



ABOGACÍA

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

RESPONSABILIDAD. DEBER JURÍDICO.

DERECHO SUBJETIVO. DERECHO POLÍTICO.

CAPACIDAD JURÍDICA. COMPETENCIA.

PERSONA JURÍDICA.



El concepto de responsabilidad a) Diferentes sentidos de "responsabilidad".-

El término "responsabilidad" tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje corriente como en el de los juristas.

Hart distingue cuatro sentidos de "responsabilidad":

1) *Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, pavel, etcétera.* En este sentido se usa "responsabilidad" en la primera frase del párrafo. También el término se usa en el mismo sentido cuando se dicen cosas como éstas: "el padre es responsable por sus hijos"; "el contador es responsable de determinar el monto de los réditos" ; "el ministro Y tiene la responsabilidad de dirigir la política exterior".

No es el caso que para toda obligación derivada de un papel o cargo se hable de responsabilidad. No se dice habitualmente "el portero tiene la responsabilidad de trabajar a partir de las 7", en cambio sí se dice, por ejemplo, "el portero es responsable de cuidar el ingreso al edificio". Parece que el término se usa, en este sentido, cuando la obligación no se cumple mecánicamente, sino que permite un cierto juego de alternativas para ser manejadas según la habilidad o diligencia de quien cumple la función.

2) *Responsabilidad en el sentido de factor causal.* El término "responsabilidad" se usa para indicar meramente que algún acto o fenómeno es causa de algún evento.

En este sentido la palabra se emplea tanto para referirse a individuos como a cosas o procesos ("Juan fue responsable de que yo llegara tarde"; "las langostas fueron responsables de la pérdida de la cosecha").

Como se refiere también a cosas, es posible pensar que este sentido de "responsabilidad" no contiene ningún reproche moral, designando únicamente el hecho de que algo sea condición causal de un resultado. Sin embargo, el hecho de que casi siempre se emplee el término "responsabilidad" con este significado cuando se produce un evento disvalioso, hace pensar que hay un resabio de reproche inconsciente en su uso (estando vinculado por ello al cuarto sentido que veremos), aun cuando racionalmente se rechace tal



reproche cuando se advierte que el factor causal no fue un acto humano voluntario, sino el movimiento de una cosa, de un animal o de un hombre que actuó en ciertas condiciones que excluyen la voluntariedad.

3) *Responsabilidad como capacidad y como estado mental.* El término "responsabilidad" se utiliza para hacer referencia al hecho de que se trataba de un individuo mentalmente capaz o, como dicen los penalistas, "imputable", o sea que no se trataba de un menor, de un loco, de un retardado mental, etcétera.

Para los juristas un individuo es imputable cuando tiene posibilidad de dirigir sus actos y comprender el valor o disvalor ético de aquéllos.

También "responsabilidad" se usa para establecer la negligencia y es considerada por muchos juristas, al igual que la imputabilidad, como un estado mental que, en este caso, consiste en omitir prever, a pesar de ser posible hacerlo, las consecuencias de sus actos.

B) *Responsable como punible o moralmente reprochable.* En este sentido "responsabilidad" significa que el agente es acreedor de una pena o de un reproche moral. Así decimos que un juez encontró al homicida responsable o que Juan es responsable de no haber cumplido una promesa.

Es este último el sentido que recoge Kelsen de "responsabilidad" cuando incluye este término en su esquema de expresiones jurídicas fundamentales. Según Kelsen, un individuo es responsable *cuando es susceptible de ser sancionado*, independientemente de que haya cometido o no un acto antijurídico.

La definición de Kelsen de "responsabilidad" no implica, obviamente, que el sujeto responsable haya sido efectivamente sancionado; se es responsable cuando, según el ordenamiento jurídico, deba aplicarse al individuo una sanción, independientemente de que, de hecho, se le aplique.

b) Clases de responsabilidad

Kelsen clasifica a la responsabilidad en *directa e indirecta (o vicaria)*.



Un individuo es responsable en forma directa cuando es pasible de una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo; es decir que el sujeto que cometió el acto antijurídico y el que es objeto de sanción coinciden.

En el derecho penal contemporáneo de la mayoría de los países civilizados, sólo se admite la responsabilidad directa.

Un individuo es responsable vicariamente cuando es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero.

Este tipo de responsabilidad era común en el derecho primitivo en el que la venganza del damnificado —la sanción jurídica característica en ese derecho— alcanzaba, no sólo al autor del perjuicio, sino a toda su familia o clan.

En el derecho contemporáneo, la responsabilidad indirecta se mantiene fuera del derecho penal; y sólo en un número muy limitado de casos subsiste en el civil.

Uno de los casos que suele mencionarse como ejemplificando este tipo de responsabilidad es el de los padres en relación a los actos antijurídicos *civiles* de sus hijos menores.

También se podría sostener que en este caso, así como en otros que generalmente se dan como ejemplos, la responsabilidad no es indirecta, pues, como dice Kelsen, el acto antijurídico no es causar el daño sino no indemnizar ese daño; pero esto es una tesis discutible que deriva de la concepción peculiar de Kelsen sobre las normas jurídicas y de su definición inadecuada de delito.)

Otro caso de responsabilidad vicaria es el del patrón respecto a los daños cometidos por sus empleados, en ejercicio de sus funciones.

En relación a este caso, *"La obligación [de indemnizar] del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado"*.

Sin embargo, los casos más importantes de responsabilidad indirecta son las situaciones en que los miembros o socios de una sociedad, colectividad o institución, responden por los actos de sus directivos, o sea lo que se llama *responsabilidad colectiva*.

En el derecho internacional subsiste la responsabilidad colectiva, pues cuando un jefe de Estado comete un acto antijurídico según las normas internacionales —por ejemplo, un vejamen a un diplomático extranjero o la invasión del territorio de otro Estado— las sanciones del derecho internacional, que según



Kelsen son las represalias o la guerra, pesan sobre todos los habitantes del Estado agresor.

En el derecho interno, la responsabilidad colectiva rige en el caso de las sociedades civiles y comerciales.

En algunas sociedades, la responsabilidad civil de los socios por los actos de los administradores es ilimitada, pues aquéllos responden con su propio patrimonio; en otras, sobre todo en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la responsabilidad de los socios se extiende sólo hasta el monto de los aportes de capital que han efectuado a la sociedad.

Kelsen también clasifica a la responsabilidad en *subjetiva* (o por culpa) y *objetiva* (o por resultado).

Hay responsabilidad subjetiva cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica.

Kelsen distingue diversos grados de responsabilidad subjetiva. El primero es cuando se exige una intención maliciosa, o sea, una intención de causar daño; el segundo es cuando basta para imputar responsabilidad el que el sujeto tenga intención de cometer el acto antijurídico, aunque lo que lo mueva no sea el ánimo de dañar sino, por ejemplo, de beneficiarse; el tercer grado es cuando es suficiente que se prevea como probable el resultado, aunque éste resulte indeseable. Un ejemplo del primer caso se da cuando se mata por venganza; matar para heredar al muerto es un ejemplo del segundo caso; como ejemplo del tercer grado de responsabilidad subjetiva se puede dar el caso célebre de los mendigos que mutilaban niños para pedir limosna con más eficacia, previendo, aunque no deseando, que ellos podían morir, como consecuencia de las mutilaciones.

Los penalistas consideran también, como caso de responsabilidad subjetiva, cuando se sancionan casos de negligencia, o sea cuando un individuo provoca un resultado antijurídico no previéndolo, aun cuando podía y debía preverlo.

Sin embargo, Kelsen sostiene que este último es un caso de responsabilidad objetiva, puesto que no hay vinculación psicológica entre el individuo y su acto. Afirma el autor de la *Teoría pura* que la negligencia no es un estado psicológico, sino que consiste en la omisión de cumplir ciertos deberes de precaución. Cuando esa omisión tiene como efecto un resultado antijurídico



se hace responsable al agente sin averiguar su subjetividad.

La responsabilidad objetiva, o por resultado, se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico.

En el derecho penal, este tipo de responsabilidad está, en general, proscripto, aunque hay algunas excepciones. En cambio, en el derecho civil la responsabilidad objetiva tiene un importante campo.

Hay que tener en cuenta, como bien lo señala Kelsen, que todos los casos de responsabilidad indirecta lo son también de responsabilidad objetiva. Cuando un individuo es responsable por el acto de otro, es obvio que no tiene control sobre el mismo, por lo que es irrelevante que lo quiera o lo prevea.

También existe, en el derecho civil, responsabilidad por hechos no provocados por el sujeto pasible de ejecución forzosa ni por otro individuo. Típico de esto son los casos en que el patrón es responsable por los accidentes de trabajo de sus obreros o en que el dueño de una cosa lo es por los daños que ésta pueda causar.

Este tipo de responsabilidad es independiente de cualquier intención o previsión del sujeto responsable.

El concepto de deber jurídico.-

Kelsen define "acto antijurídico" como una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida.

El deber jurídico es la conducta *opuesta* al acto antijurídico. Por ejemplo, si evadir impuestos es condición de una sanción, no evadirlos, o sea pagarlos, constituye el contenido de una obligación jurídica.

Debe aclararse que "opuesto" no es lo mismo que "contrario".

La acción contraria a la de, por ejemplo, romper algo podría ser la de repararlo; en cambio, su opuesta sería la de no romper la cosa en cuestión.

Se ha estudiado, que las normas primarias de Kelsen mencionan en su antecedente las condiciones, entre las que se encuentra el acto antijurídico, de la sanción prescripta en su consecuente. En cambio las normas secundarias, que son meros derivados lógicos de las anteriores, establecen que debe



ejecutarse la conducta opuesta al acto antijurídico mencionado en la norma primaria.

Lo anterior significa que la conducta obligatoria —o sea el contenido de un deber jurídico— no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice, por ejemplo, "si alguien comete usura debe ser multado con cien mil pesos", la norma secundaria correspondiente dirá: "Debe omitirse la usura", siendo el abstenerse de cometer usura un deber jurídico.

Vale decir que, según Kelsen, *no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta*. Este planteo kelseniano no se puede identificar con el que critica Hart, consistente en sostener que una conducta es obligatoria cuando es probable que se aplique una sanción a la acción opuesta.

En la *Teoría pura del derecho* no es suficiente, ni necesario, para que una conducta sea un deber jurídico, que haya probabilidad empírica de que se aplique una sanción a quien comete su opuesta. Lo que Kelsen exige es que, en una norma válida, esté prevista una sanción para la acción opuesta a la obligatoria. Esto es independiente, por lo menos directamente, de que sea probable o no la aplicación efectiva de la sanción. En el ejemplo que vimos de una norma que reprime la usura, la existencia de esa norma basta para que no cometer usura sea un deber jurídico, aun cuando sea improbable que sean castigados, por la dificultad de probarlo, los que ejecutan negocios usurarios.

A pesar de que, para Kelsen, sólo hay deber jurídico si una norma primaria prescribe una sanción para la conducta opuesta, hay que aclarar que la formulación que hace Kelsen de lo que sería una norma jurídica primaria es tal que hace posible describir su contenido diciendo que ella impone un deber que no está necesariamente respaldado por una sanción.

Recordemos que, según Kelsen, una norma primaria tiene que responder a este esquema: "Si alguien hace *X* debe ser la sanción *S*". Esto parece implicar que las normas primarias imponen a los jueces el deber de aplicar sanciones en ciertas condiciones sin que ese deber dependa de la existencia de *otra* norma que estipule sanciones para los jueces que no sancionan en las condiciones establecidas (en general, no hay tales normas, y es obvio que, por cada norma que estipula sanciones, no puede haber siempre otra que estipule



sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas).

Carrió sostiene que constituye un serio desequilibrio conceptual (el que, por otra parte, aqueja a casi toda la teoría de Kelsen) pretender reducir el significado de la expresión "deber jurídico", que en el lenguaje ordinario tiene tantos usos heterogéneos, a un rígido esquema unitario que comprende sólo el caso de quien se encuentra bajo la presión de una sanción.

El concepto de deber jurídico que delinea Kelsen puede ser adecuado quizás, y en cierta medida, al derecho penal, pero no es operativo para describir la compleja realidad que se da en nuestros días en el ámbito del derecho internacional, constitucional, laboral, comercial, etcétera. Los juristas hablan en términos de deberes para referirse a una multiplicidad de situaciones en muchas de las cuales no están previstas sanciones.

Al menos si Kelsen admitiera que sus normas primarias imponen a los jueces el deber de sancionar, aun cuando, a su vez, no estén sujetos a sanciones, ampliaría un tanto su criterio de uso de la expresión "deber". De cualquier modo, su concepto seguiría siendo aún excesivamente restringido, ya que, de acuerdo con su esquema de norma jurídica, las únicas acciones que serían obligatorias en el sentido débil —que no implica sanción para la conducta opuesta— serían la de decretar o aplicar castigos por parte de los jueces y funcionarios. Extender la aplicación de este sentido del término "deber" a otras conductas, tal como lo hace el uso común, sólo puede hacerse a costa de reconocer otros tipos de normas jurídicas, además de las que disponen sanciones.

El concepto de derecho subjetivo.-

a) Los derechos subjetivos en general

Muchas veces decimos cosas de este tenor: "Yo tengo derecho de vestirme como quiero", "Juan tenía derecho a que le diesen vacaciones", "Pedro tiene derecho a comer en la pensión", "Nadie tiene derecho a invadir el domicilio ajeno", "Todos tenemos derecho a publicar las ideas por la prensa", "El derecho de voto es irrenunciable".



En estas frases, la expresión "derecho" no hace referencia a un sistema de normas, o sea, a lo que se suele llamar "derecho objetivo" (el derecho argentino, el derecho comercial, el derecho de seguros, etc.) sino a una situación particular en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo.

La situación en que decimos que se da un derecho subjetivo de alguien también se suele calificar utilizando otras expresiones como "libertad", "permiso", "licencia", "atribución", "privilegio", "facultad", "poder", "posibilidad", "garantía", etcétera. Estos términos son sinónimos parciales de "derecho" (en el sentido subjetivo) y es conveniente tenerlos en cuenta para distinguir diferentes significados de la última expresión.

Aclaración: Para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

Ya sea con el fundamento de que Dios ha insuflado en las criaturas humanas derechos como el de vivir, disfrutar de la propiedad, de elegir los gobernantes, etc., o alegando que tales derechos derivan de la naturaleza racional del hombre o mediante otras justificaciones, los autores iusnaturalistas sostienen que lo único que puede hacer con ellos el derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio. Además el derecho positivo *debe* proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera no sería digno de ser llamado "derecho".

Esta ideología está admirablemente expuesta en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, dictada en 1791 como culminación de la Revolución Francesa: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho de libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión".

El positivismo metodológico no se opone, en cuanto tal, a la idea de que puede haber derechos con las características que los iusnaturalistas les asignan (es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es



independiente de su reconocimiento por el Estado). Pero sostendrá que tales derechos son *morales* y no *jurídicos*.

El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión "derecho" implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes *jurídicos* deben ser verificables en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.

Los positivistas sostendrían que en un caso como el recién mencionado el derecho *moral* de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico y, en consecuencia, no se refleja en un derecho jurídico correlativo. Esto sin duda afecta negativamente a la justificabilidad y fuerza obligatoria moral del sistema en cuestión, pero no impide —a diferencia de lo que piensan los iusnaturalistas— que el sistema sea considerado un orden *jurídico* (recuérdese que para el positivismo metodológico el hecho de que un sistema sea jurídico no implica que tenga fuerza obligatoria moral).

Los llamados "derechos individuales" son primordialmente derechos morales, sin perjuicio que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el "derecho" internacional y en los derechos nacionales democráticos. Como derechos morales que son, la libertad de cultos, de expresión, de asociación, el derecho a la vida, a la integridad corporal, al debido proceso judicial, etcétera, son derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Precisamente los derechos individuales están dirigidos a los órganos estatales e implican su *deber moral* de reconocerlos dictando normas que creen los derechos jurídicos correspondientes y no realizando actos que los restrijan. (El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales sin que, muchas veces, sean al mismo tiempo derechos jurídicos, no implica que estén dirigidos sólo a los legisladores; también los jueces son moralmente responsables de sus decisiones y deben tener en cuenta los derechos morales de la gente.)

Lo que el positivismo rechaza son proposiciones acerca de derechos subjetivos jurídicos que no sean empíricamente verificables sobre la base de normas jurídicas positivas.



Hay otras corrientes del pensamiento que, si bien no derivan los derechos subjetivos jurídicos de un ordenamiento supraempírico, los consideran como algo que el derecho positivo no crea sino que reconoce o protege.

Rudolf von Ihering (en *El espíritu del derecho romano*), opina que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos.

Sostiene que la "utilidad, el bien, el valor, el goce, el interés, tal es el primer elemento del derecho. Pero esos bienes no son sólo materiales; hay otros bienes de mayor valor: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, etcétera. El derecho atiende unos y otros; el derecho privado existe para asegurar a un hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses, ayudarle a cumplir los fines de su vida".

Más adelante, agrega que el segundo elemento del derecho subjetivo es la protección jurídica del interés; se protege un interés cuando se concede al que lo tiene una *acción* para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones del derecho.

La tesis de von Ihering es objetada por Kelsen porque sostiene que no es posible identificar al derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés. Puede haber derecho subjetivo sin interés; por ejemplo, se tiene el derecho de propiedad aun sobre cosas que no nos interesan; también puede haber interés sin derecho, como el que ambiciona una cosa ajena. Según Kelsen, debe eliminarse el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo.

Kelsen propone distinguir los sentidos de "derecho subjetivo" (jurídico) que analizaremos a continuación.

1) "*Derecho*" como *equivalente a "no prohibido"*. Este es el sentido que tiene la palabra "derecho" en frases de este tenor: "Tengo derecho a vestirme como quiera". "Juan tenía derecho a vender ese producto". "Los bancos tienen derecho a no prestar a quienes no ofrecen garantía". "Tenemos derecho a fumar en clase".

Según Kelsen, este tipo de oraciones son traducibles a otras que afirman que un cierto derecho objetivo *no prohíbe* la conducta en cuestión; es decir, en términos kelsenianos, que *no hay en el sistema una norma que establezca una sanción para la acción de que se trata* (von Wright también distingue un sentido equivalente del término "permiso", al que, para diferenciarlo de otros,



llama "permiso débil").

De acuerdo con esta regla de traducción, el primer enunciado que se presentó como ejemplo podría reformularse de esta forma: "No hay ninguna norma jurídica que establezca una sanción contra quien se viste de determinada forma".

Hay contextos en que la traducción debe ser un poco más compleja, ya que lo que quiere decirse con la expresión "tener derecho a . . . " no es, en esos casos, que no hay una norma que prohíbe cierto comportamiento, sino que esa norma existe pero es inválida, porque quien la formuló no tenía competencia o autorización para hacerlo.

De este modo, cuando, por ejemplo, se dice: "tengo derecho a fumar en clase", muchas veces se da la situación en que alguien, por ejemplo el profesor, intenta prohibirlo, o sea, pretende formular una norma prohibiendo tal conducta. Lo que el alumno, en el ejemplo, quiere decir con "tengo derecho a fumar" es que el profesor no es competente para dictar esa norma prohibitiva.

Es decir, que aquí no se describe la ausencia de una norma prohibitiva sino la falta de una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. En este caso, es equivalente decir "tengo derecho a A", que decir "usted no tiene derecho a prohibirme X".

Pero ¿es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, que tenemos derecho a ejecutarla? Bien se podría objetar a las traducciones precedentes que del hecho de que un sistema normativo no contenga una norma que prohíba un tipo de conductas, no se puede inferir que el sistema permita tales conductas. Puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, estaríamos frente a lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa*, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería tan poco legítimo decir que tenemos derecho a ejecutar la conducta no normada como sostener que tal acción nos está prohibida, pues falta la base normativa que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones.

Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas. Según la *Teoría pura* cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo



sistema jurídico positivo. Esto es así, según Kelsen, porque todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que "todo lo que no está prohibido, está permitido". De modo tal que, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución. De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerársela como implícita aun cuando no está formulada expresamente por el legislador.

Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin (en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*) han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que resumiré brevemente omitiendo ciertos tecnicismos.

El principio de clausura, como todo enunciado, sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico; por ejemplo, si "permitido" significara en él nada más que "no prohibido", substituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido", lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo (o sea el principio es necesario).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgar al término "permitido" un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición. Si adoptamos este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente.

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como dice Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante el sistema puede,



indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho.

En relación con nuestro tema, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si "derecho subjetivo" se usara como equivalente a "no prohibido", habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando decimos, en este sentido, que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como nos guste, etc., estamos sosteniendo sólo que no nos han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas, o que deben ayudarnos a ejecutarlas, o que no nos pueden sancionar por el hecho de haberlas llevado a cabo.

Claro está, que si el sistema normativo que nos sirve como marco, contiene una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado "Fulano tiene derecho a X" no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato, la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente.

Parece que un sentido de "derecho subjetivo" limitado a describir *la ausencia de una norma prohibitiva* (sin que esto implique que la acción en cuestión está autorizada o que está prohibido sancionarla o interferir con ella) tiene muy poco uso en el lenguaje común y jurídico, y si la expresión se usara con este significado, resultaría difícil evitar los equívocos provocados por la aureola de permisibilidad que tiene el término "derecho" en los usos centrales.

2) "*Derecho*" como *equivalente a autorización*. En muchas ocasiones la expresión "derecho subjetivo" se usa en frases como éstas:

"La municipalidad le otorgó a Pedro el derecho a instalarse en esta esquina."

"El profesor nos dio derecho a interrumpir la clase."

"El patrón me otorgó el derecho a entrar al trabajo más tarde."

"Tengo derecho a inspeccionar la fábrica."

Estas frases describen la *existencia de normas que permiten o autorizan los comportamientos mencionados*. Por ejemplo, una traducción adecuada de la primera oración sería: "el intendente dictó una ordenanza que autoriza a Pedro a instalarse en esa esquina".

Kelsen, en su última versión de la *Teoría pura*, admite este significado de la palabra "derecho". Tal admisión es curiosa ya que, como se ha dicho, este



sentido supone la existencia de normas permisivas, lo que contradice la exigencia de Kelsen de que todas las normas de un sistema jurídico tengan un carácter prohibitivo (mediante la estipulación de una sanción para cierta conducta).

De acuerdo con el sistema de normas primarias que propone Kelsen, las únicas autorizaciones jurídicas posibles son, las dirigidas a los órganos para la aplicación de sanciones (y esto sólo si se interpreta el "deber ser" como autorización).

De manera que hay un reconocimiento por parte de Kelsen, de que su esquema de normas jurídicas es insuficiente y que deben incluirse otras clases de normas, como son las que otorgan autorización para realizar ciertas conductas.

También von Wright distingue este sentido de "derecho subjetivo", aun cuando lo relaciona con el término más genérico "permiso". Von Wright llama "permiso fuerte" al que depende de la existencia de una norma que autoriza un cierto comportamiento, a diferencia del permiso en sentido débil que designa, como se ha visto, la mera ausencia de prohibición. Pero todavía este permiso fuerte, al que denomina también "simple tolerancia", debe distinguirse de estos otros permisos que tienen aun un grado mayor de fuerza y que corresponden a otros sentidos de la expresión "derecho subjetivo".

El autor finlandés se pregunta si el permiso que consiste en una mera tolerancia puede reducirse a alguno de los restantes caracteres normativos, "prohibido" y "obligatorio". Afirma que la cuestión no es clara teniendo en cuenta que, cuando una autoridad declara que va a tolerar un cierto acto, no siempre prohíbe perturbarlo u obliga a facilitar su ejecución. La ausencia de esta obligación o de aquella prohibición es justamente lo que distingue a este permiso de otros que tienen aún más fuerza.

¿En qué consiste, entonces, el declarar que se tolerará un acto, o sea, el autorizarlo? Von Wright no da una respuesta concluyente pero señala dos posibles interpretaciones. De acuerdo con la primera de ellas, tolerar un acto sería manifestar que se tiene la *intención* de no interferir en la realización del acto; si fuera así al permitir algo, en este sentido, no estaría dictando una norma, ya que las declaraciones de intención no son normas. La segunda



interpretación sugiere que el que autoriza un cierto acto, está formulando una *promesa* de no interferir en la ejecución del acto; aquí sí cabe ver a este tipo de permisos como normas, pues, en general, se entiende a las promesas como normas autónomas, o sea normas que uno se dicta a sí mismo, con el sentido de obligarse a determinada conducta.

3) "*Derecho*" como *correlato de una obligación activa*. Con el significado del epígrafe se dicen frases como éstas:

"Tengo derecho a que usted me cuide mi casa."

"Diego tiene derecho a que su deudor le pague."

"El Estado tiene derecho a percibir los impuestos necesarios para su desenvolvimiento."

"Por el precio que pagamos tenemos derecho a una comida diaria."

Como en los casos anteriores, según Kelsen, estos enunciados pueden ser traducidos a proposiciones sobre el derecho objetivo.

Tal traducción no necesita aquí romper el esquema kelseniano de las normas jurídicas como juicios que imputan sanciones a ciertos actos y admitir normas que expresamente autoricen determinadas conductas. Esto es así porque Kelsen otorga a frases como las mencionadas un significado equivalente al de otras que describen el *deber jurídico* de alguien.

Hay veces que la conducta obligatoria tiene como destinatario a una cierta persona. Por ejemplo, yo estoy obligado a pagar el alquiler al dueño de mi casa, a dar de comer a mis hijos, a dictar clases en la universidad. En tales casos la *misma relación jurídica* puede ser descripta poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarnos en la situación del sujeto obligado. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de "derecho" en lugar de hacerlo usando la expresión "deber"; sin embargo nos referimos a la misma situación.

Por eso dice Kelsen que el derecho subjetivo, en este sentido, es un mero "reflejo" o "correlato" de un deber jurídico. En lugar de decir, por ejemplo, "Fulano tiene la obligación de pagarme", decimos a veces "yo tengo derecho a que Fulano me pague".

La expresión "derecho subjetivo" no denota, a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas, ninguna situación distinta de la mencionada por la palabra "deber".



4) "*Derecho*" como correlato de una obligación pasiva. Este significado es análogo al anterior, con la única diferencia de que aquí el derecho subjetivo no es un correlato de una obligación de hacer, sino de un deber de no hacer, de omitir. Por ejemplo, decimos:

"Tengo derecho a descansar con tranquilidad."

"Juan tiene derecho a que no se instale un negocio competidor en la misma cuadra."

"Roberto tiene derecho a que el vecino no le tape el sol con una pared."

En todos estos ejemplos, las frases pueden ser traducidas por otras equivalentes que hablan del deber de alguien o de todos de no perturbar el descanso, no instalar un comercio o no levantar una pared.

La relevancia particular de esta modalidad de derecho subjetivo reside en que Kelsen incluye en esta clase a uno de los derechos más controvertidos desde el punto de vista teórico y político, el de propiedad.

En efecto, entre los derechos subjetivos que son correlatos de obligaciones pasivas (lo mismo vale para las activas) Kelsen distingue dos grupos: los relativos y los absolutos. Los derechos relativos son los que se correlacionan con el deber de una persona determinada o de un conjunto de personas determinadas; los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas.

El derecho a que el vecino no levante una pared es relativo; el derecho a descansar es absoluto.

Según Kelsen, el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa.

De este modo, el autor de la *Teoría pura* se enfrenta a la pesada tradición de la dogmática civil tradicional consistente en distinguir entre derechos personales y reales. Los primeros constituirán relaciones entre individuos, los últimos, entre los que se encontraría el derecho de propiedad, son vínculos entre individuos y cosas. Kelsen sostiene, con evidente razonabilidad, que no hay ningún lazo mágico entre los individuos y las cosas que permita hablar de "derecho"; los derechos siempre consisten en relaciones entre individuos, y, en el caso del derecho que mencionamos, lo único que la expresión "propiedad" describe es



una obligación de toda la sociedad frente a cierto individuo, consistente en no perturbar sus actos sobre una cosa determinada.

5) "*Derecho*" como acción procesal. A veces decimos cosas de este tenor:

"Tengo derecho a lograr que el inquilino desaloje mi casa."

"Juan tiene derecho a que Roberto lo indemnice por los daños que le produjo a su coche."

"El comprador tiene derecho a reclamar la escrituración del inmueble."

En estos ejemplos, se da, al igual que en los dos casos anteriores, un deber jurídico del cual el derecho es un correlato. Sin embargo, en esos enunciados, se sugiere un elemento adicional que distingue este uso de "derecho" de los precedentes: la posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación. A esta posibilidad se la llama en el lenguaje jurídico "acción" (en el sentido procesal). Así se dice "usted tiene una acción para hacer que los intrusos desocupen su propiedad"; "el que ha sido perjudicado patrimonialmente tiene una acción de resarcimiento", etcétera.

Kelsen llama a este significado de "derecho" sentido *técnico o estricto* porque, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una *noción autónoma*. Pero que el derecho en sentido técnico sea un concepto autónomo no significa que sea independiente del derecho objetivo. Por el contrario, las acciones procesales son condiciones mencionadas en las normas primarias como antecedentes de las sanciones que ellas establecen.

O sea que, decir que alguien tiene un derecho, en este sentido, consiste en afirmar que su conducta está mencionada en una norma entre las condiciones para que se aplique una sanción. Kelsen señala que el hecho de que se otorguen a los particulares acciones para reclamar la aplicación de sanciones es una técnica particular que utilizan algunos órdenes jurídicos, pero no otros.

Cuando se otorga a los particulares este tipo de derechos se los hace participar en la creación del orden jurídico, pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma jurídica particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo.

También la palabra "derecho" se usa en frases de este tipo:



"El pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes."

"La libertad de expresar sus ideas por la prensa es un derecho de todo ciudadano."

Estas dos frases corresponden a dos nuevos sentidos de la expresión "derecho subjetivo", los cuales están vinculados con cuestiones de organización política. En los sistemas democráticos, se faculta a los ciudadanos a participar en la creación de normas generales, ya sea autorizándolos a sancionar ellos mismos tales normas —democracia directa— o a elegir los órganos encargados de dictarlas —democracia indirecta—.

El derecho electoral es del mismo tipo que el derecho subjetivo en sentido técnico que se analizó antes; pues, en ambos casos, la voluntad del individuo es una condición necesaria para que se dicte una norma jurídica, general, en el caso del derecho político, y particular, en el de la acción procesal.

Kelsen señala, sin embargo, una diferencia importante entre ambos tipos de derechos: mientras la acción procesal siempre tiene como objetivo reclamar el cumplimiento de un deber jurídico o una sanción por su incumplimiento, en el caso del derecho electoral no hay tal vinculación con un deber jurídico. Puede muy bien haber un deber correlativo al derecho político, como el del funcionario obligado a recibir el voto del elector, pero el derecho electoral no tiende al cumplimiento de ese deber, así como tampoco la demanda tiene por objeto el cumplimiento del deber de recibirla por parte del juez.

El otro sentido del derecho político se relaciona con los llamados "derechos y garantías fundamentales" como los consagrados por nuestra Constitución en los arts. 14 a 18. Estos derechos protegen a los individuos contra la sanción de ciertas normas que contradicen otras de nivel superior.

Supongamos, por ejemplo, que el Congreso dicta una ley restringiendo la libertad de prensa, ¿qué puede hacer un individuo afectado por esa ley? Recurrir a los tribunales reclamando la anulación de esa ley por ser contraria a lo dispuesto por la Constitución (en nuestro sistema sólo es posible obtener la anulación de la norma para el caso particular que se plantea, no su derogación judicial para todos los casos).

De modo que este derecho político es análogo al derecho en sentido técnico, o acción procesal, en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento



la maquinaria judicial. Sin embargo, el objetivo de la acción en uno y otro caso es distinto: en el caso del derecho en sentido técnico consiste en obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico; en el de la garantía fundamental, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior.

De cualquier modo, en todos estos casos de derechos subjetivos, se describe el hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos.

Capacidad jurídica y competencia

a) Capacidad

La palabra "capacidad" tiene, en el lenguaje ordinario, un significado relacionado con la posibilidad y la habilidad para actuar. Aun dentro de este marco general, en el uso común del lenguaje es posible encontrar varios sentidos diferentes, aunque ligados entre sí, de "capacidad". No es lo mismo decir "Juan es un hombre capaz" que afirmar "Juan es capaz de escalar una montaña" o decir "Juan es capaz de negar los hechos más obvios".

Cuando, en el lenguaje ordinario, se predica de un hombre que es capaz de algo, se le está atribuyendo una propiedad de tipo disposicional.

Gilbert Ryle (en *El concepto de lo mental*) ha estudiado las propiedades disposicionales con referencia a los atributos de tipo psicológico, varios de los cuales, por ejemplo, el saber cómo hacer algo, se relacionan con la capacidad.

Para entender qué es una propiedad disposicional, se suele ofrecer el ejemplo de la solubilidad del azúcar. Cuando se dice que tal trozo de azúcar es soluble, no se está predicando que tenga actualmente alguna característica peculiar observable, como podría ser su color, su consistencia, su sabor; se está prediciendo que si el azúcar es puesto en agua, se disolverá. Esto no significa que el trozo de azúcar será soluble en el futuro, sino que *ahora* es soluble, porque si en el futuro se dan ciertas condiciones, se va a disolver.

Lo mismo, cuando decimos "Pedro es capaz de hablar en francés", no estamos describiendo, como dice Ryle, una conducta actual de Pedro ni un proceso psicológico que ocurra actualmente en la mente de Pedro (puede ser que no esté actualmente hablando en francés, ni pensando en francés) ; lo que



queremos decir es, por un lado, que Pedro ha realizado cierto aprendizaje de francés en el pasado y, por otro lado, que si en el futuro se dan las condiciones adecuadas, como por ejemplo que se le formule una pregunta en francés, probablemente Pedro actuará en cierta forma apropiada, por ejemplo, contestará en ese idioma.

De igual forma, cuando decimos "Hugo es un hombre capaz" no estamos describiendo ninguna conformación especial del cerebro de Hugo, sino que tenemos en cuenta determinados comportamientos de Hugo en el pasado, y estamos prediciendo que si en el futuro se dan ciertas condiciones, por ejemplo el planteo de un problema, Hugo actuará adecuadamente, por ejemplo, solucionando tal problema.

Tener en cuenta esta característica del concepto de capacidad en el uso común, resulta útil cuando se analiza el significado técnico que tiene "capacidad" en los contextos jurídicos.

En el derecho civil es donde el concepto de capacidad jurídica ha tenido un más amplio desarrollo.

Del CC surge una definición de "capacidad" como facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Los civilistas clasifican la capacidad en *de derecho y de hecho*.

La precedente definición responde al concepto de capacidad de derecho.

La capacidad de hecho, en cambio, no se relaciona con la posibilidad de adquirir derechos y de obligarse, sino con la posibilidad de hacerlo por sí mismo, sin la intervención de un representante legal.

El principio general del derecho civil es que todos son capaces, salvo que la ley los declare expresamente incapaces para realizar ciertos actos jurídicos.

En el derecho civil contemporáneo, no hay una incapacidad *de derecho* absoluta, es decir, no hay hombres que no puedan adquirir algún derecho ni contraer alguna obligación. Obviamente, una situación semejante de derecho se limita a ciertos actos.

Por ejemplo, los esposos tienen una incapacidad de derecho para hacer determinados contratos entre sí (por ejemplo una compraventa) ; los padres no pueden contratar con sus hijos; los religiosos de congregaciones no pueden, en general, contratar; los comerciantes en quiebra no pueden vender los que eran



sus bienes, ya que después de la quiebra éstos pertenecen a sus acreedores; ciertos parientes no pueden casarse entre sí, etcétera.

Por el contrario, hay incapaces *de hecho* que lo son en forma *absoluta*; o sea, hay personas que no pueden por sí mismas, es decir sin la intervención de un representante legal, adquirir ningún derecho subjetivo civil ni contraer ninguna obligación.

VER INCAPACES DE HECHO ABSOLUTOS Y RELATIVOS .- BUSCAR

El tema de la capacidad también es relevante en el derecho penal. Para que una pena sea aplicable a quien cometió un delito, el sujeto debe ser capaz, o "imputable", como se dice técnicamente en la dogmática penal.

Según los dogmáticos argentinos, el concepto de imputabilidad está definido o *contrario* por el Cód. Penal. De acuerdo con esta norma, son imputables quienes en el momento de cometer el delito pueden comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.

¿Quiénes no son imputables? BUSCAR – VER –CODIGO PENAL

La incapacidad penal, o sea la inimputabilidad, se parece a la incapacidad civil en que en los dos casos no se satisface una condición para que ciertas consecuencias jurídicas (la pena, en un caso, un conjunto de derechos y obligaciones, en el otro) sean aplicables.

En resumen, la capacidad penal es análoga a la civil en cuanto se relaciona con ciertas exigencias de madurez y normalidad psíquica —que en buena parte constituyen propiedades disposicionales— necesarias para que una consecuencia jurídica, en este caso la pena, sea aplicable; pero no es razonable considerar a la capacidad penal como una autorización para actuar de modo de obtener aquella consecuencia sino, en todo caso, como una autorización a ciertos funcionarios para que hagan efectiva una pena, cuando un individuo mentalmente normal y desarrollado ha obrado antijurídicamente.

b) Competencia

El concepto de *competencia* parece, en cambio, guardar más estrecha analogía con el de capacidad civil.

Tanto la competencia, como la capacidad, pueden considerarse como autorizaciones para dictar ciertas normas.



Se es capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas (esto es lo que Hohfeld llama "potestad jurídica").

Se podría considerar a la capacidad como una facultad limitada a auto-obligarse, o sea, a dictar normas autónomas. Esto se ve claramente en el caso de una promesa. En el caso de un contrato, la intervención de cada individuo sirve no solamente para obligarse a sí mismo, sino también para obligar al otro contratante; sin embargo, el contrato puede reducirse a promesas recíprocas de dos individuos.

La competencia es, en cambio, una capacidad para obligar jurídicamente a otras personas; o sea, para dictar normas heterónomas. Se es competente para dictar una ley, una sentencia, una ordenanza, que son normas jurídicas que no se refieren, fundamentalmente, al individuo que las dicta.

Por cierto que la competencia no sólo se actualiza dictando normas que disponen que cierta conducta es obligatoria, sino también cuando se dictan normas que permiten determinadas acciones. Sin embargo, difícilmente se considerará que alguien es competente para autorizar cierta conducta, si no es también competente para prohibirla; o sea para declarar obligatoria a su opuesta.

Siendo la competencia la facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás, obviamente está relacionada con la forma de organización política de una sociedad. Esto supone, por lo menos en sociedades medianamente desarrolladas, la centralización de la competencia en ciertos individuos especialmente designados.

Mientras todos los individuos son civilmente capaces, excepto los expresamente excluidos —ya que la facultad de auto-obligarse está descentralizada—, sólo determinados individuos son jurídicamente competentes.

La competencia para dictar normas jurídicas heterónomas sólo está descentralizada en aspectos muy limitados de la vida social; por ejemplo, en la relación del padre con sus hijos o del patrón con sus dependientes.

Como la competencia consiste en una autorización para dictar normas dirigidas a determinados individuos, es evidente que no se tiene, fundamentalmente, en



cuenta condiciones generales, como el desarrollo mental en el caso de la capacidad, sino que tales individuos son nombrados específicamente.

Claro está que hay normas generales que establecen qué condiciones mínimas deben reunir quienes ocupan una función; por ejemplo, el art. 97 de nuestra Constitución respecto al cargo de juez. Hay otras que disponen el procedimiento para su designación, por ejemplo el art. 86, inc. 5*, de la Const. Nacional también respecto a los jueces, y, por fin, hay otras que establecen el ámbito de la autorización para dictar normas válidas. Sin embargo, esas normas tienen que ser completadas por una norma particular por la que se designa a Fulano para ejercer la función de que se trata.

Para que un individuo tenga competencia para dictar normas válidas, en relación a un cierto sistema jurídico, debe estar autorizado por una norma válida de ese sistema, o sea, por una norma dictada por otro funcionario competente, y así sucesivamente.

Por último, debe aclararse que la competencia puede no agotarse en un permiso para dictar o aplicar normas; también puede estar vinculada a un deber jurídico de hacerlo. Por ejemplo, el carcelero no sólo está autorizado a mantener a alguien detenido, también tiene el deber de hacerlo si está dispuesto por una sentencia judicial.

El concepto de persona jurídica

La noción de capacidad civil está vinculada con la de persona jurídica, hasta tal punto que muchos autores las identifican.

Como se ha visto, la capacidad es, según la dogmática civil, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; precisamente el Código Civil define "persona jurídica", como un "ente susceptible de adquirir derechos, y contraer obligaciones"

De lo anterior, resulta que predicar de un individuo que es jurídicamente capaz parece ser equivalente a afirmar que es una persona jurídica.

Existen problemas en determinar la capacidad en las personas jurídicas:

Aquí no se trata de analizar qué derechos y obligaciones pueden adquirir o ejercer ciertos individuos, sino si hay entidades diferentes a los hombres a las que también las normas jurídicas atribuyan derechos, impongan deberes o establezcan sanciones.



Vale decir que, si bien hay acuerdo en que los hombres capaces son personas jurídicas, el interrogante que intentan responder las teorías sobre la persona jurídica es si para el derecho puede haber también personas que no sean hombres y, en ese caso, cuáles son.

Hay dos hechos que parecen estar en conflicto.

Por un lado, efectivamente hay normas que parecen establecer facultades, obligaciones y sanciones para sujetos que no son hombres. En el derecho contemporáneo hay muchas normas que se refieren a las llamadas personas "colectivas" o "morales", tales como sociedades, asociaciones, fundaciones, instituciones gubernamentales, universidades, organismos internacionales, etcétera.

Por otro lado, al sentido común de los juristas le resulta muy difícil imaginar que algo diferente a un hombre pueda ejercer un derecho; obedecer un mandato o sufrir una pena.

El problema se da, en el derecho moderno, respecto a las *personas colectivas* (cuando, en adelante, hablemos de "personas jurídicas" generalmente nos referiremos a las personas colectivas). Cuando, por ejemplo, el presidente de una sociedad anónima, en ciertas condiciones, adquiere un inmueble, no lo hace para sí, sino en representación de la sociedad. Esto significa que no podrá usar del inmueble o percibir sus frutos del mismo modo que lo hace con un bien de su propiedad, que no podrá transmitirlo a sus herederos, que si deja de pagar alguna deuda personal el acreedor no podrá ejecutarle ese inmueble, etcétera.

Cuando, en otro caso, el presidente de una sociedad anónima contrae una obligación en nombre de la sociedad, las consecuencias son también diferentes del caso en que la hubiera contraído en su propio nombre. Principalmente, si no cumple con la obligación la ejecución forzada no recaerá sobre sus bienes personales sino sobre los bienes de la sociedad.

Una posible respuesta sería que el presidente de la sociedad representa a los demás integrantes, a los socios, los que ocuparían el lugar del menor en la relación de representación. La propiedad que el representante de la sociedad adquirió correspondería al conjunto de los socios y las obligaciones que, en nombre de la sociedad, contrajo su presidente deberían ser cumplidas por aquéllos.



Sin embargo, esta explicación no es satisfactoria. Los socios no son propietarios de los bienes de la sociedad de la misma forma que un conjunto de personas puede tener una cosa en condominio. Mientras los condóminos pueden usar la casa o vender su parte en la propiedad de la misma, los socios no pueden hacerlo del mismo modo. Por otro lado, ese inmueble no se confunde con los demás bienes de los socios, de tal manera de poder ser ejecutados por el incumplimiento de una deuda personal.

Además, se entiende que una sociedad sigue siendo la misma aun cuando cambien todos los socios, sea por fallecimiento o por que han vendido las acciones o cuotas sociales. Piénsese que hay instituciones o sociedades que tienen una antigüedad que supera ampliamente el término de vida de cualquier hombre.

Por otra parte, la cuestión es todavía más complicada en el caso de otro tipo de personas colectivas como el Estado, una universidad o la Iglesia católica. ¿Quién sería el propietario de un inmueble adquirido por la Universidad de Buenos Aires? ¿El rector? ¿Los profesores? Ninguna de estas respuestas es satisfactoria, por lo menos si el término "propiedad" se usa con el mismo sentido que cuando decimos que Juan es propietario de la casa en donde vive. Vale decir que no resulta fácil interpretar los derechos, obligaciones y sanciones, que las normas jurídicas establecen respecto a las personas colectivas, como derechos, obligaciones y sanciones de ciertos hombres.

Los juristas, perplejos ante la falta de una respuesta con sentido común sobre la cuestión han propuesto una serie de teorías sobre la posible denotación de la expresión "persona jurídica".

1) *Teorías "negativas"*. Algunos autores sostienen que no hay más personas jurídicas que los hombres, o sea, que no admiten la existencia de personas colectivas.

2) *Teorías "realistas"*. En el extremo opuesto, se encuentran algunos juristas que suponen que, además de los hombres, hay otras entidades reales que son personas jurídicas; es decir, sostienen que las personas colectivas están configuradas por ciertos fenómenos que se dan en la realidad, siendo independientes de la conducta de determinados hombres.



Para algunos juristas, la entidad que constituye una persona colectiva es una voluntad social que se independiza de la de cada uno de los integrantes de la sociedad, surgiendo como un elemento autónomo.

Según otros autores, las personas colectivas son instituciones, definiéndose a éstas como "ideas fuerzas" que están orientadas hacia ciertos fines y alrededor de las cuales se reúnen un grupo de hombres interesados en su concreción.

3) *La teoría "de la ficción"*. Savigny es el creador de esta teoría. Según ella, desde el punto de vista empírico, es evidente que las únicas personas son los hombres; sólo ellos tienen capacidad de derecho. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede, teniendo en cuenta razones de utilidad, suponer ficticiamente la existencia de entidades que no son hombres, como soporte de derechos y obligaciones. Esas entidades no existen en la realidad pero los juristas hacen como si existieran, atribuyéndoles una voluntad destinada al cumplimiento de ciertos fines jurídicos.

Desde este enfoque, y contrariamente a lo que sostienen las teorías "realistas", el Estado tiene absoluto arbitrio para crear o disolver personas jurídicas, puesto que son meros artificios técnicos; la capacidad de las personas colectivas se limita al objeto de su creación por el derecho y tales personas no pueden cometer delitos, ya que, para ello, sería necesario cierta voluntad y la única voluntad que el derecho les atribuye a las personas colectivas es para cumplir sus fines lícitos, siendo absurdo que el derecho supusiera una voluntad dirigida a violarlo.

4) *La teoría de Kelsen*. Hans Kelsen propone un enfoque original y fecundo sobre esta cuestión que puede resumirse en estas proposiciones:

1º) No hay diferencia substancial entre la persona individual y la colectiva. Las teorías tradicionales no podían eludir diferenciarlas, pues identificaban a la persona individual con el hombre; sin embargo, "hombre" y "persona individual" no son expresiones sinónimas.

El hombre es una entidad psicológica y biológica. La persona es una entidad jurídica.

La persona, a diferencia del hombre, es un conjunto de derechos y obligaciones, o sea de normas jurídicas, que constituyen una cierta unidad.



2º) Tanto la persona individual como la colectiva *consisten* en el caso de la persona individual las normas se refieren a un solo hombre, en el de la persona colectiva se refieren a un grupo de hombres.

3º) De lo anterior se infiere que los únicos que pueden ser titulares de derechos y obligaciones son los hombres, no hay otras entidades, ni reales ni ficticias que puedan ser sujetos de relaciones jurídicas.

4º) Sin embargo, muchas veces la ciencia jurídica por conveniencia técnica en la presentación del derecho *personifica* a los conjuntos normativos, imputándoles actos de ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de deberes realizados por ciertos hombres. Así cuando se dice "la sociedad X interpuso una acción judicial", se está atribuyendo al sistema de normas constitutivo de la sociedad X, el acto de un cierto individuo.

5º) Para que el acto de un hombre se impute a un sistema de normas, ese acto debe estar previsto por tal sistema. Por ejemplo, los actos del presidente de una sociedad anónima sólo son atribuibles a la sociedad cuando están autorizados por el estatuto constitutivo de la misma.

El *órgano* de una persona jurídica es, entonces, el individuo cuyos actos son atribuibles al conjunto de normas constitutivas de aquélla, por estar autorizados por tales normas.

6º) En el caso de las personas individuales, las normas estatales establecen no solamente un conjunto de derechos y obligaciones —elemento material— sino también quiénes son sus titulares —elemento personal—. Cuando se trata de una persona colectiva, las normas estatales sólo determinan el elemento material, delegando la función de establecer quiénes son los sujetos de las relaciones jurídicas al estatuto de la sociedad.

7º) Las sociedades, asociaciones, universidades, fundaciones, constituyen ordenamientos jurídicos parciales. El conjunto de las normas de un ordenamiento jurídico nacional, cuando está centralizado, configura el Estado, que también es una persona jurídica. Esto quiere decir que "*Estado*" y "*derecho*" se *identifican* cuando se refieren a un sistema centralizado, pues ambas expresiones hacen referencia al conjunto total de normas jurídicas nacionales. Cuando se trata de un derecho descentralizado, por ejemplo el derecho primitivo o el internacional, no se suele hablar de Estado.

La propuesta de Kelsen contribuye efectivamente al esclarecimiento



del tema.

Por un lado, parte del supuesto de que los únicos sujetos de relaciones jurídicas son los hombres; pero su explicación no se agota en señalar este hecho evidente. No es cuestión de reemplazar el nombre de una sociedad en las proposiciones jurídicas en que aparece, por el nombre de un individuo. Lo que sostiene Kelsen es que *las proposiciones acerca de actos de personas colectivas son traducibles a proposiciones complejas respecto de conductas humanas mencionadas por ciertos sistemas normativos*.

Por otra parte, la tesis de Kelsen no se identifica con la teoría de la ficción, aunque aparentemente está cerca de ella. Si bien Kelsen señala que la técnica de la personificación, no sólo en el caso de la persona colectiva, sino también en el de la individual, es un recurso jurídico prescindible para explicar más cómodamente ciertos fenómenos, no sostiene que se esté fingiendo una entidad, como lo afirman los ficcionalistas. Según estos últimos, los juristas suponen como si hubiera alguien que estuviera actuando, cuando de hecho no hay nadie; en cambio, para Kelsen la expresión "persona jurídica" no denota una especie de hombre fantasmal sino algo real, o sea un *conjunto de normas* a las cuales los juristas atribuyen los actos de los individuos que actúan de acuerdo con ellas. Sin embargo, este último aspecto de la teoría kelseniana resulta objetable. No parece que lo que los juristas personifican, cuando hablan de una sociedad, sea un orden jurídico. Cuando se dice que una sociedad actúa, ni siquiera inconscientemente se está suponiendo que actúa un sistema de normas

Además, entre las cosas que se atribuyen a las sociedades está el tener ciertos derechos y obligaciones; sería en verdad un rompecabezas lógico suponer que a un conjunto de normas se le atribuyen derechos y obligaciones que precisamente derivan de ellas. El absurdo no se subsana aclarando que esta forma de hablar es sólo un recurso técnico de los juristas y que en realidad los derechos y obligaciones corresponden a los individuos.

Por último, al identificarse a las personas jurídicas con sistemas de normas, tendría que condenarse como un sinsentido (a pesar de que parecen perfectamente significativas) aquellas normas que se refieren precisamente a la sociedad, con las que según Kelsen estarían identificadas. Lo cierto es que Kelsen parece aceptar el mismo presupuesto erróneo de las teorías que critica,



cuando pretende que la expresión "persona jurídica" tiene determinada denotación.

5) *El enfoque más plausible: la persona jurídica como una construcción lógica.*

CONTINUAR EL ANALISIS CON LA BIBLIOGRAFIA PROPUESTA POR LA CATEDRA.-