

Informe de Investigación

Título: Los Derechos Subjetivos

Rama del Derecho: Filosofía del Derecho	Descriptor: General. Principios Básicos.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Concepto de Derecho Subjetivo, origen, elementos, manifestación, como creación del derecho objetivo, teorías.
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 06 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
a) LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	2
I. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.....	2
II. ORIGENES DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO.....	2
III. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO.....	3
IV. FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO SUBJETIVO.....	4
V. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	4
VI. TEORIAS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	6
VII. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	8
VIII. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	10
b) LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	11
c) EL DERECHO SUBJETIVO COMO TECNICA JURIDICA ESPECIFICA.....	13
EL DERECHO SUBJETIVO COMO PARTICIPACION EN LA CREACION DEL DERECHO OBJETIVO.....	15
DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES Y POLITICOS.....	15
d) PRINCIPALES TEORIAS ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO.....	17
SUPUESTOS JURIDICOS Y CONSECUENCIAS DE DERECHO.....	17
TESIS DE BERNARDO WINDSCHEID.....	17
TESIS DE RODOLFO JHERING.....	18
CRITICA DE LA TEORÍA DEL INTERÉS.....	19
TEORÍA ECLECTICA.....	20
e) CLASES DE DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS.....	21
DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS, PERSPECTIVAS HISTÓRICAS.....	22
FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.....	23

1 Resumen

En el presente resumen se presenta una explicación doctrinaria muy completa con extractos de libros de autores de peso como, Miguel Reale, Gérard Cornu, Eduardo García Máynez, Máximo Pacheco, y el jurista clásico Hans Kelsen. Presentando una serie de teorías, críticas, nociones básicas, tipos entre otros del tema de los derechos subjetivos.

2 Doctrina

a) **LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

[PACHECO]¹

I. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

Si examinamos la actuación de las personas como titulares de ciertas facultades, vemos que ellas son dueñas de exigir ciertas conductas a los otros. Estas facultades se pueden manifestar de diversas maneras: como una imposición a los demás de hacer algo, de abstenerse de hacer algo, etc. Son estas facultades que tienen los hombres, de determinar normativamente la conducta de los otros, las que constituyen los derechos subjetivos.

"La noción de derecho subjetivo está contenida, implícitamente, en la del Derecho objetivo. El concepto del Derecho es único; si se habla de Derecho objetivo y subjetivo es tan sólo porque se mira bajo diversos aspectos: el Derecho, considerado en sí, como norma, se llama objetivo; visto en relación con el hombre que actúa según la norma, se llama subjetivo. Es evidente que no estamos en presencia de dos conceptos distintos y contrapuestos, sino de dos aspectos de una idea única que se presuponen entre sí y se complementan recíprocamente. La norma de obrar envuelve poder de obrar según la norma, y el poder de obrar presupone una norma que le asigna límites y lo garantice. Por esto, de la definición del Derecho objetivo se obtiene la correspondiente al derecho subjetivo, que podría formularse de este modo: poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley".

En nuestro concepto, el derecho subjetivo es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber.

II. ORIGENES DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO

Michel Villey, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, sostiene que los romanos no desarrollaron la noción de derecho subjetivo y se interesaron tan poco por ella que ni

siquiera tenían un término genérico para designarla.

Si nos remontamos en la historia de la filosofía del Derecho encontramos la primera noción de derecho subjetivo en lingo Grocio (1583-1645) quien en su obra "de] Derecho de la Guerra y de la Paz" (1625) expresa que "derecho es la cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo injustamente. Corresponde este derecho a la persona, aun cuando algunas veces sigue a la cosa, como las servidumbres de los predios, las cuales se llaman derechos reales en comparación a otros meramente personales; no porque no correspondan también ellos a la persona, sino porque no corresponden más que a quien posee determinada cosa. Y la cualidad moral perfecta la llamamos nosotros facultad, y la menos perfecta, aptitud: a las cuales corresponden en lo natural, a aquélla ciertamente el acto, y a ésta la potencia. Los jurisconsultos llaman a la facultad con el nombre de lo suyo; nosotros, en adelante, la llamaremos derecho propio y estrictamente dicho; en el cual se contienen la potestad, ya en sí, la cual se llama libertad, ya en otros, como la patria, la señorial; el dominio, pleno o menos pleno, como el usufructo, y el derecho de pignorar; y el crédito, al que corresponde como contrario la deuda".

Samuel Puffendorf (1632-1694) se inspiró en esta concepción y dio una especial consideración a los derechos del hombre sobre sus deberes.

Cristián Tomasio (1655-1728) sigue esta inspiración al establecer que el Derecho tiene por principio lo justo, que según él puede expresarse mediante la máxima: "no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho a ti".

Por todo lo expuesto podemos afirmar que la noción de derecho subjetivo se remonta al siglo XVII.

Miehel Villey considera que los inspiradores de esta concepción fueron pensadores contrarios a la filosofía de Aristóteles y a su idea de Derecho Natural y que ellos no pudieron evitar la tesis del doble sentido del derecho y del reconocimiento de la anterioridad histórica y lógica del sentido objetivo.

Según Villey la noción de Derecho objetivo es un producto del pensamiento griego, fundado en la creencia de la existencia de un orden natural que reina en el mundo social; y la noción de derecho subjetivo deriva de una concepción del mundo moderno, en que no se considera al hombre como una pieza de un todo organizado sino como un ser dotado de libertades naturales.

Para Villey, "la noción general de poder del individuo —derecho subjetivo, base de un nuevo arte jurídico— es e] aporte de la filosofía moderna".

III. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

"En el derecho subjetivo se encuentran siempre dos elementos: uno, es la posibilidad de querer y de obrar, conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento interno; el otro, está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento al cual podemos denominar externo, porque se desenvuelve frente a los demás. Ambos elementos son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, ni debe confundirse con la posibilidad física..."

"Es verdad que, aun cuando ambos elementos son necesarios, a veces predomina uno, a veces otro. En los derechos llamados "relativos" o "de obligación" predomina el elemento de la pretensión: frente al sujeto activo o titular del derecho vemos en seguida otro sujeto, que es el obligado, aquel a quien se refiere la pretensión. Los dos sujetos se contraponen de un modo inmediato. En cambio, en los llamados derechos "absolutos" o "erga omnes" (cuales son, por ejemplo, los derechos reales), mientras que se descubre bien pronto y claramente la figura del titular, no se ve frente a éste un sujeto determinado. Así, por ejemplo, la figura jurídica de la propiedad (especie principal y típica de los derechos reales) aparece a primera vista como una relación entre el hombre y la cosa, y así fue muchas veces definida. Pero esta definición es inexacta, porque la relación jurídica se da siempre entre personas; para admitir una relación jurídica entre hombre y cosa sería preciso admitir el absurdo de que la cosa estuviese obligada frente a la persona. Es fácil demostrar que también en el derecho de propiedad hay sujetos a los cuales se refiere la pretensión del propietario; estos sujetos son todos los no propietarios".

IV. FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO SUBJETIVO

El derecho subjetivo puede manifestarse de diversas formas:

A) Como derecho de libertad jurídica. En este caso el titular puede optar entre ejecutar o no la conducta a que se refiere la facultad jurídica respectiva. Por ejemplo, el derecho que tiene una persona para contraer matrimonio.

B) Como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico. En este caso el titular del derecho subjetivo puede crear nuevos derechos y obligaciones mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por ejemplo el derecho que tiene una persona para establecer una fundación.

C) Como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno. En este caso el titular del derecho puede exigir de otro el cumplimiento de su deber correlativo. Por ejemplo el derecho que tiene el acreedor de exigir al deudor el pago de lo adeudado.

D) Como derecho de cumplir el propio deber. En este caso el titular, a quien se le ha impuesto un deber, tiene el derecho de cumplir ese deber y de solicitar que se prohíba a los demás que le impidan ese cumplimiento. Por ejemplo el derecho que tiene el deudor de pagar por consignación cuando el acreedor rehusa recibir el pago.

V. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Las principales teorías que niegan la existencia de los derechos subjetivos son las siguientes:

A) Teoría de Léon Duguit. (1859-1928). El niega que existan derechos subjetivos y afirma que ni los individuos ni la colectividad tienen derechos. Al respecto expresa: "Estimo que individuo y colectividad carecen de derechos; pero los primeros en su calidad de entes sociales deberán acatar la regla social; un acto que quiebre esta regla traerá necesariamente una reacción, diversa en el tiempo y en el espacio, así como los actos que acomodan su existencia a la norma, tendrán una



sanción variable en función de la época y del lugar". Según Duguit, de existir el derecho subjetivo, sería un problema insoluble. Esto, porque sólo podría basarse en la noción metafísica de voluntad, que precisamente por ser metafísica, no puede ser demostrada. Si nosotros aceptamos el derecho subjetivo, éste implicaría una jerarquía de voluntades ya que sitúa frente a frente dos voluntades: una que subordina y otra subordinada a la primera. Y como esta jerarquía de voluntades también representaría una noción de carácter metafísico, también sería imposible de demostrar. El derecho subjetivo es para él una pura abstracción; abstracción que se desentiende por completo de la realidad. El hecho que existan personas que afirmen su existencia, se debe solamente a que el concepto de derecho subjetivo reviste una caparazón romana que lo protege y defiende. Duguit afirma que no existen los derechos subjetivos; lo que sí existen son "situaciones subjetivas jurídicas". La génesis de este concepto es, para Duguit, la siguiente: la norma jurídica, que en su origen reviste un carácter objetivo y social, al ser aplicada al individuo en sí se transforma en una norma particular, singular, individual, y de esta manera nacen las "situaciones jurídicas subjetivas". Estas "situaciones jurídicas subjetivas", como representan una concretización de la regla de Derecho objetivo en el sujeto individualmente considerado, suponen la idea de solidaridad social. Esto significa que esas situaciones subjetivas no afirman poderes del hombre sobre el hombre, sino que ellas solamente representan "funciones sociales". Por ello afirma Duguit que nosotros, como miembros de la colectividad, no poseemos derechos sino únicamente deberes.

B) Teoría de Hans Kelsen (1881-1973). La Teoría Pura del Derecho reduce la concepción del derecho subjetivo al Derecho objetivo al afirmar que "hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses con un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste...".

"Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría Pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas".

C) Teoría funcional del Derecho. La teoría funcional del Derecho, que se ha desarrollado especialmente en los Estados Unidos de América, postula "la eliminación de los conceptos desprovistos de significado, de aquellos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo; esta teoría considera también necesaria la supresión de los problemas desprovistos de significado, ya que cree que sólo hay dos cuestiones con significación en el campo del Derecho. Una es: ¿cómo deciden de hecho los tribunales casos de un tipo determinado?; y la otra es: ¿cómo deberían decidir los tribunales casos de un tipo determinado? Finalmente la teoría funcional postula la redefinición de los-conceptos porque considera que "en lugar de presuponer causas ocultas o principios trascendentales detrás de todo lo que vemos o hacemos, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones, o funciones, o complejos, o pautas, o arreglos, de las cosas que efectivamente vemos o hacemos. Todos los conceptos que no puedan ser definidos en

términos de los elementos de la experiencia efectiva carecen de significado". Entre estos conceptos está el de derecho subjetivo.

VI. TEORIAS QUE AFIRMAN LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

A) Teorías a base de técnica jurídica.

Dos son los exponentes máximos de la teoría de los derechos subjetivos a base de técnica jurídica: François Gény y Alf Ross.

El jurista francés François Gény (1861-1959), sostiene que el Derecho reviste dos aspectos fundamentales: por un lado está la ciencia de la disciplina jurídica y por el otro la técnica, que representan el contenido y la forma del Derecho, respectivamente.

Es entre las nociones de técnica donde Gény clasifica el concepto de derecho subjetivo. El derecho subjetivo es una noción de técnica jurídica. Como tal, no puede ser un producto de la naturaleza de las cosas, sino que es un mero artificio jurídico. Por esta razón, para Gény el concepto de derecho subjetivo no tiene por qué permanecer constante e invariable; perfectamente puede cambiar e incluso desaparecer, siempre que aparezca otro concepto mejor, para reemplazarlo más efectivamente. Y entonces, ¿para qué mantiene Gény el concepto de derecho subjetivo? Simplemente porque en el momento actual éste le parece útil y porque actualmente no hay otro concepto que lo pueda reemplazar eficazmente.

Como el derecho subjetivo es una construcción, una noción creada artificialmente por el espíritu humano, constituye un estorbo en el acercamiento entre el ideal de justicia y la vida social, que es, para Gény, el objeto primero y fundamental del Derecho. Una vez que este acercamiento se haya producido real y efectivamente, el concepto de derecho subjetivo podrá desaparecer, pero en este momento su utilidad es inmensa, porque permite poner orden en la multiplicidad de situaciones jurídicas que existen y su contenido está formado por ideas aptas para hacer progresar el Derecho.

El jurista danés Alf Ross sostiene, que los conceptos fundamentales pertenecientes a la esfera de los derechos subjetivos no han sido creados por los juristas sino heredados de ideas generalmente aceptadas. Según Ross, el concepto de derecho subjetivo puede ser determinado en tres contextos:

a) En el Derecho vigente la expresión derecho subjetivo no tiene ninguna referencia semántica. Las frases en las que ella aparece pueden ser reescritas sin hacer uso de dicha expresión, indicando la conexión que existe en las directivas jurídicas entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionales.

b) En las argumentaciones de los abogados ante los tribunales y en los fundamentos de las decisiones judiciales ocurre algo semejante a lo expuesto anteriormente.

c) El concepto de derecho subjetivo se emplea en enunciados que no parecen exponer normas jurídicas sino describir hechos.

"Podemos concluir, por lo tanto, que en todos los contextos que hemos considerado los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el Derecho vigente o su aplicación

a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas"

Según Alf Ross, el concepto de derecho subjetivo es una herramienta técnica que no designa ningún fenómeno que exista en ciertas condiciones específicas y por eso es perfectamente posible exponer el Derecho vigente sin emplear el concepto de derecho subjetivo.

B) Teorías del derecho y la acción.

Los principales exponentes de las teorías que confunden el derecho con la acción son Joseph Barthélemy y Augusto Thon.

El jurista francés Joseph Barthélemy (1874-1945), define al derecho subjetivo diciendo que "es aquel cuya realización puede obtenerse por un medio jurídico puesto a disposición del titular. Este medio jurídico es la acción". Barthélemy admite, tácitamente, que este concepto de derecho subjetivo no es el verdadero, al decir que en verdad la acción sólo es un medio formal; pero considera que este medio es mil veces preferible a cualquier otro, empleado por aquellas personas que tratan de encontrar el fundamento del derecho subjetivo y sólo consiguen enredarse en el Derecho Natural.

El jurista alemán Augusto Thon (1839-1912), sostiene que la norma de Derecho y su infracción son del dominio del Derecho Público. Este punto de vista lo explica diciendo que toda norma tiende a la protección de un bien y que esta protección es esencialmente pública. Para Thon sólo existe derecho subjetivo al producirse una infracción a la norma, infracción que pone a disposición del perjudicado por ella una acción cuyo objeto es perseguir la sanción a la trasgresión de la norma. Los derechos subjetivos son "intereses jurídicos protegidos por la policía jurídica". Esta protección, que se realiza a través de lo que Thon llama "policía jurídica", tendrá la calidad de derecho subjetivo sólo en la medida en que una acción se ponga a disposición del individuo lesionado en sus intereses.

C) Teoría de la realidad de los derechos subjetivos.

Entre los autores partidarios de esta teoría mencionaremos a Raymond Saleilles (1855-1912), Paul Cuhe y George Ripert (1880-1959).

Para esta teoría el derecho subjetivo consiste en relaciones jurídicas que se establecen entre los individuos. Estas relaciones pueden ser de carácter eminentemente personal o tener como objeto cosas determinadas. Sea como fuere, siempre estaremos frente a una realidad; y esta realidad es la relación misma. La existencia del derecho subjetivo radica en el hecho que la relación que establece es una realidad jurídica.

Para esta teoría, el hecho de celebrar un contrato, de ejercer el derecho de propiedad, de recurrir a la fuerza si es necesario para asegurar su respeto, no son conceptos vacíos; son realidades que se llaman derechos subjetivos.



La existencia de relaciones supone siempre la existencia de los principios que forman su base y de los cuales derivan. En lo que se refiere a los derechos subjetivos, estos principios son las normas objetivas de Derecho, que tienen por misión permitir el natural desenvolvimiento físico y espiritual del hombre.

De esta manera, aplicando las normas del Derecho objetivo, el hombre tiene la facultad de fundar una familia a través del matrimonio; así nacen los derechos del padre, del hijo, de la potestad marital, etc. Igualmente, de acuerdo con las normas objetivas, es justo que el hombre sea dueño de bienes, y de esta manera nacen los derechos de propiedad, de crédito, etc.

Por lo tanto, los derechos vienen a ser la aplicación a los casos individuales de las normas jurídicas.

Para esta teoría la realidad del derecho subjetivo es la existencia de ciertas relaciones jurídicas sancionadas por una acción, que se establecen en virtud de los principios objetivos de Derecho entre dos o más sujetos, con el propósito de realizar un interés protegido por la ley.

También afirma la realidad del derecho subjetivo el profesor de la Universidad de Lovaina, Jean Dabin, quien expone que "en cualquiera perspectiva que se le mire y considere, en sí mismo y aparte de] derecho objetivo, o bien en el marco y a partir del Derecho objetivo, el derecho subjetivo es una noción no sólo defendible, sino indispensable. Es imposible construir el Derecho sin esa noción, porque ella es la traducción inmediata, sin disimulo ni doblez, de una realidad elemental: la de que si los hombres están sometidos a una regla social, que por otra parte existe para ellos y para su bien, son, sin embargo, seres individuales. La sociedad existe, y por consecuencia la regla; pero también existe el individuo. La sociedad y la regla social no suprimen el derecho subjetivo".

"El movimiento es doble. De una parte, el derecho subjetivo, en el sentido moral, que es anterior a la sociedad, pasa a la regla social garantizada: se trata de los "derechos del hombre", convertidos, gracias a esa mutación, en derechos subjetivos jurídicos. Por otra parte, en cumplimiento de su misión de coordinación y armonía, la regla social se ve llevada a establecer íntegramente unos derechos subjetivos puramente jurídicos, que sólo en ella tienen su base. Pero de todas formas el sentido de la intervención de la regla, el resultado a que tiende, es la colación de derechos. No se refiere solamente a individuos que van a beneficiarse del juego de una regla; se trata de individuos investidos por esa regla de prerrogativas que les son propias y de las que son reconocidos como dueños. Del Derecho objetivo sale un derecho subjetivo".

"A la luz de las explicaciones precedentes, la definición del derecho subjetivo podría hacerse con la fórmula siguiente: el derecho subjetivo es la prerrogativa, concedida a una persona por el Derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el Derecho objetivo, pero dentro de estos límites el titular del derecho subjetivo tiene el pleno dominio de su bien".

VII. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los juristas que afirman la existencia del derecho subjetivo, no siempre están de acuerdo respecto de los elementos que lo integran. Así, unos sostienen que e] elemento principal es la voluntad,

otros afirman que lo primordial en la noción de derecho subjetivo es el interés, y un tercer grupo afirma que ambos elementos, voluntad e interés, son los determinantes del concepto.

Estas tres posiciones se traducen en otras tantas teorías, a saber: a) La teoría de la voluntad; b) La teoría del interés; y c) La teoría de la voluntad y el interés combinados o teoría ecléctica.

A) Teoría de la voluntad.

La teoría de la voluntad fue formulada, por primera vez, por el jurista alemán Federico Carlos de Savigny (1779-1861), pero su representante máximo es Bernardo Windscheid (1817-1892).

Para Bernardo Windscheid, el derecho subjetivo es un poder o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico positivo.

Afirma este jurista que el derecho subjetivo se puede considerar en dos acepciones: primero el derecho-facultad se nos presenta como derecho a una cierta conducta, a cierta acción u omisión, tanto de una persona singular como de todas las otras que se encuentran frente a ésta. Respecto de esta clase de derechos, el Derecho objetivo, la legislación positiva, nos da una norma que prescribe cierta conducta que debemos observar frente a la prerrogativa que ese mismo Derecho objetivo ha puesto a disposición de otro sujeto. El ordenamiento jurídico entrega esta prerrogativa para actuar o no actuar a la voluntad del individuo, quien puede o no hacer uso de esta facultad; o sea, es la voluntad del individuo la que realiza esa facultad que el ordenamiento jurídico le ha dado.

Antes de referirse a la segunda acepción de la noción de derecho subjetivo es necesario hacer un alcance: en la primera categoría de derechos a que nos referimos, ellos existen por un mandato del Derecho objetivo y por esto a la voluntad del individuo sólo le corresponde realizar estos derechos subjetivos; en cambio no sucede tal cosa al decirse, por ejemplo, el dueño de una cosa tiene derecho a venderla, el acreedor a ceder su crédito, etc. En estos casos la voluntad del individuo no sólo realiza el derecho sino que también lo crea. La voluntad del sujeto es decisoria para el nacimiento y también para la modificación o extinción del derecho.

Lo que tienen de común ambas categorías es que la voluntad, en los unos y en los otros, es necesaria para su realización. Sin la intervención del elemento volitivo, el derecho subjetivo sólo es tal en potencia. El papel de la voluntad es aún mayor en la segunda categoría de derechos a que se refiere Windscheid, en que llega a crear, modificar o extinguir el derecho, a la par que lo realiza.

Windscheid concluye que, sin el elemento voluntad, no se puede hablar de derechos subjetivos. Es la voluntad la que permite que el sujeto sea titular de un derecho. Por esto, como afirma Savigny, el derecho subjetivo es una esfera, que representa al ordenamiento jurídico, en la cual reina la voluntad, y reina con nuestro consentimiento.

B) Teoría del interés.

El jurista alemán Rodolfo von Ihering (1818-1892), desarrolla su teoría sobre los derechos subjetivos en la obra titulada "El espíritu del Derecho Romano".

La teoría del interés es opuesta a la teoría de la voluntad. Para la teoría de la voluntad la esencia del derecho subjetivo es un acto de voluntad. Von Ihering rechaza este planteamiento, diciendo que la voluntad no es otra cosa que el objeto del derecho subjetivo, su fuerza motriz.



Para von Ihering, los derechos subjetivos existen en razón de la existencia de ciertos fines que el individuo desea alcanzar. Estos fines, estos intereses, son el alma del derecho subjetivo, que la ley decide proteger. Por eso von Ihering define a los derechos subjetivos como "intereses jurídicamente protegidos" y distingue en ellos, dos elementos: la esencia del derecho, el elemento sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, y el elemento externo, el elemento formal, que es la protección jurídica del derecho. En gráfica expresión dice von Ihering que el primero de estos dos elementos es el fruto, y el segundo, el formal, la cascara de este fruto.

Para von Ihering, utilidad, bien, valor, goce, interés, es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento recién enunciado. Pero el derecho no da a estos conceptos una medida exclusivamente económica. Hay otros intereses fuera de los netamente pecuniarios que deben ser protegidos. Por encima de la riqueza material hay bienes morales, mucho más dignos de ser protegidos: la libertad, el honor, etc. Para von Ihering cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador, que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así, intereses y derechos son, en cierto modo, teóricamente paralelos.

C) Teoría de la voluntad y del interés.

El creador de esta teoría es el jurista alemán Ernst Immanuel Bekker. Sin embargo, quien la formuló con mayor perfección fue el francés León Miehaud en su obra "La teoría de la personalidad moral". A Miehaud se le debe también que la teoría en referencia sea llamada "teoría ecléctica", ya que ella toma de las demás teorías todo lo que le parece bueno. Otro de los seguidores de esta teoría es el ex profesor de la Universidad de Ilei delberg, Jorge Jelb'nek (1851-1911), para quien "el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual".

Para ellos las dos teorías anteriores nos dan una visión incompleta de lo que son los derechos subjetivos. La estructura del derecho subjetivo no se compone exclusivamente de un interés que la ley protege ni tampoco exclusivamente de un acto de voluntad. Ambos, voluntad e interés, son elementos estructurales del derecho subjetivo, pero es necesario reunirlos, combinarlos, porque por sí solos son insuficientes para explicar la estructura del derecho subjetivo.

Para esta teoría el derecho subjetivo tiene dos elementos: el interés o beneficio y la voluntad. Estos dos elementos: el goce, interés o provecho más el poder de actuar, de disponer, son básicos de todo derecho. Sólo si los reunimos podremos tipificar completamente el derecho subjetivo. Por ello para esta teoría el derecho subjetivo es el poder de obrar de una persona individual o colectiva con la mira de realizar un interés dentro de los límites de la ley.

VIII. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Clasificación que atiende al carácter público o privado.

La mayoría de los tratadistas afirman que existen derechos subjetivos públicos o privados. Para distinguir entre ambos hay que considerar la norma de Derecho objetivo en que se fundamentan: si



ésta es de Derecho Público o de Derecho Privado. A este respecto expresa Roberto de Ruggiero: "Por sujeto a que la norma se refiere no debe entenderse el sujeto de la facultad o pretensión que de la norma brota, sino que la persona en interés de la cual se da la norma. Y esto explica como puede ser titular del derecho subjetivo público, no sólo el Estado, sino también el ciudadano. Por el contrario, no es decisiva para determinar la naturaleza del derecho subjetivo la cualidad, porque si normalmente al particular corresponden los derechos subjetivos privados, y al Estado los derechos subjetivos públicos, existen algunos de estos derechos subjetivos públicos que corresponden al particular (como por ejemplo, el electoral) y otros privados, que competen al Estado y a otras colectividades en cuanto éstas y aquél se presentan con una determinada relación desprovista de carácter político".

Hay autores que afirman que sólo el Estado puede ser titular de los derechos subjetivos públicos. El derecho subjetivo público individual, como ser el electoral, que corresponde al ciudadano, no podría ser entonces un derecho subjetivo, ya que esta concepción significaría que el individuo frente al Estado no puede tener derechos. El Estado sería un ente político soberano, que dicta a los que lo forman: normas, obligaciones, limitaciones; pero el Estado no podría sufrir en estas condiciones esas limitaciones en sí mismo. No es difícil demostrar lo errado de esta concepción que significa una exageración desmedida en cuanto al poder estatal. No podemos negar que cuando el ciudadano ejerce una facultad que posee en su calidad de miembro integrante del grupo social, lleva en sí el interés general de todos. Esta facultad que el ordenamiento jurídico protege y garantiza, constituye de esta manera un verdadero derecho subjetivo.

Hay otros autores que sostienen que el Estado no tiene derechos subjetivos públicos. Según ellos, el Estado sólo tiene "poderes", pero no derechos.

Sin embargo, podemos decir que existen derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados. Los primeros pueden pertenecer al Estado y demás comunidades de orden político y también a los particulares; y los derechos privados a su vez pertenecen fundamentalmente a los particulares, pero también pueden pertenecer al Estado.

Los derechos subjetivos públicos no deben ser considerados como sinónimos de los derechos políticos. Los derechos políticos sólo constituyen una categoría de los derechos públicos los cuales son múltiples y de variada índole (derecho a la percepción de los impuestos, derecho de los empleados a ser promovidos, etc.) y pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo.

b) LOS DERECHOS SUBJETIVOS

[CORNU]²

En forma general el derecho subjetivo se define como una prerrogativa reconocida a una persona por el derecho objetivo, destinada a la satisfacción de un interés personal. Esta definición aproximada (lo mismo que las variantes múltiples que ya hemos mencionado) es una definición doctrinal. En el derecho francés no existe una definición legal del derecho subjetivo.

No obstante, los derechos subjetivos tienen una base positiva y aun legal. A falta de una noción



general, la ley consagra los tipos esenciales de derecho subjetivo. El artículo 259 del Código Civil costarricense da la definición del derecho real: derecho real es el que se tiene en una cosa, o contra una cosa sin relación a determinada persona. Por su parte el artículo 277 expresa que "El derecho de posesión consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho". "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley y el reglamento".

Los derechos subjetivos tienen también una base popular. Este fundamento, este apego es casi visceral en cada uno de nosotros. La afirmación de un derecho individual (esto es mío, es mi derecho, es mi objeto) es una de las aspiraciones más vivas y más espontáneas de la personalidad, desde la más tierna edad. El instinto posesivo está, sin duda, en la raíz del derecho subjetivo.

La verdad es que el derecho subjetivo, aunque no se preste para definirlo conceptualmente, existe como noción elemental del derecho positivo francés y constituye una de las realidades fundamentales de nuestro sistema jurídico. Las definiciones doctrinales, aunque sean imperfectas, ayudan a discernir los dos aspectos del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo constituye en sí una prerrogativa individual. Tiene un titular: el sujeto de derecho. Confiere a este beneficiario cierta libertad, una facultad, un poder, "poder de actuar"; le abre y le reserva, "cierta esfera de actividad".

Le procura la satisfacción individual de un interés personal (algunos ponen el acento en la noción de poder, otros en la de interés).

No obstante, esta prerrogativa individual se ubica bajo protección del derecho objetivo. El derecho subjetivo, poder reconocido y consagrado por el derecho objetivo, se define como un interés legítimo o, más aún (fórmula célebre), como un "interés jurídicamente protegido". El derecho objetivo aporta su protección al derecho subjetivo. Lo sanciona. Concorre a asegurar su respeto.

Esta tutela no es, sin embargo, incondicional. El derecho objetivo es también para el derecho subjetivo un límite, una fuente de control. El derecho subjetivo, en cuanto prerrogativa individual pero no absoluta, está sujeto, desde su creación y durante su realización, a reglas que temperan el absolutismo y atenúan el exceso de individualismo que ese derecho podría desarrollar. El derecho objetivo sólo consagra los derechos subjetivos legalmente creados. Prohíbe al titular de un derecho abusar de él. Ofrece una garantía controlada, una consagración condicionada.

Indicaciones generales muy abstractas: la noción de derecho subjetivo solamente se aclara con la consideración concreta del dominio en que se desarrolla el derecho. Manteniéndonos en este terreno, la distinción mayor divide los derechos subjetivos en derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales. Estas dos categorías fundamentales corresponden a dos órdenes de valor irreductibles uno a otro.

c) EL DERECHO SUBJETIVO COMO TÉCNICA JURÍDICA ESPECÍFICA

[KELSEN]³

Hacer depender la ejecución de las sanciones de la demanda de cierto individuo (el actor), o conceder "derechos subjetivos", en el sentido técnico de la palabra, es —como ya se dijo— un rasgo típico de la técnica del derecho civil. La aplicación real de la norma jurídica se hace, pues, depender en cada caso de que el titular del derecho (o su representante) estén en realidad suficientemente interesados en la aplicación de la norma, para iniciar, por la presentación de una "demanda", el procedimiento que ha de conducir a la ejecución de la sanción. Al hacer depender la aplicación de la norma jurídica de la declaración de voluntad de cierto individuo, el legislador considera como decisivo el interés de éste. Con cierta frecuencia, sin embargo, la aplicación de una norma interesa a los demás o a la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica, y no solamente a un individuo determinado. Que la sanción establecida por el orden jurídico se ejecute contra un deudor que no cumple sus obligaciones, interesa a todo aquel que pueda llegar a ser acreedor; es más: a todo aquel que desee el mantenimiento del orden jurídico. La comunidad jurídica tiene, como suele decirse, el interés de que todas las normas del derecho objetivo sean obedecidas y aplicadas. En un ordenamiento jurídico basado en los principios del capitalismo privado, la técnica del derecho civil está condicionada por la circunstancia de que el legislador deja de atender al interés colectivo en la aplicación de las normas y concede importancia real únicamente a los intereses de los particulares. Por ello es que el proceso que culmina en la ejecución de la sanción se inicia y desenvuelve sólo como consecuencia de una declaración de voluntad hecha al efecto por una persona privada, el actor.

En este respecto, el derecho penal presenta una técnica opuesta. Un proceso penal no puede ser iniciado, por regla general, por la persona cuyos intereses resultan más directamente perjudicados por el delito. Comúnmente es una autoridad pública, un órgano de la comunidad, el facultado y, generalmente también, el obligado a ejercitar la acción indispensable. 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. En esta esfera, en la cual tienen que ser protegidos intereses de importancia vital para la comunidad, el legislador coloca el colectivo por encima del privado. Sin embargo, el proceso penal tiene la misma forma o, al menos, la misma apariencia externa que el civil; éste presenta la de una contienda entre dos particulares, demandante y demandado; el proceso penal la de una controversia entre la comunidad jurídica, es decir, el Estado, representado por uno de sus órganos, y un particular, el acusado.

La técnica del derecho moderno, civil y criminal, de acuerdo con la cual el proceso que conduce a la sanción sólo puede ser iniciado por la presentación de una demanda por el individuo designado; técnica según la cual el procedimiento de los órganos jurisdiccionales, los tribunales, tiene el carácter de una controversia entre dos partes, no es la única posible. La sanción podría ser aplicada por un órgano del Estado sin acción previa de otro- órgano estatal, como sucede en el derecho penal, o de un particular, como acontece en el civil. Si el orden jurídico fuera de esta naturaleza, crearía a pesar de todo un deber jurídico de abstenerse del acto violatorio, mas no concedería a ninguna persona el derecho de exigir el cumplimiento de tal deber. No se concibe un



derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra).

En cuanto el derecho subjetivo de un individuo sólo es posible en relación con el deber jurídico de otro, todos los derechos subjetivos son relativos. Los deberes jurídicos son relativos todos, sólo en cuanto una persona está obligada a conducirse de cierta manera en relación con otra, la cual puede ser, pero no es necesariamente, titular de la correspondiente facultad jurídica (en el sentido técnico o estricto de la palabra).

Los términos "absoluto" y "relativo" son sin embargo entendidos en otro sentido cuando se distingue entre deberes y derechos absolutos y relativos.. Deberes relativos son aquellos que se tienen frente a un individuo determinado; absolutos los que se tienen frente a un número indeterminado de individuos o frente a todo el mundo. No matar, no robar, no interferir con otros en la disposición de su propiedad, son deberes absolutos. El del deudor de devolver al acreedor la cantidad prestada, es en cambio relativo. Un derecho subjetivo relativo, en este sentido estricto, es un derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada; mientras que un derecho absoluto implica deberes de un número indeterminado de personas. Derecho relativo típico es el de crédito; el acreedor sólo puede exigir del deudor el pago de la cantidad prestada. La propiedad es un derecho absoluto: el propietario tiene el derecho de exigir de todo el mundo que no se le moleste en el ejercicio de su propiedad. A un derecho subjetivo absoluto corresponde un deber jurídico absoluto; a un derecho subjetivo relativo, un deber jurídico relativo. La distinción entre jus in personam y jus in rem tiene su antecedente en la distinción entre derecho relativo y absoluto. Pero el término jus in rem puede provocar equívocos. El jus in rem es, hablando estrictamente, un jus in personam, un derecho frente a las personas y no sobre las cosas, como el término parece sugerir. La bien conocida definición de la propiedad como el dominio exclusivo de un individuo sobre una cosa, ignora el hecho esencial de que todas las personas, con excepción del propietario, quedan excluidas de la facultad de disponer del objeto. El derecho de propiedad es la facultad que un individuo tiene frente a todos los demás, de exigir a éstos que se conduzcan de cierto modo en relación con él, a saber, absteniéndose de cualquiera interferencia en la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho. Con excepción del propietario, todas las demás personas están jurídicamente obligadas a abstenerse de disponer en cualquier forma del objeto de la propiedad, y a no interferir con el dueño en el ejercicio de su derecho sobre la cosa. Lo mismo que el derecho subjetivo, el deber correspondiente recae sobre un número indeterminado de personas. El derecho de A, como propietario del predio a, derecho que consiste en usar un camino que atraviesa el predio b del sujeto B, tiene el carácter de una servidumbre, de un jus in rem, con tal de que no solamente B, sino cualquiera otra persona y, especialmente, cualquiera de los posibles propietarios del predio b, se encuentren estrictamente obligados a no impedir a A o a cualquier propietario del predio a, el uso del camino. Todo propietario del predio a será titular del derecho; todo propietario del predio b estará sujeto al deber correspondiente. El predio a es llamado "predio dominante"; el predio b recibe el nombre de "predio sirviente", como si el derecho estuviese incorporado al primero. Esta es una descripción figurada y muy demostrativa en la situación jurídica, pero, al propio tiempo, resulta muy equívoca. El derecho subjetivo o el deber jurídico no son cosas que puedan vincularse a otras cosas. El derecho y el deber jurídico son relaciones específicas de un individuo con otros. Un jus in rem no es un derecho sobre una cosa, sino un derecho frente a un número indeterminado de personas, obligadas a conducirse de cierto modo con respecto a un determinado objeto; trátase de un derecho subjetivo absoluto, al que corresponde un deber jurídico igualmente absoluto.

EL DERECHO SUBJETIVO COMO PARTICIPACION EN LA CREACION DEL DERECHO OBJETIVO

El orden jurídico, según lo hemos indicado, confiere un "derecho subjetivo" a un individuo cuando otorga a éste, o a su representante, la posibilidad de poner en movimiento el proceso que habrá de terminar en la ejecución de la sanción. La resolución judicial —que es el acto típico determinante de la sanción en un caso concreto— crea una norma individualizada que, en forma condicional o incondicional, estipula la sanción. El fallo de una corte penal, por ejemplo, ordena que cierto individuo que —de acuerdo con la resolución del tribunal— ha cometido un robo, sea encarcelado durante dos años. Esta norma individualizada debe ser ejecutada por otros órganos del poder público.

El fallo de un tribunal civil estipula que determinado individuo, el demandado, quien —de acuerdo con la resolución del tribunal— no ha pagado en la debida fecha la renta de su casa, deberá entregar dentro de un plazo de diez días al propietario, es decir, al actor, determinada cantidad de dinero; y que si esa suma de dinero no fuese pagada dentro del término establecido, deberá despacharse ejecución contra el demandado. Esta es una norma especial; pero mientras que dicha norma tiene un carácter condicional, en cuanto la ejecución se hace depender de que el demandado no pague dentro del plazo de diez días la cantidad a que fue condenado, la individualizada que en material penal impone la sanción es incondicional, en cuanto establece categóricamente que el delincuente debe sufrir la pena de prisión. La creación de la norma individual o la decisión del tribunal civil es el propósito inmediato del procedimiento judicial que se inicia con la demanda del actor. Desde un punto de vista dinámico, el actor desempeña un papel esencial en la creación de la norma individualizada que llamamos el fallo del tribunal. Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber. Si el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico, entonces esta norma especial habrá de tener necesariamente carácter jurídico. El derecho objetivo no puede estar integrado únicamente por reglas o normas generales.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES Y POLITICOS

Si, desde un punto de vista dinámico, la naturaleza de un derecho subjetivo consiste en la capacidad de intervenir en la creación del derecho objetivo, entonces la diferencia entre los derechos subjetivos "privados" y los "públicos", o sea los llamados "derechos subjetivos políticos", no puede ser tan fundamental como comúnmente se supone. Por derechos subjetivos políticos entendemos las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la "voluntad" del Estado. Dicho sin metáforas, esto significa que el ciudadano puede intervenir en la creación del orden jurídico. Cuando se afirma tal cosa se piensa especialmente en la creación de normas generales, o "legislación", en el sentido más amplio del término. La participación, en la función legislativa, de los individuos sujetos al orden jurídico, es característica de la democracia, a diferencia de la autocracia, régimen dentro del cual los subditos quedan excluidos de la legislación y no tienen derechos políticos. En una democracia el poder legislativo debe ser ejercitado, ya directamente por el pueblo en asamblea primaria, ya únicamente a través del parlamento electo, o en cooperación con el jefe electo del Estado. La democracia puede ser directa o indirecta (representativa). En una democracia directa el derecho subjetivo político decisivo es el que el



ciudadano tiene de participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea popular. En una democracia indirecta, la formación de la voluntad del Estado, en cuanto ésta se traduce en la creación de normas generales, realizase en dos etapas: primeramente, la elección del Parlamento y del Jefe del Estado; en segundo lugar, la creación de la norma general, ya exclusivamente por el Parlamento, ya en colaboración con el Jefe del Estado. En una democracia indirecta (representativa) el derecho político fundamental es el de votar, es decir, el derecho del ciudadano de participar en la elección del Parlamento, del Jefe del Estado, y de otros órganos creadores (y aplicadores) del derecho.

Pudiera creerse que el concepto de derecho subjetivo, al que llegamos previamente a través de la consideración del derecho civil, es enteramente distinto del concepto de derecho político. El problema de los derechos políticos subjetivos recibirá un tratamiento más completo en la teoría del Estado y en el derecho público. Aquí procuraré simplemente demostrar de qué manera pueden subsumirse bajo el término general de "derecho" el llamado derecho subjetivo "político" y el derecho subjetivo "privado"; o sea, lo que el actor tiene en común con el votante, y lo que hay de común entre el ejercicio de una acción y el hecho de votar.

Si el derecho político subjetivo es un "derecho" en el mismo sentido que el derecho privado subjetivo, tendrá que existir un deber jurídico correlativo del derecho político. ¿Cuál es el deber correlativo del derecho de sufragio? Es el deber de los órganos jurídicos que intervienen en el acto electoral, de recibir la boleta del votante y proceder de acuerdo con los preceptos de la ley, especialmente declarar electo al individuo que tiene el número de votos prescrito por la misma ley. El derecho que una persona tiene de votar, implica el de que su voto sea recibido y contado, de acuerdo con las leyes respectivas, por los correspondientes funcionarios. Al derecho de voto del ciudadano, corresponde el deber de los funcionarios electorales. Este deber está garantizado por ciertas sanciones; en el supuesto de su violación, el votante puede ejercitar una acción que tiende a la aplicación de tales sanciones, análoga a la que sería ejercitada por el titular de un derecho subjetivo privado para lograr la aplicación de la sanción que debe imponerse al responsable de la violación del deber correspondiente. En varios ordenamientos jurídicos hay órganos especiales, tribunales electorales, por ejemplo, cuya tarea consiste en proteger el interés que el votante tiene en que el órgano del poder público cumpla su correspondiente deber. Cuando el votante puede recurrir al tribunal electoral en caso de que su derecho haya sido violado, tal derecho es un derecho subjetivo exactamente en el mismo sentido técnico en que lo es un derecho privado.

Incluso cuando la función del votante no es garantizada de este modo, es decir, concediéndole un "derecho subjetivo" en el sentido técnico, tal función tiene en común con el ejercicio de un derecho privado un elemento esencial. Trátase de la participación en el proceso creador de derecho. La diferencia consiste en que la función de votar es una participación indirecta en dicho proceso. El votante interviene sólo en la creación de un órgano —Parlamento o Jefe del Estado— cuya función consiste en crear la voluntad estatal, es decir, normas jurídicas; y las normas jurídicas que tal órgano debe crear son siempre de carácter general. El titular de un derecho privado participa directamente en la creación de una norma jurídica, y esta norma —la sentencia judicial— es individualizada o especial. El ejercicio de un derecho privado implica también la participación del particular en la creación de la "voluntad estatal", pues tal voluntad manifiéstase asimismo en la sentencia; el tribunal es también un órgano del Estado.

d) PRINCIPALES TEORIAS ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO

[GARCIA]⁴

SUPUESTOS JURIDICOS Y CONSECUENCIAS DE DERECHO

En el capítulo anterior enunciamos el siguiente principio: no hay consecuencias de derecho sin supuestos jurídicos. Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce.

La noción de consecuencia de derecho es otro de los conceptos jurídicos fundamentales. Los autores franceses usan la expresión efecto jurídico, en vez del término que nosotros empleamos. En nuestra opinión, la palabra efecto debe ser repudiada por la terminología jurídica, ya que evoca la idea de una sucesión de fenómenos. Efecto es el resultado de una causa; un eslabón dentro de un proceso natural. Las consecuencias jurídicas, en cambio, sólo pueden ser imputadas a la condición jurídica merced a una operación lógica; no son efectos de un fenómeno precedente, sino enunciación de un deber ser o de un derecho, cuya existencia se encuentra condicionada por la realización de determinada hipótesis.

Las consecuencias de derecho refiérense siempre a las acciones del hombre, ya que no tendría sentido dictar normas a la naturaleza. Esta es una diferencia esencial entre leyes naturales y normas. En el orden físico un hecho puede tener como efecto otro absolutamente independiente de la actividad humana (la caída de un cuerpo, por ejemplo); en la esfera jurídica, en cambio, la realización de un supuesto sólo puede tener como resultado el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y deberes.

En el capítulo presente iniciaremos el examen del derecho subjetivo. Al desarrollar tal estudio, nos sujetaremos al siguiente programa: en primer lugar discutiremos las más importantes doctrinas que acerca de aquella noción han sido elaboradas; después expondremos nuestra propia tesis sobre el mismo asunto y, finalmente, haremos referencia a las diversas clases de derechos subjetivos.

TESIS DE BERNARDO WINDSCHEID

"El derecho subjetivo —escribe este autor— es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico."

La expresión "derecho subjetivo", dice Windscheid, suele emplearse en dos sentidos diferentes.

En primer término, por derecho subjetivo entiéndese la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicha orden. De la voluntad del beneficiado depende entonces valerse o no del precepto, o poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga. El derecho objetivo se convierte de esta guisa, relativamente al sujeto a quien la norma protege, en derecho subjetivo del mismo, es

decir, en "su" derecho.

La palabra úsase también en otra acepción. Se afirma, verbigracia, que el propietario tiene el derecho de enajenar sus propiedades, que el acreedor puede ceder su crédito, o que un contratante está facultado para rescindir el contrato, si la otra parte no cumple con lo pactado. En estos y parecidos casos, lo que quiere expresarse es que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades del primer tipo o para la extinción o modificación de las preexistentes. De la voluntad de la persona depende en tal coyuntura la existencia o determinación de imperativos jurídicos. En el primer caso, en cambio, su voluntad sólo es decisiva para la actuación de preceptos ya establecidos.

La teoría que acabamos de exponer ha sido blanco de objeciones múltiples. La crítica más sólida que de ella existe es, en nuestro concepto, la que emprende Kelsen en su obra *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, publicada en 1911. Los argumentos esgrimidos contra la doctrina del célebre pandectista pueden resumirse así:

1.—Casos hay en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo. Por ejemplo: una persona tiene el derecho de exigir el pago de una cantidad que ha prestado, mas no quiere cobrar lo que se le debe. Esta circunstancia no destruye la facultad concedida al acreedor. Si el derecho subjetivo dependiese de su voluntad, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse.

2.—Numerosas personas jurídicas carecen de voluntad en sentido psicológico. Son incapaces de querer y, ello no obstante, poseen facultades y deberes. Es el caso de los incapacitados, los recién nacidos, las personas morales. Un sindicato o una sociedad mercantil carecen de poder volitivo propio, pero son sujetos de derechos y pasibles de obligaciones. Si la esencia del derecho subjetivo radicase en el querer, habría que negarles la calidad de personas en sentido jurídico.

3.—Los derechos no desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y no haya, en el propio titular, un querer orientado hacia ellos.

4.—Hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales. En la legislación mexicana, por ejemplo, son de esta clase los que la Constitución y la Ley Federal del Trabajo conceden a los obreros. Un trabajador que ha sufrido una enfermedad profesional está facultado para pedir que se le indemnice. Aun cuando renuncie al pago de la indemnización que le corresponde, la renuncia no produce consecuencias jurídicas. En este caso, la ley protege al trabajador incluso en contra de su voluntad.

En respuesta a las objeciones dirigidas contra su teoría, sostuvo Windscheid que por "voluntad" debía entenderse la del ordenamiento jurídico. Esta variante modifica esencialmente la tesis primitiva, privándola de su verdadero sentido. Pues la voluntad del orden jurídico es algo enteramente diverso de la de los individuos, o sea, del querer en sentido psicológico.

TESIS DE RODOLFO JHERING

Jhering expone su doctrina sobre el derecho subjetivo en el Libro II de una obra famosa: *El espíritu del derecho romano*.



El autor alemán hace en primer término una crítica de las definiciones formales del derecho en sentido subjetivo y, después de proclamar la insuficiencia de la teoría de la voluntad, concluye que en todo derecho hay dos elementos igualmente importantes: formal uno, substancial el otro.

La relación entre ambos es comparable a la que existe entre la corteza y la medula de una planta. El interés representa el elemento interno; la acción, el protector del derecho subjetivo. Este debe definirse, en consecuencia, como un interés jurídicamente protegido.

La palabra interés debe tomarse en un sentido latísimo, dice Jhering. Se aplica no sólo a los intereses susceptibles de apreciación pecuniaria (económicos), sino a los de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc. La salvaguardia de los numerosos bienes a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del derecho. El hombre es el destinatario de toda facultad jurídica.

Jhering da el nombre de bien a cualquier cosa que posea utilidad para un sujeto. A la idea que acabamos de definir encuéntrase indisolublemente unidas las de valor e interés. El valor es la medida de la utilidad de un bien; el interés, el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones. Derechos hay que valen por sí mismos, no obstante lo cual no interesan a determinados sujetos; verbigracia: una servidumbre de vista para un ciego, o la entrada a un salón de conciertos para un sordo.

La noción a que aludimos es por esencia subjetiva y, consiguientemente, variable. A través del tiempo, y en lugares diversos del espacio, vincúlase los intereses a objetos disímiles y dan nacimiento a derechos diferentes; pero los últimos aparecen en todo caso como protección de los primeros.

Para que haya derecho no basta el elemento material; requiérese, además, que el interés esté jurídicamente garantizado o, lo que es lo mismo, que el goce del bien a que se dirige se encuentre protegido por medio de la acción. Posible es, por ende, que un interés no posea carácter jurídico. Tal cosa ocurre cuando la ley favorece a ciertos individuos o colectividades, sin concederles la facultad de exigir el cumplimiento de lo que sus preceptos ordenan. La norma ejerce entonces una acción refleja en beneficio de aquéllos, mas no les otorga derecho alguno, ya que no los autoriza para demandar judicialmente la observancia de las obligaciones que impone.

"La acción es, pues, la verdadera piedra de toque de los derechos privados. Si no hay sitio para ella, el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración loma su lugar."

CRITICA DE LA TEORÍA DEL INTERÉS

La teoría de Jhering hállase expuesta a objeciones del mismo tipo que las esgrimidas contra la de Windscheid. La primera y más importante queda resumida en la siguiente frase: *si la nota del interés fuese esencial al derecho subjetivo, éste reo existiría, de faltar aquélla*. La persona que ha prestado dinero a un amigo pobre, por ejemplo, no siempre está interesada en reclamar el pago. De hecho, es posible que desee precisamente no reclamarlo. Cuando tal cosa ocurre, el derecho del mutuante subsiste, lo cual demuestra que no dependía de sus intereses.

Por otra parte, el propio Jhering acepta que el legislador no reconoce ni puede garantizar todo

interés. Para proceder con congruencia, el citado autor debería admitir que el único elemento esencial al concepto que analizamos es la protección jurídica, no lo protegido o tutelado, ya que, como arriba dijimos, el interés individual no existe indefectiblemente.

Las fallas de la tesis expuesta son, pues, análogas a las de la doctrina de Windscheid. Ello nada tiene de extraño, ya que los conceptos de interés y voluntad pertenecen al mismo linaje psicológico. *Sólo se quiere aquello en que se tiene interés; sólo se tiene interés en aquello que se quiere.* El interés es un medidor de los objetivos de la voluntad. Esta se orienta hacia el logro de finalidades numerosas; mas no todas son igualmente anheladas por el sujeto. Atribuye a unas mayor valor que a otras y, consecuentemente, prefiere las que le parecen de superior rango. La medida de la estimación es precisamente lo que denominamos interés. Trátase de una dimensión psicológica variable. Crece o disminuye paralelamente a la valoración que el individuo hace de sus fines.

El interés es, por esencia, subjetivo. Hablar de intereses objetivos es sólo una figura o, mejor dicho, una ficción. Tratando de evitar las objeciones formuladas contra su punto de vista, quiso Jhering substituir la noción psicológica de interés por un concepto más vago y flexible, el de interés medio.

Intereses medios son, para el famoso jurista, los predominantes en una determinada sociedad. Pero aquella expresión es sólo, como dice Kelsen, una fórmula o abreviatura, con la que quiere resumirse el pensamiento de que la generalidad de los sujetos que pertenecen a cierto grupo social posee un repertorio común de juicios estimativos, y dirige su actividad hacia la consecución de los mismos bienes.

Cuando se habla de intereses medios, implícitamente se acepta que el interés, como realidad psicológica, no se da necesariamente en todo caso. Dicho de otro modo: se reconoce que la protección jurídica puede referirse a facultades legales cuyo ejercicio, en un momento dado, y relativamente a tal o cual sujeto, no preocupa a éste en absoluto. Sin embargo, insístese en hablar del derecho subjetivo como protección de un interés, a sabiendas de que el famoso "elemento medular" no siempre existe. Se finge entonces su existencia, e ingenuamente se cree que la ficción se justifica en cuanto, por regla general, lo que el derecho objetivo protege es algo que interesa a todos los destinatarios de la norma.

TEORÍA ECLECTICA

Entre los partidarios de la tesis ecléctica se cuenta a Jorge Jellinek, quien define el derecho subjetivo diciendo que es "*un, interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual*". La posición del extinto profesor de la Universidad de Heidelberg es una combinación de las doctrinas de Windscheid y Jhering. Las objeciones que hemos hecho valer contra estas últimas, valen también contra la opinión de Jellinek. El error consiste en pensar que basta una síntesis de los elementos divergentes para lograr una doctrina verdadera. En realidad, lo que debe buscarse no es una síntesis, sino la superación de las dos posiciones arriba discutidas.

e) CLASES DE DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS

[REALE]⁵

En líneas generales, el Derecho subjetivo implica la posibilidad de exigir como propios, dentro de los límites señalados por la norma jurídica y con las debidas garantías, una prestación o un acto. Partiendo de esta consideración, es fácil ver que los sistemas de Derecho Positivo se destinan a los elementos que componen la sociedad garantizándoles una situación. Esta situación puede ser simple y puede ser compleja. Lo cual nos permite una primera discriminación entre Derecho subjetivo simple y Derecho subjetivo complejo.

Dos ejemplos contribuirán a poner más en claro la naturaleza de estos dos tipos de Derecho subjetivo. Un primer caso podría ser el del derecho de un acreedor que, en virtud de un contrato, exige al deudor el pago en dinero del precio o la devolución de la cosa. Estamos ante un derecho subjetivo simple en cuanto que la prestación es específica o, mejor dicho, está especificada con claridad y determinación.

En otros casos, el Derecho subjetivo supone un haz de posibilidades. Pensemos en el propietario de una casa. El titular del dominio no tiene sólo el derecho abstracto de poder disponer de él a su talante. El derecho de propiedad se resuelve en una serie de posibilidades de acción; puede usar de la casa, venderla, hipotecarla, arrendarla, etc. Estamos ante una serie de posibilidades que son expresión de un único derecho que llamamos Derecho de propiedad y que lleva consigo una serie de facultades (entendida esta palabra en sentido estricto).

Por otro lado, cuando un conjunto de derechos subjetivos converge en determinada persona dándole una dimensión jurídica, una situación que emana del Derecho, decimos que se verifica la creación de un *status iuridicus*. Tal es el caso del estado jurídico de la mujer casada que significa que, al contraer matrimonio, la mujer pasa a ser centro de un conjunto de derechos subjetivos que son inherentes a su condición de esposa. Caso análogo es el del individuo que adquiere acciones de una sociedad anónima: por el simple hecho de hacerse accionista pasa a disponer de una serie de posibilidades de pretensiones que derivan de aquella cualidad de accionista (puede asistir a la Asamblea de accionistas, puede votar y ser votado, puede intervenir en los debates de las cuestiones contenidas en el orden del día, etc.); todas estas múltiples facetas caracterizan lo que se llama estado jurídico del accionista. Se ve, pues, que el *status* de accionista implica siempre la existencia de un haz o conjunto orgánico de derechos subjetivos, que, a su vez, en cuanto a su ejercicio, pueden desdoblarse en varias facultades.

Al lado de los derechos subjetivos simples o complejos y del *status iuridicus* que indican un «crescendo» de pretensiones, hay otras distinciones fundamentales. Una de ellas es la que, basándose en el objeto, distingue entre: derechos personales, derechos de obligaciones y derechos reales, a la que ya hemos hecho referencia.

Refiriéndose a las relaciones intersubjetivas se distingue entre derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros valen indiscriminadamente frente a todos los miembros de la sociedad, tienen eficacia erga omnes; los segundos, se refieren a una o más personas determinadas. Ejemplo de los primeros son los derechos personales y los derechos reales; ejemplo de los segundos son los derechos de obligación.

Algunos autores incluyen entre los derechos subjetivos absolutos los derechos potestativos. Pero a

nuestro modo de ver, éstos no constituyen propiamente derechos subjetivos, sino poderes. Derechos subjetivos y derechos potestativos son categorías que se excluyen, como ya ha quedado dicho.

No estará de más recordar que entre los derechos absolutos se incluyen también los derechos de autor, porque la titularidad de los derechos del autor sobre las producciones literarias y científicas debe ser respetada por todos; constituyen, como dice Roguin, «una especie de monopolio de Derecho Privado» y son una proyección de los derechos personales.

DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS, PERSPECTIVAS HISTÓRICAS

Hasta época muy reciente no había pasado por la mente de los tratadistas la idea, hoy fundamental, de la existencia de derechos públicos subjetivos. Constituye uno de los grandes temas de la Teoría del Estado. Apunta V. E. Orlando que es *il formidabile argomento*, pues envuelve una serie de cuestiones de orden jurídico, tanto en la problemática de las relaciones entre Estado y Derecho como en las existentes entre el individuo y las fuerzas políticas, poniendo en jaque el problema esencial de la libertad.

Hemos dicho que el concepto de Derecho público subjetivo se ha determinado recientemente. Se trata de una conquista de la época moderna que alcanza su fuerza teórica y doctrinal tan sólo en la segunda mitad del siglo XIX. El reconocimiento de los derechos públicos subjetivos comienza a ser realidad a partir de las primeras formas de gobierno representativo. En esta materia hay que recordar la importancia que, en la historia del Derecho Político, tiene la *Magna Cartha Libertatum* que constituye un pacto feudal mediante el cual los nobles de mayor prestigio y poder hicieron valer ante el rey de Inglaterra determinadas prerrogativas que pasaron a constituir los límites de acción del poder público. Entre estas prerrogativas figuraba una, concerniente a la legislación tributaria por la que no podía establecerse ningún impuesto sin la previa audiencia de los contribuyentes. Se trata de un caso de Derecho público subjetivo que, aunque no fue declarado como tal, reúne todos sus requisitos.

Siglos después, la historia nos muestra un período de absolutismo en el que el soberano proclamaba su omnímodo poder soberano. No está probado que Luis XIV dijera que el Estado era él, pero ciertamente nunca hubiera negado tal afirmación. Ésta se encuentra en la obra de Bossuet, intérprete del llamado derecho divino de los reyes, cuando proclama que *tout l'Etat est en lui*, palabras que corresponden a la frase paralela atribuida al propio Luis XIV: *l'État c'est moi*. Pues bien, si el Estado es el príncipe, no ha lugar a hablar de derechos públicos subjetivos. El individuo no tendría para sí mismo más que lo que el Estado determinare.

No hay duda que la teoría del Derecho público subjetivo es una teoría fundamental, porque implica la afirmación de que el individuo posee una esfera de acción inviolable en cuyo ámbito no puede entrar el poder público. No constituye, pues, una mera coincidencia el hecho de que, en el proceso liberal del siglo XVIII y en el individualismo que prevaleció en la Revolución francesa, estas ideas empezarán a adquirir contornos más nítidos. Porque, en el fondo, todos los derechos públicos subjetivos presuponen el derecho fundamental de la libertad entendida ésta en su doble vertiente de poder autónomo de ser y obrar en la esfera privada (libertad civil) y en la esfera pública (libertad política).



Las primeras Declaraciones de Derechos, que aparecen en el siglo XVIII en Estados Unidos de América y en Francia, son documentos solemnes en los que se proclaman los derechos públicos subjetivos. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, en Francia, representa un marco fundamental en la experiencia jurídica y política. De modo análogo, tenemos la Declaración universal de los derechos humanos, dada por la Organización de las Naciones Unidas, en 1948, después de la Segunda Guerra Mundial. Entre ambas declaraciones ha transcurrido siglo y medio, pero este lapso de tiempo ha sido suficiente para que se operase una profunda transformación. La primera Declaración era de cuño esencialmente político, atendía más a los derechos públicos del hombre considerado como ciudadano, mientras que la segunda no sólo es más amplia—pues añade a los derechos políticos, los derechos sociales—, sino que también recoge los derechos de los pueblos como es, por ejemplo, el de la autodeterminación.

FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Tratar de los derechos públicos subjetivos implica discutir la cuestión del valor del hombre en el Estado y frente al Estado. El asunto ha ocupado a grandes tratadistas del pensamiento moderno. En primer lugar, cabe hacer una referencia a la doctrina que afirma que el individuo es anterior al Estado, siendo titular de derechos públicos subjetivos como algo inherente a su propia existencia. Son los iusnaturalistas, sobre todo los del siglo XVIII, los que sustentaron que los individuos poseen derechos naturales públicos subjetivos en virtud del «contrato social» por ellos concluido para su propia garantía. Si el Estado ha sido precedido por un «estado de naturaleza» en el que cada hombre era libre, es obvio que se afirma que el poder público no pueda constituirse con el desconocimiento, y mucho menos el repudio, de estos derechos que son inherentes a la naturaleza misma del hombre. En el ámbito de esta manera de pensar se elaboró la Declaración de Derechos de 1789, donde se proclama, a la luz del Derecho Natural racionalista, que los hombres nacen y deben permanecer libres e iguales.

Aunque haya desempeñado un papel muy importante en la historia del Estado moderno, esta doctrina ha sido ya superada lo mismo que la idea, que está en su base, de la existencia de derechos naturales anteriores a la organización política. Muchos autores sustentan que no existen derechos individuales mientras un individuo no se une políticamente a otros dentro del cuadro, por incipiente que sea, del Estado. El individuo no tiene derechos más que cuando surge el Estado, declaran los partidarios de la doctrina que se contrapone al iusnaturalismo.

Si se acepta la afirmación de que el individuo sólo tiene derechos en el Estado —alegando que el Derecho implica siempre la existencia de un poder político—, surge una cuestión básica: si el individuo y los grupos tienen solamente derechos en el Estado, y éste es la expresión de la fuerza más potente, ¿cómo explicar la existencia de derechos subjetivos?

Una de las doctrinas que pretendió dar una explicación a este problema y que tuvo gran aceptación fue la llamada teoría de la autolimitación de la soberanía. Hoy en día no le faltan adeptos.

Ya hemos tenido ocasión de decir que, según nuestra manera de concebir el problema, la soberanía es, jurídicamente, el poder originario de decidir en última instancia sobre la positividad del Derecho. Incluso concibiendo la soberanía en sentido estricto como hacemos, no cabe duda de que ella es siempre un poder que tiene la última palabra, es decir, es un poder inapelable; motivo por el cual también ha sido definida como «la competencia de la competencia»



según la concisa afirmación de Laband. Pues bien, si la soberanía es el poder de decidir en última instancia ¿corresponderá siempre al Estado la delimitación de aquello que es privativo del individuo? La Constitución declara derechos y garantías, pero varios de estos derechos y de estas garantías pueden ser suspendidos por motivos de seguridad nacional o por causa de guerra. ¿Cómo explicar entonces el valor propio, autónomo, de los derechos fundamentales?

Los iusnaturalistas que se adscriben a la línea que prevaleció en el siglo XVIII —concibiendo al Derecho Natural como una entidad de razón, como un prototipo ideal— han idealizado la materia vinculando tales derechos a la propia persona humana y han declarado que existen derechos naturales subjetivos que el Estado debe respetar, porque el Estado surge para respetarlos. Esta explicación es insatisfactoria, porque un simple somero examen de la historia política nos muestra que estamos ante una conquista de la cultura que es reiteradamente renovada en sus valores.

El primer autor que trató con profundidad el tema fue Rudolf von Ihering en su obra clásica *El fin del Derecho*. En este libro, que el gran romanista dejó incompleto y en el que pretendía dejar sintetizada su concepción del Derecho, afirma que la soberanía para poder actuar, necesita ir discriminando esferas de acción entre los individuos y los grupos. Es el Estado el que se limita a sí mismo.

Esta teoría de Ihering fue desarrollada por Georg Jellinek, sobre todo en sus obras *Sistema de los derechos públicos subjetivos* y *Doctrina general del Estado*. Jellinek defiende la teoría de la autolimitación del Estado diciendo que los derechos públicos existen en la medida en que el Estado no puede dejar de trazarse límites a sí mismo al constituirse como Estado de Derecho.

La teoría de la autolimitación provocó varias críticas. En primer lugar, revivió el antiguo pensamiento expresado en la pregunta: *quis custodiet custodes*, ¿quién custodiará a los custodios?

El Estado se autolimita para declarar y reconocer derechos. Pero, entonces, los individuos quedan a merced del Estado. Habrá derechos subjetivos mayores y menores según el arbitrio de los que en cada momento encarnan y representan la persona jurídica del Estado. Una Constitución que reconoce ampliamente los derechos públicos subjetivos de carácter político, social y jurídico, podría haber sido redactada de otra forma y podría haber establecido una tabla de derechos totalmente diferente de las que contiene su articulado. ¿Quién tendría poderes para impedir la arbitrariedad del poder político?

Ihering, con su acostumbrada penetración, no dejó de ver este problema y respondió al mismo señalando que, en este punto, la cuestión no es jurídica, sino política. Según su manera de ver las cosas, la única y exclusiva garantía de la existencia de los derechos públicos subjetivos está en la conciencia popular, en la educación cívica del pueblo, en la fuerza de la opinión pública. Por arbitraria que sea una Asamblea Constituyente y por más dotado de fuerza que esté un órgano del Estado, una y otro plasmarán su concepción de los derechos públicos subjetivos en conformidad con la resistencia del medio cultural y del medio social en que actúan. El problema de la autolimitación del poder del Estado es un problema de historia política. Para el jurista lo que existe, según el punto de vista del Derecho, es el Estado que se autolimita.

En nuestro libro *Teoría do Direito e do Estado* recogemos y valoramos diversas teorías, llegando a la conclusión de que la teoría de la autolimitación no aprecia el aspecto jurídico del problema. Tal vez haya un equívoco al hablar de autolimitación. La expresión «autolimitación» no es adecuada, porque da la idea de que es el Estado el que se traza a sí mismo sus propios límites, cuando, en



realidad, tenemos ante nuestros ojos un proceso de naturaleza histórico- cultural que implica una discriminación progresiva de actividades de los individuos, por un lado, y del poder público, por otro. A nuestro modo de ver, hubo engaño al apreciar separadamente el problema del individuo ante el Estado, siendo así que el Estado es la expresión del proceso histórico de integración de la vida política y jurídica.

Según nuestra opinión, los derechos públicos subjetivos son momentos de este proceso de organización de la vida social, de tal suerte que, para el individuo, existen derechos y deberes y existen también, concomitante y paralelamente, para el Estado: se trata de algo que resulta de la misma naturaleza de la evolución histórica. En el mundo contemporáneo, es tan esencial al Estado el reconocimiento de esferas primordiales de acción a los individuos y a los grupos que, aunque los derechos públicos subjetivos puedan sufrir una reducción, muchos de ellos subsisten incluso en los Estados totalitarios. La estructura de la sociedad actual impone este reconocimiento que tiende progresivamente a ampliarse como exigencia de la razón histórica, como fruto de la propia experiencia histórica.

No podemos pretender —y en este punto tiene razón Ihering— poseer una pura teoría jurídica para explicar un fenómeno complejo que es de naturaleza política, sociológica, económica, etc. Hemos de reconocer que la sociedad cuanto más se desenvuelve, más necesidad tiene de centros directores y, al mismo tiempo, de autodescentralización, de autodiscriminación en la manera de ser y de obrar, a la que corresponden situaciones subjetivas para los individuos y los grupos. El problema de los derechos públicos subjetivos es un problema histórico-cultural que representa un momento de ordenación jurídica y atiende a una exigencia social que se va configurando independientemente del arbitrio y de la voluntad de los que transitoriamente tienen en sus manos el poder político. Vemos, pues, que el problema no podrá nunca ser explicado con teorías puramente jurídicas. Todas las teorías que pretendan examinar la cuestión como si se tratase de Derecho Constitucional están destinadas al fracaso. Estamos ante un tema de Teoría del Estado que no puede dejar de contemplarse según tres puntos de vista diversos: el sociológico, el jurídico y el político. Y es en este triple aspecto como podremos apreciar adecuadamente esta materia que dice relación a la posición jurídico-política del hombre en el seno de la comunidad y del Estado como expresión de su libertad.

Es cierto que el reconocimiento de derechos públicos subjetivos, rodeados de garantías eficaces, constituyó una de las características básicas del Estado de Derecho, teniendo como fundamento último el valor intangible de la persona humana. Esto demuestra que en éste, como en todo problema relativo al fundamento de una institución jurídica, no podemos dejar de elevarnos al plano filosófico.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 PACHECO G. Máximo (1990). Teoría del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pp. 127-139.
- 2 CORNU Gérard (2007). Introducción al Derecho. Editorial Juriscentro. Primera Edición. San José, Costa Rica. Pp. 45-48.
- 3 KELSEN Hans (1969). Teoría General del Derecho y del Estado. Editorial Textos Universitarios. Tercera Edición. México. Pp. 98-104.
- 4 GARCÍA MÁYNEZ Eduardo (1994). Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo sexta reimpresión. Editorial Porrúa S.A. México. Pp. 186-191.
- 5 REALE Miguel (1979). Introducción al Derecho. Ediciones Pirámide S.A. Madrid. Pp. 207-213.