



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Questo articolo è disponibile in open access secondo la Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 12, n.º 14, julio–diciembre, 2023 • Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.06

## ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES EN LA OBRA DE WESLEY HOHFELD Y CARLOS COSSIO. UN DIÁLOGO CON MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES<sup>1</sup>

Some notes on the fundamental legal concepts in the work of Wesley Hohfeld and Carlos Cossio. A dialogue with María Beatriz Arriagada Cáceres

Alcune note sui concetti giuridici fondamentali nell'opera di Wesley Hohfeld e Carlos Cossio. Dialogo con María Beatriz Arriagada Cáceres

DIEGO LUNA

Universidad de Buenos Aires  
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: [diegoluna@derecho.uba.ar](mailto:diegoluna@derecho.uba.ar)  
<https://orcid.org/0009-0007-1064-6664>

- 
- 1 Los días 24 y 25 de mayo de 2018 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile un encuentro chileno-argentino de filosofía jurídica denominado «El Constitucionalismo en Latinoamérica». El encuentro reunió a un amplio grupo de académicos/as e investigadores/as de Chile y Argentina para dialogar y discutir algunos aportes sobre teoría del derecho y filosofía jurídica desde la perspectiva de diversas tradiciones iusfilosóficas. Este artículo reproduce las ideas, con algunas correcciones y modificaciones, del diálogo que ofrecí desde una perspectiva egológica, ante el desafío de discutir el trabajo de la profesora María Beatriz Arriagada, de la Universidad Diego Portales, «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión» (2018), identificado en la tradición analítica del pensamiento jurídico.

## RESUMEN

En este artículo sondeo las posibilidades de un diálogo como metodología y ofrezco, como aporte, un intento por conciliar esquemas conceptuales aparentemente disímiles en torno de un mismo problema teórico, a saber, el de los denominados conceptos jurídicos fundamentales y su utilidad en el plano de la lógica jurídica a partir de las categorías conceptuales desarrolladas por Wesley Hohfeld (1879-1918) y Carlos Cossio (1903-1987).

**Palabras clave:** Hohfeld; Cossio; conceptos jurídicos fundamentales; tradición analítica; teoría egológica del derecho.

**Términos de indización:** teoría legal; imperio de la ley; conceptualización (Fuente: Tesaurus Unesco).

## ABSTRACT

In this article I explore the possibilities of a dialogue as a methodology and offer, as a contribution, an attempt to reconcile apparently dissimilar conceptual schemes around the same theoretical problem, namely, that of the so-called fundamental legal concepts and their usefulness at the level of legal logic based on the conceptual categories developed by Wesley Hohfeld (1879-1918) and Carlos Cossio (1903-1987).

**Key words:** Hohfeld; Cossio; fundamental legal concepts; analytical tradition; egological theory of law.

**Indexing terms:** legal theory; rule of law; conceptualization (Source: Unesco Thesaurus).

## RIASSUNTO

In questo articolo esploro le possibilità del dialogo come metodologia e offro, come contributo, un tentativo di conciliare schemi concettuali apparentemente dissimili intorno allo stesso problema teorico, ovvero quello dei cosiddetti concetti giuridici fondamentali e della loro utilità nel campo della logica giuridica sulla base delle categorie concettuali sviluppate da Wesley Hohfeld (1879-1918) e Carlos Cossio (1903-1987).

**Parole chiave:** Hohfeld; Cossio; concetti giuridici fondamentali; tradizione analitica; teoria egológica del diritto.

**Termini di indicizzazione:** teoría jurídica; stato di diritto; concettualizzazione (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 15/09/2023

**Revisado:** 16/09/2023

**Aceptado:** 16/09/2023

**Publicado en línea:** 23/09/2023

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de intereses:** El autor declara no tener conflicto de intereses.

**Revisores del artículo:**

Jorge Luis Roggero (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

jorgeroggero@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalomino@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

## 1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE DIÁLOGO

¿Es posible el diálogo entre un ególogo y una analítica? ¿Por qué buscar el diálogo como posibilidad? Estas fueron algunas de las preguntas que me formulé al encarar la lectura del trabajo de la profesora Arriagada. Por supuesto que habrá puntos muy difíciles de conciliar entre una perspectiva y otra. Por ejemplo, desde mi perspectiva egológica, resultan de difícil asimilación expresiones tales como: «La potestad de producir derecho puede ser simultáneamente obligatoria o permitida» (Arriagada, 2018, § 51) y otras afirmaciones similares formuladas por la autora. Y digo difícil, pero no imposible, puesto que no se me escapa que expresiones como aquella parten del presupuesto de que el derecho son las normas. Arriagada (2018) es explícita al respecto, cuando razona: «Si el derecho no es sustancia (lo normado) sino la forma (normas), basta preguntar de qué modo norma y la respuesta es que lo hace fundamentalmente (primitivamente) estableciendo relaciones de deberes/derechos y de potestades/sujeciones» (§ 133).

En palabras de Agustín Squella (1988), para la Teoría Egológica del Derecho (TED):

el derecho antes que una realidad específicamente normativa, constituye —según el decir ya clásico de Carlos Cossio— «conducta en interferencia intersubjetiva», pasando a ser las normas jurídicas, en consecuencia, no el objeto de la ciencia del derecho, sino el medio de que esta modalidad del conocimiento se vale para describir su verdadero objeto, a saber, la conducta humana. Por lo mismo Cossio creyó siempre que el carácter normativo de la ciencia del derecho se produce no porque esta suministre normas (Savigny), ni tampoco porque conozca de normas (Kelsen), sino porque ella describe su objeto por medio de normas. (p. 255)

Como bien explica Martín Laclau (2010), se comparta o no el punto de vista egológico:

Su intuición central —la de Cossio—, aquella que sirvió de basamento para el desarrollo de su filosofía, fue la identificación del derecho con el comportamiento humano en interferencias intersubjetivas. Fue, precisamente, partiendo de esa noción central, que elaboró su lógica jurídica, sobre la base de considerar a las normas como juicios disyuntivos de deber ser. (p. 158)

De modo que es fácil acordar entre un ególogo y una analítica, aunque uno vea el objeto derecho en la sustancia y la otra en la forma, que hay normas que «obligan» a ejercer la potestad de producir normas y otras que permiten la potestad de producir normas. Tampoco es difícil comprender, para un ególogo, que una analítica crea que habla de la producción del derecho y trate, así en consecuencia —lo sepa o no—, como un problema ontológico lo que es un asunto lógico. Supongo que tampoco esta afirmación puede generar dificultad de comprensión alguna para una analítica como la profesora Arriagada, si se entiende —de buena fe, aunque no se acepte como postulado propio— que para la egología el derecho en cuanto objeto no son las normas, de modo que la obligación o el permiso relativo a la potestad de su producción no se refiere al derecho, sino solamente a las normas. Pero como este esfuerzo

de traducción resulta un tanto engorroso y el trabajo de Arriagada aborda con profundidad muchos aspectos que se encuentran fuera de mi alcance en el marco acotado de este diálogo, he optado por privilegiar mi comentario a unos pocos asuntos cuya comunicabilidad entre nuestros respectivos y disímiles marcos epistemológicos me ha resultado a primera vista más simple de expresar, y que por ello confío en que resultarán más accesibles al público en razón de lo acotado de esta presentación.

Además, el puente no lo tiendo solo por el mero interés de mi perspectiva epistemológica, sino también que el diálogo como posibilidad comunicacional entre dos marcos teóricos aparentemente disímiles, la insinuó también Genaro Carrió (1922-1997), traductor al castellano de Wesley Hohfeld (1879-1918), al incluir en la bibliografía básica sobre el tema, entre otros, a la segunda edición de *La teoría egológica del derecho* (1964). Así puede apreciarse en el anexo incluido en la edición de *Conceptos jurídicos fundamentales*, publicada en Buenos Aires en 1968 por el Centro Editor de América Latina, en la colección de Filosofía y Derecho dirigida por el propio Carrió, junto a Jorge Bacqué, Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés y reeditada en 1991 por Fontamara en México, en el marco de la Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política dirigida por Garzón Valdés, también, y Rodolfo Vázquez, que incluye el mismo anexo.

Soy consciente de que el Carrió egológico es menos conocido que el Carrió analítico. Por eso tal vez a muchos les parezca sorprendente lo que voy a decir. También es cierto que el «primer» Carrió no fue tan productivo como el «segundo» o el «tercero». Al igual que Roberto Vernengo, quien en 1948 publicó su primera monografía también desde una perspectiva francamente egológica, Carrió se interesó por aspectos del derecho penal. El propio Carrió (1984) explicaría:

Fui alumno de este durante los años 1944 y 1945 en la Universidad de La Plata y como casi todos los estudiosos argentinos de varias generaciones interesados en la Teoría General del Derecho quedé deslumbrado por la extraordinaria aptitud docente de Cossio y por la fertilidad de sus ideas. Mi primer trabajo escrito, publicado en 1947, es de franca orientación egológica. (p. 51)

Precisamente en esa primera publicación Carrió (1947) sostiene que la TED:

es, sin duda, uno de los movimientos científicos de más auténtica seriedad en el mundo jurídico de habla hispana. Sus enseñanzas se han revelado como de singular provecho para todo aquel que pretende hacer ciencia rigurosa dando a su labor intelectual esa certeza constrictiva y esa validez universal que caracterizan al menester científico. (p. 839)

Cuatro décadas más tarde dirá, con motivo de un volumen homenaje publicado por la Universidad Nacional de Tucumán, que los libros de Carlos Cossio (1903-1987) *El derecho en el derecho judicial* y *La teoría egológica del derecho*: « echaron las bases de la teoría jurídica general más fértil de cuantas han visto la luz en estas latitudes » (Carrió, 1989, p. 6). Así recordaba Carrió a Cossio, como el « hombre que mayor influencia intelectual ejerció en mi vida », expresando « públicamente la enorme deuda de gratitud que por tal razón siento y sentiré hacia él » (Carrió, 1987, p. 6).

Cuando en 1990 Carlos Nino (1943-1993) lo entrevistó también para la *Revista Doxa*, Carrió afirmó:

Su concepción —la llamada por él Teoría Ecológica del Derecho— incluía tesis muy audaces. Algunas de ellas contrariaban todo el pensamiento iusfilosófico anterior y contemporáneo a Cossio: el derecho no consiste en normas sino en conductas en interferencia intersubjetiva; las normas solo son juicios que mencionan dichas conductas; la Teoría Pura del Derecho, en todo lo que tiene de básico o central, no es sino lógica jurídica formal, etc. Ese conjunto de ideas sumamente novedosas atraía a los discípulos de Cossio, principalmente a los más jóvenes, entre quienes me encontraba. Nos sentíamos partícipes de una cruzada dirigida a refutar y desplazar casi todo el pensamiento jurídico tradicional y también el vigente. Los aportes cossianos en su conjunto me resultaban atractivos, por su carácter osadamente innovador y por el brillo y elegancia con que su creador los exponía en sus clases. Creo que es justo, en la perspectiva de hoy, destacar dos aportes

permanentes de Cossio al desarrollo de la iusfilosofía argentina. Hay, sin duda, más, pero esos dos, me parece, son los más dignos de mención. 1) El primero fue practicar y promover el diálogo oral y la polémica escrita como métodos centrales de la enseñanza y la investigación iusfilosóficas. Antes de Cossio no se los aplicaba con la intensidad con que él los implantó; después y hasta el presente ocuparon y han ocupado un papel insustituible en el desarrollo de esa disciplina. 2) El segundo fue poner en primer plano y estudiar el derecho judicial, como área de relevancia suma en la investigación iusfilosófica. También ese aporte ha perdurado, aunque con gravitación bastante menor que el anterior, salvo en la obra de algunos autores inicialmente formados por Cossio. (Nino, 1990, pp. 343-344)

Intentaré, entonces, en homenaje a Cossio y Carrió, practicar el diálogo de ideas a partir de la lectura del arduo trabajo publicado por la profesora Arriagada sobre las ideas de Hohfeld, desde una perspectiva egológica que por ello supone, aunque no solo, un anclaje en el derecho judicial si es cierto, como pensaba Carrió —y yo lo creo así—, que ese es uno de los aportes más destacables de la TED para la filosofía del derecho. No debe sorprender que el mismo Carrió, que destacó el aporte de la TED sobre la relevancia del estudio del derecho judicial para la investigación iusfilosófica, sea quien se haya interesado por un Hohfeld que parte de la experiencia judicial del *common law*, para identificar el uso de los conceptos jurídicos fundamentales. Más allá de lo que pueda decirse de las categorías acuñadas por Hohfeld (1968), baste este pasaje relativo al alcance del concepto de «privilegio» para ilustrar su metodología: «no debe sorprendernos hallar, tras un amplio examen de precedentes judiciales, que el sentido técnico *predominante* del término es, de modo análogo, el de negación de *deber jurídico*» (p. 60).

Uno de los objetivos será, además, traducir en «egológico» lo que nuestra ponente habla en «analítico» cuando los respectivos marcos teóricos estuvieren aludiendo al mismo fenómeno jurídico de un modo similar al que dos idiomas hablan del mismo asunto. Como se verá, y en la medida en que Arriagada concibe los temas que aborda —«elucidar estos conceptos y sus relaciones recíprocas»— como una tarea propia de

la teoría del derecho «analíticamente concebida», relegando las cuestiones axiológicas —«justificar la justicia o conveniencia»— como asunto de la «filosofía política del derecho», mis contrapuntos se centrarán prioritariamente en el plano de lo que la teoría egológica del derecho denomina «lógica jurídica formal», que se corresponde con el plano que Arriagada denomina «teoría del derecho analíticamente concebida».

Creo que todo ello puede tener algún provecho, de modo que es posible pensar estas anotaciones como formuladas desde un marco externo del asumido por Arriagada y más precisamente desde una exterioridad concreta: la TED que tiene, a su vez, su propia interioridad. También, aunque no soy un especialista, tomaré unas pocas ideas de algunos juristas norteamericanos en la medida en que considero que sus ideas pueden comunicarse fácilmente con la tradición egológica en torno de la cuestión estudiada.

Lo consideraba necesario y creo haberlo hecho suficientemente. Justificar tanto la perspectiva epistemológica de mi «contraponencia», como ha sido dado en llamar el rol que me toca en esta tertulia iusfilosófica, como así también explicitar la metodología que pensé para encararla. Ahora puedo entrar de lleno en algunas cuestiones que me han despertado interés y para las cuales me creo en condiciones de decir algo también de interés.

## **2. ALGUNOS TEMAS EN COMÚN: LÓGICA JURÍDICA FORMAL Y ALTERIDAD DE LA CONDUCTA JURÍDICA**

Creo que estamos de acuerdo en ubicar los aportes de Hohfeld, un verdadero clásico en el mundo anglosajón, conocido, estudiado y divulgado mucho más allá de ese ámbito, incluyendo —como es evidente— el latinoamericano, expresión a su vez de la corriente de la jurisprudencia analítica que reaccionó ante la tradición del empirismo iusnaturalista que inspiró la vida jurídica norteamericana, al menos, de los siglos XVIII y XIX. Precisamente Hohfeld trabaja sobre esa jurisprudencia que recurría, claramente al decir de Linares, a una instancia axiológica como pretensión de justicia guiando la práctica judicial a través de la tradicional garantía de la razonabilidad, el denominado debido proceso o «due process of law» (Linares, 1951, p. 9).

Mucho se ha dicho y escrito sobre el sistema de conceptos jurídicos fundamentales desarrollado por Hohfeld y sus seguidores. Por citar un caso, Manfred Moritz, en la tradición analítica continuador de la escuela de Upsala, dedicó uno de sus libros al asunto (*Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, Library of Theoria VII, Lund & Copenhagen, 1960). De modo que no aspiro a la originalidad ni a la novedad, pero sí a comunicar dos tradiciones a partir del pensamiento de otro clásico, aunque ahora del orbe latinoamericano, como lo es Carlos Cossio, también conocido, estudiado y divulgado mucho más allá de ese ámbito, incluyendo el anglosajón.

En el estudio preliminar a la traducción del trabajo de 1913, Carrió (1968) explica que

Hohfeld cumple su tarea mediante el examen de una abundante cantidad de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas. Sobre esa base aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales, que agrupa en dos tablas, una de correlativos y otra de opuestos. Ambas tienen los mismos ingredientes, solo que agrupados con criterios distintos. (p. 13)

Respecto de este estudio preliminar, Carrió (1984) dirá años más tarde:

De menor importancia que mis contribuciones al campo de la interpretación judicial del derecho han sido mis intentos de elucidar conceptos jurídicos fundamentales o pretendidamente básicos [...] Estas contribuciones se hallan inspiradas por la orientación analítica [...] Igual inspiración, en la misma área, tiene el estudio preliminar que antepuse a mi traducción del libro de Hohfeld. (p. 50)

En la caracterización de esos ocho conceptos jurídicos y sus relaciones, Hohfeld cumple con una tarea que, por desarrollarse en el estricto plano de la lógica jurídica, creo que puede ponerse en diálogo fácilmente con los desarrollos de la TED, al menos, relativos a la lógica jurídica formal. Así, desde la TED se postula que «si las normas son conceptos no

cabe entre los conceptos otra clase de relación que las de la lógica formal» (Cossio, 1969, p. 20). Aunque desde distintos puntos de partida iusfilosóficos, la preocupación por identificar las unidades lógicas más generales e irreductibles como conceptos jurídicos fundamentales resulta común en ambos marcos teóricos.

En la TED, Cossio se ocupa de los conceptos jurídicos fundamentales a partir de los modos de ser del derecho. Afirma:

el Derecho no existe así, en bruto, mondo y lirondo, siendo Derecho a secas y nada más. El Derecho existe en la experiencia como *facultad*, como *prestación*, como *entuerto* o como *sanción*. Son los modos de ser del Derecho [...] para saber qué es Derecho, es decir, para saber si algo pertenece a la región jurídica o no, no necesitamos recurrir a ninguna norma que nos resuelva el punto; pero para saber si ese trozo jurídico ya determinado como tal es una facultad o una prestación o un entuerto (transgresión) o una sanción, para esto sí ya necesitaremos de una norma. (Cossio, 1964, pp. 281-282)

Tengo la impresión de que si uno siguiera la clasificación ensayada por Carrió en el estudio preliminar a Hohfeld, estos conceptos desarrollados por la teoría egológica del derecho deberían ubicarse en un nivel inferior al que él denomina «conceptos A», aunque intercalado antes de los «conceptos B», donde ubica las categorías estudiadas por Hohfeld (una especie de distinción entre las divisionales «B Nacional» y «B Metropolitana» que se hace en el fútbol argentino, intercaladas en jerarquía inferior a la «Primera División» o «Primera A» si se me disculpa el regionalismo futbolero).

También es cierto, como señala Carrió, que Hohfeld no se ocupa de *todos* los conceptos jurídicos fundamentales. A simple vista, comparando los grupos de conceptos, se advierte que no tematiza el concepto fundamental que la egología llama *entuerto*, *transgresión*, *no-prestación* o *ilícito* en sentido estricto, como opuesto contradictorio de *deber jurídico* o *prestación*, sigue en esto —en gran medida— a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen rectificando aquel asunto de la mención de la licitud como contracara de la norma primaria, en la denominada norma

secundaria, como conducta necesaria para evitar la sanción. Y no basta con hablar del *no-derecho* como posición opuesta al concepto *derecho subjetivo* o *pretensión*, para aludir con ello al *ilícito* o *transgresión*, puesto que no basta con decir que no tengo derecho a tomar una cosa ajena como propia frente al derecho subjetivo de otro de ejercer sobre ella la propiedad, toda vez que sigue sin mencionarse jurídicamente —es decir, con un concepto jurídico— la juridicidad específica del apoderarse como posición jurídica específica de uno, correlativa del desapoderamiento del otro. Esto es, la juridicidad del delito como ilícito penal. Del mismo modo, no basta con decir que no tengo derecho a no pagar el precio frente al derecho subjetivo de otro de recibir el pago del precio, pues sigue sin mencionarse jurídicamente —es decir, con un concepto jurídico— la juridicidad específica de quien no paga lo debido como posición jurídica específica de uno, correlativa del otro quien no lo cobra. Esto es, la juridicidad del incumplimiento contractual como ilícito civil.

De todos modos, como se verá más adelante, algunos de los diez conceptos jurídicos fundamentales que componen la caracterización egológica de la norma jurídica como juicio disyuntivo guardan una evidente correspondencia con las categorías de Hohfeld, en particular con los conceptos de derecho subjetivo (pretensión) y el de deber (obligación). Ello no se debe siquiera a una sinonimia en el modo de designarlos, sino —al menos así lo entiendo yo— más bien a una correspondencia entre los fenómenos jurídicos aludidos por tales categorías, salvando las diferencias epistemológicas del punto de partida de un marco analítico el uno y fenomenológico existencial el otro.

Así, por ejemplo, un asunto que me ha despertado particular interés es el de la bilateralidad de la conducta en términos egológicos, que aparece también, aunque no con esa expresión, ni tematizado, pero sí implícito como presupuesto, en el tratamiento que hace Hohfeld de la normación de la conducta jurídica. Según entiendo, a lo que alude con el asunto de la correlación de conceptos fundamentales «derecho subjetivo» y «deber», no es otro que la bilateralidad de la conducta jurídica. Afirma Hohfeld (1968):

Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra ‘derecho’ (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra ‘pretensión’ (*claim*) resultaría ser la mejor [...] un *deber* es el correlativo invariable de aquella *relación jurídica* que con mayor propiedad recibe el nombre de derecho (subjetivo) o *pretensión*. (pp. 50-51)

### 3. CORRELATIVIDAD DE DEBER Y PRESTACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA BILATERALIDAD ENDONORMATIVA DE LA CONDUCTA JURÍDICA

Esta cuestión de la correlación de deber y pretensión, o lo que es lo mismo —puesto que a ella como fenómeno se alude con esos conceptos—, la correlación entre dos conductas en mutua interferencia, se corresponde con el denominado tramo endonormativo de la norma jurídica concebida por la TED como un juicio disyuntivo. Como es sabido, según la TED, la endonorma menciona la relación bilateral de conductas lícitas entre, al menos, dos sujetos, donde «dado H debe ser P, por un So frente a un S» (dado un hecho antecedente como totalidad sucesiva, debe ser la prestación por un sujeto obligado frente a un sujeto pretensor). Cueto Rúa (1957) explica con total claridad que el término «H», es decir, «hechos con determinación temporal» en la simbología adoptada por la TED, equivale a lo que Hohfeld caracteriza como hechos operativos: «Se trata de aquellos hechos relevantes del caso a los que se imputa como debidos a una prestación o una sanción» (p. 147).

Esto es, volviendo al asunto de la bilateralidad, la pretensión (derecho subjetivo) de un sujeto representa la posición que por relación correlativa él adquiere frente a otro sujeto obligado a cumplir un deber en virtud de un hecho de voluntad antecedente que los vincula recíprocamente. Pero decir que la pretensión (derecho subjetivo) de A es el correlato del deber de B equivale a, por la reversibilidad de la conducta en alteridad, que la pretensión de B es el correlato del deber de A. Así afirma Hohfeld (1968), con cita de Holland (*Elements of Jurisprudence*), que el correlativo de derecho (subjetivo) es deber jurídico y que ese par de términos expresan, en cada caso, el mismo estado de cosas visto

desde ángulos opuestos (p. 53). Es decir, *pretensión* (derecho subjetivo) y *deber* son conceptos jurídicos fundamentales irreductibles, aunque correlativos, como afirma Arriagada (2018): «para Hohfeld correlatividad significa mutua implicación, los conceptos correlativos expresan *una sola relación* desde dos ángulos o puntos de vista diferentes y los dos enunciados que pueden referirse a ella son lógicamente equivalentes» (§ 70).

Todo esto, como es fácil advertir, guarda plena coherencia con la lógica jurídica formal desplegada, también, por la TED, en la medida en que asume una normación bilateral de la conducta en interferencia intersubjetiva. Por eso no puedo menos que coincidir con Arriagada (2018) cuando afirma: «Un enunciado acerca de que una persona tiene un derecho a hacer algo significa que tiene un derecho a no ser interferido por otro» (§ 74). La teoría egológica viene afirmando esto, como juridicidad del comportamiento humano a partir de las ideas de Giorgio Del Vecchio, desde la década de 1930. Así puede decir Cossio (1969) que «El Derecho está dado ya íntegro como fenómeno en cualquier acto de conducta en interferencia intersubjetiva; y sobre tales actos, una vez que ellos aparecen como fenómenos, las normas actúan constituyéndolos en sus modos de ser» (p. 90). Que la conducta humana bilateral en su interferencia intersubjetiva, cuyo parámetro de delimitación lo constituye la impedibilidad o permisibilidad recíproca, fuere o no el objeto de estudio de la ciencia jurídica, en nada impide —como bien dice Cossio— «hacer de la conducta en interferencia intersubjetiva el objeto de una investigación». Lo sorprendente del asunto es que «muy pronto habría de verse que este desarrollo coincide con lo que los juristas llaman Derecho positivo» (Cossio, 1964, pp. 13-14).

Aunque no desarrollaré en profundidad el asunto de las denominadas potestades y sujeciones como conceptos también correlativos de acuerdo con Hohfeld, a aquello se debe que sean plenamente inteligibles desde la lógica jurídica formal egológica afirmaciones de Arriagada (2018) como estas: «potestad es aquella en la que se encuentra un sujeto de cuya voluntad depende la *realización de un cambio en la relación jurídica* que se encuentra en juego», y se afirma a párrafo seguido que «el cambio de la *situación jurídica propia implica un cambio en la situación jurídica de otro y viceversa*» (§ 78 y 81). Tan es así, para la egología, que

puede hablarse con título suficiente de un coacer compartido como bilateralidad. El carácter relacional o, lo que es lo mismo, la conducta humana compartida vista desde el perfil de su impedibilidad, es lo que permite advertir el ejercicio de una potestad como un coacer, es decir, un hacer compartido de ambos sujetos. Así explicaba Cossio (1967) la relación de impedibilidad y bilateralidad presente en toda relación jurídica:

las acciones pueden interferir, no solo subjetivamente, sino también intersubjetivamente; y en este segundo modo de considerarlas tenemos, no ya el hacer frente al omitir, sino *el hacer frente al impedir*. La acción es intersubjetiva por su impedibilidad. El Derecho considera la conducta bajo esta interferencia intersubjetiva; y por eso siempre hay, por lo menos, dos sujetos en cualquier relación jurídica. (p. 84)

Nada obsta que se aluda a ello con una caracterización analítica que pueda hablar así, con los mismos títulos, en la medida en que de esa forma se verifica en la experiencia, de que el «carácter relacional forma parte del contenido de la potestad y de la sujeción» como hace Arriagada (2018, § 81). Para ello solo bastan ojos para saber verlo, aunque sobren palabras para expresarlo en un modo egológico o en un modo analítico del pensamiento normativo.

La precisión egológica de la afirmación de Arriagada en cuanto a que un derecho subjetivo supone siempre el derecho a no ser interferido por otro, no viene dada por la mera correspondencia entre su expresión y otras similares acuñadas por Cossio y todos los teóricos egológicos. La verdad de su afirmación se verifica por los hechos mismos, donde la conducta humana en relación de alteridad se presenta ante el conocimiento normativo en esa forma. Lo verifica el hecho patente de que si puedo estar diciendo esto ahora es —en cierto modo— porque tengo el derecho de decirlo, lo que supone mi derecho a no ser interferido o impedido por otro al decir lo que digo. Como afirmar Cossio (1964): «si no se sabe ver la conducta bajo el aspecto de su impedibilidad, jamás se podrá entender el contacto con los hechos que toda teoría jurídica, aun la más racionalista, lleva dentro de sí misma como una exigencia ineludible» (p. 411).

Y aquí cabe invocar la advertencia de Alf Ross (1974) en cuanto a que «quizá lo importante no es tanto la terminología en sí misma, como la conciencia de las diversas relaciones que ella revela» (p. 155).

Para reafirmar esta correspondencia que hago entre la bilateralidad de la conducta humana, que presupone, de manera implícita, la idea de correlatividad de los conceptos fundamentales de Hohfeld y que en la teoría egológica es un presupuesto explicitado de manera exhaustiva, reparo en el siguiente pasaje de Arriagada, sin hacer cuestión de la clasificación de las posiciones en activas o pasivas, sino solo en la *correlatividad* como categoría que se hace cargo de la relación de alteridad o bilateralidad. Dice nuestra autora que Hohfeld ha «*definido el concepto de derecho o pretensión simplemente como el correlativo invariable del concepto de deber u obligación*» (Arriagada, 2018, § 73). Sin embargo, en la cita que hace en su apoyo Arriagada, Hohfeld (1968) dice más precisamente: «no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto de “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable» (p. 49)<sup>2</sup>. O lo que es lo mismo, haciendo una paráfrasis, Hohfeld ha *definido el concepto de deber u obligación simplemente como el correlativo invariable del concepto de derecho o pretensión*. Con esta sutileza que evidencia la reversibilidad recíproca y relativa de los conceptos fundamentales que aluden a las posiciones de la conducta en interferencia intersubjetiva, no pretendo desacreditar el razonamiento de la profesora Arriagada en este punto. Por el contrario, coincido plenamente en que *pretensión* es el correlato de *obligación*, en el sentido de que en una relación jurídica el *sujeto pretensor* se encuentra ante el *sujeto obligado*, del mismo modo en que lo exhibe la endonorma en la teoría egológica.

Pero también coincido plenamente con el Hohfeld de la transcripción literal, en la medida en que siempre una *obligación* es el correlato de una *pretensión*, en el sentido de que en toda relación jurídica el *sujeto obligado* lo está ante el *sujeto pretensor*, e incluso el sujeto obligado puede ser pretensor, y el pretensor encontrarse obligado en relaciones jurídicas

---

2 “even those who use the word and the conception ‘right’ in the broadest possible way are accustomed thinking of ‘duty’ as the invariable correlative” (Hohfeld, 1913, p. 31).

recíprocas. Efectivamente, cuando esas relaciones son las que los juristas dogmáticos del derecho privado denominan «contratos bilaterales conmutativos», las posiciones de *pretensor* y de *obligado* son mutuamente recíprocas. Valga el ejemplo del contrato de locación, donde el sujeto «A» (So A) se encuentra *obligado* a pagar el canon locativo frente al sujeto «B», quien correlativamente *pretende* su cobro (Sp B); a la vez que el sujeto «B» (So B) se encuentra *obligado* a entregar la cosa frente al sujeto «A» (Sp A), quien correlativamente *pretende* recibirla. Es decir, los sujetos «A» y «B» son recíprocamente *obligados* y *pretensores*, es decir, cuentan con *deberes* y *derechos* recíprocos, correlativos, aunque de contenidos diversos: los unos relativos al pago del precio, los otros relativos a la entrega de la cosa. «A» tiene la *obligación* (deber) de pagar el precio y la *pretensión* (derecho) de recibir la cosa; mientras que «B» tiene la *pretensión* (derecho) de cobrar el precio y la *obligación* (deber) de entregar la cosa. O lo que es lo mismo, en la terminología egológica endonormativa: dado el acuerdo de voluntades entre A y B, debe ser la prestación por un So A frente a un Sp B, cuando hablamos del deber de A de pagar el precio; o bien, dado el acuerdo de voluntades entre B y A, debe ser la prestación por un So B frente a un Sp A, siempre que estemos ahora hablando del deber de B de entregar la cosa. Precisamente, por ejemplo, el Código Civil y Comercial Argentino dedica un capítulo a las «obligaciones» del locador y otro a las «obligaciones» del locatario.

Que la TED llame «prestación» a la obligación asumida por un sujeto correlativamente ante otro (es decir, intersubjetivamente) que asume como pretensión su derecho subjetivo al cumplimiento de aquella obligación, es decir, a que se cumpla a su respecto la prestación debida (deber), en nada obsta a la comprensión del asunto en los términos planteados por Hohfeld y que Arriagada sigue en detalle. Confío en que este esfuerzo de diálogo permitirá comprender sin dificultad, a la inversa, desde la concepción analítica hohfeldiana de Arriagada lo que, aludiendo al mismo fenómeno de normación jurídica de las conductas humanas, dice la concepción egológica cossiana que sostengo.

#### 4. JURISPRUDENCIA ANALÍTICA VS. JURISPRUDENCIA SINTÉTICA. LA PARTE DEL TODO

Hohfeld no construyó su sistema de relaciones de conceptos fundamentales en el vacío, sino que lo hizo a partir de la jurisprudencia de los tribunales de la época en la que desarrolla sus reflexiones, es decir, especialmente, las últimas décadas del siglo XIX y las primeras décadas del siglo pasado. Pero ocurre que esa jurisprudencia, con su pretensión de científicidad, se desenvuelve en el marco teórico de una jurisprudencia de intereses que se hacía cargo, a su modo, del sentido axiológico o valorativo de la determinación del sentido de las relaciones jurídicas recurriendo al auxilio de las demás ciencias sociales.

Al decir de Linares (1951):

Se suplía así una estimativa «a ojo de buen cubero» sobre los intereses sociales, para fijar el sentido valioso o desvalioso del Derecho positivo, por otra que los catava con elementos más perfeccionados: la estadística, la encuesta, los estudios administrativos, etc. Son siempre recordados como ejemplos de la implantación del «nuevo estilo», los escritos judiciales de Pound que citaban una página a lo sumo de antecedentes judiciales y quince de datos fundados en documentos técnicos, sociológicos, médicos, estadísticos, etc. (p. 11)

Recordemos a otro gran jurista norteamericano, Roscoe Pound (1870-1964), quien sobre el pensamiento de Oliver Wendell Holmes (1841-1935) cimentó las bases del realismo jurídico y el sociologismo pragmático, como reacciones —a su vez— al racionalismo analítico. Holmes pudo decir así:

La vida real del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia [...] El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede tratarse como si solo contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber de qué se trata, debemos saber qué ha sido y en qué tiende a convertirse. (*The common law*, American Bar Association, 1881)

Explica Cueto Rúa (1957) que bajo la influencia de una serie de factores entre los que destacan:

Austin y la Escuela Analítica Inglesa de Jurisprudencia, la enseñanza universitaria del Derecho, la necesidad de abstracción y generalización impuesta por el número creciente de sentencias precedentes, la difusión de «Digests» y enciclopedias jurídicas, la creciente acumulación de tareas sobre los jueces, etcétera. [...] la teoría jurídica del «common law» prestó atención creciente a las palabras como signos que aludían a conceptos dotados de independencia y autonomía y valiosos en sí mismos, y empezó a manipularlos con métodos lógicos. Tal manipuleo, desde luego, no alcanzó los extremos de la teoría racionalista alemana, pero fue lo suficientemente importante como para provocar la reacción de juristas del calibre de Holmes, Cardozo, Pound, Corbin y Bingham, y llevar a la formación de las escuelas sociológicas y realistas norteamericanas. (p. 174)

En esa misma línea, para no recurrir a filósofos de tradición egológica voy a citar a Huntington Cairns (1904-1985), un filósofo norteamericano del derecho poco recordado, en un volumen publicado en 1947 en homenaje a Pound del cual también participó Cossio:

El jurista analítico sostenía que la ciencia jurídica era una ciencia completamente autónoma. Este punto de vista culminó, al menos en el mundo de habla inglesa, en la opinión de que *la teoría general del derecho era una ciencia formal de relaciones*, haciéndose así completo el divorcio entre ella y la filosofía [...] El intento por parte de la filosofía de emular los métodos de la ciencia ha dado como resultado que su forma de investigación haya asumido las características principales de esta. Es decir que, como el temple de la época actual, *la tendencia predominante en la filosofía es analítica y no sintética*. Esta tendencia *acentúa el conocimiento de las partes y no del todo*. Ha abandonado la elaboración de sistemas totales y la actitud que trata de comprender el mundo como un todo. En sus fases constructivas avanza como la ciencia, en forma

fragmentaria y provisional. Sin embargo, el interés de la filosofía angloamericana por la ciencia se ha volcado principalmente en las actividades de las ciencias naturales [...] En lo principal, para el filósofo de habla inglesa, ciencia significa ciencias naturales [...] La filosofía tiende a la construcción de un sistema de ideas generales que explique todos los hechos de la experiencia humana. La ciencia jurídica tiene un fin similar, pero más limitado. Busca formar un sistema de ideas generales que dé cuenta de los hechos del acaecimiento jurídico. Las respuestas que la filosofía encuentra para los problemas que plantea en el dominio del derecho, no deben contradecir las soluciones que proponga en otras esferas del comportamiento humano, tales como la economía, la historia y la psicología. Pero el jurista, al menos hasta épocas recientes, no se ha sentido sometido a esa obligación. No le ha importado si sus soluciones estaban o no de acuerdo con los datos establecidos en otros campos. Aún en la actualidad encontramos tribunales que deciden casos basándose en premisas cuyos datos, según prueba empírica, han sido establecidos como erróneos, tales como las pruebas usadas para determinar la competencia mental de los testigos. *La ciencia jurídica puede lograr la construcción de un sistema coherente de proposiciones sobre el comportamiento jurídico; pero, a menos que esas proposiciones estén correlacionadas con las de otros campos, puede suceder que descansen sobre afirmaciones inconsistentes. Como la ciencia jurídica estudia solamente un aspecto de la conducta humana —así como otras ciencias sociales estudian otros— sus conclusiones serán eficaces solamente en esa área limitada.* Pero como los caracteres de ese campo limitado están sometidos a las influencias del dominio en conjunto de la actividad humana, las determinaciones de la ciencia jurídica serán necesariamente incompletas en la medida en que sean ignoradas esas influencias. Estas determinaciones serán erradas en la medida en que las influencias que no sean admitidas en la especulación jurídica afecten a los caracteres del sistema jurídico de un modo tal que, de haber sido percibidas, hubieran obligado a explicar esos caracteres en diferente forma. Por lo tanto, la ciencia jurídica, tal como se encuentra en la actualidad, es necesariamente incompleta y las afirmaciones que ha formulado pueden ser erróneas. Si la ciencia

del derecho logra un sistema de juicios que tenga una consistencia interna, este debe, además, ajustarse a los sistemas semejantes de las otras ciencias y todos ellos formar un todo coherente y unificado. (Cairns, 1951, pp. 20-22)

En términos más generales y comparando ambos sistemas, el continental romanista y el *common law*, puede decirse con Gottheil (1960) que

toda valoración jurídica es valoración de un caso concreto individual de acuerdo con patrones históricos vigentes. Por lo tanto, la valoración no alcanza una verdad completa si no se apoya debidamente en la existencia individual del caso y si no toma plena nota de las expresiones societarias que permiten acotar los patrones vigentes. En el *common law* puede escapar muy difícilmente un juez de apoyarse en los hechos del caso para hacer su valoración, porque tal apoyo le es necesario hasta para buscar la referencia en patrones vigentes. En el sistema continental muy difícilmente puede un juez escapar de tomar en cuenta los patrones vigentes, porque es a través de ellos que va a seleccionar los hechos de su caso para valorarlos. Y repitámoslo, solo llegando al fondo de ambos elementos puede un juez valorar con fuerza de convicción. El jurista del *common law* pecará más a menudo por apego a los hechos, y el jurista continental pecará más a menudo por apego a las normas generales. Pero cuando no pecan, sus actos de valoración poseen los mismos elementos esenciales. (pp. 102-103)

Con todo, volviendo sobre el concepto de «privilegio» aludido al comienzo para ejemplificar la metodología utilizada por Hohfeld al precisar los alcances conceptuales de cada término recurriendo al derecho judicial, resulta interesante reparar sobre uno de los ejemplos que utiliza. Dice Hohfeld (1968):

el *privilegio* contra la auto-incriminación significa la *mera negación del deber de declarar*, deber que tiene toda persona en relación con las cuestiones ordinarias; y, como es obvio, ese privilegio, si surge de algún lado, solo surge de leyes generales. (p. 61)

No debe perderse de vista que la preocupación lingüística de Hohfeld sobre la precisión del alcance semántico de las expresiones *derecho*, *deber*, *privilegio* e *inmunidad*, en la jurisprudencia constitucional norteamericana, parte de la base de un sistema constitucional que asienta los derechos individuales, entre otros, sobre la norma que prescribe: «Los ciudadanos de cada Estado tendrán *derecho* en los demás a todos los *privilegios* e *inmunidades* de los ciudadanos de estos» (artículo cuarto, segunda sección). El no asumir ese dato evidente y notorio, tiñe de ingenuidad toda pretensión de elevar a la categoría de conceptos generales válidos para cualquier sistema jurídico, el derivado de la preocupación por precisar el alcance de un determinado sistema. El propio Hohfeld (1968) aclara que tuvo en mira clarificar «los elementos jurídicos que entran en todos los tipos de intereses, tanto los fundados en la *equity* como los fundados en el derecho» (p. 28); de ahí que prevenga al lector:

si el título de este ensayo sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas —esto es, un estudio que podría considerarse más o menos como un fin en sí—, debo pedir excusas por rechazar de antemano tal connotación. Por el contrario, mi objetivo principal es destacar ciertos temas a menudo desatendidos que pueden ayudar a entender y a solucionar problemas prácticos, cotidianos, del derecho. (p. 28)

A su vez, en el segundo ensayo de 1917 aclaró también que

las ocho concepciones representadas en el esquema anterior fueron analizadas y comparadas en gran detalle, con el propósito no solo de exhibir su significado y alcance intrínsecos y sus relaciones mutuas, sino también de ejemplificar los métodos, buenos y malos, por los cuales se aplican realmente en el razonamiento judicial a la solución de problemas concretos de litigio. (Hohfeld, 1917, pp. 711-712; traducción propia)

En el § 70 de su trabajo Arriagada (2018) habla de una supuesta «neutralidad» del marco analítico de Hohfeld, aunque ella se refiera solo a la neutralidad respecto de la clasificación de las posiciones en *activas* y *pasivas*, frente a quienes ven en esa distinción la expresión de un criterio

valorativo, creo que puede hacerse extensiva a toda la teoría. Afirma así que en la medida de esa pretendida «neutralidad», el proyecto teórico de Hohfeld «no puede ser empíricamente refutado ni es susceptible de objeciones morales». No me veo en condiciones de refutar a Hohfeld, y en cuanto a las objeciones, en todo caso me interesan las jurídicas y no las morales, ya que estas son en cuanto morales, ajenas a la ciencia del derecho. Pero sí podré señalar alguna «objeción empírica», al menos para sospechar de ideológica esa pretendida neutralidad, puesto que me llama mucho la atención la correspondencia entre varias de las categorías que Hohfeld llama «conceptos jurídicos fundamentales» y la sección segunda del artículo cuarto de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 que habla —precisamente— de *derechos, privilegios e inmunidades* y que viene tomada de la tradición del *common law*, a la vez que la precisión de sus términos fue objeto de preocupación e interpretación por parte de la jurisprudencia norteamericana del período estudiado por Hohfeld. En nada afecta mi sospecha, más bien la incrementa, el hecho de que la Constitución argentina prescriba en su artículo 8 análoga disposición: «Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los *derechos, privilegios e inmunidades* inherentes al título de ciudadano en las demás»; como así tampoco que la Constitución de Chile carezca de una disposición similar en la medida en que la forma de Estado adoptada históricamente no ha sido la federal, sino la unitaria (artículo 3). De nuevo con Cairns, pienso que es la historia —y aquí particularmente la historia constitucional—, la política, la economía, etc., la que viene de prestado en el manejo de los conceptos estudiados, como no podría ser de otro modo, en la medida en que el derecho no es solo la parte, ni la forma, sino —también— el todo en el que se integra la parte y la sustancia a la que aquella forma se refiere.

Estos mismos conceptos son los que Arriagada, en línea con toda una tradición analítica de raigambre preponderantemente anglosajona, pretende presentar como conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, introduciendo así subrepticamente aquellas categorías desde el territorio del derecho constitucional norteamericano al interior de los postulados generales de la teoría del derecho. Sin mencionar el esfuerzo, que remite a la imagen del catre de Procusto, que se requiere al pensar las categorías jurídicas de un sistema jurídico distinto con los conceptos del constitucionalismo norteamericano. En un encuentro que lleva por título

«Constitucionalismo en Latinoamérica», no puedo menos que señalar este punto, aunque merecería de un esfuerzo de reflexión mucho mayor del que estoy en condiciones de hacer ahora.

En fin, lo que digo es que no me imagino a los filósofos del derecho del orbe anglosajón, elevando a categorías generales de la teoría del derecho, por ejemplo, a los conceptos acuñados en las constituciones latinoamericanas de las últimas décadas (Ecuador, Bolivia, Venezuela, etc.). Esto no quita, como lo señala Carrió (1967), que

Si bien el trabajo de Hohfeld fue concebido en función de las peculiaridades del sistema jurídico anglosajón y con referencia principal al aparato de conceptos que emplean los juristas de ese ámbito, sus logros son perfectamente adaptables a nuestro sistema jurídico y a nuestro aparato de conceptos. (p. 20)

Solo se limita a alertar y ser consciente de ello, para poner en cuestión esa pretendida neutralidad de los juristas y sus teorías. Nuevamente con Cossio (1962), cabe decir:

no basta la afirmación unilateral del jurista de que él hace teoría y de que, por su radicación científica, está neutralizado respecto de las fuerzas que luchan por el poder social, para tener por cierto que esa neutralidad existe. Por el contrario, se puede hacer patente que no solo el legislador, sino que también los jueces y los juristas se pronuncian, en sus sentencias y en sus libros, todos los días, por las derechas o las izquierdas en unos casos, por el totalitarismo y la democracia en otros casos. (p. 1088)

## 5. DOS PALABRAS SOBRE IDEOLOGÍA Y DERECHO

No puedo evitar, por último, desde este plano de la perspectiva egológica, que es el de la denominada «gnoseología del error», decir dos palabras sobre el juego ideológico subyacente que supone la traspolación del manejo de las categorías que Hohfeld construye a partir de una jurisprudencia norteamericana que se corresponde, a su vez, con la etapa de la posguerra civil, el desarrollo industrial y la expansión (territorial,

económica, demográfica, etc.); es decir, de sedimentación de los derechos patrimoniales de la incipiente nación constitucional que precediera a la etapa imperialista que habrá de desenvolverse en el siglo XX. Estamos hablando de una jurisprudencia previa a la Gran Guerra, a la primera gran crisis financiera, previa a *New Deal*, la lucha por los derechos civiles, el acceso a los derechos por parte de las minorías étnicas, etc. Se trata, en fin, de la jurisprudencia de un modelo económico capitalista necesitado de una determinada seguridad jurídica como base del imperialismo. Es decir, de una construcción teórica a partir de la vida jurídica de, prácticamente, otro mundo si se la compara con la vida jurídica del presente, a un siglo vista y en este margen latinoamericano.

Esto no descalifica al saber científico jurídico como tal, al estilo del recordado alegado pronunciado en 1847 por el fiscal prusiano Julius von Kirchmann (1802-1884) sobre el carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho (Kirchmann, 1949), pero al menos debe ser tenido en cuenta para prevenir al jurista sobre sus implicancias, donde las hubiera y en la medida en que las hubiera. Cito como ejemplo de este tráfico conceptual cuando Ross (1974) se pregunta y se contesta negativamente sobre la posibilidad de considerar abarcado por el concepto de *facultad* a la «libertad» para iniciar procedimientos penales cuando esa acusación es ejercida por un funcionario del Estado (fiscal):

La acusación pública difiere tan fundamentalmente de la acción privada, que prefiero reservar la palabra ‘facultad’ para la potestad de iniciar procedimientos combinada con la libertad de ejercer esta potestad en interés propio. Se sigue de aquí que aquellos deberes cuya trasgresión solo da lugar a la acusación pública que procura la aplicación de una pena, son absolutos, esto es, no hay ninguna facultad correspondiente a los mismos: no tiene facultad la parte cuyo interés ha sido lesionado, ni el Estado. (pp. 157-158)

De este modo, por caso, adquiere otro color la comprensión que alude a la garantía contra la autoincriminación como un simple *privilegio* de no declarar, en un Estado que asienta la eficacia de su sistema de enjuiciamiento penal en el modelo de *plea bargaining*, arribando en su gran mayoría a condenas prácticamente sin prueba, ni juicio, aunque

en la V enmienda se estipule que a ninguna persona «se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal». Por los mismos motivos, habida cuenta de la vivencia irrefutable de que efectivamente la acusación pública por parte del Estado en los procesos penales es realizada como una libertad de ejercer esa potestad, aunque en interés público (con todos los problemas que ello involucra y que exceden el marco de esta presentación), se advierte que el distingo de Ross obedece más al modo en que él observa la vida jurídica de su época que a las relaciones lógicas de los conceptos jurídicos involucrados. Aún hoy Estados Unidos es el único Estado americano que ha firmado (1977), pero no se ha adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en vigor desde 1978), respecto de la cual Argentina y Chile se han obligado en los años paradigmáticos de 1984 y 1990, respectivamente, y que establece, entre otras garantías: «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable» (art. 8.2.g).

Tengo la impresión de que si emprendiéramos una tarea similar a la realizada por Hohfeld para determinar el sentido del instituto que proscribe la autoincriminación en nuestros sistemas jurídicos, lo ubicaríamos actualmente no tanto como un *privilegio* entendido como la mera negación del deber de declarar, sino más bien como un *derecho subjetivo* del imputado integrando la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Dice Arriagada (2018) sobre este ejemplo de privilegio al que recurre Hohfeld, que «no se divisa quién podría estar en la posición de no-derecho correlativa» (nota 82). Creo que no resulta difícil advertir quién ocupa la posición correlativa de *deber*, como obligación de no interrogar, si concebimos al llamado «privilegio» contra la autoincriminación, como un *derecho subjetivo*.

Por supuesto que la mera adhesión a la CADH no implica que en los Estados posdictatoriales argentino y chileno se haya terminado con la autoincriminación en el proceso penal como mecanismo de obtención de condenas e imposición de penas, pero sí puede decirse que la adhesión a la CADH abrió la posibilidad de la responsabilidad internacional de los Estados obligados.

En definitiva, no es que los conceptos estudiados por Hohfeld fueran en sí unos más justos que otros, o expresaran mayor seguridad que otros. Incurrir en semejante confusión de los planos lógico y axiológico sería un error metodológico inadmisibles desde una epistemología egológica. Lo que sostengo es que esos ocho conceptos fundamentales, por ser conceptos, algo conceptúan como mención. En su momento conceptuaron los fenómenos jurídicos recogidos por la jurisprudencia estudiada por Hohfeld, quien no se desentendió de las relaciones entre estos conceptos y la justicia o injusticia de las soluciones jurisprudenciales elaboradas con ese material normativo conceptual. Así pudo concluir en que al examinar aquellos ocho conceptos jurídicos y compararlos entre sí:

Me ha guiado el propósito de poner de manifiesto no solo su intrínseco significado y alcance, sino también sus relaciones recíprocas y los métodos que se siguen al aplicarlos, en el razonamiento judicial, para la solución de los concretos problemas que se plantean en los juicios [...] Mediante ese proceso, se hace posible no solo descubrir semejanzas esenciales y analogías esclarecedoras, en medio de lo que superficialmente se presenta como una variedad infinita e irremediable, sino también discernir principios comunes de justicia y otros valores por debajo de los diversos problemas jurídicos en juego. (Hohfeld, 1968, pp. 86-87)

## REFERENCIAS

- Arriagada, M. B. (2018). Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (35). <https://journals.openedition.org/revus/4095>
- Cairns, H. (1951). La filosofía desde la teoría general del derecho. En H. Cairns (ed.), *El actual pensamiento jurídico norteamericano* (pp. 17-49). Losada.
- Carrió, G. (1947). Algunas reflexiones sobre teoría general del derecho. *La Ley*, (45), 839-846.
- Carrió, G. (1968). Nota preliminar. En Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales* (pp. 7-21). CEAL.

- Carrió, G. (1984). Genaro Carrió (Buenos Aires). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (1), 49-51.
- Carrió, G. (1989). Recordando a Cossio. En AA. VV., *Doctor Carlos Cossio. Homenaje* (pp. 5-6). UNT.
- Cossio, C. (1962). La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época. *La Ley*, (108), 1088-1092.
- Cossio, C. (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (2.<sup>a</sup> ed.). Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1967). *El derecho en el derecho judicial* (3.<sup>a</sup> ed.). Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1969). *La causa y la comprensión en el derecho* (4.<sup>a</sup> ed.). Juarez Editor.
- Cueto Rúa, J. (1957). *El common law*. La Ley.
- Gottheil, J. (1960). *Common Law y Civil Law*. Abeledo Perrot.
- Hohfeld, W. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 23(1), 16-59.
- Hohfeld, W. (1917). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 26(8), 710-770.
- Hohfeld, W. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. Carrió, trad.). CEAL.
- Kirchmann, J. von (1949). El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. (W. Goldschmidt, trad.). En AA. VV., *La ciencia del derecho* (pp. 247-286). Losada.
- Laclau, M. (2010). *Sendas del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Abeledo Perrot.
- Linares, J. F. (dir.). (1951). *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Losada.
- Nino, C. S. (1990). Entrevista a Genaro Carrió. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (7), 343-352.
- Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia* (G. Carrió, trad.). EUDEBA.
- Squella, A. (1988). Carlos Cossio. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (6), 255-257.