

IV. *Estática jurídica*

27. **La sanción: el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito** 123
- a) Las sanciones de los derechos nacional e internacional 123
 - b) El acto ilícito (delito) como condición del derecho, y no su negación 125
28. **Obligación jurídica y responsabilidad** 129
- a) Obligación jurídica y sanción 129
 - b) Obligación jurídica y deber 131
 - c) Responsabilidad 133
 - d) Responsabilidad individual y colectiva 135
 - e) Responsabilidad intencional y responsabilidad por el resultado 136
 - f) El deber de reparar el daño 137
 - g) La responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado 138
29. **El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado** 138
- a) Derecho y obligación 138
 - b) Derechos personales y reales 143
 - c) El derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido 145
 - d) El derecho subjetivo como poder jurídico 146
 - e) El derecho subjetivo como una permisión (administrativa) positiva 150
 - f) Los derechos políticos 150
30. **Capacidad jurídica. Competencia. Órgano** 157
- a) Capacidad jurídica 157
 - b) Competencia 159
 - c) Órgano jurídico 161

IV. ESTÁTICA JURÍDICA

27. *La sanción: el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito*

a) *Las sanciones de los derechos nacional e internacional.* Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado acto coactivo. Actos coactivos son actos que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física. Como resulta de la investigación previa deben distinguirse dos tipos de actos coactivos:

Las sanciones, esto es, actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico; y actos coactivos que carecen de ese carácter, como por ejemplo, la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas; o que en razón de su raza, sus opiniones políticas, o sus convicciones religiosas, son considerados como dañinos; o, por fin, la supresión o privación coactiva de la propiedad por razones de interés público. En estos casos no se encuentra entre las condiciones del acto coactivo estatuidas por el orden jurídico, ninguna acción u omisión determinadas por el orden jurídico, correspondientes a determinado individuo.

Las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes. Ambos tipos de sanciones consisten en irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien: en el caso de la pena capital, la privación de la vida; en el caso de anteriores penas corporales, como el sacar los ojos o amputar una mano o la lengua, la privación del uso de un miembro del cuerpo; o la tortura: ocasionar sufrimientos corporales; en el caso de la pena de prisión: privar de la libertad; en el caso de las sanciones patrimoniales: la privación de valores patrimoniales, en especial, la propiedad. Pero también la privación de otros derechos puede ser impuesta como pena, así la privación del empleo, o la pérdida de los derechos políticos. También la ejecución civil irroga coactivamente un mal. Se distingue, sin embargo, de la pena en cuanto, como suele decirse, intenta reparar el delito consistente en la conducta contra la cual se

dirige esa sanción como reacción. La llamada reparación de la ilicitud consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita (situación también ilícita, en este sentido), restableciéndose un estado conforme al derecho. Este estado puede ser el mismo que debió haber sido obtenido mediante el comportamiento lícito del delincuente; pero puede ser otro, que sirva como sustituto, cuando el restablecimiento de ese estado ya no sea posible. Ejemplos del caso mencionado son los siguientes: A deja de cumplir su obligación de entregar a B una cosa de su pertenencia. La sanción de ejecución civil, constituyente de esa obligación, consiste en la privación por la coacción a A de la cosa, que es entregada a B. O bien, A omite cumplir su obligación de comparecer como testigo ante el tribunal; la sanción de ejecución, constituyente de esa obligación, consiste en que A es llevado coactivamente ante el tribunal, es decir, en que, con ese fin, se le priva de su libertad. Un ejemplo del segundo caso mencionado: A omite cumplir su obligación de entregar a B algo que no se encuentra en su posesión, o de efectuar determinado trabajo para B. La sanción de ejecución constituyente de esa obligación consiste en que se sustrae coactivamente a A el valor de la cosa adeudada, o un valor patrimonial correspondiente al trabajo, entregándose a B la suma de dinero obtenida en una venta judicial. Si la conducta ilícita como en el primero y en el último ejemplos, consiste en que se provoca un daño a un tercero, la sanción de ejecución es la reparación del daño ocasionado ilícitamente. Entonces encontramos cierta semejanza entre las penas patrimoniales y la ejecución civil. Ambas son cumplidas coactivamente y sobre un patrimonio. Se diferencian en que el valor patrimonial obtenido coactivamente en el caso de la sanción penal patrimonial, que usualmente es dinero, pasa a un fondo público (patrimonio del Estado o de la comunidad), mientras que en el caso de la ejecución, esa suma se dirige al perjudicado ilícitamente para la reparación de los daños materiales o morales; de suerte que aparece expresada en el orden jurídico determinada finalidad, que no se da en el caso de la sanción penal. No es casi posible determinar el concepto de una pena (sanción penal) según su finalidad. Puesto que la finalidad de la sanción penal no proviene —o no proviene en forma inmediata— del contenido del orden jurídico. Que esa finalidad sea prevenir mediante la aplicación de penas, las acciones u omisiones así sancionadas, es una interpretación que también puede aplicarse a sistemas penales cuyo origen no fue conscientemente determinado por la idea de prevención, sino simplemente por el principio de retribuir un mal con un mal. Las penas de privación de la vida o de la libertad se mantienen idénticas, sea que al establecerlas se busque prevenir o no. En este respecto, no hay ninguna diferencia esencial entre la sanción penal y la sanción civil (ejecución), dado que también esta última puede tener un efecto preventivo en cuanto un mal percibido por los que la sufren, de suerte que aquí tenemos ligados la finalidad de reparación con la finalidad

preventiva. Ambos tipos de sanciones: pena y ejecución civil, son ordenadas tanto por tribunales, como por organismos administrativos, según los procedimientos previstos para ello. En consecuencia, corresponde distinguir entre sanciones penales judiciales impuestas por tribunales penales; sanciones penales administrativas impuestas por organismos administrativos; sanciones civiles judiciales (ejecución civil) impuestas por tribunales civiles; y sanciones de ejecución administrativas, que son impuestas por organismos administrativos. También es necesario distinguir el acto por el cual se ordena una sanción penal o civil, del acto mediante el cual se lleva a cabo la pena o ejecución civil, cumpliéndose la norma establecida por el primero. El acto coactivo que establece la sanción es siempre cumplido por un organismo administrativo.

Las sanciones del derecho internacional general: las represalias y la guerra —de las que se hablará más adelante— no son, por cierto, consideradas ni sanciones penales (penas), ni sanciones civiles (ejecución), pero constituyen, como aquéllas, una privación coactiva de bienes, o, lo que significa lo mismo: una lesión estatuida por el orden jurídico, de los intereses de un Estado, protegido, por lo demás, por parte de otro Estado. Si se admite que, conforme al derecho internacional válido, un Estado sólo puede adoptar represalias o declarar la guerra, contra otro, cuando éste se rehúye a reparar los daños provocados por él ilícitamente; y si se acepta que esos actos de coacción sólo deben llevarse a cabo con la finalidad de lograr esa reparación, aparece entonces cierto parentesco entre las sanciones del derecho internacional general y la sanción civil de ejecución de bienes. La cuestión de si, en todo caso las represalias y la guerra deben ser interpretadas, en general, como sanciones del derecho internacional, y, por ende, si éste deba ser considerado un orden jurídico, es asunto muy discutido.⁸³

b) *El acto ilícito (delito) como condición del derecho, y no su negación.* Como ya podía verse en lo anterior, la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito. Como ya se subrayó en lo anterior, los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, como consecuencia de otras circunstancias de hecho, no son “sanciones” en el sentido específico de consecuencias de lo ilícito; y los hechos condicionantes, al no ser

⁸³ Cf. *infra*, pp. 321 y ss.

acciones u omisiones de determinados hombres, determinados por el orden jurídico, no tienen el carácter de actos ilícitos o de delito.

La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional—, en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y —únicamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción.⁸⁴

La doctrina predominante en la jurisprudencia tradicional, según la cual los conceptos de ilicitud y de sanción consecuente contienen un elemento axiológico moral; de que la ilicitud es necesariamente algo inmoral; de que la pena tiene que significar algo difamante, es insostenible, aunque más no fuera por el carácter altamente relativo de los juicios axiológicos que entrarían en juego. Puede suceder, sí, que las acciones u omisiones específicas que en un orden jurídico son condiciones de actos coactivos, valgan como inmorales para las opiniones de ciertos círculos; mas no puede negarse que ello no tiene por qué ser así según las opiniones de otros círculos. Un hombre que hubiera matado a su esposa adúltera, o al amante, es, según la mayoría de los órdenes jurídicos existentes, un delincuente; pero su acto no sólo puede no verse desaprobado por mucho, sino que puede verse aprobado inclusive como ejercicio de un derecho natural a defender su matrimonio. El duelo puesto bajo sanciones penales, no sólo no es visto como inmoral por ciertos estratos sociales, sino que es expresamente considerado como un deber moral y la pena de prisión que se impone al duelista, no es considerada contraria al honor. La doctrina de la caracterización esencialmente moral de lo ilícito no puede sostenerse frente al delito civil, y la consecuencia que a él se enlaza: la ejecución civil. Desde el punto de vista de una teoría del derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el orden jurídico, sea un acto ilícito o delito. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*. Se

⁸⁴ Si se concibe el derecho como un orden coactivo, y se toman en consideración sólo aquellas normas que estatuyen sanciones, es decir, que estatuyen actos coactivos, como reacciones contra una conducta calificada como ilícita, tendremos que el derecho es una reacción contra lo ilícito; y, por tanto, como Tomás de Aquino, lo dice, en *Summa theologica*, I-II, 96, artículo 5, sólo los malos, pero no los buenos, estarían sujetos al derecho: *Alio vero modo dicitur aliquis subjectus legi, sicut coactum cogenti. Et, hoc modo, homines virtuosos et justos non subduntur legi, sed soli mali. Quod enim est coactum et violentum, est contrarium voluntati. Voluntas autem bonorum consonat legi, a qua malorum voluntas discordat. Et ideo, secundum hoc, boni non sunt sub lege; sed solum mali.*

trata, por lo demás, de no más que una consecuencia del principio generalmente reconocido en el derecho penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; y este principio, que no vale sólo para el derecho penal, no sólo para los delitos penales, sino para toda sanción, no es más que la consecuencia del positivismo jurídico. Uno y el mismo hecho es, conforme a un orden jurídico, un acto ilícito o delito, porque ese orden lo enlaza con una sanción, y no lo es en cambio para otro orden, que no prevé consecuencia semejante. Se comprende de suyo que una determinada acción u omisión humanas son convertidas por el orden jurídico en condición de un acto coactivo, porque ellas son tenidas por indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, por la autoridad jurídica; pero desde el punto de vista de una consideración orientada al sentido inmanente del orden jurídico, esta circunstancia es irrelevante para el concepto de ilícito. Si el orden jurídico ha hecho de determinada acción u omisión la condición de un acto coactivo, tiene que ser considerada una ilicitud, inclusive por parte del jurista que la considera no perjudicial, y quizás, hasta útil, y a la inversa. La diferenciación entre un hecho, lo ilícito, que es punible conforme al derecho positivo, y otro hecho que es punible por ser él mismo ilícito, reposa en una concepción iusnaturalista. Presupone que la propiedad de ilicitud, el valor negativo, es inmanente a ciertos hechos, requiriendo una penalidad por parte del derecho positivo. Poniendo de lado esa suposición fundante de la doctrina iusnaturalista, según la cual valor y desvalor son inmanentes a la realidad, la distinción desaparece.

En las designaciones de acto “ilícito”, “contrario” a derecho, “violatorio” del derecho, “lesión”, se expresa el pensamiento de una negación del derecho; la representación de algo que está fuera del derecho y que lo contraría; de algo que amenaza, quebranta o inclusive suprime la existencia del derecho. Esta representación es equívoca. Reposo en que se interpreta como una contradicción lógica la relación entre la norma que ordena determinada conducta, y la conducta fáctica que es opuesta a la ordenada. Sólo que una contradicción lógica no puede darse sino entre dos proposiciones, una de las cuales enuncia A, y la otra, la negación de A; o de las cuales, una enuncia que A es debido, y la otra, que A no es debido. Ambas proposiciones no pueden mantenerse juntas, puesto que sólo una de ellas puede ser verdadera. Entre la oración que describe una norma: un hombre *debe* actuar de determinada manera; y la oración que enuncia que *de hecho* no se comporta así, sino que lleva a cabo la conducta contraria, no se da ninguna contradicción lógica. Ambas proposiciones pueden mantenerse juntas y pueden ser simultáneamente verdaderas. La existencia o validez de la norma que ordena determinada conducta no es “quebrantada” por la conducta contraria —como si se tratara de una cadena que mantiene preso a un hombre, y que es rota; la cadena del derecho encadena también el hombre que “rompe” el derecho; la norma no es “violada”, como es lesionado un hombre por un acto coactivo llevado a cabo en su contra, como un hombre que puede verse perju-

dicado en su existencia. Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética (condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. En este enunciado aparece lo ilícito como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho; y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por éste, a cual el derecho, por su esencia, justa y muy particularmente, se refiere. Como todo, también lo ilícito jurídico sólo puede ser concebido conceptualmente como derecho. Cuando se habla de una conducta “contraria” al derecho, se alude así a la conducta condicionante del acto coactivo; cuando se habla de una conducta “conforme” a derecho, se alude a la contraria, a la conducta que evita el acto coactivo.

Cuando la ciencia del derecho desinterpreta el delito, representado en el pensamiento ingenuo, precientífico, como negación del derecho, como ilícito, pensándolo como una condición del derecho, efectúa un paso análogo al que efectúa la teología con respecto del problema de la teodicea, esto es, el problema del mal en un mundo creado por un dios perfectamente bueno y todopoderoso. Puesto que todo lo que existe tiene que ser entendido como querido por dios, surge la pregunta: ¿cómo puede entenderse el mal como algo querido por el dios bondadoso? La respuesta de una teología monoteísta coherente consiste en interpretar el mal como una condición necesaria para la realización del bien. La idea de que el mal no sea obra de dios, sino dirigida contra dios, obra del diablo, no es conciliable con la hipótesis monoteísta, puesto que implicaría la representación de un contradios, de un dios negativo.

Puesto que el delito, en cuanto acción u omisión humana determinadas por el orden jurídico, no constituye la única condición a la que el orden jurídico enlaza una sanción —puesto que el hecho condicionante, como veremos, puede estar compuesto con muy diversas partes integrantes, entre las cuales pueden aparecer otras conductas humanas que no son calificadas de delito, como por ejemplo, el acto legislativo que produjo la norma general que determina el tipo penal, así como el acto judicial, mediante el cual se ha verificado la existencia del hecho delictivo concreto—, surge la cuestión de cómo pueda distinguirse la conducta calificada de delito, de otras condiciones, en especial, de otros comportamientos humanos, que aparecen como partes integrantes del hecho condicionante. El delito es normalmente la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción. Esta determinación conceptual de delito, sin embargo, sólo es aceptable cuando la sanción se dirige contra el delincuente, es decir, contra aquel que mediante su propia conducta ha efectuado el delito. Se trata del caso, que analizaremos más adelante, de responsabilidad por la propia conducta.

Pero la sanción no requiere estar dirigida siempre contra el delincuente, o sólo contra él, sino que puede dirigirse contra otro hombre u hombres. Tenemos, entonces, el caso de responsabilidad por la conducta ajena. Entonces tiene el orden jurídico que determinar la relación en que el delincuente se encuentra con el hombre, u hombres, responsable de su delito. El orden jurídico puede responsabilizar al padre, al cónyuge del delincuente, o a otro miembro de la familia, o de un grupo más amplio al que el delincuente pertenezca. Si para simplificar el lenguaje, se designa con el término “allegados” (allegados familiares, de grupo racial, de comunidad estatal) a los individuos que se encuentran en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente, responsabilizándolos por el delito de aquél, cabe determinar el delito como la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia.

28. *Obligación jurídica y responsabilidad*

a) *Obligación jurídica y sanción.* La conducta que el sistema social requiere de un individuo es aquella a la cual ese individuo está obligado. En otras palabras, un individuo tiene la obligación de comportarse de determinada manera cuando esa conducta es requerida por el sistema social. Que una conducta sea exigida; que un individuo esté obligado a cierta conducta; que actuar de esa manera sea su obligación, son expresiones sinónimas. Como el orden jurídico es un sistema social, la conducta a la que un individuo está jurídicamente obligado, es la conducta que, inmediata o mediatamente, debe cumplirse con respecto de otro individuo. Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción. Se suele, por cierto, distinguir la norma jurídica y la obligación jurídica, y decir, que una norma jurídica estatuye una obligación jurídica. Pero la obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica. Enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo; y una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción.

La obligación jurídica tiene, como la norma jurídica con la que se identifica, un carácter general o individual. La norma jurídica, que ordena reparar el daño provocado a un tercero, estatuye o, más correctamente, es ella misma una obligación jurídica general. La sentencia judicial, es decir, la norma jurídica individual, que en un caso concreto prescribe que un determinado individuo A debe reparar a otro individuo determinado B, el daño que le ocasionara, mediante la

entrega de determinada suma de dinero, estatuye o, más correctamente, es ella misma la obligación jurídica de A; con lo cual sólo se afirma que la entrega de la suma de dinero específica, por parte de A a B, es el contenido de una norma jurídica individual. Se habla, por lo común, de obligación jurídica sólo cuando se trata de una norma jurídica individual, y puesto que la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas jurídicas individuales, se pasa por alto la identidad de la norma jurídica y la obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica, aun cuando se trate de un objeto que guarda alguna relación con ella.

El intento de definir la obligación jurídica de esa manera lleva a error. Así las tesis de que la obligación jurídica sea un impulso interno en el hombre; un apremio hacia una conducta que se siente como exigida; la sujeción a una norma, natural o divina, que le es innata al hombre, cuya obediencia el derecho positivo asegura solamente estatuyendo una sanción. Pero la obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción. Y el individuo se encuentra jurídicamente obligado a la conducta así ordenada, aun cuando la representación de esa norma jurídica no le suscite ningún impulso a cumplir la conducta exigida; inclusive, cuando no cuente con representación alguna de la norma jurídica que lo obliga, en tanto guarde validez el principio jurídico positivo de que la ignorancia del derecho no lo exime de las sanciones estatuidas por éste.

Queda así determinado el concepto de obligación jurídica. Está en relación esencial con el de sanción. Jurídicamente obligado está el individuo que puede cometer, con su conducta, el acto ilícito, esto es, el delito, pudiendo así introducir la sanción, la consecuencia de lo ilícito; jurídicamente obligado está el delincuente potencial, que con la conducta opuesta puede evitar la sanción. En el primer caso se habla de incumplimiento de la obligación; en el segundo, de su cumplimiento. El individuo que cumple la obligación que se le impone con una norma jurídica, acata la norma en cuestión; el individuo que, en caso de una violación del derecho, impone la sanción estatuida en la norma jurídica, aplica la norma jurídica. Tanto acatar la norma jurídica como aplicarla, significa cumplir conductas que corresponden a la norma. Si por eficacia de un orden jurídico se entiende el hecho de que los hombres, cuyas conductas aquél regula, se comportan adecuándose a las normas del mismo, en cuanto a cierta conducta que el orden determina se le enlaza determinado acto coactivo como sanción, entonces la eficacia de un orden se revela tanto en el acatamiento fáctico de las normas, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que estatuye, como en la aplicación de las normas jurídicas, es decir, en la ejecución de las sanciones que estatuyen.

Contenido de una obligación jurídica es normalmente la conducta de sólo un individuo; pero puede serlo también la conducta de dos o de varios individuos. Así sucede cuando la obligación puede ser cumplida por uno u otro de los individuos, es decir, cuando el cumplimiento es alternativo, siendo dejada de cumplir, cuando ninguno lo cumple; o cuando la obligación sólo puede ser cumplida con la acción conjunta de todos, es decir, cooperativamente, siendo violada cuando no se produce esa cooperación.

En la teoría tradicional, junto al concepto de obligación jurídica, se recurre al concepto de sujeto de la obligación, como su “portador”, así como junto al concepto de derecho subjetivo se echa mano del concepto de un sujeto del derecho como su portador. Ambos son reunidos en el concepto de sujeto de derecho, como portador de las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico. Como sujeto, o portador de la obligación, normalmente se designa al individuo cuya conducta constituye el contenido de la obligación. Pero ese individuo no es una cosa que “porte” la obligación, como un objeto diferente en sí. En general, no es el individuo, en cuanto tal, el que es tomado en consideración en la situación exponente de una obligación jurídica, sino sólo una determinada conducta de un individuo; sólo el elemento personal de esa conducta, el cual, inseparablemente unido al elemento material, configura el contenido de la obligación jurídica. Sólo en este sentido es admisible el concepto de sujeto de la obligación. Sujeto de una obligación jurídica es el individuo cuya conducta es la condición a la que se enlaza, como consecuencia de esa conducta, una sanción dirigida contra él mismo (o contra sus allegados). Es el individuo que, al no cumplir la obligación, suscita la sanción y, que por ende, también cumple mediante su conducta la obligación, pudiendo así evitar la sanción.

b) *Obligación jurídica y deber.* En alemán, la palabra *Pflicht* (deber u obligación) se encuentra, especialmente desde la ética de Kant, ligada a la representación de un valor moral absoluto. El principio de que el hombre debe cumplir siempre sus “obligaciones” o su “deber”, claramente presupone que existen deberes absolutos, evidentes para cada cual. Por el otro lado, es decir, si se acepta que no hay una moral absoluta, sino varios órdenes morales, muy diferentes, que ordenan conductas entre sí contradictorias, la frase mencionada, que constituye la proposición fundamental de la ética kantiana, se diluiría en la tautología de que el hombre debe siempre hacer aquello que está ordenado según la moral al caso, es decir, que debe hacer lo que debe hacer. El concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral. Una obligación jurídica puede —pero no requiere— tener como contenido la misma conducta que es debida según algún sistema moral, pero puede también tener como contenido la conducta opuesta, de suerte que, como se suele considerar en caso semejante, se suscita un conflicto entre la obligación jurídica y el deber moral. Para evitar la posibilidad

de semejante conflicto se ha afirmado, inclusive, que el de obligación no es de ninguna manera un concepto jurídico, por cuanto sólo la moral, pero no el derecho, obliga, mientras que la función específica del derecho, a diferencia de la moral, radicaría en otorgar derechos. Si se reconoce, empero, que el estar obligado a cierta conducta no significa sino que esa conducta está ordenada por una norma, y si ño se puede negar que el orden jurídico —como todo orden normativo— exige una determinada conducta humana, entonces debe verse en la obligación una función esencial del derecho y —como el siguiente análisis de la función de “tener derecho” lo muestra —inclusive reconocerse en ella, frente a la otra, la función primaria.

Puesto que las normas no sólo ordenan (o prohíben) determinada conducta, sino que también pueden facultar determinada conducta, no es superfluo traer a cuento que, cuando un individuo está facultado con respecto de una determinada conducta, es necesario que no esté obligado con respecto de la misma. En cuanto “facultad”, en un orden jurídico, significa tanto como otorgar una potestad jurídica, es decir, otorgar una capacidad de producir derecho, sólo una acción positiva puede ser objeto de un facultamiento, pero no una omisión, mientras que un mandamiento puede referirse tanto a una acción como a una omisión. Se puede, por lo tanto, estar obligado jurídicamente a hacer algo, o a dejar de hacer algo; pero sólo se puede estar facultado a hacer algo. Sólo que se puede estar obligado a hacer uso de un facultamiento; la acción, en cuyo respecto un individuo está facultado por el orden jurídico, puede ser simultáneamente obligatoria, es decir, convertida en contenido de una obligación. El juez está facultado —es decir, cuenta con la potestad jurídica que le ha sido conferida sólo a él, y a nadie más— de imponer, bajo determinadas condiciones, una pena. Puede, pero no es necesario, que esté también obligado a imponer esa pena; y está jurídicamente obligado, cuando la omisión de esa acción se encuentra bajo sanción según el orden jurídico. Lo mismo sucede cuando determinada conducta está positivamente permitida (por una norma que limita la prohibición general de esa conducta). El orden jurídico puede, pero no requiere, estatuir la obligación de hacer uso de esa permisión.

En este contexto, debe recordarse nuevamente que, cuando el enunciado jurídico que se formule exprese que, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo, la palabra “debe” nada dice sobre si la ejecución del acto coactivo sea contenido de una obligación jurídica, de una permisión positiva, o de un facultamiento; más bien, los tres casos se encontrarían comprendidos. Si el verbo “deber” es utilizado para designar ese sentido que toda norma tiene, no sólo el que obliga a determinada conducta, sino también el que permite positivamente determinada conducta y el que faculta determinada conducta; es decir, si al afirmarse que “debe” actuarse de determinada manera, sólo se dice que esa conducta se encuentra estatuida en una norma, entonces es una obligación jurídica la conducta opuesta a aquella que constituía

la condición del acto coactivo; conducta ordenada en cuanto su incumplimiento es él mismo la condición de un acto coactivo; o que está facultada, o bien, que está positivamente permitida. La obligación jurídica no es, como ya se señaló en un contexto anterior,⁸⁵ la conducta debida, o no es la conducta inmediatamente debida. Si se dice que quien está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, el estar positivamente permitido, el estar facultado o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.⁸⁶

c) *Responsabilidad*. Un concepto esencialmente ligado al de obligación jurídica, pero que corresponde diferenciar, es el de responsabilidad jurídica. Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia de lo ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado —es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente—, sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el orden jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito *responde* por el delito, es jurídicamente *responsable* de él. En el primer caso, responde de la propia ilicitud; tenemos entonces que el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos. Responsable es el delincuente potencial. En el segundo caso, responde un individuo del delito cometido por otro; el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho, y se responde de un comportamiento contrario a derecho. El individuo obligado puede suscitar o evitar la sanción mediante su conducta. El individuo que sólo responde del incumplimiento de la obligación de otro (o del delito cometido por otro), no puede ni suscitar ni evitar,

⁸⁵ Cf. *supra*, p. 22.

⁸⁶ Alf Ross, *op. cit.*, p. 75, reprocha a la *Teoría Pura del Derecho* que su determinación del concepto de obligación jurídica conduzca a un regreso al infinito. La obligación jurídica de determinada conducta es constituida por una norma, que obliga a un órgano jurídico a reaccionar con una sanción en el caso de una conducta contraria. Pero esa obligación del órgano sólo puede constituirse mediante una norma que obligue a otro órgano, en caso de no cumplir el primer órgano con su obligación, de reaccionar con una sanción, “y así infinitamente”. Pero de lo expuesto en el texto surge que una norma puede constituir una obligación jurídica de cumplir determinada conducta mientras sólo faculta, y no obliga, a un órgano jurídico a reaccionar con sanción para el caso de una conducta contraria; y que, cuando el órgano es obligado a reaccionar con una sanción, a la postre, esa obligación queda constituida por una norma que faculta, y no obliga, a otro órgano, a reaccionar con una sanción. También esta norma puede ser descrita con un enunciado jurídico que dice que, bajo ciertas condiciones, debe producirse un acto coactivo, dado que el verbo “deber” no sólo significa “estar ordenado”, sino también “estar facultado”, o “estar positivamente permitido”, y que el concepto de obligación jurídica no es idéntico con el concepto de deber. Cf. *supra*, pp. 4 y ss.

con su propia conducta, la sanción. Así sucede patentemente en el caso de responsabilidad penal por el delito de un tercero, en el caso en que la sanción tenga el carácter de una pena. Pero también la situación se produce en el caso de responsabilidad civil por el acto ilícito de un tercero, cuando la sanción reviste el carácter de una ejecución civil. A está obligado a entregar 1 000 a B, si el orden jurídico determina que, si A no entrega esa suma a B, se deba ejecutar civilmente el patrimonio de A, o el patrimonio de C. En este último caso, C responde por el incumplimiento de la obligación de A de entregar 1 000 a B. C no puede provocar, mediante su conducta, la sanción, dado que condición de la sanción es la conducta de A, no la de C. C tampoco puede evitar con su conducta la sanción, cuando sólo responde del delito civil de A. Así pasaría si el orden jurídico determinara que debía dirigirse la sanción contra C, cuando A omite entregar los 1 000 a B, inclusive cuando C los entregue a B; es decir, cuando el orden jurídico no admite como válido el cumplimiento de la obligación de A por C (como representante). Pero C no sólo puede responder cuando A no cumple su obligación de entregar 1 000 a B, sino que también puede estar obligado a entregar 1 000 a B, si A no cumple su obligación. Así sucede cuando el orden jurídico —como pasa normalmente— determina que la ejecución forzosa de bienes ha de cumplirse sobre el patrimonio de C, cuando A o C omiten entregar 1 000 a B. Entonces puede C, como sujeto de la obligación de entregar 1 000 a B, suscitar o evitar la sanción con su propia conducta. Si existe responsabilidad por incumplimiento de una obligación jurídica, que se constituye mediante la ejecución forzosa en un patrimonio, debe distinguirse el caso en que el patrimonio sobre el cual ha de cumplirse la ejecución sea el propio patrimonio del individuo contra el cual se dirige el acto coactivo, del caso en que se trata del patrimonio de otro, sobre el cual ese individuo dispone. En el primer caso, el individuo responde con su persona y su patrimonio; en el segundo, tenemos dos individuos responsables, aquel que dispone del patrimonio, y aquel que es sujeto del derecho, que es titular del patrimonio. Uno responde sólo con su persona, mientras que el otro lo hace con su patrimonio.

En el caso de responsabilidad por acto ilícito ajeno, la conducta que es condición de la sanción, no es una conducta determinada del individuo contra el cual se dirige la sanción, sino la conducta de otro individuo. El individuo responsable por delito ajeno, no es el sujeto de determinada conducta que el orden jurídico establezca como condición de la sanción; sólo es objeto de una conducta que el orden jurídico únicamente determina como consecuencia del acto coactivo de la sanción. En este respecto, aparece cierta semejanza entre esa circunstancia objetiva y la que se presenta cuando el orden jurídico estatuye los actos jurídicos antes mencionados, que no tienen carácter de sanciones. También en esos casos, el individuo contra el cual se dirige el acto coactivo, no es sujeto de una conducta determinada por el orden jurídico como condi-

ción de un acto coactivo, sino sólo objeto de una conducta determinada por el orden jurídico como consecuencia, a saber, del acto coactivo dirigido contra ese individuo. La diferencia radica, sin embargo, en que, en el caso de responsabilidad por delito ajeno, bajo las condiciones del acto coactivo aparece una conducta determinada por el orden jurídico de un determinado individuo, mientras que en el segundo caso, los actos coactivos que no tienen carácter de sanción, no se encuentran condicionados por ninguna conducta semejante.

d) *Responsabilidad individual y colectiva.* La diferencia entre obligación y responsabilidad se expresa también verbalmente. Uno está obligado con respecto de una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta propia; no puede obligarse uno por la conducta de otro. En cambio, uno es responsable tanto por determinada conducta propia, como también por la conducta ajena. La responsabilidad por el delito cometido por un tercero aparece cuando la sanción es dirigida contra alguien distinto al delincuente, pudiendo tener sólo un efecto preventivo si entre ambos existe alguna relación que permite suponer que el individuo obligado, el delincuente potencial, también percibe la acción de infligir la sanción como un mal, cuando está dirigida contra otro individuo como objeto responsable, sea, por ejemplo, un miembro de la propia familia, de la propia raza o del mismo Estado; es decir, contra un miembro del grupo cuyos integrantes más o menos se identifican entre sí; cuando el individuo obligado y el responsable pertenecen a la misma colectividad. Esta relación es la que normalmente el derecho determina, cuando estatuye responsabilidad por el delito ajeno. En ese sentido, puede considerarse la responsabilidad por delito ajeno como una responsabilidad colectiva; pero puede hablarse también de responsabilidad colectiva sólo cuando la sanción, la consecuencia de lo ilícito, no está dirigida contra un individuo único, sino contra muchos, o todos los miembros de determinado grupo al que pertenece el delincuente; como en el caso de la venganza de la sangre, en que pueden ser objeto de la sanción todos los miembros de la familia a la que pertenece el homicida; o en el caso de las sanciones del derecho internacional, la represalia y la guerra, que se dirigen contra los miembros de un Estado cuyo órgano ha cometido el delito internacional.

La responsabilidad colectiva es un elemento característico del orden jurídico primitivo, y se encuentra en íntima relación con el pensamiento y emotividad identificadoras de los primitivos. Por carencia de una conciencia del yo suficientemente destacada, el primitivo se siente tan unido con los miembros de su grupo, que interpreta toda acción digna de alguna estima por parte de un miembro del grupo, como una acción del grupo, como algo que “nosotros” hemos hecho; y en consecuencia toma como correspondiente al grupo las recompensas, así como acepta, como impuestas a todo el grupo, las penas. En cambio, tenemos responsabilidad individual cuando la sanción se dirige

exclusivamente contra el delincuente es decir, aquel que con sus acciones cometió el delito.

e) *Responsabilidad intencional y responsabilidad por el resultado.* Es usual distinguir dos tipos de responsabilidad: responsabilidad por la intención y responsabilidad por el resultado. Cuando el orden jurídico convierte en condición de una sanción consecuencia de lo ilícito, a determinada acción u omisión, mediante la cual se produce, o no se impide, un acontecimiento indeseable (como, por ejemplo, la muerte de un hombre), puede distinguirse entre el caso en que ese acontecimiento haya sido buscado por el individuo cuya conducta interesa, o por lo menos previsto; o bien, que se haya producido sin ninguna intención o previsión, “accidentalmente”, como se suele decir. En el primer caso se habla de una responsabilidad por la intención; en el segundo, de una responsabilidad por el resultado. Si el acontecimiento indeseable, según el orden jurídico, es intencionalmente buscado puede distinguirse entre el caso en que la intención del individuo, cuya conducta interesa en el caso, sea subjetivamente “mala”, es decir que provoca el acontecimiento, o no lo impide, con la intención de perjudicar; y el caso contrario en que la intención es de beneficiar, por ejemplo, cuando el médico provoca la muerte de una persona que sufre de enfermedad incurable, para poner término a sus sufrimientos. El momento caracterizado como “dolo” —intención dolosa— es una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido, o no impedido, por su conducta externa, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él. La responsabilidad por el resultado se da cuando no aparece relación semejante, cuando el acontecimiento no es ni previsto ni especialmente querido.

Es habitual comprender en el concepto de responsabilidad intencional, el caso de la denominada “negligencia”. Aparece cuando la producción o la falta de impedimento de un acontecimiento indeseable según el orden jurídico, están prohibidas, aun cuando ese acontecimiento no sea ni previsto, ni buscado por el individuo cuya conducta lo provoca o no lo impide, individuo que, sin embargo y normalmente, tendría que haberlo previsto y, por tanto, ni ha podido ni debido suscitarlo, ni ha podido y debido impedirlo. Ello significa que el orden jurídico obliga a prever determinados acontecimientos indeseables, que, en cuanto consecuencias de determinadas conductas, pueden ser normalmente previstos, y, en consecuencia, a omitir suscitar tales acontecimientos, o impedir su producción. La negligencia consiste en la omisión de esa previsión ordenada por el orden jurídico, en la falta de la previsión exigida. No se trata —como en el caso de previsión o intención— de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, o no impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia,

es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado.

f) *El deber de reparar el daño.* Muchas veces la obligación jurídica de un individuo, de reparar los daños materiales o morales que hubiera causado, es interpretada como una sanción y, en consecuencia, esa obligación es designada responsabilidad. Esta construcción confunde el concepto de obligación, de responsabilidad y de sanción. La sanción no es en sí una obligación —puede serlo, pero no es necesario que así se la estatuya—, sino que es el acto coactivo que una norma enlaza a determinada conducta, cuya opuesta queda así jurídicamente ordenada, en cuanto contenido de una obligación jurídica. Cabe expresar esto diciendo también que la sanción es el acto coactivo constitutivo del deber jurídico. Tampoco la responsabilidad es, como se ha mostrado, una obligación jurídica, sino la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido, o que un tercero cometiera; obligación jurídica es la omisión del delito por parte del individuo cuya conducta configura el delito. El orden jurídico puede obligar a ciertos individuos a no ocasionar daños a otros, sin estatuir la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados violando esa obligación. La obligación de reparar el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertida en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra derecho, es condición de la sanción. El hecho de que el orden jurídico obligue a la reparación del daño, queda descrita correctamente así si cuando un individuo ocasiona un daño a otro, y ese daño no es reparado, debe dirigirse un acto coactivo como sanción contra el patrimonio de un individuo; es decir, debe privarse coactivamente de su patrimonio a un individuo, entregándose para reparar el daño al individuo perjudicado. Un individuo podría, como se señaló, estar obligado a no ocasionar ningún daño a otro, sin estar obligado a reparar el daño ocasionado por incumplimiento de la obligación. Así sucedería si la reparación del daño no permitiera evitar la sanción. Según el derecho positivo, sin embargo, la sanción puede ser evitada normalmente mediante la reparación del daño; es decir, no sólo es obligatorio no ocasionar con la propia conducta daños a terceros, sino que también es obligatorio, cuando con la conducta contraria a la obligación se ha ocasionado un daño, repararlo. La sanción de la ejecución civil comprende dos obligaciones: la obligación de no ocasionar daño, como obligación principal, y la obligación de reparar el daño ocasionado violando esa obligación, como obligación accesoria que sustituye a la obligación principal violada. La obligación de reparar el daño no es una sanción sino una obligación accesoria. La sanción de ejecución civil, consistente en la reparación coactiva por parte del órgano de aplicación del derecho, sólo aparece cuando esa obligación no es cumplida. Si la sanción de ejecución civil se dirige al patrimonio del individuo que ha ocasionado

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

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

29. El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ Cf. *infra*, pp. 275 y ss.

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

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

Una garantía eficaz de los denominados derechos y libertades fundamentales, sólo se da cuando la constitución que los garantiza no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo mediante un procedimiento especial, distinto del procedimiento legislativo ordinario, en cuanto sólo puede llevarse a cabo bajo condiciones más severas, sea que se requiera, no una mayoría simple, sino una mayoría calificada en el órgano legislativo colectivo, sea que se requieran varias decisiones y no una única, y análogamente.⁹² Si la constitución puede ser enmendada por una simple ley, ninguna ley, y, por ende, ninguna sentencia judicial dictada con fundamento en ley, ni ninguna resolución administrativa dictada con fundamento en ley, puede ser suprimida por “inconstitucionalidad”, puesto que la constitución queda eliminada, con respecto al dominio de validez de la ley, por la ley misma. De ahí que no exista ninguna garantía verdadera de los llamados derechos y libertades fundamenta-

⁹¹ Cf. *infra*, pp. 245 ss.

⁹² Cf. *infra*, pp. 229 ss

les, mientras la constitución, sólo modificable bajo condiciones más difíciles, no garantice el “derecho” como no limitable por ley; es decir, cuando la constitución delegue en la simple legislación estatuir expropiaciones sin indemnización, introducir discriminaciones constitucionales excluidas en la imposición de obligaciones, otorgar derechos, o imponer limitaciones a ciertas libertades. Semejante garantía aparente se da, por ejemplo, cuando la constitución dispone: “Se garantiza la inviolabilidad de la propiedad. La expropiación en interés público sin indemnización sólo podrá cumplirse por ley.” O: “Todos tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones dentro de los límites legales.” O: “Todos los ciudadanos tienen derecho a reunirse y constituir asociaciones. El ejercicio de estos derechos será reglamentado por ley.”

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

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

En suma, cabe afirmar que el derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien, un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas "leyes", o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien, como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la

producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa.

30. *Capacidad jurídica. Competencia. Órgano*

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

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

individuo a emprender el acto coactivo de la internación; pero no faculta a iniciar la enfermedad. En ese sentido muy amplio de la palabra, toda conducta humana —y sólo conducta humana— puede ser considerada como “facultada” por el orden jurídico, al ser determinada por éste como condición o consecuencia. El hombre que puede efectivamente realizar esa conducta queda capacitado, por el mismo orden jurídico, a comportarse de esa manera. Cuenta con una capacidad que le confiere el orden jurídico. Si esa capacidad es caracterizada por el orden jurídico como una facultad o autorización, este giro no implica aprobación alguna. También la denominada “capacidad delictual” significa una capacidad otorgada sólo a ciertos hombres específicamente calificados por el orden jurídico, para cometer con su comportamiento delitos; es decir: realizar una condición del acto coactivo que funciona como sanción, coacción que, como consecuencia de su conducta, se dirigirá contra ellos o contra sus allegados. Sólo estos hombres calificados por el orden jurídico, y solamente ellos, pueden cometer delitos, es decir, tienen capacidad para ello otorgada por el orden jurídico. Pero la conducta que configura un delito se encuentra justamente prohibida en cuanto es convertida en condición de la sanción dirigida contra el delincuente, o sus allegados, y, como conducta “prohibida” no es aprobada. Mientras que la expresión “facultamiento” (“autorización”) lleve consigo el significado accesorio de “aprobación”, es utilizada en un sentido más estricto, que no comprende la capacidad delictual. En ese sentido, en la teoría tradicional se habla de la capacidad de hecho, a diferencia de la capacidad delictual. La capacidad de hecho es definida como aquella capacidad de un hombre de producir, con su conducta, efectos jurídicos. Como en esto no puede entenderse “efectos” en un sentido causal, la capacidad de hecho consiste en la capacidad conferida a un hombre por el orden jurídico, de producir mediante su comportamiento, consecuencias jurídicas, es decir, aquéllas consecuencias que el orden jurídico enlaza a esa conducta. Con todo, entre esas consecuencias jurídicas no están comprendidas las sanciones, que como consecuencias de un comportamiento se dirigen contra el que así actúa (o contra sus allegados). Esta capacidad —la de poder suscitar mediante su comportamiento una sanción, que estará dirigida, como consecuencia de esa conducta, contra quien así actúa (el delincuente o sus allegados)— es diferenciada, como capacidad delictual, de la capacidad jurídica de hecho. Las consecuencias jurídicas, cuya posible producción es designada como capacidad jurídica de hecho, son, según la doctrina tradicional, esencialmente obligaciones y derechos subjetivos, creados mediante negocios jurídicos. La capacidad jurídica es, básicamente, capacidad para efectuar negocios jurídicos. Pero también suele abarcar la capacidad de influir, mediante demandas y recursos, en los procedimientos judiciales (capacidad procesal).

La capacidad mencionada en último término es, como se expone en lo que antecede, un poder conferido por el orden jurídico para participar en la produc-

ción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial. Se trata de un poder jurídico, y su concesión por el orden jurídico, constituye un “facultamiento” en el sentido estricto y específico de la palabra. Ese mismo poder jurídico aparece también en la capacidad de efectuar negocios jurídicos (capacidad de contratar), como la capacidad de crear obligaciones y derechos subjetivos, dado que las obligaciones jurídicas y los derechos subjetivos son estatuidos por normas de derecho, y es a través de negocios jurídicos como se producen esas normas. Un análisis del típico negocio jurídico, el contrato, lo muestra de inmediato. Un contrato estipula que las partes contratantes deben comportarse recíprocamente de determinada manera; un contrato de compra-venta, por ejemplo, establece que el vendedor debe entregar determinada cosa al comprador, mientras que el comprador debe entregar determinada suma de dinero al vendedor. El contrato es un acto cuyo sentido subjetivo es un deber. En tanto el orden jurídico faculta, a través de una norma general, a los individuos a celebrar contratos, eleva el sentido subjetivo del negocio jurídico a uno objetivo. Cuando el contrato crea obligaciones de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico enlaza a la conducta contraria al contrato, es decir, a la conducta contrapuesta a la norma producida por el contrato, una sanción. La norma producida por el negocio jurídico es, en este sentido, una norma no independiente. Cuando el contrato crea derechos subjetivos de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico, al facultar a los individuos a celebrar contratos, otorga poder jurídico a los contratantes a reclamar mediante una acción por el incumplimiento de las obligaciones estatuidas por la norma contractual, es decir, por la violación de las normas jurídicas producidas por el contrato, reclamo que implica participar en la producción de la norma jurídica individual que aparece en la sentencia judicial. La capacidad de celebrar negocios jurídicos es una capacidad otorgada a los individuos, por el orden jurídico, para producir, fundándose en normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, normas jurídicas de nivel inferior, y de participar en la producción de las normas individuales jurídicas producidas por el tribunal. Se trata de un auténtico poder jurídico.

Si se entiende por capacidad jurídica la capacidad de suscitar, con el propio comportamiento, consecuencias jurídicas, y si se considera como consecuencia del acto consistente en un negocio jurídico, la obligación jurídica producida, es decir, el dar validez a una norma individual, cabe entender por capacidad jurídica (como capacidad de celebrar negocios jurídicos) también la capacidad de cumplir las obligaciones jurídicas; es decir, la capacidad de evitar con la propia conducta la sanción. Allí reside la consecuencia jurídica —negativa— del cumplimiento de la obligación.

b) *Competencia*. Es fácil ver que el ejercicio de este poder jurídico, como función jurídica, es esencialmente del mismo tipo que la función de un órgano

legislativo facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas, y que las funciones de los órganos judiciales y administrativos, facultados por el orden jurídico para producir, en aplicación de norma generales, normas jurídicas individuales. En todos estos casos tenemos, como en el caso de la denominada capacidad jurídica, una facultad para producir normas jurídicas; en todos estos casos, el orden jurídico otorga un poder jurídico a determinados individuos. Pero no en todos los casos de concesión de un poder jurídico, es decir, de facultamiento en el sentido estricto de la palabra, habla la teoría tradicional de capacidad jurídica. En cambio se habla en algunos casos, y sobre todo en relación con la función de ciertos órganos comunitarios, especialmente, de los órganos judiciales y administrativos, de su “jurisdicción” o “competencia”. El poder jurídico conferido a una “persona privada” de producir mediante un negocio jurídico, normas jurídicas, o de participar, mediante demanda, recursos, quejas, o ejercicio del derecho a votar, en la producción de normas jurídicas, es decir, sus derechos subjetivos en el sentido técnico de la palabra, no son caracterizados como capacidad jurisdiccional o competencia.

En tanto se considera la función que se configura mediante el ejercicio del poder jurídico otorgado por el orden jurídico, no se justifica esta limitación del concepto de competencia. La capacidad contractual y el derecho subjetivo —privado o político— de un individuo son, en el mismo sentido, su “capacidad jurisdiccional”, o su “competencia”, como la capacidad de determinados individuos de hacer leyes, dictar sentencias judiciales o adoptar una resolución administrativa. La terminología tradicional oculta el parentesco esencial que se da entre todas esas funciones, consistentes en el ejercicio de un poder judicial, en lugar de expresarlas nítidamente. Cuando los individuos que celebran un negocio jurídico, cuando las personas que inician una demanda o queja en un procedimiento judicial o administrativo, que interponen recursos, que formulan apelaciones, son considerados “personas privadas”, y no “órganos” de la comunidad jurídica, negándose, con este fundamento, la designación de “competencia” o “jurisdicción” al poder jurídico concedido, ello no puede provenir del contenido de sus funciones. Puesto que el contenido de la función es, en ambos casos, el mismo, a saber: producción de normas jurídicas. Debe advertirse, inclusive, que las “personas privadas” capacitadas para celebrar negocios jurídicos, no sólo pueden producir normas individuales, sino también normas jurídicas generales, y que la producción de normas generales por vía contractual, como los tratados que conforme al orden jurídico constitutivo de la comunidad internacional, pueden ser celebrados por los Estados facultados al efecto por el derecho internacional general, desempeña un papel muy significativo. Sin embargo, ni los Estados en el ejercicio de esa función, ni los individuos facultados por el derecho de un Estado, que celebran negocios jurídicos, son designados como “órganos” de la comunidad jurídica, y, por ende, no se considera al poder jurídico conferido como su competencia o capacidad jurisdiccional.

Que en esos casos, los individuos que ejercen la función no sean designados órganos de la comunidad jurídica, sólo puede provenir de que en el concepto de órgano que aquí se utiliza, es decisivo otra cosa que el contenido de la función.

c) *Órgano jurídico*. Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida*⁹³ a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano. Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejercer la función. La comunidad consiste en el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos. Se dice, por lo tanto, que el orden constituye la comunidad. Pero orden y comunidad no son dos objetos distintos. La comunidad formada por individuos —es decir, lo que esos individuos tienen en común— se reduce solamente al orden que regula sus comportamientos. La conducta de un individuo puede solamente ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo —y ello significa, sin incurrir en ficción: ser referida al orden normativo constitutivo de la comunidad— cuando ese comportamiento se encuentra determinado, como condición o consecuencia, en ese orden normativo. Justamente es mediante la conducta del individuo atribuida a la comunidad, interpretada como acción de una comunidad, que la comunidad es representada como un sujeto actuante, como una persona. Es decir, la atribución de una función determinada por un orden normativo y cumplida por un individuo a la comunidad constituida por ese orden, implica la personificación de esa comunidad. Pero, con todo, en esa atribución personificadora,⁹⁴ no se expresa sino que la conducta atribuida a la comunidad está determinada por el orden normativo constitutivo de ella, y en este sentido latísimo, autorizada por ella. Atribuir un acto de conducta humana a la comunidad, no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo (en el sentido más amplio de la palabra). De ahí que cualquiera conducta de un individuo, determinada por el orden normativo, y autorizada por éste en ese sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta el orden normativo determine, y, en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma. Un individuo es

⁹³ En escritos anteriores he designado a la operación intelectual de que se trata como “imputación”. Pero como con esa palabra sobre todo se designa la conexión normativa de dos hechos, análoga a la conexión causal, tuve que distinguir la imputación de una función a la comunidad como imputación “central”, de la conexión normativa entre dos hechos, como imputación “periférica”. Esta terminología no es muy satisfactoria, y lleva a equívocos. Límite, pues, ahora el uso de la palabra “imputación” al enlace normativo entre dos hechos.

⁹⁴ Cf. también la exposición relativa al concepto de persona jurídica, *infra*, pp. 118 y ss.

órgano de una comunidad en tanto y en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Este es el concepto primario, básico, de la función “órgano”, de la función orgánica en el sentido más amplio de la palabra. Y es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, o el “portador” de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material,⁹⁵ involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como portador de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano, como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema.

El concepto de función orgánica que aparece en los usos lingüísticos jurídicos —oscilantes en este respecto— es, con todo, más estricto que el concepto aquí designado como primario o básico. Puesto que éste abarca toda conducta determinada por el orden normativo, y comprende —en tanto se trata de conducta determinada por el orden jurídico y, por ende, de una función de la comunidad jurídica— también a la conducta que, como condición de la sanción estatuida por el orden jurídico, se encuentra jurídicamente prohibida. No se suele, sin embargo, atribuir delitos a la comunidad jurídica. La concepción según la cual la conducta prohibida es contraria a derecho, y, por ende, la negación del derecho, es contradicha por la afirmación de que la comunidad jurídica comete un acto antijurídico (un delito). Surge cierta tendencia a atribuir a la comunidad jurídica sólo el comportamiento de un individuo, determinado sí por el orden constitutivo de la comunidad, pero no determinado como delito, es decir, que no está prohibido.⁹⁶ Si se emplea la palabra “facultar”, no sólo en el sentido restringido de concesión de un poder jurídico, esto es, de la capacidad de producir y aplicar normas jurídicas, sino también en el sentido más lato comprensivo de “ordenar” y “permitir positivamente”, aparece una tendencia a atribuir solamente a la comunidad jurídica la conducta de un individuo en cuyo respecto el individuo en cuestión esté “autorizado” en estos sentidos (que *no* comprenden las conductas delictivas determinadas por el orden jurídico); de suerte que sólo la conducta mediante la cual se producen y aplican

⁹⁵ Cf. *supra*, pp. 14, 122.

⁹⁶ Cómo haya de diferenciarse la condición de la sanción calificada de delito, de otras condiciones de la sanción, cf. *supra*, p. 119.

normas jurídicas, así como la conducta obligatoria, pero no prohibida, y la conducta positivamente permitida, son atribuidas a la comunidad jurídica, considerándose únicamente al individuo órgano de esa comunidad en la medida en que cumple la conducta “autorizada” por el orden jurídico en los sentidos indicados. Con todo, como veremos, los usos lingüísticos no son en este respecto consecuentes. A veces se atribuye también a la comunidad jurídica una ilicitud, en especial cuando se considera a la comunidad sujeto de obligaciones, dado que la capacidad de obligarse presupone la capacidad delictual.⁹⁷ Pero la tesis de que la comunidad jurídica no puede incurrir en acto ilícito, implica que la atribución de ciertas conductas humanas a la comunidad jurídica está limitada, en cuanto el orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica, “faculta” a ésta a que el hecho ilícito, aun cuando se encuentre determinado en el orden jurídico, no sea atribuido a la comunidad constituida por el orden jurídico, por no tratarse de un acto “autorizado” en sentido estricto. Si se limita la atribución a la comunidad en este sentido, el individuo que efectúa el acto ilícito, sin cumplir al hacerlo con una conducta “autorizada”, es decir, al actuar fuera de sus facultades, o fuera de su competencia, no es tenido por un órgano de la comunidad, y su conducta no es interpretada como una función orgánica. Sólo se atribuye a la comunidad jurídica aquella conducta a que se refiere el concepto de capacidad jurídica, excluyendo el de capacidad delictual.⁹⁸

Si se elimina del concepto de función orgánica atribuible a la comunidad jurídica, la realización de actos ilícitos, cabe entonces considerar función de esa comunidad, y, en este amplio sentido, como función jurídica, toda conducta determinada por el orden jurídico constitutivo de la comunidad, que no sea realizar un acto ilícito, y no sólo la conducta que, como función jurídica en el sentido estrecho y específico de la palabra, así cabe designar. A saber: no sólo la producción y aplicación de normas jurídicas, inclusive la participación en la producción y aplicación de esas normas a través de la demanda judicial, los recursos, querellas (incluyendo el ejercicio de un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra), así como la ejecución de los actos de coacción estatuidos por el orden jurídico —es decir, las funciones de producción y aplicación del derecho—, sino también el cumplimiento de obligaciones jurídicas, el ejercicio de derechos reflejos y de derechos consistentes en una permisión positiva, una función que podría ser denominada función de acatamiento al derecho. Como órgano jurídico, es decir, como órgano de la comunidad jurídica, aparecería entonces todo individuo que desempeña una función jurídica, en sentido estricto o lato. De ahí que puede designarse al individuo que ejerce un poder jurídico que le ha sido conferido, sea que interponga una demanda judicial, o celebre un negocio jurídico, como órgano de derecho,

⁹⁷ Cf. las exposiciones relativas a la capacidad delictual de las colectividades consideradas personas jurídicas, *infra*, p. 185 y ss.

⁹⁸ Cf. *infra*, p. 304, lo dicho con respecto del problema de los actos ilícitos del Estado.

constituyendo el poder jurídico que se le ha conferido, su competencia o capacidad jurisdiccional, y ello en el mismo sentido en que se considera órgano al legislador, al juez o al funcionario administrativo, y se denomina “competencia” al poder jurídico que se les otorga. Hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica, que ejerce un derecho reflejo o utiliza una permisión positiva, puede ser considerado órgano jurídico. En este concepto de función orgánica no se expresa sino la relación de la función con el orden normativo, constitutivo de la comunidad, que la determina.

En los usos jurídicos del lenguaje, con todo, el concepto de órgano es empleado en un sentido más limitado aún del que se acaba de exponer. No toda conducta determinada por el orden jurídico, no calificada como ilícita, es atribuida a la comunidad de derecho, es interpretada como función de la comunidad de derecho; no todo individuo que cumple semejante función, es denominado “órgano” en este sentido más estricto. Su conducta solamente es atribuida como función a la comunidad de derecho, y el individuo que cumple la función sólo es designado “órgano”, cuando ese individuo está caracterizado de determinada manera.

Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo. Sólo en cuanto se trata de funciones, determinadas por el orden jurídico, desempeñadas mediante división del trabajo, es decir, por determinados individuos calificados, las mismas son atribuidas a la comunidad jurídica, y sólo los individuos que actúan mediante división del trabajo, es decir, determinados individuos calificados, son denominados “órganos” en este sentido más estricto. Las comunidades que cuentan con “órganos” son denominadas comunidades “organizadas”, entendiéndose por comunidades “organizadas” aquellas que cuentan con órganos que funcionan conforme a una división del trabajo. Toda comunidad necesita tener órganos, aunque no funcionen con división del trabajo, puesto que una comunidad sólo puede funcionar a través de sus órganos, es decir, mediante individuos determinados por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Cuando un orden normativo determina que ciertas funciones por él previstas pueden ser desempeñadas, bajo determinadas condiciones, por cualquiera de los individuos sometidos a ese orden, todo individuo puede ser visto, al ejercer la función para que se le faculta, como órgano, y la función que ha de ser atribuida a la comunidad constituida por el orden, al no darse ninguna división del trabajo, podrá ser cumplida como la prevista por el orden. Pero en el uso lingüístico dominante, los individuos que desempeñan funciones sin división del trabajo, no son denominados “órganos”, y la función desempeñada sin división del trabajo no es atribuida a la comunidad.

Las calificaciones de los individuos designados por el uso lingüístico-jurídico como “órganos” de la comunidad jurídica, son de diferente tipo. Pueden ser naturalmente dadas, como cuando el orden jurídico estatuye que ciertas funciones puedan ser desempeñadas, sólo por un hombre, o sólo por una mujer, o por un ser humano de determinada edad, sano espiritual o corporalmente, o, en caso de funciones hereditarias, de determinada progenie. Pero el orden jurídico puede condicionar también a ciertas cualidades morales, conocimientos o capacidades específicas del individuo, la transferencia de la función. De especial significación es la calificación consistente en que el individuo designado como “órgano”, para cumplir una función determinada por el orden jurídico, sea nombrado para ella en manera determinada por el mismo orden. Este nombramiento puede ser inmediato o mediato. Es inmediato cuando la constitución, una ley, o una norma consuetudinaria, designa a un hombre individualmente determinado, estatuyendo que determinada función debe ser desempeñada sola y únicamente por ese hombre. Así, por ejemplo, la primera constitución histórica determina que sea jefe de Estado el señor N. N.; o bien, que sólo se considere asamblea constituyente la reunión de personas que se efectúe determinado día, en determinado lugar y que haya votado la constitución. El nombramiento es mediato, cuando se necesita que una constitución, la ley o el derecho consuetudinario prescriban determinado acto, como una designación, una elección, un sorteo, mediante el cual se individualiza la norma general que rige el procedimiento de nombramiento, de suerte que un hombre individualmente determinado es convertido, por otro hombre determinado por el orden jurídico, en el órgano en cuestión, creándose de esa manera. Pero también en el caso de designación inmediata se produce creación del órgano. Al asumir N. N. el cargo de jefe de Estado, se establece a sí mismo, conforme a la constitución, en el órgano previsto por ésta; cuando la asamblea designada en la constitución vota esa misma constitución, se establece a sí misma como el cuerpo previsto en la misma como constituyente. La designación inmediata implica la autocreación del órgano.

Ya tenemos cierto mínimo de división del trabajo cuando el orden —por ejemplo, un orden jurídico primitivo— determina que ciertas funciones, como la comprobación del hecho delictuoso y la ejecución de las sanciones previstas, no puedan ser llevadas a cabo por cualquier individuo sometido a ese orden, sino sólo por los hombres de cierta edad; o cuando, conforme al derecho tenido por válido, no se considera constituida una costumbre productora de derecho por el comportamiento de todos los individuos sujetos al orden jurídico, sino por el comportamiento de la mayoría de los jurídicamente capaces; o cuando, según el derecho válido, sólo los hombres que han alcanzado cierta edad determinada y que son psíquicamente normales, pueden regular mediante negocios jurídicos sus recíprocas relaciones económicas. Pero este mínimo en división del trabajo, al que no puede renunciar ningún orden jurídico, ni aun

el más primitivo, no es suficiente, conforme a los usos jurídicos del lenguaje, para designar como “órgano” a los individuos facultados, y para atribuir su función a la comunidad. Si se investiga ese uso lingüístico, y se pregunta por cuál sea el criterio conforme al cual, en ese uso lingüístico, se atribuye una función como función orgánica a la comunidad jurídica, aparece la tendencia a atribuir a la comunidad solamente una función y, por tanto, a designar solamente como “órgano” comunitario al individuo que la cumple, cuando ese individuo ha sido nombrado, inmediata o mediatamente, para la función.

Cuando las normas generales de un orden jurídico técnicamente primitivo no son producidas por un órgano legislativo, sino por vía consuetudinaria, no siendo aplicada por tribunales, sino por los individuos mismos lesionados en sus derechos, los individuos que constituyen con su conducta la costumbre productora de derecho, y que aplican las normas consuetudinarias, no son considerados “órganos”, y sus funciones no son atribuidas a la comunidad jurídica. Se dice que el derecho es producido y aplicado por los mismos individuos que están sujetos al orden jurídico. Solamente comienza a hablarse de “órganos” de producción general de derecho, y de “órganos” de aplicación de derecho, cuando se nombra a un individuo, o a un conjunto de individuos, para desempeñar la función legislativa, y a determinados individuos como jueces para la aplicación del derecho. Las funciones de producción de derecho y de aplicación de derecho son, en ambos casos, las mismas; pero los individuos que desempeñan esas funciones solamente en el segundo caso son nombrados mediante actos específicos para desempeñar sus funciones. El uso lingüístico en derecho aparece en forma especialmente nítida cuando se trata, en un orden jurídico altamente desarrollado técnicamente, de un parlamento elegido por el pueblo, o de un jefe de Estado elegido por el pueblo. La constitución puede establecer que todo ciudadano de sexo masculino, mentalmente sano y sin antecedentes penales, puede ser electo. La elección del parlamento o del jefe de Estado es, como creación de un órgano productor de derecho, parte integrante esencial de un procedimiento destinado a la producción de derecho, y, por ende, una función jurídica eminente en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, sólo el parlamento electo y el jefe de Estado elegido, pero no los electores, son considerados órganos estatales; y del mismo modo, sólo la función del parlamento electo, así como la del jefe de Estado elegido, pero no la de los electores, consistente en elegir a ambos órganos estatales, es considerada función del Estado. Se afirma, por cierto, que el Estado expide, a través del parlamento, leyes, leyes del Estado; que el Estado expide, a través del jefe del Estado, decretos y reglamentos; pero no se dice que el Estado elija al parlamento, aun cuando, considerando el contenido de la función que el orden jurídico determina, el elector podría ser considerado tan órgano del Estado como el parlamento que él elige, o como el jefe de Estado que también elige, así como la función del elector determinada en el orden jurídico podría ser atribuida al

Estado, en igual forma que la función del parlamento determinada por el orden jurídico, o la del jefe del Estado en la comunidad jurídica. La distinción entre la función del elector y la del órgano electo reposa en que el miembro del parlamento, o la del individuo que actúa como jefe de Estado, no debe satisfacer sólo, como en el caso del elector, ciertas condiciones naturalmente dadas —como sexo, edad, salud mental—, sino también haber sido nombrado mediante un acto específico para desempeñar sus funciones. Este es también, evidentemente, el fundamento por el cual los negocios jurídicos celebrados por los individuos facultados al efecto, es decir, las normas jurídicas individuales y generales producidas mediante negocios jurídicos, no son vistas como establecidas por la comunidad jurídica, sino que se supone que los individuos que desempeñan esas funciones lo hacen como “personas privadas”, pese a que uno se incline a considerar todo derecho (con exclusión del derecho internacional) como derecho estatal, y, en consecuencia, debería verse a los individuos que celebran negocios jurídicos como órganos del Estado. De ahí que cuando los procedimientos judiciales tienen que ser iniciados con un acto dirigido a ello, en un caso ese acto es el acto de un querellante privado, mientras que en otro caso, se trata del acto de un acusador público, el acto de un órgano estatal: el fiscal del Estado, aunque la función de ambos sea esencialmente la misma; de ahí que el derecho internacional producido por la costumbre de los Estados y por tratados interestatales, no sea visto como creación de la comunidad internacional, sino como una creación de los sujetos sometidos al orden internacional, sin considerar a esos Estados, en su función de creación y aplicación del derecho, como órganos de la comunidad internacional.

Junto al concepto de órgano, cuyo criterio —fuera de ciertas cualidades generalmente exigidas, naturalmente dadas, como edad, sexo, salud psíquica o corporal—, reside en la designación inmediata o mediata para desempeñar la función determinada por el orden jurídico, en la terminología tradicional se recurre al concepto de órgano, agregando como criterio calificadorio un *status* personal del individuo que ejerza la correspondiente función. El individuo así calificado es designado “funcionario”; en qué consista esa calificación particular, ese *status* personal del “funcionario”, es cosa que más adelante se investigará.⁹⁹ Por cierto que existen órganos estatales con funcionarios y sin funcionarios. Los miembros electos de un cuerpo legislativo son órganos del Estado, pero no son funcionarios del Estado. No sólo las funciones jurídicas, en el sentido estricto de función de producción y de aplicación del derecho, sino también las funciones de acatamiento del derecho, cuando son desempeñadas por individuos calificados como funcionarios estatales, son atribuidas al Estado y consideradas funciones estatales. Se trata de funciones del más variado tipo, que constituyen el contenido de las obligaciones profesionales impuestas a esos

⁹⁹ Cf. *infra*, p. 299.

individuos. Desempeñan un papel importante dentro de la función del Estado denominada administración estatal.¹⁰⁰

En la medida en que la división del trabajo implica que ciertas funciones no pueden ser desempeñadas por cualquiera y, por ende, tampoco por todos los individuos sujetos al orden normativo, sino solamente por determinados individuos, calificados en determinada manera por ese orden, considerándose justamente, bajo esas circunstancias, que la función es relativamente centralizada, división del trabajo y centralización relativa coinciden.¹⁰¹ En los giros lingüísticos corrientes, sólo las funciones relativamente centralizadas son atribuidas a la comunidad, y sólo los órganos relativamente centralizados son considerados órganos comunitarios, del mismo modo que sólo comunidades relativamente centralizadas son designadas como comunidades “organizadas”.

En relación con el problema de los órganos comunitarios en general, y de los órganos estatales en particular, debe recalcarse una vez más que se trata, en ello, en buena parte de un problema referente a los usos del lenguaje, y que éstos no son consistentes. Ello, por cierto, porque la atribución de una función determinada en el orden jurídico a la comunidad constituida por ese orden, sólo es una operación intelectual posible, pero no necesaria. El individuo que desempeña la función puede ser órgano de la comunidad jurídica, pero no lo es necesariamente, lo que equivale a decir que su función puede ser atribuida a la comunidad, pero no necesita serlo. La situación jurídica objetiva puede ser descrita sin auxilio de esa operación intelectual. Lo que, para el conocimiento científico del derecho, realmente interesa es una clara visión de la esencia de la atribución de esa función a la comunidad jurídica y, por ende, una clara visión en la esencia de la organicidad.

31. *Capacidad de derecho. Representación*

La teoría tradicional denomina “capacidad de derecho” la capacidad de un hombre de tener derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, o de ser sujeto de derechos y obligaciones. Según el derecho moderno, todo ser humano individual podría ser sujeto de derechos y obligaciones. Los seres humanos incapaces de derecho —como los esclavos— ya no existen en el derecho moderno. Pero no todo hombre es capaz de actuar. Los niños y los enfermos mentales no son capaces de actuar. De ahí que cuenten, conforme al derecho moderno, con representantes legales, que ejercen en su nombre sus derechos, cumplen sus obligaciones y producen por ellos derechos y obligaciones mediante negocios jurídicos. Según esta teoría la capacidad de derecho y la capacidad de hecho (capacidad de actuar) no coinciden. Pero la teoría no resiste un análisis crí-

¹⁰⁰ Cf. *infra*, pp. 266 y ss.

¹⁰¹ Con respecto al problema de la centralización y descentralización cf. *infra*, pp. 315 y ss.