegido la palabra "operativo". La elección me fue sugerida por el siguiente párrafo de Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, pág. 193: "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*, 10^a ed., 1906, pág. 151: "Desde hace mucho tiempo se ha descrito un hecho que origina un derecho con la palabra '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 len-

obligación contractual entre A y B, los hechos operativos *afirmativos* son, *inter alia*, 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 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*

guaje 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".

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 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 de-

²¹ Véase, sin embargo, *Illinois Steel Co. c/ Ostrowsky*, 1902, 194 Ill. 376, 384, que correctamente convalida 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. (Ver también la discusión que aparece en los casos *Nagel c/ United Rys Co.*, 1913, 169 Mo. App., 284; 152 S. W., 621; *Erdman c/ United Rys Co.*, 1913, 173 Mo. App., 98; 155 S. W., 1081; *Israel c/ 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 alegados en forma comparativamente *específica*; del mismo modo, los que constituyen *crueldad* 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 Ltd.*, 1913, A. C., 853, 863, 864.)

terminado 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 solo 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 suscripto por A y B. En un juicio pendiente entre ambos, el *instrumento* físico ha sido ofrecido como prueba. Sin 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 di-

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. Ver *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 si-

versos 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 suscripto 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 jurídicos 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

güentes: 1) Por 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; cf. “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).

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 JURIDICAS FUNDAMENTALES CONTRASTADAS ENTRE SI

Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a "derechos" (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, la seriedad de aquélla justificaría, empero, que se la considere merecedora de un claro reconocimiento y de esfuerzos persistentes para mejorar las cosas; porque en cualquier problema razonado cuidadosamente, ya sea un problema jurídico como de otro tipo, las palabras "ca-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ (1852) 7 How Br., 124, 130.

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

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

"Las palabras 'derecho' (subjeto) 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 (subjeto) especiales o peculiares'."

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

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

²⁷ (1893) 54 Fed. Rep., 338, 348.

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

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

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

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra "derecho" (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 aque-

tiva', 'inmunidad' y 'privilegio', y en el campo del derecho se lo aplica con mayor frecuencia a la propiedad en sentido restringido").

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

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

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

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

En otros términos, si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra "derecho" (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

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)".

^{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., pág. 597.

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

Pasemos ahora a la cuestión de los "correlativos". Se recordará, por supuesto, que un deber es el correlativo invariable de aquella relación jurídica que con mayor propiedad recibe el nombre de derecho (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 solo un 'derecho' (subjetivo) sino también 'Derecho' (objetivo)"—, observa muy acertadamente:

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

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

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

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

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

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

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

³⁶ *Ibid.*, 82.

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ Pueden observarse otros ejemplos en la obra del profesor Gray. En la sección 53, dice: "Así, el dueño de un inmueble tiene el derecho de expulsar a un intruso de su «castillo», por la fuerza. Si el intruso lo deman-

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

Sobre fundamentos ya subrayados, parecería que la línea de

da por daños y perjuicios, el propietario puede requerir del tribunal que deniegue su concurso al intruso. En otros términos, los derechos de un individuo incluyen no solamente la potestad de requerir en forma eficaz el concurso de la sociedad organizada contra otro, sino también la potestad de requerir en forma eficaz de la sociedad que se abstenga de ayudar a otro".

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

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

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

Véase también, secciones 145, 186.

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

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

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* presupone la *libertad* de realizar transacciones con otras personas que quisieran tratar con él. Esta *libertad* es un *derecho* reconocido por las normas jurídicas; su *correlativo* es el *deber* general de cada individuo de no impedir el libre ejercicio de esta *libertad* salvo en la medida en que su propia libertad pueda justificar que lo haga. Pero la *libertad* o el *derecho* que tiene una persona de realizar transacciones con los demás es ineficaz, a menos que los demás tengan la libertad de tratar con esa persona si así lo desean. Cualquier interferencia con la libertad de los demás para tratar con una persona afecta a ésta”.

Una “libertad” considerada en cuanto relación jurídica [o “derecho” (subjetivo) en el sentido impreciso y genérico de esta palabra], tiene que significar, si ha de poseer algún contenido definido, precisamente la misma cosa que *privilegio*; ⁴² y por cierto ésta es, aproximadamente, la connotación del término tal como se lo usa las tres primeras veces en el pasaje citado. Es igualmente claro, tal como ya se indicó, que ese privilegio o libertad para tratar con otros a voluntad podría muy concebiblemente existir sin que hubiera derecho concomitante alguno contra los terceros respecto de ciertos tipos de interferencia. ⁴³ Que haya o no tales derechos (o pretensiones) concomitantes es, en definitiva, una cuestión de justicia y conveniencia; y, co-

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

⁴¹ (1901) A. C., 495, 543.

⁴² Véase págs. 58-67.

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

mo 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. ^{43 a}

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

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

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

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

⁴⁴ (1889) 23 Q. B. D., 59.

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

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

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

En su libro *Roman Law* dice Mackeldey: ⁴⁶

⁴⁵ Podrían citarse una cantidad casi innumerable de casos para ejemplificar una mezcla similar de conceptos fundamentales y el rápido desplazamiento en el uso de los términos; y ello aun cuando, también en esos casos, los problemas en juego eran de tal naturaleza que invitaban a un razonamiento más cuidadoso. Para unos pocos casos de este tipo, ver *Allen c/ Flood* (1898) A. C. 1 (voto del juez Hawkins, pág. 16: "¿Se que puede preguntarse: ¿cuál es el derecho del actor que se dice violado? Mi respuesta es ésta: ese derecho que nunca debió haberse desatendido, al que ya he hecho referencia, a saber, el derecho a seguir libremente nuestra legítima vocación"; Lord Halsbury, pág. 84: "Excavar en tierra de nuestra propiedad en las circunstancias expresadas es algo que no requiere causa o excusa. Podemos actuar por simple capricho, pero el derecho a la tierra propia es absoluto en la medida en que no interfiramos con los derechos de los demás"; Lord Ashbourne, pág. 112: "Los actores tenían, en mi opinión, un indiscutible derecho a seguir su vocación legítima... Pienso que el estado del orden jurídico sería muy insatisfactorio si permitiera a quien ha transgredido dolosamente ese derecho, sin licencia o justificación legítimas, escapar de las consecuencias de su acción"); *Quinn c/ 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, pág. 544: "El llamado derecho a la intimidad, como la frase lo sugiere, se funda en la pretensión de que un hombre tiene derecho a pasar por este mundo, si así lo quiere, sin que se publique su fotografía"); *Wabash St. Louis & P. R. Co. c/ Schacklet* (1833), 105 Ill., 364, 389.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ Comparar *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, *propia-mente* 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., pág. 349). (N. del T.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es contrario al orden público jurídico que subsistan a favor de terceros títulos, derechos patrimoniales o potes-

⁵³ (1583) Coke 1.

⁵⁴ (1898) A. C. 1, 19.

⁵⁵ (1896) 89 Me., 359.

tades por virtud de cuya existencia, operación o ejercicio se restrinja o impida el completo e ilimitado goce de un bien, *con todos los derechos, privilegios y potestades inherentes a la propiedad*, después de transcurrido el término de duración de la vida de personas hoy existentes y 21 años y fracción más”.

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

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

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

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

⁵⁶ (1856) 6 E. & B., 47, 74.

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

^{57a} Compárese la expresión: “Libertad de palabra”,

⁵⁸ (1898) A. C. 1, 29.

En lo que sigue, la palabra "derecho" (subjeto) se usará, en la medida de lo posible, siempre en el mismo sentido; y es muy necesario insistir en esto, pues durante los debates de este juicio se la usó con frecuencia en un sentido mucho más amplio y más indefinido. Se dijo, así, que todo hombre tiene un perfecto derecho a disparar un arma de fuego, cuando todo lo que se quiso decir fue que todo hombre goza de la *libertad* de disparar un arma, en la medida en que, al hacerlo, no viole o infrinja los derechos de los demás, lo que constituye una cosa muy distinta de un derecho, cuya violación o perturbación puede ser remedada 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 / Grahari* (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 que *privilegio*, en relación con este tópico, representa meramente *libertad* o "no-deber".

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

Es difícil advertir por qué, empero, la situación "privilegio" + "no-derecho" entre X e Y no es una relación jurídica tan real como relación "deber + derecho" entre dos partes cualesquiera, que es la relación precisamente opuesta a la primera. Quizás el hábito de reconocer únicamente a la última el carácter de una relación jurídica deriva en mayor o menor medida de la tendencia tradicional a concebir el derecho como que consiste en "órdenes" o reglas imperativas. Esto, sin embargo, parece ser una falacia. Una regla de derecho que *permite* es una regla tan real como la que *prohíbe*, y, del mismo modo, decir que el orden jurídico *permite* un acto dado a X en sus relaciones con Y importa predicar una relación jurídica tan grande como decir que el derecho *prohíbe* un cierto acto a X

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 es en modo alguno

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.

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 / Leatham* (1901) A. C. 495, 534 (lord Lindley); *Pollock c / Farmer's Loan & Trust Co.* (1895), 157 U. S. 429, 652 (juez White: "derechos y libertades"); *Mathews c / People* (1903), 202 Ill., 389, 401 (juez Magruder: "Está ahora bien establecido que el privilegio de contratar es tanto una libertad como un derecho patrimonial"); *Ferris c / Frohman* (1911), 223 U. S. 424, 432 (juez Hughes: "Dio a los autores la sola libertad de publicar sus libros"); *Allgeyer c / 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" (ver supra pág. n. 48), la palabra "libertad" es usada en ocasiones, especialmente en los libros más antiguos, para indicar una franquicia, o complejo de derechos, privilegios, potestades o inmunidades especiales. Así, en *Maxims* (1641) de Noy, se lee esta definición: "Libertad es un privilegio real en manos de un súbdito" y de igual modo, *Blackstone* (2 *Com.* 37) dice: "Las palabras franquicia y libertad son usadas como términos sinónimos; y su definición es: un privilegio real, o rama de la prerrogativa del Rey, que subsiste en manos de un súbdito".

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta segunda clase de casos —potestades en sentido técnico— tiene que ser examinada ahora un poco más de cerca. El sinónimo más próximo para un caso ordinario cualquiera parece ser “competencia” (jurídica).⁶⁴ Esta última expresión es obviamente la opuesta a “incompetencia” o “incapacidad”. La palabra “derecho” (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 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

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

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

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

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

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

te— la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, por ejemplo, la potestad de adquirir el dominio del mismo mediante apropiación.⁶⁶ Del mismo modo, X tiene la potestad de transferir su interés a Y, esto es, de extinguir su propio interés y, al mismo tiempo, crear en Y un nuevo interés correspondiente.⁶⁷ Así también, X tiene la potestad de crear obligaciones contractuales de tipos diversos. Los casos de *agency* * son igualmente instructivos. Mediante el uso de alguna expresión *metafórica* tal como *qui facit per alium, facit per se*, con frecuencia se oscurece la verdadera naturaleza de las relaciones propias de la *agency*. La creación de una relación de *agency* implica, *inter alia*, la concesión de potestades jurídicas al llamado *agent*, y la creación de sujeciones correlativas para el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ La comprensión clara y el reconocimiento de que la relación de *agency* trae aparejada la creación de potestades jurídicas puede ser de importancia crucial en muchos casos, especialmente, como ya sugerimos, en relación con problemas de derecho internacional privado. Además de los casos citados en la nota anterior, podemos mencionar otros dos: *Miliken 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 potestad para hacer operativa la garantía, mediante la entrega en Chicago a uno de sus acreedores en Illinois, que la que habría tenido para hacerla operativa mediante su entrega aquí, si hubiera sido librada a favor de uno de sus acreedores en Connecticut. Lo decisivo no es el lugar de la entrega sino la potestad de entrega".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

oportunamente recibida. Estos hechos operativos han creado una potestad a favor de B y una sujeción concomitante para A. Depositando una carta de aceptación en el correo, B tiene la potestad de imponer una obligación potencial o 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 descripto diciendo que la “oferta” de A “continuará” o “permanecerá” abierta durante un lapso razonable, o durante el plazo definido efectivamente especificado, a menos que A previamente “retire” o “revoque” tal oferta.⁷⁸ Si bien no cabe duda de que en la gran mayoría de los casos el uso de estas expresiones no perjudica, tal forma de enunciar la cuestión parece representar, empero, una mezcla de elementos no jurídicos y jurídicos que, en cualquier problema que requiera un razonamiento cuidadoso, deberían ser distinguidos. Una oferta, considerada como una serie de actos operativos físicos y psíquicos, ha agotado su fuerza y se transforma en *functus officio* tan pronto como tal serie ha sido completada mediante la “recepción por el destinatario”. La cuestión real apunta, en consecuencia, al posible *efecto jurídico* en ese momento. Si el mismo consiste en la potestad de B y en la correlativa sujeción de A, son sin duda estas *relaciones jurídicas* las que “continúan” o “permanecen abiertas” hasta que sean modifi-

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

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

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

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

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

“Si el ofertante estipula que su oferta permanecerá en pie durante un tiempo especificado, la primera pregunta es si tal estipulación constituye un contrato obligatorio... Cuando tal estipulación es obligatoria, surge una nueva pregunta, a saber, si hace a la oferta irrevocable. Se ha sustentado como opinión común que ése es el caso, pero esto, claramente, es un error... Una oferta es simplemente uno de los elementos de un contrato; y para la celebración de un contrato es indispensable que las voluntades de las partes 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 aquella”.⁸⁰

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

⁷⁹ Langdell, *Summary of Contracts* (2ª ed., 1880), sec. 178.

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

El razonamiento que antecede pasa por alto el hecho de que una oferta común crea *ipso facto* una relación jurídica —una potestad y una sujeción— y que es esta relación (y no los hechos físicos y psíquicos que constituyen la oferta) la que “permanece abierta”. Si se conceden estos puntos, parece no existir dificultad en reconocer un acuerdo de opción unilateral apoyado en *consideration*⁸⁰ o materializado en un instrumento formal, acuerdo que confiere a la parte que puede ejercer la opción la potestad irrevocable de crear, en cualquier momento dentro del plazo estipulado, una obligación bilateral entre ella y quien dio la opción. Correlativa con esa potestad habría, por supuesto, una sujeción para el último, que éste no tendría potestad de extinguir. Los tribunales parecen no tener dificultades en alcanzar sustancialmente este preciso resultado, si bien sus explicaciones usan siempre la terminología del “retiro de la oferta” y expresiones similares, que dan la idea de elementos físicos y psíquicos.⁸¹

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

⁸⁰ *Consideration*. Es uno de los requisitos para que haya contrato obligatorio en el derecho anglo-norteamericano. Consiste en todo beneficio recibido o a recibir por la parte que se ha comprometido a hacer algo, o en todo perjuicio o pérdida sufrido o a sufrir por la persona en favor de quien se ha hecho la promesa. Solo si hay tal beneficio y/o perjuicio puede exigirse el cumplimiento de la acción prometida. La mera promesa (*nudum pactum*) no crea obligaciones exigibles. (*N. del T.*)

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

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

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

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

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

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

⁸² Secciones 330-333.

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

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

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

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

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

⁸⁴ (1892) 142 Ill., 383, 397.

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

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

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

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

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

⁸⁵ (1861) 16 Grat., 519, 525.

⁸⁶ (1885) 63 N.H., 552.

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

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

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

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

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

⁸⁷ (1873) 36 Ia. 224, 226.

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

⁸⁹ 95 Cal., 317, 319.

⁹⁰ Nos sentimos inclinados a pensar en la sujeción exclusivamente como una relación gravosa. Pero, en su amplio significado técnico, esto no es necesariamente así. En efecto, X, dueño de un reloj, tiene la potestad de abandonar su propiedad, esto es, de extinguir derechos, potestades, e inmu-

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

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

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

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

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

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

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

⁹¹ (1895) 161 U.S., 174, 177.

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

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

⁹² (1876) 93 U.S. 217, 222.

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

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

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

En lo que se refiere a las inmunidades, los dos fallos judiciales citados en último término apuntan, respectivamente, a problemas de interpretación y a problemas de enajenabilidad. En muchos otros casos, se han presentado complicados problemas constitucionales como resultado de leyes que limitan o extienden los diversos tipos de inmunidades. En oportunidades diversas los litigantes tuvieron oportunidad de apelar tanto respecto de la cláusula que proscribía 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" (subjetivo) en el campo de las inmunidades, así como en otros.⁹⁶ Sin embargo, tal como lo señalaron las opiniones judiciales ya citadas, el mejor sinónimo es, por supuesto, el término "exención".⁹⁷ Es instructivo señalar también, que la palabra "impunidad" tiene connotaciones muy similares.

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

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

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

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

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

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

Solo muy rara vez se ve que un tribunal trata de formular una distin-

Esto se hace evidente en la interesante distinción hecha por el lord canceller 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 *injunctio*s* 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 *injunctio* que le prohíba cometerlo".⁹⁹

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

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

⁹⁸ (1877) 2 Swanst., 170.

* *Injunctio*. "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 ó a los intereses del actor y b) de tal naturaleza que no exista respecto del mismo remedio adecuado en derecho." Véase *Black's Law Dictionary*, 4ª ed., pág. 923. (N. del T.)

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

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

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

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

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

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

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