

## EXAMEN DE ALGUNAS CONCEPCIONES ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO

Carlos María Fernández  
Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho

El presente trabajo tiene por objeto presentar y estudiar distintas concepciones que, en el campo de la Teoría General del Derecho, se han propuesto para el adecuado tratamiento del tema del “derecho subjetivo”.

A fin de dar sistematicidad al desenvolvimiento de esta reseña, he decidido no referirme al desarrollo de los antecedentes clásicos de la polémica en torno a la “naturaleza” del derecho subjetivo, por cuanto este aspecto ha sido ampliamente considerado en la bibliografía jurídica constituida por los textos de estudio y obras de consulta, que son habitualmente utilizadas por los estudiantes y profesionales que necesitan información acerca del tema. He preferido, en cambio, analizar las posiciones de Kelsen, García Maynez, Hohfeld, Olivecrona, Ross y Hart, no sólo en razón de que estos autores representan algunas de las líneas de avanzada del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, si no también por las circunstancias de que el conocimiento de sus concepciones no siempre resulta de fácil acceso para quienes no se especializan en el estudio de la materia.

Puede decirse que el punto de coincidencia de los autores citados reside en el hecho de que todos ellos niegan la legitimidad de la antigua posición que trataba de demostrar la sustantividad del concepto de “derecho subjetivo” como independiente y opuesto al llamado “derecho objetivo” (o conjunto de normas). La nueva polémica en torno al concepto estudiado se plantea en relación al carácter que el mismo tiene y a la función que está llamado a cumplir.

### POSICION DE KELSEN

Según la concepción de Kelsen, tal como fue expuesta hasta sus obras “Teoría General del Derecho y del Estado” y “Teoría Pura del Derecho” (versión en Castellano sobre la base de la edición francesa de 1953), cuando

se trata el tema del derecho subjetivo se hace referencia a situaciones tales como: “Tengo el derecho de hacer o de omitir tal o cual cosa”, o bien: “Tengo el derecho de exigir de otra persona que haga o se abstenga de hacer tal o cual cosa”, o finalmente, “Tengo derecho sobre tal cosa”. En todos estos casos el “derecho subjetivo” de una persona está presuponiendo el deber correlativo de otra, que será una persona determinada, o serán todos los miembros de la comunidad, según los casos. Kelsen dice expresamente que: “No soy jurídicamente libre de hacer lo que quiero si los demás no están jurídicamente obligados a no impedirme que lo haga. Mi libertad jurídica es siempre la sujeción de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona distinta” (1).

Kelsen estima que, si se quiere dar al concepto de “derecho subjetivo” un contenido distinto al mero revés del deber de otro(s), es necesario elaborar el mismo a partir de un componente específico de la norma en tal sentido. Es por eso que para Kelsen sólo puede hablarse de “derecho subjetivo en sentido estricto” cuando nos encontremos frente a una técnica específica de cierto tipo de ordenamiento jurídico, lo cual se aplica propiamente en el ámbito del derecho civil. Dicha técnica consiste en que se considera que hay “derecho subjetivo” —en sentido estricto— cuando la aplicación de la sanción por incumplimiento del deber está condicionada a una manifestación de voluntad del titular del derecho quien, a través de ella, pone en marcha el mecanismo coercitivo del Estado. Sólo en tal caso, puede decirse que el derecho objetivo (esto es la norma, que en relación a los sujetos configura ya sea un derecho subjetivo o un deber jurídico), es “su derecho”, o que el mismo se “subjetiva” en tanto que su actuación queda a disposición del sujeto.

Esta posición que lleva a definir al derecho subjetivo en función del “actor potencial”, es aplicable tanto al caso en que el titular del derecho actúe directamente o que lo haga a través de un representante convencional o legal, en virtud del efecto que la representación tiene en el sistema jurídico.

Esa técnica referida que —como se ha dicho— es característica del derecho privado, sufre una cierta alteración cuando el ordenamiento toma en cuenta no ya los intereses individuales, sino los de carácter colectivo; pues allí la acción es promovida directamente por el Estado (Derecho Penal). La consecuencia de ello es que, según Kelsen, “como la sanción penal no depende de la demanda de un particular, ningún individuo privado tiene el “derecho subjetivo” de no ser robado o muerto, o, en general, de no ser víctima de un delito. Pero como la ejecución de la sanción se hace depender del ejercicio de una acción por un órgano estatal competente, cabe hablar de un

“derecho subjetivo” del Estado, a saber, el de que los miembros de la comunidad se abstengan de realizar actos delictuosos” (2). Esta posición se compatibiliza entonces con la opinión de Kelsen en el sentido de que todo derecho subjetivo supone la existencia de un deber correlativo, pero no toda norma que impone un deber, hace nacer un derecho subjetivo (en sentido estricto) en favor de los protegidos por ella.

Pero como para Kelsen la noción de “derecho subjetivo” implica que su titular provoca la actividad del Estado que, tanto en el caso del derecho privado como del derecho penal culmina con una sentencia (elaboración de una norma individualizada), es de tener en cuenta que el particular no sólo concurre en la creación de una cierta clase de normas (individualizadas) en determinado ámbito jurídico (derecho privado), sino que asimismo interviene en la elaboración de normas generales al participar en la formación de “la voluntad del Estado” (dentro de los sistemas de creación democrática del Derecho). En este caso, estamos ante los “derechos subjetivos políticos” (a diferencia de los derechos subjetivos civiles) por medio de los cuales el particular actúa directamente (en las democracias directas) en la creación de la voluntad estatal; o indirectamente (en las democracias representativas) cuando su participación se limita a elegir a los órganos que desempeñarán las respectivas funciones. En el segundo supuesto, el derecho subjetivo (político) del individuo (ciudadano) consistirá en emitir su voto, y el deber correlativo (por parte del Estado) será el de recibir dicho voto y proceder de conformidad a lo reglado para tal circunstancia. Cuando el particular tiene a su disposición un procedimiento para hacer valer su derecho en caso de que el mismo no sea reconocido por los órganos estatales, en nada difiere tal derecho al derecho subjetivo en sentido estricto, propio del campo del derecho privado.

De todos modos ambas formas del derecho subjetivo —el privado y el político— coinciden; pues —para Kelsen— en uno como en otro caso el particular interviene en la creación del orden jurídico o “voluntad del Estado”.

En la segunda Edición de la “Teoría Pura del Derecho” (1960), Kelsen presenta un tratamiento más amplio y detallado del tema del derecho subjetivo indicando ante todo, que la captación de la esencia del “derecho subjetivo” (en el sentido de derecho con que el sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras se designan circunstancias muy diferentes entre sí. Es preciso tener en cuenta además, que en esta obra Kelsen replantea su posición en lo concerniente a la extensión del término “deber” que aparece en la norma, ya que el mismo no sólo comprende a la conducta determinada como “obligatoria” (o prohibida) sino también a aquella que resulta “per-

mitida” o “autorizada” (3).

En primer término, expresa Kelsen que una forma de emplear la expresión “derecho subjetivo” se da cuando se afirma que un individuo tiene derecho a comportarse de una cierta manera. Con ello se puede aludir, por una parte, a la circunstancia de que esa conducta no se halla jurídicamente prohibida y que, por lo tanto, existe respecto de ella una permisión negativa; es decir, que es libre de realizar o no dicha conducta. Pero también se puede estar haciendo referencia a que otro individuo (o incluso, todos los demás) se encuentran obligados en relación a quien tiene el derecho subjetivo, y esta obligación puede estar constituida por una conducta positiva o por una conducta negativa; esto es, por una acción o por una omisión. La acción consiste en una prestación que el obligado debe cumplir con respecto del otro individuo, siendo su objeto una cosa determinada o un cierto servicio (prestación de dar o de hacer). La omisión a que un sujeto se halla obligado frente a otro, puede referirse a la abstención de una determinada conducta del propio obligado (por ejemplo, no dar muerte a otra persona), o bien, configurarse en la prohibición de impedir una conducta del otro individuo o de interferir de algún modo en ella.

Resulta asimismo importante tener en cuenta que, para Kelsen la libertad de que goza una persona, para efectuar o no un acto, al derivar de una permisión negativa (que es el resultado de la ausencia de prohibición) puede estar a su vez garantizada positivamente o no. Estará protegida jurídicamente cuando al tiempo que no se prohíbe dicha conducta respecto de un individuo se impide que los demás puedan impedirla o interferir en su realización; en caso de que esta limitación no exista, ambos tipos de comportamientos contrapuestos se encuentran permitidos (negativamente) y el sujeto que puede efectuar cierta conducta no está en condiciones de evitar que otro realice una actividad que pudiera afectarlo. (4).

En el supuesto de que una persona se encuentre obligada a una determinada manera de actuar en relación a otro, se habla de un “Derecho subjetivo” de éste respecto de aquella; pero en este contexto —dice Kelsen— la situación jurídica queda descripta exhaustivamente con la obligación de uno (o más) individuos de comportarse de una cierta manera, ya que el llamado “derecho subjetivo” no sería más que un mero reflejo de dicha obligación, explicando que “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 solo 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 simplificarse 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” (5).

Desde esta perspectiva, Kelsen efectúa una crítica a la división tradicional de los derechos subjetivos en personales y reales indicando que la diferencia no reside en el hecho de que la obligación se configura respecto a personas o cosas, sino que depende de que en las respectivas relaciones aparezca como obligada la conducta de un determinado sujeto frente a otro individuo, o bien de que la obligación comprenda indeterminadamente a las demás personas con relación a la actividad que un individuo efectúe respecto al goce o disposición de una cosa (derechos relativos y absolutos).

Un tipo diferente de derecho subjetivo se presenta cuando el ordenamiento jurídico otorga a una persona el poder jurídico de llevar adelante una acción en caso de incumplimiento de su deber por parte del obligado. En este caso se configura lo que Kelsen llama “derecho subjetivo en sentido técnico, (o “estricto”) pues sólo aparece el “sujeto” de un “derecho” que no es el mero reverso de una obligación jurídica, en la medida en que el ejercicio de tal derecho no está codeterminado por el contenido de la obligación. Kelsen insiste en que la existencia de este tipo de derechos subjetivos es una técnica especial, de carácter no esencial que se presenta en determinados ámbitos del ordenamiento jurídico de ciertos tipos de sistemas socioeconómicos (esto es, en el derecho privado y partes del derecho administrativo del orden jurídico capitalista).

Otra clase de “derechos subjetivos” puede apreciarse en los casos en que se otorga una permisión administrativa positiva, y que se da en las situaciones en las que el ordenamiento jurídico condiciona el ejercicio de una actividad a la concesión, por parte de un órgano estatal, de un permiso o licencia, que tiene el efecto de relevar —respecto de aquellos a quienes se habilita— una prohibición general de efectuar ese tipo de actividad.

Los llamados “derechos políticos” constituyen otra de las categorías que comprende el dominio de los “derechos subjetivos”, y consisten en la autorización para participar directa o indirectamente en la producción del orden jurídico, en el que se expresa la “voluntad estatal”.

Estos derechos comprenden, en primer lugar, el poder de los individuos de formar parte en las asambleas legislativas (caso de las “democracias directas”) o de elegir a los miembros de un parlamento que ejerce la representación política (derecho electoral). En segundo término, abarca el derecho de los electos de intervenir en las actividades parlamentarias y participar en la adopción de las decisiones que se toman a través de dicho órgano. En tanto los diversos ordenamientos prevean la constitución por elección de los órganos administrativos y judiciales, y dado que éstos cumplen una función de producción de derecho, la participación de los individuos en la designación de los mismos constituye también una manifestación de los derechos políticos.

El ejercicio de los derechos subjetivos privados (en sentido técnico) al otorgar a sus respectivos titulares una forma de participar en la creación de la voluntad estatal (que se concreta en el dictado de la norma individual contenida en la sentencia), hace que puedan verse en este tipo de derechos características análogas a las de los derechos políticos; con la diferencia que, mediante los primeros, se concede a los particulares el poder de reclamar el cumplimiento de una obligación jurídica pendiente a su favor, lo que no sucede específicamente en el caso de los segundos.

Otro aspecto que abarca la expresión “derecho subjetivo”, en la concepción de la última versión de la teoría pura de Kelsen, consiste en el poder jurídico que ciertos ordenamientos normativos pueden otorgar a los particulares para iniciar —por medio de la pertinente acción judicial— el procedimiento que conduce a la supresión de una norma que afecte a los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución.

Kelsen sintetiza su posición al expresar que: “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 funda-

mental, 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 solo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa” (6).

## POSICION DE GARCIA MAYNEZ

Eduardo García Maynez ha expuesto en su obra “Filosofía del Derecho” su propia concepción acerca del “derecho subjetivo”, definiéndolo en los siguientes términos: “Derecho Subjetivo es la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, atribuida a una persona o a su representante como consecuencia de un hecho jurídico, y correlativa del deber impuesto a otra u otras, de observar la conducta que hace posible el ejercicio del derecho y permite el goce de las ventajas que el cumplimiento de tal deber derivan para el titular” (7).

El análisis de los elementos de la definición transcrita pone de manifiesto, en primer lugar, que el derecho subjetivo se presenta como una posibilidad de actuación por parte de una persona, en tanto que dicha conducta se halla “permitida” por el ordenamiento jurídico, por lo que, expresa el autor comentado, al referirse al sujeto o a su representante que: “En cuanto lo que estos pueden hacer u omitir está permitido, la realización de aquella posibilidad (o ejercicio del derecho) necesariamente ostenta el signo positivo de la licitud. Por ello afirmamos que el derecho subjetivo es la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo. Conducirse en forma lícita, es pues, lo mismo que hacerlo en ejercicio de un derecho” (8).

El segundo elemento que aparece mencionado es el carácter condicionado del nacimiento de un derecho subjetivo, a la producción de un hecho jurídico; y en tercer lugar, es necesario destacar que la existencia de un derecho presupone la configuración de un deber jurídico de uno o más obligados, ya que —de acuerdo a la opinión de García Maynez— al derecho otorgado por la norma atributiva corresponde el deber impuesto por la norma prescriptiva, y viceversa. Este deber consiste en observar una conducta que haga posible el ejercicio del derecho por parte del titular del mismo, puesto que en tanto que el derecho subjetivo en si es una posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, el ejercicio del mismo es la conducta efectiva que actualiza la mencionada posibilidad de donde se desprende que para que el hecho de ejercer un de-

recho pueda realizarse o para que su titular pueda gozar de las ventajas que derivan del cumplimiento de un deber impuesto a los demás, éstos están obligados a observar una serie de comportamientos cuyos contenidos son diferentes en las distintas situaciones que pueden presentarse.

En el caso de las “facultades exigendi”, esto es, en el derecho de exigir de otro una determinada prestación, se requiere que el (o los) obligados observen la conducta prescripta, haciéndose, por ende, indispensable el concurso de los sujetos pasivos. Si la conducta exigida no es cumplida, el titular del derecho deberá recurrir a las instancias judiciales; pero en este supuesto la facultad ejercida no es la de carácter substancial, sino otra diferente —de índole adjetiva o procesal— que está constituida por el “derecho de acción”.

Cuando se trata de los derechos absolutos, para que su titular pueda ejercitarlos, basta con que los sujetos pasivos se abstengan de cualquier interferencia, ya que, la obligación es de índole negativa, y el deber correlativo es de respeto. Si se trata del ejercicio de una “facultas agendi”, en la medida en que los otros individuos respeten el ejercicio del derecho por parte del titular, y no hagan nada para interferir en él, facultado podrá gozar de todas las ventajas que derivan de la observancia de ese deber jurídico por parte de los terceros (si alguien es dueño de una cosa, puede usarla, y todos los demás están obligados a no impedirle que la use).

Si el derecho absoluto es una “facultas omittendi” (o derecho de no hacer algo), el deber correlativo se cumple si los demás individuos se abstienen de exigir al titular de la facultad que haga lo que tiene el derecho de omitir. Cuando se trata del “derecho de libertad” (o derecho de optar entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante) la obligación correlativa puede presentar dos formas diversas según la actitud asumida por el titular del derecho; de modo tal que si el sujeto activo opta por ejercerlo, los demás sujetos tienen el deber de no impedir esa actividad, y en el caso de que el facultado decida no ejercerlo, el deber establecido en relación a las demás personas consiste en la abstención de exigirle al facultado que haga lo que tiene derecho a no hacer.

La referencia hecha en la definición comentada a la atribución que se efectúa a una persona o a su representante, contempla, naturalmente, las situaciones en las que el titular del derecho pudiere ejercitarlo por sí mismo, o bien aquellas en las que esa actuación no fuere posible por tratarse de un incapaz o de una persona colectiva, quienes podrán ejercitar sus derechos por medio de su representante o de sus órganos, respectivamente. Conviene aclarar, de igual modo, que García Maynez admite una distinción entre capacidad



de derecho, de obrar y de ejercicio, y lo explica de la siguiente manera: “La capacidad de obrar —que implica, como hemos visto, la de que el sujeto ejercite por sí mismo sus derechos— puede ser objeto de restricciones o, en ciertos casos, faltar por completo. Ello no destruye, sin embargo, la capacidad de derecho ni la que podemos llamar de ejercicio. Las personas colectivas y los incapaces tienen derechos y pueden ejercitarlos —no por sí mismos, se entiende, sino por medio de sus órganos o representantes” (9).

El sujeto a quien en virtud de una norma atributiva, le está permitido hacer u omitir una cierta conducta, puede —licitamente— observar ese comportamiento, y es esa conducta lo que constituye el objeto del derecho subjetivo, al que se alude en la definición estudiada cuando en la misma se emplea la palabra “algo”. Lo designado con este término constituye el elemento individualizados y variable de los derechos subjetivos, puesto que todos los otros comprendidos en el concepto enunciado son de carácter formal e invariable. Para García Maynez, por lo tanto, lo que distingue a dos o más facultades jurídicas es precisamente su elemento material, ya que la forma es idéntica en todas, al implicar siempre un “permiso” (10).

## POSICION DE HOHFELD

El jurista norteamericano Wesley Newcomb Hohfeld escribió en el año 1913 un trabajo que causó gran repercusión en el campo de la Teoría General del Derecho, fundamentalmente en los países cuyo sistema jurídico se estructura sobre la base del derecho anglonorteamericano.

En dicho libro titulado “conceptos Jurídicos Fundamentales” se propuso realizar una sistematización de las nociones básicas que se manejan en el lenguaje de la práctica jurídica, y para ello efectuó un pormenorizado análisis de dichas expresiones a través de numerosas decisiones judiciales. Si bien es cierto que su obra está dirigida esencialmente a esclarecer un problema conceptual sobre la base del “common law” no puede dejar de reconocerse el significativo aporte que la misma trajo al sistema continental.

Según Genaro R. Carrió (traductor de Hohfeld al castellano) se han dado dos maneras de encarar la sistematización de los llamados “conceptos jurídicos fundamentales”; una sería la adoptada por Kelsen, que consiste en “redefinir” los términos ligados a las familias de expresiones unidos a los conceptos de “derecho subjetivo” y “deber jurídico” dando a estos un significado unívoco. El otro camino —empleado por Hohfeld— consiste en partir

de los usos vigentes buscando una “reconstrucción” de los conceptos fundamentales, tratando de expresar —con la mayor precisión posible— el significado central de los mismos.

Hohfeld enunció ocho conceptos que aparecen en las relaciones jurídicas, a los cuales vinculó en dos tablas expositivas, referida una a los “opuestos” y la otra a los “correlativos”, esquema éste que fue presentado de la siguiente manera:

OPUESTOS JURIDICOS	{ derecho subjetivo no-derecho	privilegio	potestad	inmunidad
		deber	incompetencia	sujeción
CORRELATIVOS JURIDICOS	{ derecho subjetivo deber	privilegio	potestad	inmunidad
		no-derecho	sujeción	incompetencia

Como puede apreciarse, si tomamos un concepto jurídico de dichas tablas, por ejemplo, derecho subjetivo, el mismo tendrá como correlativo al concepto de deber y como opuesto al de no-derecho, y así sucesivamente.

El motivo de esta indagación es precisamente esclarecer cuando al usarse la expresión “derecho subjetivo” se está hablando de un concepto de límites definidos y cuándo el mismo se usa ambiguamente para referirse a otros conceptos, que, como el caso del privilegio, la potestad o la inmunidad, aparecen como vinculados al derecho subjetivo, pero que se refieren a supuestos y situaciones sustancialmente diferentes. Desde este punto de vista pueden hacerse —según Hohfeld— las siguientes distinciones:

1º) **DERECHO (SUBJETIVO) —DEBER:** El uso más preciso de “derecho subjetivo surge cuando frente al mismo hallamos un “deber” y, en la medida que se considere que el “deber” es la conducta que uno está obligado a hacer o a no hacer, derecho (subjetivo) será entonces la pretensión respecto a la realización de dicha conducta.

2º) **PRIVILEGIO Y NO—DERECHO:** La noción de “privilegio” es de difícil concreción pero apunta, esencialmente, a dar la idea de lo opuesto a un “deber” y de lo correlativo a un “no—derecho”. Ello quiere decir que el titular de un privilegio no tiene, en primer lugar, obligación de observar una determinada conducta y, en segundo lugar, frente a él no tienen los demás el

“derecho” a exigírsela. Hohfeld reconoce que un sinónimo adecuado para “privilegio” podría ser “libertad”. Si pensamos por ejemplo en la situación de una persona que pasea por un lugar público o en la de una que goza de los beneficios de su propiedad; en tales casos, podríamos decir que tiene un “privilegio” ya que frente a ella los demás tienen el “no—derecho” (o no tienen derecho) de oponerse a ello. Pero esto tampoco implica que los terceros tengan un “deber” frente al titular sino que simplemente no están facultados para impedirle su accionar.

Carrió ha explicado muy gráficamente este supuesto con el ejemplo de los dos boxeadores que combaten. En tal caso y de acuerdo a las reglas de ese deporte —cada boxeador puede castigar al otro (siempre que no de golpes prohibidos). Sería evidentemente difícil analizar esta situación de acuerdo a la pareja de conceptos derecho subjetivo—deber, pues si bien cada uno de los púgiles puede aplicar golpes, frente a él, el otro no tiene ni la obligación de recibirlos ni la obligación de abstenerse a dárselos al contrincante. En tal caso, dice Carrió: “Cada púgil tiene, frente al otro, el privilegio de darle golpes “correctos”, en el sentido de que no tiene del deber de abstenerse de ello. Ninguno de los púgiles tiene ese deber y uno y otro tienen el no—derecho correlativo al privilegio de su oponente. Pero como un no—derecho no se confunde con un deber, cada uno de los púgiles puede, legítimamente, realizar todo lo que esté a su alcance (sin violar ningún deber genuino) para impedir que su rival ejerza el privilegio de que goza”<sup>(11)</sup>.

Hohfeld explica que la palabra “privilegio” se sigue usando también con el sentido de una ventaja jurídica especial perteneciente a un individuo o clase de personas (coincidente con el origen histórico de dicho concepto); este sería el uso dado por ejemplo en el caso del modo de la declaración de ciertos testigos, o el beneficio de litigar sin gastos por parte de ciertas personas, etc.

Resulta interesante asimismo destacar que, para Hohfeld, los caracteres definitorios de lo jurídico no se agotan en el establecimiento de órdenes o prohibiciones, y en tal sentido expresa que: “Es difícil advertir por qué, empero, la situación “privilegio” + “no—derecho” entre X e Y no es una relación jurídica tan real como relación “deber + derecho” entre dos partes cualesquiera, que es la relación precisamente opuesta a la primera. Quizá el hábito de reconocer únicamente a la última el carácter de una relación jurídica deriva en mayor o menor medida de la tendencia tradicional a concebir el derecho como que consiste en “órdenes” o reglas imperativas.

Esto, sin embargo, parece ser una falacia. Una regla de derecho que permite es una regla tan real como la que prohíbe, y, del mismo modo, decir que

el orden jurídico permite un acto dado a X en sus relaciones con Y importa predicar una relación jurídica tan grande como decir que el derecho prohíbe un cierto acto a X en sus relaciones con Y. Que esto es así, parece confirmado, en alguna medida, por el hecho de que el primer tipo de acto será ordinariamente considerado “lícito” y el segundo “ilícito” (12).

3º) “POTESTAD Y SUJECION”: Para Hohfeld el concepto de “potestad” indica el poder de realizar cambios en la relación jurídica. Sería pues el opuesto a “incompetencia” y el correlativo de “sujeción”. Ello indica que si X tiene “potestad” puede producir ciertos efectos jurídicos en relación a Y, efectos éstos a los cuales Y no puede sustraerse. La noción de “potestad” es empleada así tanto para referirse en el campo de las relaciones privadas a la posibilidad de disponer o de crear, modificar o extinguir obligaciones; cuando para describir la situación de los sujetos en una relación de derecho público. Es especialmente en este último ámbito donde se perfila con mayor nitidez el concepto de “sujeción” que para Hohfeld da la idea de una especie de estado que implica la existencia de “deberes” potenciales. Así por ejemplo, en el caso de la sujeción de los ciudadanos o ser convocados al servicio militar (o de integrar un jurado, en el ejemplo del autor norteamericano) se traduce en un “deber” concreto cuando se hace uso de la potestad. Igualmente, en el caso de la revocación de una donación, el beneficiario se encontraría en una situación de sujeción con respecto al donante, pues éste goza de la potestad de (datos ciertos supuestos) variar la relación jurídica existente entre ambos.

4º) “INMUNIDAD E INCOMPETENCIA”: Para aclarar el concepto de “inmunidad” nada mejor que citar el propio Hohfeld cuando hace una comparación entre los distintos conceptos enunciados: “Tal como se señaló ya, una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (“no-potestad”, y el opuesto (o la negación) de la sujeción. Quizá resulte ya obvio, como consecuencia del bosquejo preliminar y del exámen hecho hasta ahora, que una potestad ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho presente frente a un privilegio. Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro, y un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro. Del mismo modo, una potestad es el “contralor” afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica dada, respectó de otro individuo, mientras que una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o “contralor” jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica” (13).

En las relaciones privadas, el propietario de un inmueble sería inmune a

cualquier intento de disposición del mismo por parte de un tercero (por carecer éste de “potestad”), y en el campo del derecho público, el extranjero sería inmune a la obligación de prestar el servicio militar (por ser la autoridad “incompetente” para imponerle tal sujeción).

De todo lo expuesto, surge que para Hohfeld cuando se habla en forma indiscriminada de derechos, potestades, privilegios é inmunidades, puede pensarse que tales términos son sinónimos y que se refieren a una misma situación jurídica, pero una análisis más cuidadoso demuestra que tal identificación resulta injustificada ya que las expresiones mencionadas se relacionan a conceptos netamente diferenciables, y que no existen motivos para unificarlos en un término común (“derecho subjetivo”) el cual inevitablemente resultaría de una gran vaguedad y de cuyo empleo derivaría el peligro de una ambigüedad contextual continua.

## POSICION DE OLIVECRONA

Para Karl Olivecrona, el eminente jurista sueco que es uno de los más notorios representantes de la corriente doctrinaria conocida como “realismo escandinavo”, la cuestión de determinar la “naturaleza” de ciertos conceptos jurídicos tales como “derecho subjetivo” y “deber jurídico”, debe ser considerada desde una perspectiva general de análisis del lenguaje jurídico.

Para ello descarta previamente tanto los por él llamados “enfoque metafísico” y “enfoque naturalista” respectivamente. Al primero, porque intenta ver en un “derecho subjetivo” algo así como un poder espiritual que estaría por encima de los hechos de la vida real (Grocio, Pufendorf, etc.); al segundo, que comprende en primer término el positivismo de Austin, quien luego de reducir la noción de derecho subjetivo a la de deber jurídico, define a éste último como posición de coacción de una persona sobre otra, la cual en caso de incumplimiento, puede sufrir consecuencias perjudiciales; sin explicar sin embargo en que consiste precisamente el antecedente de tales consecuencias; y asimismo a la corriente conocida como “realismo norteamericano” que ve en los enunciados acerca de derechos subjetivos y de deberes jurídicos un conjunto de predicciones de lo que harán los tribunales en caso de ser llamados a decidir.

El realismo escandinavo se opone al realismo norteamericano en la medida en que critica la posición de éste en lo que hace a la conceptualización de las nociones jurídicas (y al propio “Derecho”) como predicción de la acción

de los órganos jurisdiccionales, ya que tanto el pretensor que invoca un derecho, como el Juez al fallar, no actúan sobre la base de posibles decisiones sino que, esperan unos y actúan los otros, en la convicción de que el resultado de la acción estará fundado en la existencia previa del derecho que con la misma se pretende hacer valer.

Olivecrona critica asimismo la posición de otros grandes exponentes del realismo escandinavo tales como Hägertröm y Ludstedt, en tanto que, para el primero, luego de negar que los conceptos de derecho subjetivo y de deber jurídico puedan reducirse a simples hechos, se pronuncia por considerar a los mismos como una especie de fuerza mística, cuya existencia desde luego nada justifica, y que sólo es explicable en función de factores psicológicos e históricos en una determinada sociedad. Lundstedt, por su parte, pese a llegar a negar la existencia misma de los conceptos mencionados, no puede menos que reconocer la necesidad de su empleo, dada la generalización de su uso, y a lo sumo propone una especial manera de referirse a ellos, por parte de los teóricos. Olivecrona entiende que estas concepciones, si bien tienen un núcleo central de verdad, no pueden prender en la labor de los juristas, ya que es inevitable manejarse con las nociones que de hecho están en uso, a tal punto que es imposible concebir lo jurídico sin los conceptos de derechos subjetivos y deberes jurídicos.

La propuesta de Olivecrona consiste entonces en enfocar el estudio de las conceptos jurídicos desde la perspectiva del análisis del lenguaje jurídico. Para ello aclara que el mismo cumple diversas funciones (como diversas son las funciones del uso del lenguaje ordinario) y respecto a ellas, básicamente pueden enumerarse las siguientes: 1º) Función directiva (o prescriptiva) por la cual se usa el lenguaje para enunciar la manera en que se trata de determinar la conducta de otro(s). 2º) Función emotiva, que se da también en el Derecho en tanto que los sustantivos no sólo se refieren a realidades sino que también pueden adquirir un significado emotivo que lleva a influir en la conducta (así por ejemplo “iglesia”). 3º) Función técnica, en la cual desempeñan un papel relevante tanto las “palabras huecas”, como las llamadas “expresiones realizativas” (que enunciara Austin).

El caso de las “palabras huecas” es particularmente interesante, por cuanto las mismas, pese a no tener denotación (de allí su nombre) cumplen una función importantísima, de carácter técnico, Así por ejemplo —dice Olivecrona— es evidente que la palabra “libra” (como unidad monetaria) no hace referencia a realidad alguna luego de que ha sido suprimido el respaldo metálico, sin embargo tanto en este caso (como en el de cualquier otra unidad

monetaria) toda la economía gira en base al manejo de éste término en relación a ciertas reglas, y así, según Olivecrona “En ninguna parte se encuentran las libras, salvo en el lenguaje. Pero esta forma de lenguaje es socialmente muy importante. No interesa que las libras sean objetos. Lo importante que hablemos de ellas de una cierta manera. En realidad, una de las más fecundas invenciones de la mente humana es conservar las formas del lenguaje, no obstante haber sido eliminados los objetos a que aquellas se refieren. Sería imposible manejar miles de millones de objetos, pero es fácil hablar de ellos y utilizarlos en la contabilidad. Para poder cumplir sus funciones sociales, el lenguaje no puede ser desordenado. Hay ciertas reglas que gobiernan su uso. Para que una promesa de pagar una suma de dinero sea jurídicamente relevante tiene que llenar los requisitos que impone el derecho, un cheque, por ejemplo, debe ser redactado en la forma prescripta. No sin razón el sistema monetario ha sido comparado a un juego gigantesco, es esencial jugar este juego de acuerdo con sus reglas” (14).

Las “expresiones realizativas”, a su vez, son aquellas por medio de las cuales, se realiza un acto al enunciarlas, es decir se logra producir un cierto efecto, el cual en el campo del Derecho, es jurídicamente relevante. Así por ejemplo, al decir “prometo pagar tal suma en tal lapso” el resultado es una promesa que debe cumplirse (se ha contraído una obligación), al decirse “Os declaro marido y mujer”, queda celebrada la unión, o al expresarse que se otorga la personalidad jurídica a una cierta asociación, la misma adquiere ciertas características y facultades que el respectivo derecho positivo regula.

Al respecto afirma Olivecrona: “En pocas palabras, con las expresiones realizativas en el campo del derecho, ostensiblemente realizamos la creación de derechos y deberes, relaciones y propiedades jurídicas. Derechos y deberes son establecidos mediante contratos; el derecho de propiedad se transfiere. Se constituye una sociedad y se la registra debidamente, ella se convierte en persona jurídica. Un inmigrante de un país extranjero es naturalizado por una declaración de una autoridad competente, y, de esta manera, se convierte en ciudadano. Una persona es designada Profesor y se convierte en tal. Por consiguiente, se supone que las expresiones realizativas jurídicas tienen un efecto creador. De acuerdo con nuestra manera de pensar, derechos, deberes y calidades jurídicas, son creados, cambiados o suprimidos mediante la formulación de estas frases. De esta manera se realiza el negocio jurídico” (15).

Las expresiones realizativas cumplen su cometido en la medida en que sean pronunciadas en una situación determinada y de acuerdo a las reglas establecidas, ya que es evidente que quien no se halla en la posición jurídica de

producir ciertas consecuencias jurídicas (para sí o en relación a otro) no podría lograr el efecto buscado por más que las emplee; y así por ejemplo, la frase de la celebración del matrimonio nada produce si no la expresa el funcionario competente, y la enunciación de la voluntad de obligarse no tiene trascendencia si quien la exterioriza carece de capacidad (jurídica) para ello.

Sobre la base de estos supuestos conceptuales, Olivecrona estima que la expresión “derecho subjetivo” tiene diversas características y cumple diferentes funciones: a) en primer lugar considera que si bien se trata de una “palabra hueca” (ya que no puede hallarse ninguna referencia fáctica de la misma), desempeña una importante “función de signo” puesto que evoca ideas acerca de lo permitido y de lo prohibido en una cierta circunstancia:

“La situación podría ser caracterizada también de la siguiente manera. La frase que afirma que A es el propietario, de este lote funciona como un signo permisivo con respecto a A y su relación con este lote; al mismo tiempo actúa como un signo prohibitivo con respecto a los demás. La frase es luz roja para los otros”<sup>(16)</sup>. b) Los enunciados acerca de los “derechos subjetivos” cumplen también una función informativa, ya que a través de ellos se transmiten datos en relación a la existencia de la posición jurídica de su “titular”; de tal modo que, según Olivecrona”... Pero como estamos acostumbrados a pensar que los hechos operativos crean derechos, los enunciados acerca de derechos son indirectamente informativos. Si suponemos que un enunciado de este tipo es formulado de acuerdo con las reglas jurídicas acerca de la adquisición de derechos, la conclusión es que A tiene un título jurídico con respecto a cierto objeto<sup>(17)</sup>. Al respecto, debe tenerse en cuenta que al referirse Olivecrona al papel informativo de tales expresiones, ello no implica de ninguna manera, que esté afirmando la predicabilidad de verdad falsedad de los mismos. Estas categorías no son aplicables mas que a las proposiciones y, por lo tanto, a las expresiones del lenguaje enunciativo. Lo que ocurre es que, pese al carácter no denotativo de los enunciados mencionados, los mismos son usados de acuerdo con las reglas jurídicas y sociales que permiten su empleo en una situación dada. El carácter informativo de la expresión “derecho subjetivo” hace referencia precisamente a tales usos y a su correcta o incorrecta aplicación, por ello es que precisa lo siguiente: “Hablando estrictamente, un enunciado que dice que A es el propietario de esta casa no es ni verdadero ni falso; pues aún cuando creemos dar información con respecto a la relación real entre A y la casa, en verdad no lo hacemos. Únicamente repetimos una cierta frase que, aparentemente, afirma un hecho. Esta frase carecería totalmente de sentido si fuera usada de manera irregular. Pero el caso es diferen-



te si es utilizada de conformidad con el uso jurídico. Pues entonces es utilizada únicamente cuando se supone saber que A tiene un título jurídico con respecto a la casa y que no ha transferido su propiedad" (18). c) La expresión "derecho subjetivo" cumple finalmente una función técnica de gran relevancia, ya que permite enunciar de una manera sintética el nexo entre dos tipos de reglas; aquellas referidas a la adquisición de la propiedad — por ejemplo— (o de cualquier otro "derecho") y las que hacen mención al conjunto de consecuencias jurídicas que derivan de la situación de titular del derecho de que se trata.

### POSICION DE ALF ROSS.

El gran jurista dinamarqués Alf Ross, al tratar el tema del "derecho subjetivo", considera que el mismo debe enmarcarse previamente en el desarrollo de las diversas modalidades jurídicas. En este aspecto Ross sigue explícitamente los lineamientos de Hohfeld pero introduciéndole variantes de importancia, que mejoran su esquematización. Se diferencia también de Hohfeld en que para el autor dinamarqués, las modalidades jurídicas deben ser consideradas según su función jurídica, y como nuevas herramientas del lenguaje del derecho (19). Es innegable la relación que existe asimismo entre Ross y Olivecrona al presentar ambos al "derecho subjetivo" como un medio técnico que expresa el enlace entre ciertas consecuencias jurídicas y ciertos hechos condicionantes.

El análisis de Ross, es, en este aspecto, igualmente mucho más depurado y profundo que el realizado por el jurista sueco.

Alf Ross parte de la base de que en el comportamiento común de los individuos pareciera que se considerara a los efectos de las relaciones jurídicas como creadores de ciertas misteriosas fuerzas que existirían realmente, sin que pueda brindarse una explicación racional de la naturaleza de las mismas. En lugar de tal interpretación, propone Ross efectuar un análisis de la función técnica que desempeñan los conceptos jurídicos, entendidos como directivas dadas para influir en la conducta de los jueces y de los ciudadanos, por igual.

Sobre la base del sistema de Hohfeld, y con las modificaciones del caso, presenta Ross su esquema de las modalidades jurídicas de la siguiente manera:

## NORMAS DE CONDUCTA

1 Deber	A – B (c) / facultad	B – A (c)
↓	↓	
2º libertad	A – B (c) / no-facultad	B – A (c)
	↓	
3º facultad	A – B (c) / deber	B – A (c)
↑	↓	
4º no-facultad	A – B (c) / libertad	B – A (c)

## NORMAS DE COMPETENCIA

5º sujeción	A – B (c) / competencia	B – A (c)
↓	↓	
6º inmunidad	A – B (c) / incompetencia	B – A (c)
	↓	
7º competencia	A – B (c) / sujeción	B – A (c)
↓	↓	
8º incompetencia	A – B (c) / inmunidad	B – A (c)

En este diagrama el signo / expresa que las nociones que conecta son correlativas, y la flecha indica que los conceptos conectados son contradictorios (un término es la negación del otro). La manera de leer la tabla es, tomando como ejemplo el número 1º), “A tiene un deber hacia B de realizar C”, y así sucesivamente.

Para Alf Ross “hay, por lo tanto, ocho modalidades: deber, libertad, facultad, no-facultad, sujeción, inmunidad, competencia, é incompetencia (destado el hecho de que la expresión ambigua “tener derecho a” ha desaparecido). Las cuatro primeras y las cuatro últimas son lógicamente reducibles entre sí. Además, puesto que la sujeción de A a B significa que la posición de A expresada en términos de deber, facultad, etc., está definida de acuerdo con las disposiciones de B, las cuatro últimas pueden ser reducidas a las cuatro primeras. Se sigue de ello, en consecuencia que las ocho pueden ser reducidas a términos de deber. Si definimos esta palabra, todas las otras quedan definidas (20).

**1º) DEBER Y FACULTAD:** Ross considera que la palabra “deber” tiene que ser empleada exclusivamente en aquellos casos en que la reacción

(por su no cumplimiento) es vivida como una desaprobación social y la sentencia, funciona por lo tanto, como un estímulo para su cumplimiento. Excluye de esta manera los casos en que se trata de imposibilidad del cumplimiento y los de responsabilidad objetiva. La palabra “deber” así entendida, puede ser reemplazada por “prescripción” (obligación) y por “prohibición”, de tal modo que si una conducta se halla prescrita, hay el deber de realizarla, y si se halla prohibida, hay el deber de no efectuarla.

Al deber de A corresponde la facultad de B, lo cual expresa que B tiene la posibilidad de poner en movimiento la maquinaria jurídica para obtener una sanción contra A. Desde luego que esta facultad implica asimismo que B tiene la libertad de iniciar o no el procedimiento contra A, y en consecuencia, que este concepto de facultad no se aplica cuando la iniciación de los procedimientos no está en manos de los particulares sino de la acusación pública concretada por los órganos del Estado.

**2º) LIBERTAD Y NO-FACULTAD:** La conducta libre es aquella que no está prohibida ni prescrita, ello significa que ni su realización ni su no realización dan lugar a consecuencias jurídicas. La enumeración de las libertades de las personas es prácticamente imposible, pero existen algunas que son explícitamente mencionadas ya sea porque pertenezcan a unos individuos determinados, o bien a todos, pero como una excepción a una regla general aceptada. En tales casos se habla de “libertad especial” o “privilegio”, y en los demás de “libertad general”.

La existencia de la libertad (jurídica) supone que, respecto a dicha conducta, otro sujeto no posee la facultad de accionar y por lo tanto, la libertad de unos implica recíprocamente la no-facultad de los demás.

**3º) SUJECION Y COMPETENCIA:** Para Ross “la competencia es un caso especial de potestad. Hay potestad cuando una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados. Un acreedor tiene potestad para iniciar una acción o para impedir la prescripción de su crédito, y los padres tienen potestad para permitir o no permitir que sus hijos de cierta edad contraigan matrimonio. La competencia es la potestad de disposición y es ejercida por una declaración dispositiva, esto es, una declaración que normalmente produce efectos jurídicos concordantes con su contenido. Una declaración dispositiva es una directiva, dada a menudo como un enunciado aparentemente teórico sobre la existencia de deberes y facultades. Las leyes, los contratos y los testamentos son ejemplos de declaraciones dispositivas” (21). La situación correlativa a la competencia es una sujeción, y es

preciso tener en cuenta que esta sujeción puede estar referida tanto a una competencia particular, cuanto a una competencia pública (cuando las autoridades pueden efectuar disposiciones que obligan a otras personas).

**4º) INMUNIDAD E INCOMPETENCIA:** Estos conceptos resultan explicitados en relación a lo desarrollado precedentemente, y así, toda persona goza de inmunidad frente a aquellos que carecen de competencia para realizar disposiciones que la obliguen. En algunos casos se mencionan situaciones específicas de inmunidad, porque aparecen como excepciones concretas.

Luego de haber efectuado estas precisiones previas respecto de las modalidades jurídicas, emprende Alf Ross la tarea de analizar el “derecho subjetivo” (el cual no fué presentado en el esquema de las modalidades señaladas). La razón de ello, reside en que, para Ross, “derecho subjetivo” expresa en realidad un conjunto de facultades, privilegios, competencias e inmunidades; esto es, se configura como un concepto que engloba una multiplicidad de modalidades jurídicas en sentido estricto.

Pero como tanto la expresión “derecho subjetivo” como la mayor parte de los términos usados en el lenguaje jurídico son de acuerdo a la concepción de Ross, enunciados carentes de referencia semántica alguna, es decir que con ellos no se hace mención de ningún tipo de realidad que corresponda a la palabra respectiva, es necesario mostrar como tales expresiones cumplen una función técnica simplemente, y de qué manera se ha hipostasiado su existencia.

Ross propone estudiar enunciados del siguiente tipo:

- a) “Si una persona ha adquirido lícitamente una cosa por compra, deberá acogerse la acción que para obtener la entrega de ella intente contra otros que la retienen en su poder”.
- b) “Si una persona ha heredado una cosa, deberá acogerse la acción por daños y perjuicios que esa persona intente contra otros que con su negligencia han causado daños a la cosa”.
- c) “Si una persona que ha adquirido una cosa por prescripción, ha obtenido un préstamo que no es satisfecho a su vencimiento, deberá acogerse a la acción del acreedor dirigida a obtener el cobro de lo adeudado mediante la venta de la cosa”.
- d) “Si una persona ha ocupado una “res nullius” y se le lega a otra, deberá acogerse la demanda del legatario contra la sucesión del testador para la entrega de la cosa”.
- e) “Si una persona ha adquirido una cosa en ejecución y otro se apodera

de ella éste último deberá ser castigado por robo” (22).

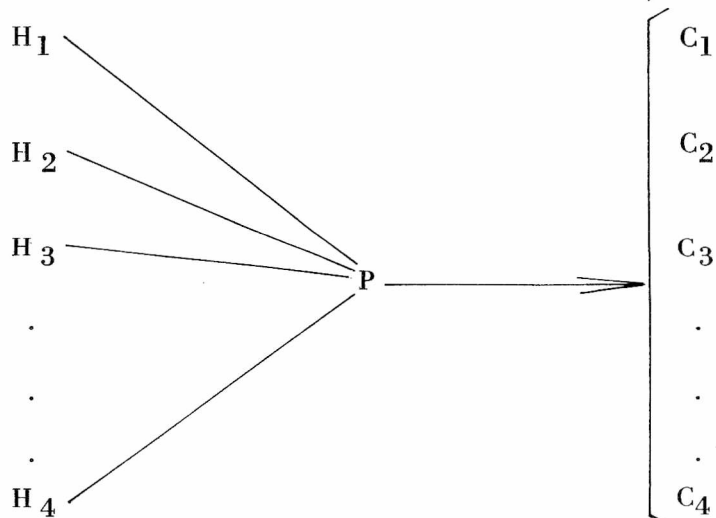
En cada uno de ellos se puede apreciar que, en el antecedente, se hacen referencia a ciertos hechos condicionantes (H), y que en el consecuente, se indican ciertas consecuencias jurídicas (C). También puede verse que tanto cada uno de los antecedentes como cada uno de los respectivos consecuentes pueden ser reemplazados por la mención del correspondiente “derecho subjetivo” (en este caso, el de propiedad), y así, podría decirse por ejemplo:

- a) Si una persona ha adquirido legítimamente una cosa por compra es el propietario de ella, o bien,
- b) Si una persona es el propietario de una cosa, deberá acogerse la acción que para obtener la entrega de ella tal persona intente contra otros que la retienen en su poder.

Es evidente que la presentación de las diferentes situaciones jurídicas en la forma indicada en los puntos a), b), c), d) y f), etc., es sumamente difícil y, que para los fines prácticos de la vida jurídica, la segunda versión resulta más conveniente.

Si se procede a sintetizar en cambio, por un lado la pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes (cada uno de los cuales hace surgir la situación jurídica de que se trata) y por el otro a la pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas (cada una de las cuales resulta de la situación dada) el resultado es la construcción del concepto de “propiedad”.

Este proceso puede ser presentado de la siguiente manera:



Por ello dice Ross: “de aquí resultará claro que la propiedad inserta entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas es en realidad una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación. Nosotros hablamos como si “propiedad” fuera un nexo causal entre H y C, un efecto ocasionado o “creado” por cada H, que a su vez de causa de una totalidad de consecuencias jurídicas”. (23).

La idea de que entre la compra y la posibilidad de obtener su entrega se ha “creado” algo, que puede ser llamado “propiedad” carece de sentido. Nada se “crea” por el hecho de que A y B cambian unas pocas frases interpretadas jurídicamente como “contrato de compraventa”.

Todo lo que ha ocurrido es que ahora el Juez tomará este hecho en consideración y dictará sentencia en favor del comprador en una acción para obtener la entrega” (24).

De allí que para Alf Ross el concepto de “derecho subjetivo” cumpla las siguientes funciones.

1º) Es un instrumento técnico que sirve para la presentación abstracta del derecho vigente, al señalar la conexión que, en las directivas jurídicas, se establecen entre hechos condicionantes y consecuencias condicionales.

2º) De acuerdo al mismo criterio, sirve como modo de argumentación de los abogados y de fundamentación de las decisiones de los tribunales, facilitando la exposición de las consecuencias atribuidas a la realización de determinados supuestos.

3º) Se usa asimismo en situaciones en que se trata no ya de anunciar reglas de derecho sino de describir puros hechos (que expresan una situación jurídica) como cuando se habla, por ejemplo, “del propietario de un inmueble”.

Es de destacar también que para el autor dinamarqués comentado en todo derecho subjetivo se pueden encontrar en realidad tres tipos de sujetos: el sujeto del interés, el sujeto del procedimiento, y el sujeto de la disposición. Cuando los tres coinciden en una sola persona (situación Típica) se dan los siguientes caracteres:

1º) Partiendo de la base de que el “derecho subjetivo” expresa en principio una situación ventajosa para alguna persona, tal situación proviene siempre de una regulación jurídica y la ventaja de su titular está dada en relación a la restricción o deber de otra persona. Este deber puede ser de una o algunas personas determinadas, o bien, de todas indeterminadamente. En el se-

gundo caso la libertad del sujeto titular se convierte en un “privilegio”. En la propiedad, por ejemplo, el propietario tiene frente a los demás el privilegio de usar y gozar de la cosa que le pertenece.

2º) El “derecho subjetivo” presupone asimismo que su titular tiene la “facultad” de iniciar los procedimientos del caso contra aquel que lo perturbe, o lesione su “derecho”.

3º) El titular del “derecho subjetivo” posee además la “competencia” (potestad exclusiva) de disponer del mismo, es decir, de provocar mediante las respectivas declaraciones dispositivas los efectos jurídicos deseados.

De allí es que, como se ha indicado más arriba, el concepto de “derecho subjetivo” comprende, en realidad, un conjunto de modalidades jurídicas tales como facultades, privilegios, libertades, inmunidades y competencias.

En ciertos casos, sin embargo, puede no haber una coincidencia, en los distintos tipos de sujetos posibles que el “derecho subjetivo” implica (“situaciones atípicas”) y se habla de sujeto del derecho para referirse exclusivamente al de interés, por más que el mismo no esté habilitado ni para iniciar un procedimiento judicial ni para disponer (caso del beneficio no parece como el sujeto del derecho en sí (titular) sino que tal denominación se aplica al sujeto del procedimiento y de la disposición (caso de un contrato en beneficio de un tercero). Estas situaciones lo han llevado a Ross a plantear su oposición a la idea tradicional —derivada de una concepción sustancialista— según la cual el “derecho subjetivo” es siempre una entidad simple é indivisa que tiene que existir en un sujeto específico.

Se puede resumir finalmente la posición de Alf Ross transcribiendo sus propias palabras: “Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde en modo alguno una realidad que aparezca entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa. Tras las diversas ideas de una esencia sustancial se ocultan diferentes puntos en la situación típica de derecho subjetivo: la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potestad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición. Las dificultades con que tienen que luchar cada una de las teorías, hacen del hecho de que las funciones, que están integradas en las situaciones típicas, se dan divididas entre sujetos diferentes en las situaciones atípicas” (25).

## POSICION DE H.L.A. HART

Según el profesor inglés H.L.A. Hart para una mejor elucidación de expresiones tales como “derecho subjetivo”, “deber jurídico”, “persona jurídica, etc, no es lo mas apropiado buscar respecto a ellas una definición de las palabras aisladas, que inevitablemente lleva a una elaboración tendiente a encontrar detrás de ellas, o bien un tipo especial de hechos complejos, o bien una cierta especie de ficción, o tal vez una cualidad real de carácter no sensorial. Hart ataca de este modo tanto a las posiciones del realismo norteamericano como a las del realismo escandinavo y considera que es preciso retomar un método ya preconizado por Bentham quien había planteado la conveniencia de emplear —para el esclarecimiento de los términos jurídicos— el método de la paráfrasis en lugar de las definiciones por género próximo y diferencia específica.

De acuerdo a dicho punto de vista, Hart considera que en el lenguaje jurídico referido a expresiones que, como las indicadas carecen de contrapartida fáctica, es conveniente aplicar un método que tenga en cuenta las siguientes características:

1º) No se deben tomar expresiones tales como “derecho subjetivo” o “deber jurídico” en forma aislada sino que debe hacerse el análisis de ellas en un contexto típico de uso, donde aparezca explicitado, de una frase tal como “A tiene derecho a que B le pague 10 libras”, es evidente que la misma presupone “la existencia de un sistema jurídico con todo lo que esto implica en cuanto a obediencia general, a la aplicación de las sanciones del sistema y a la probabilidad general de que esto habrá de continuar así”.

2º) El enunciado tomado como ejemplo expresa en realidad una conclusión derivada de una conexión con una o más reglas particulares de ese sistema (las cuales no aparecen explicitadas) y con ciertos hechos que, aunque existentes, no son descriptos ni mencionados.

3º) La conclusión que expresa el enunciado “A tiene derecho a que B le pague 10 libras” adquiere, en ciertos casos, un status especial, como cuando las pronuncia un Juez ú otro órgano, pues en dicho supuesto revisten un carácter de autoridad, a diferencia de cuando las pronuncia un particular en que no reviste caracter oficial alguno. Sin embargo tanto en uno como en otro caso ambos son conclusiones de derecho.

4º) Finalmente, es de tener en cuenta que en algunas oportunidades, y por razones prácticas, el derecho imputa consecuencias jurídicas idénticas a hechos muy distintos entre sí, los cuales aparecen reunidos en una unidad o



secuencia.

En base a los presupuestos señalados, resulta para Hart que si bien el intento de definir una expresión por el método del género próximo y de la diferencia específica puede ser de utilidad en el campo de lo jurídico, tal utilidad tiene como límite el nivel de la investigación que se realiza; y si, por ejemplo, resulta innegablemente útil cuando nos preguntamos acerca de la diferencia entre una universidad y una sociedad anónima (dentro del ámbito de las personas jurídicas), no nos puede servir cuando el objeto de la indagación es precisamente determinar el significado del propio género al cual nos referimos. De allí que, volviendo al procedimiento de analizar un cierto enunciado en un contexto típico, resulta para Hart que, cuando se usa la expresión “X tiene un derecho subjetivo” la misma es verdadera si se satisfacen las condiciones siguientes:

- a) existe un sistema jurídico;
- b) conforme a una regla o reglas del sistema otra persona Y está, en las circunstancias que han acaecido, obligada a hacer o a omitir alguna acción.
- c) el orden jurídico hace depender esta obligación de la elección de X o de alguna otra persona autorizada a actuar en su nombre, de tal modo que, o bien Y está obligado a realizar o a omitir cierta acción sólo si X (o su representante) así lo quiere, o bien sólo mientras X (o dicho representante) no quieran otra cosa.

Un enunciado de la forma “X tiene un derecho subjetivo” se usa para extraer una conclusión de derecho en un caso particular que cae bajo tales reglas. (26).

De lo expuesto surge que, para Hart, la afirmación de quien alguien tiene un derecho subjetivo expresa que, a través de una conclusión de derecho, se indica la posición de alguien de cuya elección (o la de su representante) se hace depender la obligación de otra persona de cumplir con su deber.

Según Hart y en relación a la clasificación hecha por Hohfeld, la misma forma de elucidación puede usarse tanto para el “derecho subjetivo”, como para el caso de “libertad”, “poder”, é “inmunidad”, y ello explica porque tales expresiones se engloban usualmente en la de “derechos”; y en tal sentido dice que: “el elemento unificador parece ser éste: en los cuatro casos el derecho reconoce específicamente la elección de un individuo, ya negativamente al no impedir la u obstruirla (libertad e inmunidad), ya afirmativamente al darle efecto jurídico (pretensión y poder)” “Por supuesto cuando en algunos de los cuatro sentidos decimos que una persona

tiene un derecho no nos referimos a ninguna elección efectiva que ella haya hecho, sino a ésto: o bien las reglas de derecho pertinentes son tales que si ella elige se siguen ciertas conveniencias, o no hay reglas para impedir su elección si la hace (27).

## OBSERVACIONES FINALES

De todo lo expuesto a través de las opiniones de seis autores contemporáneos surge que, en la actual teoría jurídica, la problemática del “Derecho subjetivo muestra, en su análisis que resulta de una gran complejidad tratar de sintetizar en un solo concepto —y expresar en un término único— un conglomerado a veces heterogéneo, de situaciones en las cuales se encuentra su “titular” en virtud de lo dispuesto por las normas jurídicas. El “derecho subjetivo” es pues una noción que, como los demás conceptos jurídicos fundamentales, cumple diversas funciones y hace referencia no a una realidad fáctica concreta sino a un complejo de situaciones en las que determinados sujetos se encuentran frente a los demás. El punto central de convergencia puede ser señalado como consistente en una cierta aptitud de su titular para condicionar la conducta de quienes se encuentren en relación con él; pero esta característica es demasiado amplia como para precisar con rigor, —a partir de ella— toda la gama de posibilidades que como consecuencia de la misma pueden mencionarse. Facultades, potestades, competencias, privilegios, libertades, exenciones, inmunidades, pretensiones, son formas por medio de las cuales se exterioriza esa peculiar posición jurídica de los sujetos titulares de algún tipo de “derecho subjetivo”; y si se amplía el concepto del mismo —como lo hace parte de la doctrina— y se extiende su ámbito de aplicación tanto al derecho privado como al derecho público, y se engloban en su campo a los llamados derechos subjetivos “absolutos” y “relativos”, vemos con respecto a ese enorme campo de aplicaciones posibles de un mismo concepto, que si su extensión crece en demasía sus notas intencionales decrecen en proporción. A partir de allí se plantea el problema de determinar la significación de un término para evitar que la vaguedad potencial del mismo llegue a adquirir una envergadura tal que invalide su aplicación; y asimismo, si su significado es realmente multívoco, que su empleo puede efectuarse de tal modo que sea eliminable o reducible al peligro de la ambigüedad.

Es por lo manifestado precedentemente que autores como Hohfeld, Olivecrona y Ross insisten en resaltar el carácter instrumental y en explicitar la función técnica que cumplen los conceptos jurídicos (y entre ellos

el de “derecho subjetivo”), como modos mediante los cuales se enuncia el enlace entre ciertos supuestos de hecho y determinadas consecuencias jurídicas. “Derecho subjetivo” viene a ser un término que expresa una forma sintética de presentar esas conexiones, que carece de correlato fáctico, y para cuya correcta comprensión debe acudir a una instancia interpretativa más extensa, que tenga en cuenta todo el sistema normativo que el empleo de la expresión presupone. Desde ese punto de vista, el “derecho subjetivo” cesa de ser una entidad con sustantividad propia y alcance omnicompreensivo, y pasa a constituirse en una manera abreviada de referirse a un cúmulo de situaciones, cada una de las cuales sólo puede precisarse en función de un análisis más amplio del enunciado, que no se limite al mero término, sino que se extienda a todo el contexto en el cual es usado, y que es realmente el que le da significación.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1) Kelsen, Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado"—Traducción de Eduardo García Maynez— Editorial Imprenta Universitaria— México— D.F. 1958— 2º Edición Revisada— pág. 88
- 2) Idem op. cit. pág. 99.
- 3) Kelsen, Hans: "Teoría Pura del Derecho"— 2º Edición Alemana— 1960— Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México— D.F. 1979 - págs. 18/19.
- 4) Idem op.cit. pág. 55/56.
- 5) idem. op.cit. pág. 141.
- 6) idem. op.cit. págs. 156/157.
- 7) García Maynez, Eduardo: "Filosofía del Derecho"— 2º Edición Revisada— Editorial Porrúa S.A. México— 1977 - pág. 356.
- 8) idem op. cit. págs. 356/357.
- 9) idem op. cit. págs. 361.
- 10) idem op. cit. pág. 363.
- 11) Hohfeld, Wesley Newcomb: "Conceptos Jurídicos Fundamentales". Nota preliminar y traducción de Genaro R. Carrió. Centro Editor de América Latina- Buenos Aires— 1968- pág. 17.
- 12) idem. op. cit. Nota N° 59- págs. 64/65.
- 13) idem. op. cit. pág. 81.
- 14) Olivecrona, Karl: "Lenguaje Jurídico y Realidad"— Traducción de Ernesto Garzón Valdés— Centro Editor de América Latina— Buenos Aires— 1968- pág. 37.
- 15) idem. op. cit. pág. 39.
- 16) idem. op. cit. pág. 50.
- 17) idem. op. cit. pág. 55.
- 18) idem. op. cit. pág. 54/55.
- 19) Ross, Alf: "Sobre el Derecho y la Justicia"— Traducción de Genaro R. Carrió — Editorial Universitaria de Buenos Aires— 3º Edición- Buenos Aires— 1974- págs. 163.
- 20) idem. op. cit. págs. 155/156.
- 21) idem. op. cit. pág. 160.
- 22) Ross, Alf: "Tū - Tû - Traducción de Genaro R. Carrió— Editorial Abeledo Perrot— Buenos Aires 1961- págs. 25/26.
- 23) op. y autor citado en el N° 19— pág. 166.
- 24) idem op. cit. pág. 166.
- 25) idem. op. cit. págs. 182/183.
- 26) Hart, Herbért, H.L.: "Derecho y Moral— Contribuciones a su análisis"— Traducción y nota preliminar de Genaro R. Carrió— Editorial Depalma— Buenos Aires— 1962— págs. 117/118.
- 27) idem. op. cit. Nota N° 14— págs. 118/119.