

# El derecho subjetivo

## Consideraciones en torno a su esencia y estructura

**Freddy Escobar Rozas**

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### 1 Introducción.

Con la palabra “derecho” se suele designar dos cosas relacionadas pero entre sí distintas: (i) un conjunto de normas que, poseyendo el atributo de la “juridicidad”, da lugar a lo que conocemos como “ordenamiento jurídico”, y (ii) un especial “poder”<sup>(1)</sup> conferido a los individuos a los cuales se dirigen las referidas normas. En el primer caso, a la referida palabra le suele acompañar el adjetivo “objetivo”, mientras que en el segundo le suele acompañar el adjetivo “subjetivo”.

Si preguntamos a cualquier persona -incluso con conocimientos jurídicos- sobre qué cosa es un derecho subjetivo, lo más probable es que no obtengamos respuesta alguna o que la que se nos dé no sea del todo satisfactoria. Empero, si pedimos a cualquier persona que nos dé un ejemplo de derecho subjetivo, lo más factible es que obtengamos no uno sino varios ejemplos. Y es que si bien el concepto de derecho subjetivo puede ser desconocido, la existencia de aquello que el mismo representa es algo que en la mente de las personas se encuentra como indudable.

Ahora bien, atendiendo (i) a que el derecho subjetivo constituye uno de los institutos más importantes del Derecho, y (ii) a que en nuestro medio no sólo no se ha estudiado la problemática que lo envuelve sino que ni siquiera se ha tomado conciencia de la enorme relevancia práctica que su tratamiento presenta<sup>(2)</sup>, es que hemos creído conveniente desarrollar en las líneas que siguen una aproximación al mismo, esperando de este modo contribuir al esclarecimiento de su esencia y estructura.

Antes de pasar a exponer las distintas teorías elaboradas sobre el derecho subjetivo y de ensayar una reconstrucción de la figura en base a las mismas, dos advertencias deben ser hechas. En primer lugar, no vamos a abordar aquí, por razones de espacio, la discusión sobre la existencia del derecho subjetivo; discusión que a estas alturas del desarrollo dogmático carece de trascendencia, en tanto que la más autorizada doctrina se ha encargado de demostrar la equivocación de las teorías que sostuvieron la ilusoriedad de dicho derecho<sup>(3)</sup>. En segundo lugar, tampoco vamos a

- (1) Se utiliza el término “poder” en sentido lato, ya que en estricto el poder jurídico viene a constituir una situación jurídica subjetiva de ventaja distinta del derecho subjetivo. Para una clara exposición de las diferencias entre estos institutos: ROMANO, Salvatore. *Aspetti Soggettivi dei Diritti Sulle Cose*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán, año IX, 1955. pp.1018 y ss.; FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. pp.287 y ss.; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *Poder en el Derecho*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXII. Buenos Aires: Driskill, 1979. pp.475 y ss.
- (2) La relevancia práctica del estudio del derecho subjetivo es vasta. En efecto, de su concepción depende no sólo la -correcta- aplicación de un instituto tan importante como el abuso del derecho sino también la de una serie de institutos aparentemente inconexos como son, por ejemplo, la prescripción, la caducidad, la legitimación, etc.
- (3) La existencia del derecho subjetivo no es algo que haya merecido la aceptación unánime de la doctrina, pues con distintos argumentos: (i) el realismo jurídico -representado por León Duguit-, (ii) el realismo normativista -representado por Hans Kelsen- y (iii) el realismo nórdico -representado por Karl Olivecrona y Alf Ross- sostuvieron que dicho derecho no era más que un poder imaginario, ficticio, que se enmarcaba en el plano de lo metafísico y supraempírico. Para una sesuda crítica a los postulados defendidos por estas corrientes de pensamiento: DABIN, Jean. *El Derecho Subjetivo*. Traducido por Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. pp.42 y ss.; FROSINI, Vittorio. *La Estructura del Derecho*. Traducido por Antonio Enrique Pérez Luño y M. J. Magaldi Paternostro. Bologna: Real Colegio de España, 1974. pp.115 y ss.; MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Sobre la Revisión Crítica del Derecho Subjetivo Desde los Supuestos del Positivismo Lógico*. En: *Anales de Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. Murcia, No.4, 1983. pp.47 y ss.

explicar aquí, por idénticas razones, la problemática de la situación jurídica subjetiva; problemática que en nada afecta el análisis del instituto que nos interesa, en tanto que dicha situación no altera la composición de éste sino que simplemente lo reemplaza en su papel de “partícula fundamental del ordenamiento<sup>(4)</sup>”.

## 2 Teorías esbozadas por la doctrina.

### 2.1 La teoría de la voluntad.

La teoría de la voluntad fue la primera que la ciencia jurídica moderna elaboró para descubrir la esencia del derecho subjetivo, siendo sus propulsores los principales representantes de la Escuela Histórica del Derecho. Esta teoría, tal como su nombre lo deja entrever, consideró a la voluntad del individuo como elemento central del derecho subjetivo, cosa que se condecía con el espíritu individualista y racionalista de la época en la que fue formulada.

El primero en sostener una concepción voluntarista del derecho subjetivo fue Friedrich Carl von Savigny. Para este autor, el derecho subjetivo era un poder de la voluntad individual, en cuyos límites el individuo reinaba con consentimiento de todos<sup>(5)</sup>. Sobre la base de semejante noción, cuyo evidente soporte lo constituye la idea de un ámbito de libertad en el que el individuo puede gozar sin interferencia alguna, Bernhard Windscheid ensayó una nueva

definición, mucho más precisa por cierto.

En efecto, según este último autor, el derecho subjetivo no era otra cosa que un poder o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico al individuo<sup>(6)</sup>. Este poder o señorío de la voluntad tenía, empero, una distinta configuración y función. Así, en algunos casos facultaba a exigir el cumplimiento de determinada conducta emanada de un precepto jurídico y, en caso de incumplimiento, a poner en marcha los medios coactivos previstos por el Estado<sup>(7)</sup>; mientras que en otros, simplemente posibilitaba la cesión o transmisión de dicha facultad<sup>(8)</sup>. En cualquiera de los dos supuestos, sin embargo, lo decisivo era la voluntad del sujeto, ya que de ella dependía que se realice o no un precepto del derecho objetivo, o que se forme, altere o extinga un medio de actuación de tal precepto. En este sentido, siempre se podía afirmar que el derecho subjetivo no era otra cosa que la potencia o soberanía de la voluntad<sup>(9)</sup>.

Ahora bien, la teoría de la voluntad, así formulada, fue modificada por Windscheid, quien en su intento por eludir la crítica efectuada por Ihering<sup>(10)</sup>, reelaboró hasta en un par de oportunidades la noción que había dado. De esta manera, sostuvo primero que cuando el ordenamiento jurídico concedía un derecho subjetivo no declaraba decisiva la voluntad del titular del mismo sino más bien “un cierto contenido de

- (4) La situación jurídica subjetiva no es otra cosa que la circunstancia de la existencia jurídica personal en la cual están contenidas en potencia una o más posibilidades de la vida del sujeto (de derecho), con arreglo a las cuales (i) se satisface un interés considerado digno o (ii) se sacrifica otro. Aun cuando es verdad que dicha situación ha reemplazado al derecho subjetivo en su función de concepto central del Derecho, en tanto que contempla dentro de sí una diversidad de posiciones que no pueden ser reconducidas a ese instituto, no lo es en cambio que aquella haya terminado por afectar a éste. Se equivoca por eso el doctor Fernández Sessarego cuando afirma que la situación jurídica subjetiva ha modificado la unidimensionalidad del derecho subjetivo, al haber hecho entrar dentro de su contenido al deber jurídico (ver: *El Histórico Problema de la Capacidad Jurídica. Código Civil Peruano. Diez Años. Balances y Perspectivas*. Tomo I. Lima: Universidad de Lima, 1995. p. 102). En realidad, una postura como ésta no sólo es escasamente compartida en la doctrina sino también a todas luces errónea, pues parte de la confusión que significa considerar como deberes a los límites del derecho subjetivo. A nuestro modo de ver, salvo que la coherencia constituya algo de lo que se pueda prescindir, no es válido sostener que “el derecho subjetivo incluye, simultáneamente y en su propia entraña, un deber”, pues es imposible que, sobre un único objeto, se tenga al mismo tiempo la *facultas* y la *necesitas* de actuar.
- (5) SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tomo I. Traducido por Jacinto Mecía y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/f. pp. 257 y 258.
- (6) WINDSCHEID, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tomo I. Vol. I. Traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987. p. 135.
- (7) Aquí quedaban incluidos tanto los derechos “reales” como los “personales”, ya que en ambos el titular podía exigir un comportamiento - ajeno- bajo la amenaza de acudir al Estado en caso de desobediencia. En el primer caso, la “pretensión” se dirigía contra todos; en el segundo, en cambio, únicamente contra el deudor.
- (8) Aquí quedaban incluidos los derechos del propietario y del acreedor de transferir las pretensiones que respectivamente tenían.
- (9) WINDSCHEID, Bernhard. Op.cit.; pp. 133 y 134.
- (10) Según IHERING, la voluntad no podía ser el elemento central del derecho subjetivo en tanto que existían sujetos carentes de voluntad como los niños o los débiles mentales que, pese a esta circunstancia, poseían derechos subjetivos (*Abreviaturas de El Espíritu del Derecho Romano*. Traducción de Fernando Vela. En: *Revista de Occidente*. Buenos Aires, 1947. p. 144).

voluntad<sup>(11)</sup>”. Sin embargo, como esta explicación a nadie satisfizo, sostuvo después que la voluntad dotada de poder jurídico no era la del sujeto titular del derecho -subjeto- sino más bien la del ordenamiento jurídico, de modo que aun cuando aquél decidiese la actuación de un precepto jurídico, era la voluntad de éste la que se ejecutaba<sup>(12)</sup>.

## 2.2 La teoría del interés.

La teoría del interés constituyó el segundo intento que la doctrina realizó en su afán de definir el derecho subjetivo. Su autor fue Rudolf von Ihering, quien en clara oposición a la concepción de los voluntaristas, consideró que el elemento central del derecho subjetivo era, no la voluntad del individuo, sino más bien su interés.

Para formular su teoría, Ihering partió de la comprobación de que la voluntad no podía constituir el elemento esencial del derecho subjetivo al existir supuestos en los cuales sujetos sin voluntad, como los niños o los enfermos mentales, eran titulares de derechos subjetivos. De ahí consideró que la verdadera esencia del derecho subjetivo no era el querer sino más bien el aprovechar.

En efecto, según Ihering, el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad “abstracta” o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja; en suma, un bien. Por ello, la sustancia de aquél no podía ser la voluntad -subjektiv-, que era tan solamente la fuerza motriz del Derecho, sino más bien el interés<sup>(13)</sup>.

Ahora bien, el interés, que expresaba el valor de un bien en relación al sujeto<sup>(14)</sup>, no era más que uno de los elementos del derecho subjetivo. El otro elemento era, para Ihering, la protección del interés que dispensaba el ordenamiento jurídico. En

consecuencia, según este autor, el derecho subjetivo quedaba entendido como un interés jurídicamente protegido<sup>(15)</sup>.

La definición así esbozada fue, empero, objeto de una ulterior precisión. En efecto, consciente de que existían diversos intereses jurídicamente tutelados que no llegaban a constituir derechos subjetivos, Ihering consideró esencial, en la definición del instituto estudiado, incluir la facultad del sujeto de actuar la protección otorgada por el ordenamiento jurídico. De este modo, terminó afirmando que el derecho subjetivo consistía, más exactamente, en un interés que jurídicamente se protegía a sí mismo; o en otras palabras, en un interés cuya tutela era realizada mediante una acción concedida al derechohabiente<sup>(16)</sup>.

## 2.3 La teoría de la protección.

La teoría de la protección fue elaborada inmediatamente después de que la teoría anterior fuera dada a conocer por Ihering. Su autor fue August Thon, quien, con una especial sutileza de por medio, consideró que el elemento esencial del derecho subjetivo no era el interés protegido sino más bien la protección del interés.

Según Thon, no podía dudarse que el propósito práctico del derecho subjetivo era conferir a los individuos un conjunto de ventajas, provechos o ganancias. Consideraba, empero, que una cosa era el fin del derecho subjetivo y otra muy distinta el derecho subjetivo mismo. En este sentido, postulaba que aquél, esto es el derecho subjetivo, no era el interés que se protegía sino más bien el medio de protección de dicho interés o, en los términos coloquiales que usó, “el candado que protegía a la cueva y no la cueva protegida<sup>(17)</sup>”.

(11) WINDSCHEID, Bernhard. Op.cit.; p.135, nota 3.

(12) Ibid.; p.136, nota 3.

(13) IHERING, Rudolf von. *La Dogmática Jurídica*. Traducido al castellano por Enrique Príncipe y Satorres. Buenos Aires: Lozada, 1964. p.180.

(14) Posteriormente, Ihering varía esta noción de interés, tratando así de evitar lo que parecía una evidente contradicción en él. En efecto, como quiera que según su teoría el interés del individuo era elemento del derecho subjetivo, éste no podría surgir en cabeza de un niño o de un débil mental, al ser éstos incapaces de realizar un juicio de valoración. Para superar esta dificultad, Ihering modificó su noción psicológica de interés por la del “interés medio”. Según esta última concepción, entonces, el derecho subjetivo no era más que un interés predominante en cierta sociedad, que se defendía o protegía a sí mismo (ver: GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1965. p.190).

(15) IHERING, Rudolf von. Op.cit.; pp.189 y 190.

(16) Ibid.; p.190.

(17) Thon citado por ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Vol.I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. p.233.

Ahora bien, Thon, al igual que Ihering, se cuidó de dejar en claro que la sola protección jurídica del interés no era suficiente para que pudiera existir un derecho subjetivo. Así, consideró esencial que el individuo investido con el mismo tuviese la facultad de utilizar dicha protección o, lo que es igual, que tuviese el poder de poner en marcha los imperativos que ordenaban a los órganos estatales la concesión de asistencia jurídica ante la violación de un precepto<sup>(18)</sup>.

De esta manera, pues, Thon concluyó que el derecho subjetivo era la expectativa de aquella facultad o, en otros términos, la expectativa de pretender cierta tutela jurídica para realizar eso que el ordenamiento jurídico mandaba o remover eso que el mismo prohibía<sup>(19)</sup>.

#### 2.4 La teoría ecléctica.

La teoría ecléctica, también denominada “mixta”, fue elaborada de modo paralelo a la teoría de la protección, interviniendo en su formulación, a diferencia de las anteriores, juristas alemanes, italianos y franceses. Como toda teoría ecléctica, ésta también intentó conciliar a las teorías que precedentemente se habían formulado, en este caso a las teorías de la voluntad y del interés; por ello, el concepto de derecho subjetivo que defendió miró otra vez hacia los elementos que estas dos teorías habían considerado esenciales en la figura estudiada.

El primero en sostener una concepción ecléctica o “mixta” fue Georg Jellinek. Para este autor, el derecho subjetivo era un bien o un interés protegido por el poder de la voluntad perteneciente al individuo<sup>(20)</sup>. Sobre la base de esta definición, Michoud ensayó una otra muy parecida, aunque con la ventaja de enfrentar el problema de los casos de ausencia de voluntad en el sujeto titular del derecho.

En efecto, para este último autor el derecho

subjetivo era un interés jurídicamente protegido por la potestad reconocida a la voluntad para su representación y defensa. Si la voluntad faltaba en el sujeto portador del interés o, en otros términos, si éste no tenía ni la capacidad de representar dicho interés ni la de defenderlo, la voluntad operante de su derecho venía actuada por la de su representante legal<sup>(21)</sup>.

Con estas primeras caracterizaciones, tímidamente seguidas por la doctrina de la época, la teoría bajo examen no hizo sino mantener, en lo fundamental, la posición que Ihering había defendido años atrás. De esta manera, el derecho subjetivo volvió nuevamente a girar en torno al interés; la voluntad, introducida en la definición como medio para la realización y defensa de aquél, quedó relegada a elemento servil del primero.

Esta forma de considerar al derecho subjetivo fue, sin embargo, cuestionada por varios autores, que, siguiendo la idea de conciliar las teorías de la voluntad y del interés, consideraron a aquélla y no a éste como elemento preponderante de dicho derecho. Así, Francesco Ferrara sostuvo que debido a que el interés era únicamente el fin hacia el que tendía el derecho subjetivo, una noción más adecuada del mismo era aquella que ponía el énfasis en la fuerza jurídica puesta al servicio de ese interés. En este sentido, consideró que aquel derecho no era sino el poder de la voluntad dirigido a satisfacer un interés protegido por la ley<sup>(22)</sup>.

Esta nueva orientación, que de alguna manera recogía los aportes efectuados por Windscheid y Thon, pronto fue seguida por un considerable número de autores, al punto que incluso el propio Jellinek tuvo que modificar su noción original para adecuarse a esta nueva forma de entender el asunto<sup>(23)</sup>. Sin embargo, al igual que la tendencia ecléctica anterior, esta última no hizo otra cosa que mantener en lo sustancial una de las

(18) Thon citado por ESPIN CANOVAS, Diego. Op.cit.; p.234.

(19) Thon citado por BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo I. Traducido al castellano por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa América, 1967. p.167.

(20) Jellinek citado por DABIN, Jean. Op.cit.; p.91.

(21) Michoud citado por DABIN, Jean. Loc.cit.

(22) Ferrara citado por DABIN, Jean. Ibid.; p.93.

(23) En efecto, este autor consideró en la segunda edición de su *Sistema de Derechos Públicos Subjetivos*, que el derecho subjetivo era “la potestad de la voluntad humana, reconocida y protegida por el orden jurídico, que tiene por objeto un bien o un interés” (citado por: DABIN, Jean. Loc.cit.).

posiciones clásicas: la de Windscheid. Así, el derecho subjetivo se convirtió otra vez en un poder de la voluntad, aunque, eso sí, limitado por el interés al cual tutelaba y por el que adquiría fuerza jurídica. A pesar de ello, la teoría ecléctica, en estos términos formulada, fue la primera en encontrar un respaldo importante por parte de la doctrina comparada<sup>(24)</sup>.

## 2.5 La teoría de la *facultas agendi*.

La teoría de la *facultas agendi* fue formulada años después de que la teoría ecléctica fuera dada a conocer por Jellinek, siendo sus autores los juristas pertenecientes a la Escuela Dogmática de la Civilística Italiana. A diferencia de todas las teorías anteriores, ésta dejó de moverse dentro de los límites trazados por las teorías de la voluntad y del interés, pasando a considerar al derecho subjetivo en términos de posibilidad de obrar.

Los primeros que formularon esta teoría fueron G. P. Chironi y L. Albello. Para ambos autores, el derecho subjetivo no era sino el poder jurídico de obrar voluntariamente dentro de los límites que la ley imponía<sup>(25)</sup>. Sobre la base de esta novedosa idea, que otorgaba capital importancia a la simple posibilidad de actuar, Francesco Azzariti, Walter d'Avanzo, Giorgio de Semo y Carmelo Scuto, introdujeron en ella otra vez el elemento del interés, de manera que el derecho subjetivo quedó definido como el poder o facultad de obrar para la satisfacción de un interés reconocido por la ley<sup>(26)</sup>.

Ahora bien, una vez que el poder, entendido como posibilidad normativa de obrar, fue elevado a elemento esencial del derecho subjetivo, la doctrina determinó, a la luz del diverso contenido de los distintos derechos subjetivos, el alcance de

aquel poder. En esta tarea, sin embargo, no hubo acuerdo. Así, algunos, como Giorgio del Vecchio, sostuvieron que el derecho subjetivo era una facultad compleja, en tanto que, de un lado, comprendía la posibilidad de obrar sobre un bien; y, del otro, la posibilidad de exigir el respeto de todos los demás hacia dicho bien<sup>(27)</sup>. Otros, como Domenico Barbero, Alessandro Levi y Widar Cesarini Sforza, sostuvieron, por el contrario, que el derecho subjetivo era una facultad simple. Para el primero, aquella facultad se traducía en la posibilidad de obrar sobre cierto bien<sup>(28)</sup>; mientras que para los otros dos, la misma se traducían en la posibilidad de exigirle a otro sujeto un comportamiento determinado<sup>(29)</sup>.

No obstante esta diversidad de opiniones sobre el alcance y el contenido de la *facultas*, se puede considerar a todas estas posiciones como simples variantes de una noción central; noción que a diferencia de las precedentes, colocó la esencia del derecho subjetivo en el esquema conductual garantizado por la norma jurídica. Con esta forma de entender el asunto, la doctrina comparada dejó prácticamente “cerrado” el capítulo concerniente a la indagación de la esencia del derecho subjetivo; indagación a la que se había abocado desde mediados del siglo pasado.

## 3 Reconstrucción de la figura.

### 3.1 El modo de configurarla (apreciaciones críticas).

#### 3.1.1 La voluntad y el interés.

El derecho subjetivo, se ha visto, trató de ser

(24) Sostuvieron que el derecho subjetivo era un poder de la voluntad para realizar un interés: CASATI, Ettore y RUSSO, Giacomo. *Manuale del Diritto Civile Italiano*. Roma: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1947. p.8; BARASSI, Lodovico. *Instituciones del Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch, 1955. p.107; DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tijero. Madrid: REUS, 1979. p.208; TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. p.53; LEHMANN, Henrich. *Parte General*. Traducción de José María Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. p.120.

(25) CHIRONI G. P. y ALBELLO, L. *Tratato di Diritto Civile Italiano*. Vol. I. Torino: Fratelli Bocca, 1904. p.112.

(26) AZZARITI, Francesco S., MARTINEZ, Giovanni y AZZARITI, Giuseppe. *Diritto Civile Italiano*. Tomo I. Padua: Cedam, 1943. p.5; D'AVANZO, Walter. *Instituzioni di Diritto Civile*. Tomo I. Roma: Orientamenti, 1945. p.13; DE SEMO, Giorgio. *Instituzioni di Diritto Privato*. Firenze: G. Barbera, 1952. p.91; SCUTO, Carmelo. *Instituzioni di Diritto Privato*. Vol. I. Napoles: Libreria Internazionale Teves di Leo Lupi, 1955. p.11.

(27) DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Traducido por Luis Legaz y Lacambra. Bosch, 1980. p.392.

(28) BARBERO, Domenico. Op.cit.; Tomo I. pp.172 y 173.

(29) Levi citado por FROSINI, Vittorio, Op.cit.; pp.121 - 123; CESARINI SFORZA, Widar. *Diritto Soggettivo. Enciclopedia del Diritto*. Tomo XII. Giuffrè Editore, 1964. p.694.

configurado en base a la voluntad primero y al interés después. Ambos enfoques, sin embargo, no aportan criterios aceptables, motivo por el cual deben ser rechazados.

En efecto, la voluntad no puede ser elevada a elemento central del derecho subjetivo porque, tal como lo ha sostenido Ihering, existen casos en los cuales ella está ausente y, no obstante ello, el individuo conserva los derechos que tiene, pudiendo inclusive adquirir otros distintos<sup>(30)</sup>.

Además, con semejante concepción no podría explicarse adecuadamente cómo un sujeto puede ser titular de derechos cuando ignora su existencia y, por consiguiente, no tiene ningún querer al respecto; o, cómo un derecho puede subsistir pese a que su titular no desea tenerlo<sup>(31)</sup>.

Adviértase que a estas objeciones no puede responderse aduciendo que la voluntad de la que el derecho subjetivo se compone no es la de su titular sino la del ordenamiento jurídico<sup>(32)</sup>; pues así, además de modificar sustancialmente la tesis primigenia, privándola de su verdadero sentido<sup>(33)</sup>, no se llega a una respuesta satisfactoria. En efecto, tal como lo ha hecho notar una muy atenta doctrina<sup>(34)</sup>, si el derecho subjetivo fuese un poder de la voluntad del ordenamiento jurídico, éste (el poder) únicamente operaría cuando algún individuo tome “prestada”, para sí, dicha voluntad, por lo que la misma, aun cuando imperante, no sería decisiva; y, viceversa, la del individuo, aun cuando no imperante, sería decisiva; de donde se sigue, sin dificultad, que la que determinaría el

surgimiento del derecho subjetivo sería esta última y no aquella.

Por lo demás, como ya ha sido observado<sup>(35)</sup>, el expediente de recurrir a una hipotética voluntad del ordenamiento jurídico no puede ser atendido desde que considerar a un conjunto normativo como poseedor de una característica psicológica, propiamente humana como es la voluntad, no es sino una simple ficción.

Ahora bien, que la voluntad no sea el elemento esencial del derecho subjetivo no implica que el interés lo sea, y ello no porque, tal como lo sostuvo Kelsen<sup>(36)</sup>, existen casos en los que falta este último y aquél no desaparece, como por ejemplo cuando al acreedor no le interesa la devolución del préstamo, pues de lo que aquí se trata no es del interés subjetivo y concreto del sujeto titular del derecho sino, como se verá más adelante, del interés típico recogido por la norma<sup>(37)</sup>.

En realidad, la verdadera razón por la cual el derecho subjetivo no puede ser identificado con un interés -jurídicamente protegido- radica en que, tal como lo hizo notar en su oportunidad Thon, aquél constituye un simple instrumento para conseguir la realización de este último y, como se sabe, una cosa es el medio que se dirige hacia un fin y otra cosa es el fin mismo<sup>(38)</sup>.

Si ni la voluntad ni el interés explican adecuadamente la esencia del derecho subjetivo, la unión de ambos tampoco puede constituir un criterio aceptable para describir la composición - interna- del mismo, pues las críticas efectuadas a las

(30) Así, CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p.180; GOLDSMITH, Werner. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Aguilar, 1960. p.234; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op.cit.; p.188; DEL PALAZO DIAZ, Alejandro. *Introducción a la Teoría del Derecho*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 1992. p.13.

(31) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Traducido por Luis Legaz y Lacambra. México D.F.: Editora Nacional, 1959. p.73.

(32) WINDSCHEID, Bernhard. Op.cit.; p.136; DE RUGGIERO, Roberto. Op.cit.; Tomo I; p.20.

(33) En efecto, la identificación del derecho subjetivo con la voluntad del ordenamiento jurídico importa la reducción de la fenomenología jurídica al derecho objetivo, ya que aquél quedaría suprimido y absorbido por este último al ser una sola la voluntad que gobierne tanto las normas como las facultades que éstas dan o conceden. Conformes con la crítica: DEL PALAZO DIAZ, Alejandro. Op.cit.; p.131; MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN, Ricardo. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1987. p.134; AFTALION, Enrique y VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. p.565.

(34) CESARINI SFORZA, Widar. Op.cit.; pp.685 y 686; ESPIN CANOVAS, Op.cit.; Vol. I; p. 232.

(35) ALVAREZ, Ariel. *Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1975. p.71.

(36) KELSEN, Hans. Op.cit.; p.73.

(37) MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN, Ricardo. Op.cit.; p.135.

(38) VON THUR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Tomo I. Vol. I. Traducido por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946. pp.77 y 78; MIELE, Giovanni. *Potere, Diritto Soggettivo e Interesse*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Volumen XLII. Primera parte. Milán: Francesco Vallardi, 1944. p.115; DE RUGGIERO, Roberto. Op.cit.; Tomo I; p.208; CASTAN TOBENAS, José. *El Concepto de Derecho Subjetivo*. *Revista de Derecho Privado*, No.281, Año XXIV, p.126.

teorías que pretenden imponerlos por separado son susceptibles de ser repetidas con éxito para desvirtuar la concepción que intenta presentarlos de manera conjunta. Y a esto no cabe oponer, en una clara defensa de la teoría ecléctica o “mixta” que otorga prevalencia al elemento del interés, que el problema de la ausencia de voluntad en el sujeto queda resuelto a través de la “integración” de la voluntad del representante, pues de este modo se olvida que es perfectamente posible que un individuo desprovisto de voluntad no tenga representante (legal o voluntario) y que, por ende, no se pueda lograr la pretendida integración. Por lo demás, aun cuando este obstáculo no se presentase -cosa que en nuestro caso sólo sería posible si es que se modifican las normas relativas a la representación de sujetos que carecen de voluntad relevante-, quedaría en pie la objeción realizada de Thon, según la cual el interés es el fin del derecho subjetivo y no el derecho subjetivo mismo.

### 3.1.2 La protección.

El derecho subjetivo tampoco es, como se ha pretendido, la protección del interés o, con más precisión, la expectativa de dicha protección. En efecto, una noción que fundamentalmente apunta a la perspectiva de obtener cierta tutela frente a la violación de una norma que impone determinadas conductas en beneficio de un sujeto distinto del gravado con las mismas, descuida sin razón lo que dicho sujeto puede hacer en una situación ajena a la patología, esto es, en una situación de acatamiento normativo.

Adviértase que, como lo ha hecho notar Barbero<sup>(39)</sup>, si se sigue un criterio como éste, tendría que considerarse, por ejemplo, que el derecho de propiedad es una expectativa de pretender la tutela estatal contra quien robe nuestras cosas o se introduzca sin nuestro permiso en nuestra casa; lo

cual es a todas luces inexacto, pues aquel derecho es ante todo un cúmulo de posibilidades de actuación sobre ciertos bienes y éstas, con la definición adoptada, permanecen en la penumbra sin justificación alguna. Y afirmamos esto porque esas posibilidades de actuación, y no la expectativa de su protección, son las que hacen diferente al derecho de propiedad de los demás derechos que otorgan poderes sobre las cosas<sup>(40)</sup>.

Debe relievase, además, que la protección que se invoca y la tutela que efectivamente se presta tienen como presupuesto necesario un estado de cosas anterior a la violación del interés que se protege; estado de cosas que, por lo demás, el ordenamiento de algún modo considera deseable, pues si no fuera así, no garantizaría, mediante la protección coactiva, su permanencia. Ahora, si el derecho subjetivo se reduce a la simple expectativa de una protección ante la violación de cierto interés, ¿qué es, entonces, aquel estado ideal de cosas que el ordenamiento garantiza a los sujetos y en base al cual se justifica la protección otorgada y, por ende, su expectativa<sup>(41)</sup>?

### 3.1.3 La facultad.

La facultad de obrar, como posibilidad normativamente reconocida y garantizada para actuar en cierto sentido, es, en nuestro concepto y de modo muy general todavía, la esencia del derecho subjetivo.

A esta conclusión se arriba no sólo porque la voluntad, el interés, la combinación de ambos o la protección de este último no pueden explicar adecuadamente el instituto estudiado, sino también -y principalmente- porque un atento examen al dato positivo conduce a esta solución.

En efecto, si el derecho subjetivo es finalmente una elaboración conceptual realizada a partir de un fenómeno normativo muy particular

(39) BARBERO, Domenico. Op.cit.; Tomo I; pp.170 y 171.

(40) En este sentido, resulta muy sugestiva la observación de Oscar Morineau, según el cual si es que el derecho subjetivo se agotara en lo que se puede hacer frente a una situación anómala -incumplimiento de la norma jurídica-, el disfrute de una cosa arrendada o el goce de la conducta ajena, por ejemplo, no serían manifestación del derecho, lo cual es a su parecer un absurdo (ver: *Derechos Absolutos y Relativos*. En: *JUS*. México, No.122, tomo XXI, 1948. p.246).

(41) Aunque no en estos mismos términos, la idea ya fue formulada por Francesco Ferrara (ver: *ESPIN CANOVAS*, Diego. Op.cit.; Vol. I; p.234).

como es, en términos latos y preliminares, una especial forma de “tutela” jurídica puesta a disposición de los propios beneficiarios de la misma, tanto su esencia como su contenido no pueden ser determinados al margen de lo que la ley consagra.

En esta línea, si se identifica el conjunto normativo que consagra las distintas clases de derechos subjetivos y si se examina cuál es el diseño por él contemplado en relación a éstos, fácilmente se comprobará que, en lo sustancial, aquéllos vienen configurados como esquemas garantizados de conducta o, lo que es igual, como posibilidades de actuación predeterminadas y protegidas.

Para comprobar esto, examinemos desde nuestro derecho positivo, y a modo de ejemplo, dos de los -en términos económicos- más importantes derechos subjetivos: el derecho de propiedad y el derecho de usufructo.

Según la norma contenida en el artículo 923 de nuestro Código Civil, “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (...)”. Con este enunciado, la referida norma pretende denotar dos cosas: (i) que la propiedad es un poder jurídico, y (ii) que ese poder jurídico permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Ahora, ¿qué significa eso de que la propiedad es un poder jurídico? Para responder esta interrogante hay que tomar en consideración que en doctrina existen dos posiciones en torno al significado de la expresión “poder jurídico”: una que entiende que dicho poder no es más que la simple posibilidad de obrar en un modo jurídicamente garantizado<sup>(42)</sup> y otra que entiende que aquél es la particular fuerza de creación de ciertos efectos jurídicos o, con más precisión, la específica potencialidad para crear, modificar o extinguir una situación jurídica<sup>(43)</sup>.

Dejando por ahora a un lado el problema sobre cuál de estas posiciones es la correcta, interesa

aquí resaltar el hecho de que, en términos sustanciales, ambas consideran al poder jurídico como una prerrogativa que permite desarrollar determinada conducta.

Precisado esto, hay que determinar, entonces, qué es lo que quiere decir la norma citada con eso de que en base a aquel poder jurídico se puede usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Para hacer esto -es decir, efectuar la precisión reclamada- se requiere, obviamente, definir qué es uso, qué es disfrute, qué es disposición y qué es reivindicación. Atendiendo a que en este lugar no interesa buscar la exacta configuración de cada uno de los, así denominados, “atributos” de la propiedad, diremos que, respecto de un bien, usar significa darle un destino acorde con su esencia; disfrutar significa percibir los frutos que produzca; disponer significa transferir la titularidad que sobre él existe; y reivindicar significa reclamar la posesión de quien lo tiene sin título alguno.

Tomando en cuenta todo esto, podemos concluir que, en mérito al significado de las expresiones contenidas en la definición que incorpora la norma del artículo 923 del Código Civil, es factible sostener que la propiedad no es sino un conjunto de virtuales y posibles comportamientos que el ordenamiento jurídico autoriza realizar sobre un bien.

La conclusión a la que acabamos de arribar no se obtiene, sin embargo, únicamente en base a la norma que define el derecho de propiedad. En efecto, tomando en consideración el hecho que de las distintas normas que conforman su sistema regulador se deduce, por una parte, que ni el nacimiento, ni la conservación, ni la extinción del derecho de propiedad dependen del goce real y concreto del bien sobre el cual recae; y, por otra, que la concreción de esta circunstancia, es decir, del goce efectivo del bien, da lugar a una situación autónoma (posesión) que no afecta la composición de dicho

(42) En ese sentido, y a modo de ejemplo, DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1982. p.440.

(43) En ese sentido, y a modo de ejemplo, FERRI, Luigi. Op.cit.; p.283.

derecho, es obvio que aquél no constituye otra cosa que una entidad en la que se descubre la existencia de una particular relación establecida entre un sujeto y una acción respecto de determinado bien; relación que finalmente se traduce en la posibilidad que ostenta el primero de realizar cierta conducta sobre este último.

---

**El derecho subjetivo, no constituye una finalidad en sí misma sino tan sólo una herramienta que el ordenamiento jurídico emplea para lograr la satisfacción de los intereses de los individuos a los que rige y, de este modo, posibilitar el logro de eso que explica y justifica su propia existencia.**

---

Por lo tanto, visto desde el prisma normativo, no se puede dudar que el derecho de propiedad es, en esencia, una facultad de obrar.

Veamos, ahora, y siempre desde la óptica de nuestro derecho positivo, qué cosa es el derecho de usufructo.

Según la norma contenida en el artículo 999 de nuestro Código Civil “el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno”. Con un enunciado como éste, la norma citada no define el derecho de usufructo, sino que simplemente se limita a indicar que (i) si uno es su titular, (ii) puede entonces usar y disfrutar -temporalmente- un bien de otro. Ahora, ¿qué significa eso de que el derecho de usufructo confiere facultades? ¿Será que la norma nos está indicando que el derecho subjetivo de usufructo es lo que confiere, y los atributos de uso y disfrute el objeto del conferimento<sup>(44)</sup>? Creemos que no. Lo que en realidad la norma nos indica es

que las facultades de usar y disfrutar son el contenido del derecho mismo, de modo tal que se puede predicar que entre aquéllas y este último existe una relación de identidad. La idea de que las referidas facultades son externas al derecho de usufructo no puede prosperar desde que sería necesario entenderlas como simples productos de aquél, lo que ciertamente no resulta admisible en tanto que causa y efecto no pueden coexistir. Y no se diga que tal observación no tiene aquí importancia alguna, pues siguiendo sin desviación el camino trazado por la idea cuestionada, los atributos de uso y disfrute sólo llegarían a surgir de manera efectiva cuando, por alguna razón, el derecho de usufructo hubiera desaparecido, lo cual constituye un absurdo.

En consecuencia, teniendo en cuenta que uso y disfrute no son sino posibilidades conductuales - tal como lo hemos visto- y que ambos son el contenido del derecho bajo análisis, aquí también resulta claro que el usufructo es una facultad de obrar.

El derecho de propiedad y el derecho de usufructo no son, que duda cabe, los únicos exponentes del instituto estudiado, por lo que el análisis de su composición no puede, *per se*, determinar la esencia de aquél. Sin embargo, lo dicho respecto de estos dos derechos subjetivos sirve también para los demás; pues, según las distintas normas que los consagran y regulan, de todos estos se puede predicar que constituyen posibilidades pre-determinadas de actuación, dejadas al albedrío de los individuos. En este sentido, no se puede dudar que la facultad de obrar, sea individual o grupalmente considerada, constituye el contenido esencial del derecho subjetivo.

Por lo demás, y aun cuando esto no es argumento decisivo para considerar correcta la posición aquí asumida, no está demás señalar que ésta es, en el actual estado de la doctrina, la definición más aceptada de derecho subjetivo<sup>(45)</sup>.

(44) Una posición como esta, aunque referida al derecho de propiedad, es la que sostiene Luis Pizarro (ver *Un Estudio Preliminar Sobre la Modificación Integral del Libro de los Derechos Reales del Código Civil de 1984*. En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p.230).

### 3.2 Sobre el modo de configurarla (sigue).

#### 3.2.1 La función instrumental.

La consideración del derecho subjetivo como *facultas agendi* constituye tan sólo una primera aproximación a la noción que, desde nuestra perspectiva, describe de modo íntegro y satisfactorio el instituto estudiado. En tal sentido, y con el propósito de arribar a dicha noción, se hace necesario empezar relievando la función instrumental del derecho subjetivo.

Según la apreciación unánime de la doctrina, el ordenamiento jurídico no es sino un conjunto de normas que operan sobre el dato de la realidad humana, el cual está representado por intereses y actividades que se desarrollan sobre el plano social. La función que aquel ordenamiento cumple con esta intervención consiste en valorar, tutelar y dirigir la efectiva realización de una serie de actividades, y, por ende, la satisfacción de un conjunto de intereses<sup>(46)</sup>.

Ahora bien, esta función es efectuada con un propósito muy específico que no sólo fundamenta la existencia del ordenamiento

jurídico, sino que, incluso, justifica su imposición coactiva. Y tal propósito no es otro que la pacífica convivencia entre los seres humanos<sup>(47)</sup>.

Para alcanzar aquel fin supremo, resulta indispensable, empero, que los sujetos que conforman la comunidad vean realizados, en alguna forma, los intereses que su propia naturaleza -humana- les plantea; pues, de lo contrario, la posibilidad de que los mismos convivan de manera pacífica se tornaría sumamente remota. Y aquí hay fundamentalmente dos opciones a tomar: o el Estado -o la organización que haga sus veces- satisface directamente los intereses de sus súbditos o se les deja a éstos la tarea de hacerlo. Si se escoge esta segunda opción, como ocurre siempre, en menor o mayor medida, el ordenamiento jurídico debe otorgar las herramientas necesarias para el efecto, entre las que se encuentra la facultad o prerrogativa de actuar sobre todas las entidades capaces de provocar la satisfacción de los intereses de los individuos que forman parte de cierta comunidad.

En tal sentido, resulta claro que la referida facultad o prerrogativa, que es lo que según nosotros viene a ser el derecho subjetivo, no constituye una

(45) Conformes: COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido por Felipe de J. Tena. México: Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1938. p.20; MIELE, Giovanni. Op.cit.; p.115; D'AVANZO, Walter. Op.cit.; Tomo I; p.13; COSTA, Fausto. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Milán: Fratelli Bocca, 1947. p.145; DE SEMO, Giorgio. Op.cit.; p.1; SCUTO, Carmelo. Op.cit.; Vol. I; p.10; BARBERO, Domenico. Op.cit.; Tomo I; p.172; Giuseppe Guarino citado por: FROSINI, Vittorio. *Diritto Soggettivo e Dovere Giudiciale*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Padua, año VII, primera parte, 1961. p.124; ROCCO, Ugo. *Teoría General del Proceso Civil*. Traducción de Felipe de J. Tena. México: Porrúa, 1959. p.23; CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo I. Traducción de Blanca P. L. de Caballero. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961. p.20; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducido por A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964. p.68; ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padua: Cedam, 1989. p.71; BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol.I. Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. p.370; CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol.I. Traducción de Manuel María Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1960. p.170; COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo I. Traducido por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: REUS, 1975. p.297; CASTAN TOBENAS, José. *Derechos Subjetivos*. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VIII. Barcelona: F. Seix, 1955. p.110; RODRIGUEZ-ARIAS, Lino y PEIDRO, Ismael. *Teoría del Deber Jurídico y del Derecho Subjetivo*. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Segunda época, año XCIII, tomo XV, No.3. p.285; DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Madrid: Alianza Editorial, 1977. p.77; PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1981. p.400; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982. pp.67 y 68; ESPIN CANOVAS, Diego, Op.cit.; Vol.I; p.237; DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. Op.cit.; p.440; BADENES GASSET, Ramón. *Conceptos Fundamentales de Derecho. Las Relaciones Jurídicas Patrimoniales*. Barcelona: Marcambo Boixareu, 1982. p.37; TORRENT, Armando. *Instituciones de Derecho Privado*. Vol. I. Primera parte. Madrid: NEO, 1994. p.163; MORINEAU, Oscar. *Il Concetto di Diritto Soggettivo*. En: *JUS. Rivista de Scienze Giuridiche*. Milán, Università del Sacro Cuore, año V, 1954. p.160; VESCOVI, Enrico. *Il Concetto del Diritto Subiettivo e la Realtà Contemporanea*. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXXVIII, serie III, fascículo V. p.402; REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Traducido por Jaime Brufau Prats. Madrid: Pirámide, 1979. pp.202 y 203; ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1980. p.31; GHIRARDI, Olsen. *Lecciones de Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980. p.93; MONROY CABRA, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis, 1986. p.196; MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN, Ricardo. Op.cit.; p.125; ALTERINI, Atilio Anibal. *Derecho Privado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p.38; PARRA BENTITEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil. Personas y Familia*. Bogotá: Temis, 1990. p.9; LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot. p.23; GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Derecho Subjetivo*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. s/f. Tomo VIII. Buenos Aires: Argentina. p.274.

(46) Así, FROSINI, Vittorio. Op.cit.; p.35; NICOLO, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive, letture di Diritto Civile*. Recopilación de Guido Alpa e Paolo Zatti. Padua: Cedam, 1990. p.129.

(47) Así, TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè, 1989. p.44.

finalidad en sí misma sino tan sólo una herramienta que el ordenamiento jurídico emplea para lograr la satisfacción de los intereses de los individuos a los que rige y, de este modo, posibilitar el logro de eso que explica y justifica su propia existencia<sup>(48)</sup>.

Ha de tenerse presente, en consecuencia, que el derecho subjetivo, como instrumento destinado a procurar la pacífica convivencia entre los individuos, resulta, tanto en su existencia y como en su ejercicio, condicionado por este elemento (interés) que, perteneciendo al plano de la realidad material del ser humano, es tomado por el ordenamiento jurídico y colocado como presupuesto y causa de justificación del mismo<sup>(49)</sup>.

### 3.2.2 Noción de interés.

Hemos dicho que el derecho subjetivo es un instrumento concedido por el ordenamiento jurídico para la realización de un interés. Pero, ¿qué cosa es el “interés”? Para responder a esta pregunta, de capital importancia para la correcta comprensión del instituto estudiado, parte de la doctrina retrocede un paso y precisa el significado de un concepto anterior: el de “necesidad”.

En efecto, se sostiene<sup>(50)</sup> que, desde un perfil económico, el concepto de “necesidad” representa todo aquello que exige la vida humana; y, más precisamente, todo estado de insatisfacción en el que un sujeto se encuentra y del cual tiende a salir. De este concepto, se afirma<sup>(51)</sup>, a través de un razonamiento lógico, se deriva el concepto de “bien”, que, en este contexto, sirve para designar cualquier entidad capaz de eliminar un estado de insatisfacción. De los dos conceptos vertidos, se concluye<sup>(52)</sup>, a su vez se deriva el de “interés”, que viene a denotar todo estado de tensión que se presenta entre el sujeto que quiere satisfacer una necesidad y el bien idóneo para ello.

Este estado de tensión, valga decirlo, presupone cierto juicio de valor, realizado por el individuo que padece una necesidad respecto de la idoneidad que tiene determinado bien para acabar con la insatisfacción en que aquélla se traduce. Asimismo, implica cierta tendencia volitiva de aquel individuo hacia la consecución de dicho bien.

Definido de este modo el interés, corresponde ahora precisar que éste, en tanto presupuesto del derecho subjetivo, tomado el mismo en sentido abstracto, no puede ser considerado sino en una dimensión objetiva. En efecto, cuando el ordenamiento jurídico diseña derechos subjetivos (por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de superficie, etc.) lo hace tomando en cuenta intereses objetivos; pues, como lo ha hecho notar Bigliuzzi<sup>(53)</sup>, en su tarea de reglamentar las conductas de cierta comunidad y resolver los conflictos que en ella se presentan, tal ordenamiento no puede considerar la concreta y subjetiva valoración que cada sujeto realiza sobre los bienes idóneos para satisfacer sus necesidades, en tanto que ésta -o sea, la valoración en cuestión- carece de la relevancia requerida para el cumplimiento de la tarea mencionada.

En consecuencia, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de superficie, etc. abstractamente considerados, responden a intereses objetivos que el ordenamiento jurídico tiene por merecedores de “tutela”.

Ahora bien, lo dicho no significa, sin embargo, que el concreto derecho de propiedad que existe sobre el caballo Saturnus, el concreto derecho de usufructo que existe sobre el fundo Tusculano o el concreto derecho de superficie que existe sobre el terreno de Sempronio no presupongan un interés subjetivo, esto es, un interés de su respectivo titular. Así es, como quiera que todos los derechos

(48) Thon citado por AFTALION, Enrique y VILANOVA, José. Op.cit.; p.563; CANDIAN, Aurelio. Op.cit.; Tomo I; p.18.

(49) En tal sentido NICOLO, Rosario. Op.cit.; p.133; BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Op.cit.; Tomo I; Vol. I; pp.338 y 339.

(50) ROCCO, Ugo. Op.cit.; p.20; NICOLO, Rosario. Op.cit.; p.134; DE CUPIS, Adriano. *El Daño*. Traducción de Angel Martínez Serrión. Barcelona: Bosch, 1975. p.109.

(51) ROCCO, Ugo. Loc.cit.; NICOLO, Rosario. Loc.cit.; DE CUPIS, Adriano. Op.cit.; p.110.

(52) ROCCO, Ugo. Loc. cit.; NICOLO, Rosario. Loc.cit.

(53) BIGLIAZZI GERI, Lina. *Interesse Legittimo. Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione Civile*. Tomo IX. Unione Tipografico Editrice Torinese. p.537.

subjetivos son instrumentos destinados a satisfacer los intereses que experimentan los individuos que conforman la comunidad, aquéllos -o sea, los intereses (subjetivos) pertenecientes a cada uno de los referidos individuos- no pueden quedar al margen, perdiendo toda relevancia. En realidad, tomando en cuenta el hecho de que cada derecho subjetivo existente sobre un bien determinado tiene la función de satisfacer el interés subjetivo de su concreto titular, no hay más remedio que concluir que, considerado -el derecho subjetivo- en este sentido (concreto), aquel interés que le sirve de presupuesto debe ser visto en una dimensión subjetiva.

El hecho de que el interés que sostiene cada derecho subjetivo, concretamente considerado, sea de carácter subjetivo trae, sin embargo, un enorme problema: el de la inseguridad jurídica. Así es, si todo derecho subjetivo existe para satisfacer el interés de su -concreto- titular, es necesario determinar (i), a los efectos de su adquisición, la existencia de dicho interés, y (ii) a los efectos de su conservación, la persistencia del mismo. Pero la referida determinación, como bien podrá advertirse, resulta sumamente complicada, por no decir realmente imposible. En efecto, habría que comprobar si cada sujeto que efectivamente desea adquirir cierto derecho subjetivo (a fin de intentar la satisfacción de un interés propio) para que el mismo le sea otorgado. De igual forma, habría que verificar si cada sujeto que ostenta cierto derecho subjetivo todavía mantiene latente su interés para que aquél -o sea, el derecho subjetivo- continúe vigente. Y tanto en uno como en otro caso habría que recurrir a mecanismos de comprobación existentes sólo en la imaginación.

Como el ordenamiento jurídico no puede recurrir a tales mecanismos de comprobación y como tampoco puede dejar sin resolver el problema

ya mencionado -la inseguridad jurídica-, el mismo acoge otra solución, que consiste en lo siguiente. En primer lugar, dicho ordenamiento da por supuesta la existencia de un interés en cabeza del titular de cualquier derecho subjetivo y que el mismo -o sea, el interés- coincide con el abstractamente diseñado por él. En segundo lugar, ese ordenamiento concede al titular del derecho subjetivo la posibilidad de manifestar la ausencia de interés y, por lo tanto, de probar que la suposición de la que aquél parte es falsa. Tal posibilidad no puede, empero, ser ejercida por cualquier medio. Así es, el ordenamiento jurídico establece determinados mecanismos para manifestar la falta de interés, de manera tal que cuando éstos no son usados, dicho ordenamiento sigue considerando que el titular del derecho subjetivo todavía tiene interés<sup>(54)</sup>.

Ahora bien, hay casos en los cuales, sin embargo, el ordenamiento jurídico no admite la prueba de la falta de interés o, admitiéndola, no le da relevancia alguna a tal circunstancia. Esto ocurre, por ejemplo, con el caso de los derechos irrenunciables. Aquí, por más que el titular de uno de ellos demuestre no tener interés, el ordenamiento considera que sí lo tiene y que, por lo tanto, el derecho concedido no puede quedar extinguido por renuncia u otro acto que denote desinterés.

Una vez aclarado cómo debe entenderse el interés que todo derecho subjetivo presupone, resulta fácil comprender porqué no importa, por ejemplo, si -como en el caso propuesto por Kelsen- el acreedor ya no tiene interés en que se restituya el préstamo o si el propietario ya no tiene interés en usar y aprovecharse del bien sobre el que recae su derecho: hasta que ambos no manifiesten su falta de interés por los medios predeterminados por el ordenamiento jurídico, éste los seguirá considerando como sujetos "interesados" y, por

(54) Es por ello que no basta, por ejemplo, la simple pérdida del interés en la prestación por parte del titular del crédito para que, por ausencia de justificación, éste se considere extinguido. A fin de que se produzca dicho efecto, el ordenamiento jurídico exige que el acreedor resuelva la relación, condone la deuda, etc.; o sea, que manifieste la pérdida de su interés por determinados medios. Asimismo, es por ello que tampoco basta la simple pérdida de interés en la cosa por parte del propietario para que se considere extinguido, por ausencia de justificación, el derecho de propiedad. A fin de que se produzca dicho efecto, el ordenamiento jurídico exige que el propietario destruya el bien, lo abandone, etc.; esto es, que manifieste la pérdida de su interés por determinados mecanismos.

ende, continuará manteniendo en vigencia cada uno de los derechos de los cuales son titulares.

### 3.2.3 La *facultas agendi*.

Una vez relevado el carácter -meramente-instrumental del derecho subjetivo necesario es precisar que la facultad en la que éste se traduce no tiene siempre la misma configuración, lo que equivale a decir que no ostenta en todos los casos el mismo alcance para obtener el fin para el cual ha sido concedido.

En efecto, habida cuenta de que el derecho subjetivo tiene por finalidad realizar o satisfacer una pluralidad de intereses (dignos de tutela), que corresponden no a una sino a múltiples y entre sí diferentes necesidades, es claro que su propósito no puede ser logrado en todos los supuestos a través de una misma posibilidad de actuación, pues las características de tales necesidades -así como las de los respectivos bienes- no permiten que mediante un mismo tipo de prerrogativa se obtenga su eliminación.

Así, por ejemplo, cuando las necesidades de las personas son susceptibles de ser satisfechas por ellas mismas mediante el desarrollo de una serie de comportamientos propios desplegados sobre ciertas entidades materiales, las facultades que requieren pueden recaer de manera directa sobre dichas entidades, de donde se sigue que la configuración de aquéllas será fundamentalmente la misma, pudiendo distinguirse tan solamente por el menor o mayor alcance de su “poder”. Pero en cambio, cuando las referidas necesidades no son susceptibles de ser satisfechas por quienes las padecen sino solamente por terceros, las facultades que aquéllos requieren no pueden recaer directamente sobre los bienes que van a eliminar su insatisfacción, pues o dichas facultades han sido asignadas a tales terceros o estos bienes (el conocimiento, por ejemplo), como expresiones de la personalidad, no admiten ni física ni jurídicamente la existencia de poder ajeno sobre

ellos. En este caso, entonces, las facultades requeridas no pueden sino asumir la configuración de una mera pretensión, esto es, de una posibilidad de exigir.

Ahora bien, la consideración de que la facultad puede tener poseer diversa conformación no es, empero, unánimemente admitida por la doctrina. Así es, se ha sostenido<sup>(55)</sup> que la facultad que le otorga al sujeto la posibilidad de realizar directamente su interés responde a la existencia de un verdadero “poder de obrar”, mientras que la facultad que le otorga al mismo la mera posibilidad de pretender de otro la realización de su interés responde a la existencia de una “expectativa” o “esperanza”; y que estas dos situaciones, aun cuando pertenecientes a un mismo género -mayor- que sería la situación de ventaja, no pueden ser reconducidas al instituto del derecho subjetivo, pues entre “poder hacer” y “esperar” no hay nada en común<sup>(56)</sup>.

Sobre esto, debemos indicar que resulta por demás injustificada la limitación del contenido del derecho subjetivo a aquellas facultades a las que Barbero denomina “poderes”, esto es, a las que son capaces de realizar de modo directo e inmediato el interés presupuesto por la norma. En efecto, si se parte de la premisa, por demás aceptada<sup>(57)</sup>, de que el derecho subjetivo no es otra cosa que un instrumento concedido a los individuos para que puedan obrar con miras a la satisfacción de sus intereses, no hay inconveniente alguno para admitir que su contenido esté formado tanto por “poderes” como por “pretensiones”, pues lo esencial en aquél, esto es, lo que verdaderamente lo caracteriza, es que la realización del interés al cual tiende no sea “obligatoria”, esto es, no sea de algún modo impuesta, sino más bien “libre”, en el sentido de que su titular ostente la posibilidad de decidir si ejerce o no la facultas concedida a dicho efecto, y esto, qué duda existe, sucede en cualquiera de los dos supuestos antes mencionados.

En efecto, tanto si el individuo está premunido de un poder como si lo está de una

(55) Así, PACCHIONI, Giovanni. *Il Concetto dell'Obbligazione*. Vol.XXII. Primera parte. Milán: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Francesco Vallardi, 1942. p.220; BARBERO, Domenico. Op.cit.; Tomo I; p.165.

(56) BARBERO, Domenico. *Ibid.*; Tomo I; p.165, nota 17.

(57) NICOLO, Rosario. Op.cit.; p.138.

pretensión, la realización de su -propio- interés no puede ser impuesta, en tanto que no existe persona alguna que, lícitamente, pueda obligarlo a obtener el bien o la utilidad que necesita<sup>(58)</sup>. En ambos casos, dicho individuo es libre para determinar la actuación de la facultad otorgada. Así, el propietario puede o no ejercer los atributos que su derecho concede. Si es que no lo hace, no comete ilícito alguno. Del mismo modo, el acreedor puede o no exigir el cumplimiento de la prestación. Si es que no lo hace, tampoco comete ilícito alguno. Es claro, en consecuencia, que el obrar para que el propio interés sea satisfecho es algo que se deja en manos del titular del derecho.

La circunstancia de que, ante la exigencia del acreedor, el deudor omita ejecutar la prestación a su cargo, postergando de esta manera la realización del interés de aquél, no implica que aquí no exista derecho subjetivo alguno, pues tal circunstancia responde, no a la falta de una facultad de obrar, sino mas bien a la violación de un deber jurídico conectado a la misma o, lo que es igual, a la presencia de una situación patológica<sup>(59)</sup>.

Por lo demás, la consideración efectuada por quienes no admiten que la *facultas agendi* también pueda traducirse en una pretensión, aduciendo para ello la “insuficiencia” de esta última para ser contenido del derecho subjetivo, no puede ser atendida; pues, aun cuando el solo ejercicio de la misma -es decir, de la pretensión- no sea suficiente para garantizar la satisfacción del interés del sujeto, semejante circunstancia en nada compromete el significado y el sentido de la expresión a la que se ha hecho mención -*facultas agendi*-, desde que ésta, al denotar una simple prerrogativa de obrar con miras a la obtención de cierta finalidad (en este caso, la satisfacción de un interés), incluye, sin dificultad alguna, la posibilidad de exigir a la realización de

determinada conducta.

En consecuencia, ha de tenerse por cierto, junto con la doctrina mayoritaria<sup>(60)</sup>, que la facultad de obrar en la que el derecho subjetivo se traduce está conformada tanto por el, así denominado por algunos, “poder”, como por lo que de manera unánime se denomina “pretensión”, quedando de esta forma afirmado el carácter complejo de aquél.

### 3.2.4 La garantía del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo, hasta aquí considerado, ha sido entendido como aquel atributo que habiendo sido normativamente concedido, se traduce en la facultad de obrar para la satisfacción de un interés propio. Esta definición tentativa, aun cuando en esencia correcta, no llega todavía a explicar la integridad del fenómeno estudiado, pues deja de lado el plano en el cual este último se inserta; plano que al implicar la coexistencia de una pluralidad de diversos intereses, de algún modo incide en su conformación.

Por tanto, para el logro de nuestro fin, que viene a ser la elaboración de una -correcta- definición del derecho subjetivo, es necesario poner en evidencia cómo la relación que éste tiene con otros institutos llega a determinar -externamente también- su propia configuración.

En esta línea, lo primero que debemos indicar es que el derecho subjetivo no podría existir si es que sobre todos los que no son sus titulares no se impone un deber jurídico que los obligue a no entorpecer o impedir el ejercicio la facultad que aquél contiene.

En efecto, si haciendo caso omiso a esta necesidad, cualquier sujeto pudiera actuar libremente, o sea sin ninguna consecuencia jurídica desfavorable para él, sobre cualquier bien, perturbando o impidiendo de este modo el

(58) Nótese que una cosa es que no se pueda obligar al acreedor a realizar su interés y otra muy distinta que, por la naturaleza de las cosas, dicho interés resulte realizado aún en contra de su voluntad. Así, por ejemplo, si se trata de un derecho de crédito en virtud del cual se puede exigir el cese de determinado comportamiento, la sola circunstancia de que el deudor se avenga a cumplir, contra la propia voluntad del acreedor, determina la realización del interés presupuesto del derecho subjetivo. En este supuesto, evidentemente, no se puede afirmar que el acreedor ha sido obligado a satisfacer la necesidad que experimentaba.

(59) En este sentido, BUSNELLI, Francesco Donato. *La Lezione del Credito da Parte di Terzi*. Milán: Dott. A. Giuffrè, 1963. pp.23 y 24.

(60) Solamente a título de referencia: PUGLIATTI, Salvatore. *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1941. pp.24 y ss.; NICOLO, Rosario, Op.cit.; pp.142 y ss.; BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Ibid.; Tomo I; Vol.I; pp.404 y ss.

despliegue de las facultades contenidas en el -supuesto- derecho que recae sobre el mismo, su situación jurídica sería exactamente igual a la del sujeto que ostenta el referido derecho, pues ambos podrían aprovecharse del bien, lo cual es incompatible con la idea misma de derecho subjetivo, en tanto que éste no puede existir cuando, al estar todos facultados a obrar sobre el mismo objeto, la satisfacción del interés depende, en realidad, de la “ley del más fuerte”.

Para que esto no suceda y se tenga, en consecuencia, un verdadero derecho sobre algo, resulta necesario que cada vez que se conceda una facultad de obrar, se establezca al mismo tiempo un correlativo deber jurídico que, gravando a todo tercero, imposibilite, jurídicamente claro está, la realización de cualquier comportamiento que en alguna forma pueda perturbar o imposibilitar la efectivización de aquella facultad y, por ende, la satisfacción o realización del interés que sirve de presupuesto de la misma<sup>(61)</sup>.

La individualización de semejante deber jurídico general constituye, sin embargo, sólo el primer paso en la estructuración del conjunto de realidades -ideales- externas que el derecho subjetivo requiere, a título de garantía, para su existencia. En efecto, atendiendo a la circunstancia de que dicho derecho no se agota en una facultad directa sobre un bien, sino que también puede adoptar la forma de una facultad -por así llamarla- indirecta sobre el mismo, al autorizar su obtención a través de una exigencia dirigida hacia otro individuo, resulta necesario que, además del referido deber (o sea, del general), exista otro de carácter específico, que correlativamente ligado a aquél (esto es, al derecho

subjetivo), no convierta en vana la pretensión concedida. Aquí se requiere, en consecuencia, además de la entidad externa que cree las condiciones necesarias para ejercer el propio derecho, la presencia de una situación de deber (o necesidad), que, sobre la base de la primera, esté llamada a realizar el contenido de la facultad indirecta hasta llegar a convertirla en una facultad directa<sup>(62)</sup>.

Pero de este modo aún no ha quedado agotado el espectro de institutos cuya existencia garantiza la presencia del derecho subjetivo. Así es, aceptado como está que tal derecho también puede asumir la particular configuración de un “poder” dirigido, no ya sobre objetos (sean materiales o inmateriales), sino sobre personas o, más exactamente, sobre situaciones jurídicas subjetivas, se hace indispensable que en los casos en que ello sea así, además del deber general, se cuente con la presencia de un estado -ideal- de sujeción<sup>(63)</sup> que afecte la situación jurídica subjetiva sobre la cual ha de ejercerse dicho poder, de modo tal que el mismo cuente con un efectivo objeto sobre el cual desplegar sus efectos.

Por lo hasta aquí dicho, se puede concluir que el derecho subjetivo, en tanto atribución otorgada al interior de una realidad en la que coexisten una diversidad de intereses, está condicionado por la contemporánea y correlativa presencia de ciertas situaciones jurídicas subjetivas que, siendo jurídicamente opuestas (al representar una serie de desventajas), posibiliten el efectivo ejercicio de la facultad de obrar contenida en aquél<sup>(64)</sup>.

### 3.2.5 La tutela del derecho subjetivo<sup>(64a)</sup>.

El derecho subjetivo, se ha visto, requiere de

(61) En tal sentido, MIELE, Giovanni. Op.cit.; p.115; FERRI, Luigi. Op.cit.; p.247; DEL VECCHIO, Giorgio. Op.cit.; p.392; NICOLO, Rosario. Ibid.; p.131; VESCOVI, Enrico. Op.cit.; p.403; GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Derecho Subjetivo ...* Op.cit.; p.274.

(62) La idea es, fundamentalmente, de Rosario Nicoló (ver Ibid.; pp.139 y 142-145). La siguen, entre otros, Salvatore Satta, citado por PUGLIATTI, Salvatore. Op.cit.; p.49; PEIDRO PASTOR, Ismael y RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Op.cit.; p.285.

(63) El Estado de sujeción es una situación jurídica subjetiva de desventaja que se caracteriza por afectar la esfera del sujeto que la padece a la decisión de otro. En consecuencia, el que se encuentra en ese estado está llamado a sufrir las consecuencias de la actuación ajena, sin que pueda de algún modo sustraerse a las mismas. Padecen, entre otros, semejante situación: el representado, el concedente, el deudor frente a quien se ejerce la ejecución forzada y la parte frente a la que se hace valer la resolución.

(64) En tal sentido; AZZARITI, Francesco Saverio y otros. Op.cit.; p.8; MORINEAU, Oscar. Op.cit.; p.160; VESCOVI, Enrico. Op.cit.; p.406; GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Derecho Subjetivo ...* Op.cit.; p.274.

(64a) La palabra “tutela” es, como indica Bigliuzzi, empleada, fundamentalmente, para designar dos cosas muy distintas. En efecto, se utiliza dicha palabra como sinónimo de reconocimiento (*rectius*: calificación de juridicidad) que la norma realiza respecto de un interés, elevándolo al rango de “presupuesto” de cierta situación jurídica subjetiva, a la verificación de determinadas condiciones -de hecho-. Así, se suele hablar de intereses merecedores de tutela, para designar a intereses que son susceptibles de ser tomados en cuenta por la norma a efectos de

la existencia de una garantía externa que, de uno u otro modo, asegure que la facultad en él contenida no sea vana o ilusoria. Ahora bien, como quiera que esa garantía, por lo menos si asume la forma de deber jurídico, es susceptible de ser violada por quienes deben observarla, se hace necesario determinar la incidencia que una situación como ésta pueda tener en la noción del instituto estudiado.

Para abordar tal cuestión, debemos, sin embargo, explicar primero, aunque sea brevemente, qué ocurre o, mejor, qué debería ocurrir cuando se presenta la anomalía indicada.

Tal como lo hemos anotado en el acápite anterior, la -efectiva- presencia de situaciones jurídicas subjetivas opuestas al derecho subjetivo resulta indispensable, habida cuenta de que las mismas vienen a constituir garantías de su existencia y realización. Dichas situaciones, sin embargo, no serían verdaderas garantías si es que, ante su violación, el ordenamiento jurídico no reaccionara de alguna manera; pues una situación de indiferencia determinaría la más absoluta irrelevancia -jurídica- del deber, en tanto que nada habría de imperativo en aquello que puede ser cumplido o incumplido, sin que exista la posibilidad de que, mediante una sanción, se tienda a la imposición coactiva del resultado que tiende a producir.

Necesario es, en consecuencia, que aquellas situaciones no puedan ser transgredidas sin que ello no se traduzca en una respuesta -del ordenamiento- "reparadora" que, a título de sanción, por un lado, y de mecanismo de tutela, por el otro, tenga por objetivo enervar los efectos negativos que la violación del deber haya producido en la esfera jurídica del titular del derecho "afectado". De esto se deduce, por lo tanto, que únicamente se tendrá un verdadero derecho subjetivo cuando el ordenamiento jurídico contemple, en su favor, mecanismos de tutela destinados a protegerlo del

incumplimiento de los deberes que cumplen la función de garantía del mismo.

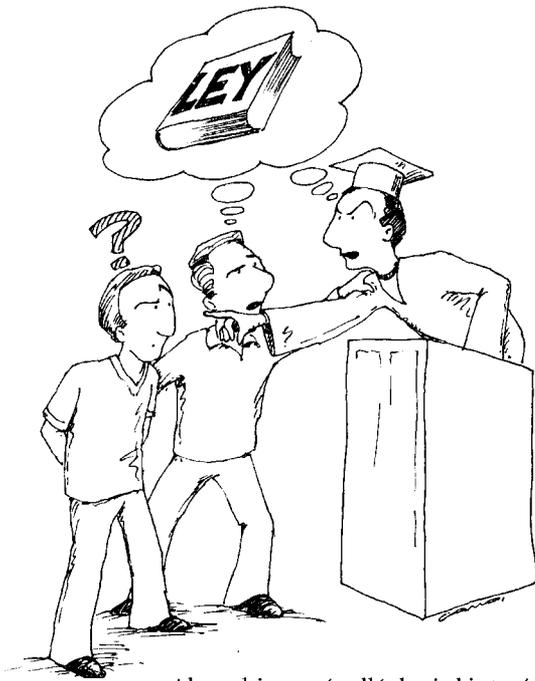
Una vez aclarado este punto, veamos, ahora sí, cómo la existencia de los mecanismos de tutela incide en la noción de derecho subjetivo. Para esto, notemos que los referidos mecanismos no tienen siempre el mismo efecto con relación al interés presupuesto del derecho subjetivo; pues, dependiendo de la medida en la que éste se vea "afectado" por la violación de la garantía, aquéllos tratarán (i) de eliminar los obstáculos que impiden su plena realización o (ii) de obtener en algún modo la satisfacción de la necesidad subyacente a dicha violación.

En efecto, cuando la transgresión del deber lesiona el interés del titular del derecho subjetivo sin hacerlo desaparecer, la función del mecanismo de tutela consiste en eliminar el hecho que causa la referida lesión, para de esta manera recomponer el estado anterior de cosas y permitir la total satisfacción de dicho interés. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando cierto bien es sustraído. En este caso, el mecanismo de tutela previsto por el ordenamiento jurídico concede a su propietario la posibilidad de recuperarlo y de lograr de esta forma la desaparición de la anómala situación que, momentáneamente, impide la realización efectiva de su interés.

Pero cuando la transgresión del deber lesiona el referido interés al punto de hacerlo desaparecer, la función del mecanismo de tutela no consiste en eliminar el hecho que provoca tal lesión, pues al haber desaparecido el presupuesto del derecho subjetivo, carece de sentido la remoción de la situación anómala. En este caso, la función de dicho mecanismo consiste más bien en procurar la satisfacción del interés que pudiera haber surgido como consecuencia de la extinción del que originalmente existía. Tal cosa ocurre, por ejemplo,

acordarles situaciones jurídicas subjetivas de ventaja. Pero se utiliza también la referida palabra como sinónimo de protección que, a manera de reacción, la norma otorga a quien ha visto lesionado -de algún modo- un interés previamente tomado en cuenta por la misma. Así, se suele hablar de intereses objeto de tutela, para designar a intereses que son defendidos por el ordenamiento ante una lesión o ante el peligro de que ésta se produzca. Ahora bien, conforme lo indica la autora mencionada, y con ella la más autorizada doctrina, la palabra "tutela", desde un punto de vista técnico, debe ser entendida en este segundo sentido. En consecuencia, cuando aquí hagamos referencia a la "tutela" del derecho subjetivo lo haremos tomando en cuenta su significado estricto (ver *Profili Sistematici dell'Autotutela Privata*. Milán: Dott. A. Giuffrè, 1971. pp.10 y ss.).

cuando el incumplimiento del deudor causa la desaparición del interés del acreedor. En este caso, el mecanismo de tutela establecido por el ordenamiento jurídico concede a dicho acreedor la posibilidad de reclamar, a través del pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, la realización del interés luego del referido incumplimiento.



Ahora bien, más allá de si el interés original permanece o no, resulta evidente que en cualquiera de los dos supuestos, la violación de la garantía del derecho subjetivo provoca, en su titular, una nueva necesidad y, por ende, un nuevo interés. En los ejemplos propuestos, la nueva necesidad será recuperar el bien sustraído y recibir una suma de dinero que resarza los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación, respectivamente. Nótese como esta nueva necesidad no sólo es distinta de la que fundamenta al derecho subjetivo “afectado”, sino que hasta incluso es contraria. Así, por ejemplo, la necesidad del acreedor de obtener el pago de una indemnización que resarza los daños ocasionados por el incumplimiento no sólo es diferente a la de obtener la prestación debida, sino

que es opuesta a la misma, en tanto que no puede coexistir con ésta.

Tomando en cuenta esto, y sabiendo que el mecanismo de tutela del derecho subjetivo es el que está llamado a satisfacer esta nueva necesidad, éste, aun cuando necesario para la existencia del derecho subjetivo, no puede formar parte -del contenido- del mismo. En efecto, si la definición de derecho subjetivo que hemos adoptado es correcta, el poder de obrar en cierta forma a fin de satisfacer un interés distinto del que presupone determinado derecho subjetivo, no puede pasar a ser parte del contenido de este último: la existencia de justificativos diversos así lo determina.

De este modo, por ejemplo, la facultad que todo propietario tiene de exigir -a otro- la reparación de los daños materiales ocasionados al objeto de su derecho (una casa, un automóvil, etc.) no integra el contenido de este último, en tanto que estos dos “instrumentos” responden a intereses distintos, que en este supuesto se traducen en el aprovechamiento del objeto y en que el mismo vuelva a tener la configuración material que poseía antes del daño, respectivamente. De ahí, por lo demás, que aquéllos vengán configurados de modo bastante diverso: el derecho de propiedad se traduce en un “poder” y aquella facultad en una pretensión, recayendo en consecuencia sobre cosas distintas: el primero sobre el objeto dañado y la segunda sobre una suma de dinero.

Que quede claro que con esto no se niega la -particular- relevancia que asume el mecanismo de tutela del derecho subjetivo para que éste pueda existir, ni que tal mecanismo le corresponde al individuo que ostenta la titularidad del derecho subjetivo “afectado”. Lo único que con todo lo expuesto se pretende afirmar es que, al estar el referido mecanismo de tutela dirigido a satisfacer un interés distinto -no importa si coligado o subsecuente- al que presupone el derecho subjetivo “afectado”, aquél no puede sino adquirir relevancia autónoma<sup>(65)</sup>.

(65) En este sentido: BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Op.cit.; Tomo I; Vol. I; p.370. Tímidamente, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol.IV. Milán: Dott. A. Giuffrè, 1990. p.38.

Ahora bien, si esto es así -o sea, si el mecanismo de tutela del derecho subjetivo es algo distinto del derecho subjetivo que protege y, en consecuencia, externo al mismo-, ¿cuál es la naturaleza jurídica que tiene? La respuesta a esta interrogante no es en realidad compleja, pues, dado que dicho mecanismo se resuelve finalmente en una facultad de obrar para realizar un interés propio, el mismo tiene naturaleza de derecho subjetivo. En tal sentido, como derecho subjetivo que es, este mecanismo de tutela requiere de la presencia de situaciones jurídicas subjetivas que, siendo opuestas a él, garanticen tanto su existencia como su realización. Asimismo, requiere también de la presencia de medios de tutela que, a su vez, lo protejan de los efectos nocivos que provoca la violación de la garantía acordada a su favor, salvo, claro está, que la misma no sea susceptible de transgresión.

### 3.2.6 El objeto del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo requiere tener un referente objetivo respecto del cual se desarrolle la posibilidad de actuar en la que se traduce. En efecto, como lo indica un reconocido autor<sup>(66)</sup>, es necesario que, para que la facultad de obrar no sea meramente ilusoria, el “poder” de obrar y de exigir “recaigan” sobre algo, esto es, versen sobre un elemento de la realidad, de manera que no queden agotados en el vacío.

Ahora bien, ese algo al que nos referimos es precisamente lo que viene a constituir el objeto del derecho subjetivo. Así es, por “objeto” hay que entender aquí no el fin (o finalidad) de una cosa sino más bien la materia sobre la cual ésa recae. Sólo tomando en cuenta esto es que se pueden evitar ciertos equívocos, como por ejemplo el de Candian<sup>(67)</sup>, para quien el interés en conseguir la utilidad dada es el objeto del derecho subjetivo. En efecto, si es que tomamos en consideración la noción finalista de “objeto”, es absolutamente claro

que objeto del derecho subjetivo es lograr la realización de un interés tenido como digno por el derecho objetivo. Pero si es que tomamos en consideración la noción materialista de “objeto”, no puede concluirse otra cosa que objeto del derecho subjetivo es eso sobre lo que la facultad contenida en el mismo recae. Así es, cuando el sujeto puede desplegar cierto comportamiento sobre determinado bien, es este bien y no un ente distinto el referente de actuación de la *facultas* concedida. Del mismo modo, cuando un sujeto puede exigir determinado comportamiento -a otro-, es este comportamiento y no algo distinto el referente de actuación de la *facultas* otorgada. Y a tal punto es esto así que cuando el bien deja de existir o cuando el comportamiento deviene en imposible, el respectivo derecho subjetivo se extingue.

Ahora bien, una precisión debe hacerse necesariamente. Hemos dicho que el objeto del derecho subjetivo es la entidad sobre la cual recae la facultad de obrar contenida en el mismo. Con esta forma de decir las cosas no pretendemos, empero, sostener que todo derecho subjetivo termina por resolverse en un “poder” directo sobre algo. En efecto, sabemos que hay casos en los cuales el derecho subjetivo consagra la posibilidad de que el propio titular pueda satisfacer su interés a través de la actuación del mismo. Este es, por ejemplo, el caso del derecho de propiedad, que al otorgar un conjunto de atributos sobre determinado bien, hace posible que el mismo propietario sea quien extraiga la utilidad que espera percibir. Sabemos también que hay casos en los cuales el derecho subjetivo no consagra la mencionada posibilidad, haciendo depender de la conducta de un tercero la efectiva satisfacción del interés del titular de ese derecho. Este es, por ejemplo, el caso del derecho de crédito, que al otorgar una simple pretensión, no concede atributo alguno sobre el bien que espera recibir el acreedor. Teniendo presente esta diferencia de contenido, es notorio que todo derecho subjetivo

(66) PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p.283. En el mismo sentido, CESARINI SFORZA, Widar. Op.cit.; p.692.

(67) CANDIAN, Aurelio. Op.cit.; Tomo I; p.214.

no puede tener el mismo referente objetivo de actuación. En ciertos casos, dicho referente será un bien (material o inmaterial) sobre el cual se pueda actuar; mientras que en otros será una conducta sobre la cual no se pueda actuar, sino tan sólo exigir su correcta realización. De ahí, pues, que cuando indicamos que el objeto del derecho subjetivo es eso sobre lo que la facultad “recae”, hay que entender la expresión no de manera estricta, desde que no todas las facultades recaen sobre algo, esto es, permiten una actuación sobre un ente. En consecuencia, se puede afirmar, con mayor precisión, que el objeto del derecho subjetivo no es otra cosa que (i) aquello sobre lo cual se puede actuar o (ii) aquello respecto de lo cual se puede plantear una exigencia; o, en otros términos, los bienes, las conductas, etc.<sup>(68)</sup>.

Así concebido el objeto del derecho subjetivo, resulta que aquél viene a constituir el “ente” del cual proviene la utilidad que satisface el interés presupuesto de este último<sup>(69)</sup>.

#### 4 Conclusión.

A la luz de las diversas consideraciones expuestas, podemos concluir lo siguiente:

1. El derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En este sentido, constituye un medio para eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo.

Dicha facultad puede traducirse en un “poder” (entendido este término en un sentido muy lato) o en una pretensión. Lo primero ocurre cuando el titular del derecho subjetivo tiene la posibilidad de realizar su interés mediante un comportamiento

propio. Lo segundo ocurre cuando tal titular tiene que recurrir a un tercero para lograr dicha realización.

2. El derecho subjetivo requiere de tres entidades que, a pesar de ser ontológicamente distintas a él, resultan imprescindibles para su existencia. Estas entidades son el (i) objeto, (ii) la garantía y (iii) la tutela.

3. El objeto del derecho subjetivo es aquella entidad (material o inmaterial) sobre la cual “recae” la facultad de obrar, determinando que la misma no sea meramente “ilusoria”. Dependiendo del contenido de la dicha facultad, el objeto será una cosa (incluso ideal) o una conducta.

4. La garantía del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva opuesta a él, que tiene la función de permitir (i) su existencia y (ii) la realización del interés presupuesto en el mismo.

El deber jurídico general que “obliga” a todo tercero a no interferir en la efectiva satisfacción de los intereses ajenos, constituye una situación -jurídica subjetiva- necesaria para la existencia de cualquier derecho subjetivo. El deber jurídico particular que obliga a un sujeto a efectuar cierta conducta o que “somete” a un individuo a la voluntad de otro, constituyen situaciones -jurídicas subjetivas- necesarias para la realización de ciertos derechos subjetivos.

5. La tutela del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o el peligro de lesión) de un interés. Dicha situación tiene como finalidad (i) eliminar el obstáculo que impide la satisfacción de un interés o (ii) lograr la satisfacción de uno nuevo cuando el original hubiera desaparecido. 

(68) De acuerdo, LARENZ, Karl. Op.cit.; pp.370 y 371; PUIG PEÑA, Federico. Loc.cit.; ESPIN CANOVAS, Diego. Op.cit.; Vol.I, pp.240 y ss.; GARCIA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979. p.253; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op.cit.; Vol.I, p.448; TORRENT, Armando. Op.cit.; Vol. I.; Primera parte. p.168.

(69) Así, MESSINETTI, Davide. *Oggetto dei Diritti*. *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXIX. Dott Giuffrè, 1979. p.809.