

## En torno a un concepto ecléctico del Derecho Subjetivo

Conocida es la distinción entre Derecho Objetivo (norma agendi) y Derecho Subjetivo (facultas agendi).

Sin embargo, cuando intentamos profundizar en estos conceptos, pronto nos encontramos envueltos en dudas y oscuridades, lo que por otra parte sucede siempre que tratamos de averiguar el sentido de los conceptos más frecuentemente utilizados: tiempo, espacio, verdad, belleza, Derecho.

La determinación del concepto del "Derecho Subjetivo" exigiría el estudio del sustantivo "Derecho" y del adjetivo "Subjetivo".

Qué sea. "Derecho" es cuestión filosófica difícil. Todo el mundo lo sabe de un modo aproximado, hasta el niño inconsciente que reclama su juguete diciendo. "es mío". Pero como dijo Kant: "Todavía buscan los juristas una definición del Derecho", palabras que no han perdido aún su actualidad. Baste afirmar aquí la *variedad* de los derechos en los diversos tiempos y lugares, en la que los escépticos fundamentaron sus doctrinas. Cómo, para superar la variedad empírica del Derecho, se acudió a los *elementos comunes* de todo Derecho: así, Aristóteles nos habló del "nomos koinos" y del "nomos ideos"; Cicerón, de una "Insignis similitudo", en el fondo de las diversas instituciones comunes, y Vico, de una "mente común". Finalmente, filósofos juristas modernos, como Del Vecchio, rechazan eso como insuficiente para hablarnos de la *juricidad* como idea apriorística. Naturalmente, dentro de la escuela católica y tradicional española no podemos admitir esta idea kantiana defendida por Kelsen, pues no es posible ningún derecho común y unívoco para lo justo y lo injusto. De lo dicho se desprende suficientemente que el problema del concepto del Derecho es el de los *universales* y cae de lleno dentro de la Filosofía.

Veamos el "Derecho Subjetivo", ya algo más propio de la técnica jurídica y objeto de nuestro estudio. Para proceder con algún orden distinguiremos:

I. Sentidos de la frase.—II. Teorías.—III. Nuestro concepto ecléctico.—IV. Distinción del concepto de otros varios, hasta siete, que le son afines.

### I.—SENTIDOS DE LA FRASE “DERECHO SUBJETIVO”.

En su sentido más general, como dice Castán, Derecho Subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico. Y en este sentido el Derecho Subjetivo está integrado por dos elementos, como observa Del Vecchio: uno interno, o sea la posibilidad de hacer o de querer, y otro externo, o sea la posibilidad de exigir a otros el respeto; elementos que, aunque siempre se encuentran en todos los derechos subjetivos, unas veces es con predominio del interno (v. g., en los derechos reales) y otras con predominio del externo (v. g., en los derechos de crédito).

En un sentido más técnico y restringido se aspira a dar una noción del Derecho Subjetivo derivándolo de las ideas de “deber” jurídico y “protección” jurídica. Pero no basta esto, pues hay deberes sancionados por el ordenamiento jurídico y que llevan consigo una protección a las personas, sin que exista Derecho Subjetivo (v. g., deberes de policía, en el campo del Derecho Público; y aun en el Derecho Privado deberes sobre formas y solemnidades en interés de los terceros).

Por eso es preciso examinar las modernas teorías sobre el Derecho Subjetivo.

### II.—TEORÍAS.

Para Windscheid, es “poder” de la voluntad o señorío de querer concedido a la persona por el ordenamiento jurídico.

Para Ihering, es “interés” jurídicamente protegido.

Estas dos teorías son consecuencia del individualismo filosófico del siglo XIX.

Contra la del “poder” (apoyada en Hegel) se dice que no puede hablarse de un derecho del incapaz de querer, como el niño o el loco.

Contra la del “interés” se dice que hay derechos subjetivos sin propio interés, como el del tutor y en el caso de contratos a favor de tercero.

Ante estas y otras dificultades se llega a las teorías negativas, como son la de Kelsen y la de Duguit.

Kelsen y demás normativistas, al excluir del Derecho todo lo que no sea norma, niega la existencia de derechos subjetivos como entida-

dés separadas del Derecho Objetivo. Sin embargo, para Kelsen existe aún derecho subjetivo: "Cuando un individuo, en las condiciones requeridas por la norma para que se produzca una consecuencia jurídica, emite una declaración de voluntad tendente a esa consecuencia, hay—dice—derecho subjetivo." Sus seguidores llegarán a negar más radicalmente el Derecho Subjetivo.

Duguit, al basar el Derecho en la solidaridad social, dice que no se puede hablar de poderes del hombre, sino sólo de funciones sociales.

Claro que no podemos aceptar estas teorías: las de Winscheid y Ihering por las dificultades que ya expusimos; la de Kelsen, porque al excluir del Derecho todo lo que no sea norma excluye a la persona misma; la de Duguit, porque llega a la consecuencia de la omnipotencia del Derecho Administrativo, secando la fuerza espontánea de la iniciativa personal.

Mas hay que reconocer con Castán que han aportado puntos de vista útiles a la noción de Derecho Subjetivo. Así, la teoría voluntarista de Winscheid marca la "esencia" del Derecho Subjetivo; la del "interés" de Ihering destaca el "fin" del mismo; la normativista pone de relieve "la fuente" que lo regula.

### III.—NUESTRO CONCEPTO ECLÉCTICO.

Por todo lo que antecede, pudiéramos decir, adoptando una posición ecléctica, que Derecho Subjetivo es: "Poder de obrar, limitado y concreto, en satisfacción de los propios intereses, garantizado por la Ley", definición que comprende los dos elementos del Derecho Subjetivo (reuniendo las teorías de Winscheid y Ihering) y está de acuerdo con las expuestas por Von Thur y Von Fernek, y recoge algunas notas interesantes de Federico de Castro.

Expliquemos la definición:

Decimos "Poder" porque en general se deja al interesado la consecución del fin.

Decimos "De obrar" porque la exteriorización es connatural al Derecho, lo mismo al Subjetivo que al Objetivo (en este último, es el Efectus de que nos habla Castro, que junto con la Autoritas y la Ratio integran los elementos de la norma).

Decimos "Limitado" porque, aun en las legislaciones más liberales, se le señalan ciertos límites, así: 1.º) hay una cierta obligación de ejercitarlos, como se observa no sólo en los llamados derechos funcionales,

sino en los estrictamente patrimoniales (en cuanto su no uso, determina su extinción). Además, 2.º) hay una cierta limitación de crear nuevos tipos, v. g., *numerus clausus* en la legislación alemana para los derechos reales, y prohibición de ciertos pactos en la legislación española para los derechos de crédito. En fin, 3.º) hay una prohibición de abuso en su ejercicio.

Decimos "Concreto" porque los derechos subjetivos son centros unificadores de facultades. De este modo se explica, por ejemplo, la llamada elasticidad del dominio. Ciertamente que en la realidad práctica siempre los derechos subjetivos están dentro de una "relación jurídica", pero sólo se puede hablar de Derecho Subjetivo cuando éste aparezca independizado exteriormente, abstrayéndose de la relación jurídica (que puede abarcar varios derechos subjetivos) y de la facultad jurídica (inversamente al caso anterior, varias facultades jurídicas pueden integrar un derecho subjetivo, como veremos..

Decimos "en satisfacción de los propios intereses" porque la utilidad es el fin del Derecho, entendiendo por utilidad, claro está, no sólo la material o económica, sino también la intelectual y la moral.

Decimos, en fin, "garantido por la Ley", ya que la Ley, al reconocer un interés como digno de tutela, debe prestar los medios "coactivos" para hacer respetar la actividad humana tendente a aquel interés. La coacción es, pues, algo "propio" (nótese bien, no decimos "esencial") del Derecho, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo. Por esto, no hay derecho subjetivo sin garantía, cualquiera que sea el medio con que ésta se manifieste. Para los derechos privados tal garantía adopta la forma de la acción judicial.

Delimitado así el concepto del Derecho subjetivo, urge distinguirlo de otros con los que puede confundirse. Veámoslos.

#### IV.—DISTINCIÓN DEL CONCEPTO DE OTROS VARIOS, HASTA SIETE, QUE LE SÓN AFINES.

1) Derecho subjetivo y "cualidades jurídicas", como son la capacidad de obrar, la capacidad de derecho, de disponer, de otorgar testamento, etc. Ciertamente se habla del derecho de otorgar testamento, de disponer, etc., pero tal modo de hablar es impropio. Las "cualidades jurídicas" constituyen un estado de hecho, no un poder de obrar, no una actividad, que es lo característico del Derecho. Por esta razón son "supuestos del derecho", no derechos.

2) Derecho subjetivo e "interés". Según Coviello, pueden confundirse en cuanto todo derecho reconoce como elemento propio un interés. Sin embargo, el derecho difiere del "simple interés" porque éste no está tutelado por la Ley. Así, el deudor tiene "simple interés" en que se le remita su deuda, pero no tiene derecho a ello. Ahora bien, este interés puede convertirse en derecho en virtud de un negocio jurídico, verbigracia, perdón de la deuda por el acreedor. Es más, en Italia, como observa Forti, se distingue el "simple interés", el "derecho subjetivo" y el "interés legítimo": el "simple interés" es cualquier inclinación del espíritu hacia un bien del mundo exterior; el "derecho subjetivo" es un interés cualificado al que proporciona una tutela la norma jurídica; el "interés legítimo" es un interés protegido por el Derecho, pero de una manera indirecta, así una norma jurídica encaminada a proteger un interés colectivo protege indirectamente intereses individuales. Esta distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo coincide con la de Fleiner entre derechos subjetivos y derechos reflejos.

3) Derecho subjetivo y "facultad jurídica". concepto éste de gran importancia en la doctrina de la retroactividad de las leyes. Aunque el concepto de facultad jurídica es discutidísimo, citaremos las dos definiciones más corrientes: a) Abstracta potencialidad para adquirir o tener derecho; b) las consecuencias de un derecho, del que constituyen el natural contenido y los varios modos de manifestación. a) En el primer aspecto la facultad jurídica es el supuesto del derecho, pero no derecho, es la capacidad de derecho. b) En el segundo aspecto, la diferencia entre facultad jurídica y derecho subjetivo es más bien teórica que práctica; puede verse esta diferencia considerando que el derecho subjetivo tiene vida propia y está regulado por normas propias y la facultad jurídica, en cambio, tiene la vida misma del derecho que integra y no tiene existencia autónoma. Un ejemplo para aclarar perfectamente el juego de estos conceptos y aun el de relación jurídica: en virtud de relaciones parentales (relación jurídica) y a través de la institución jurídica de la sucesión yo devengo propietario de un campo (tengo sobre el campo el derecho subjetivo de dominio), campo que podré arar, regar, cavar, etc., etc. (esto son facultades jurídicas que podrán alterarse, según las circunstancias sociales—asi se me puede obligar a sembrar trigo si hay un plan nacional de sementera—, pero el derecho subjetivo, el dominio, permanece a no ser que se me sus- traigan tal cúmulo de facultades que más que propietario sea ya un

simple dueño directo frente a otro dueño útil—¿moderno arrendamiento?)—.

4) Derecho subjetivo y "expectativa de derecho". En general, las expectativas de derecho no se hallan tuteladas por la Ley. Hay, no obstante, casos en que la Ley las protege más o menos eficazmente, pero sólo en previsión de que se realice un hecho jurídico que producirá un derecho. Y no hablemos más de este tan viejo y tan discutido concepto de "expectativa". En Federico de Castro se hace un minucioso estudio de este singular concepto.

5) Derecho subjetivo y "pretensión" (Anspruch). Muy poco diremos de este no menos discutido concepto. Surge en las Pandectas de Windscheid, al sostener que la pretensión es una facultad inmersa en el derecho, definiéndola como la facultad de obligar a otro a un hacer o un no hacer determinado; así lo ha recogido el Código Alemán. Creemos no hay razón suficiente para distinguir estos dos conceptos de derecho subjetivo y pretensión: en cuanto notemos diferencias, en realidad la pretensión se confunde con la facultad.

6) Derecho subjetivo y "acción". Nace esta distinción de los procesalistas modernos a partir de Wach y Helvig, quienes entienden la acción como un derecho público a la protección judicial. Pero dejemos la teoría de la acción para los procesalistas.

7) Derecho subjetivo y "deber jurídico". Este segundo es simplemente el reverso del derecho. Poco importa averiguar si es primero el derecho o el deber. Afirmemos tan sólo que no hay derecho sin un deber correspondiente, aunque puede existir deber jurídico sin derecho, ejemplo, cumplimiento de formas y solemnidades establecidas en interés de los terceros.

Terminamos. Hemos dado una definición del Derecho subjetivo a la que hemos calificado de ecléctica. Y realmente lo es: Poder, lo hemos tomado de Windscheid; Interés, de Ihering; Limitado y Concreto, de Castro; Garantido por la ley de los normativistas y de la generalidad de autores. Acaso lo único nuestro sea el atrevimiento de reunir todas esas notas en una definición ecléctica. Y, naturalmente, ni el eclecticismo nos es congénito: lo bebimos en Castán, cuyos textos alimentaron, casi exclusivamente, nuestra mente de opositor.