

el daño con su conducta, y que no lo ha reparado, ese individuo será responsable de su propio delito, consistente en la falta de reparación del daño por él provocado; pero por el mismo delito, es decir, por la falta de reparación del daño que provocara, puede también responder otro individuo; tal es el caso, cuando la sanción de ejecución civil se dirige al patrimonio de otro individuo, cuando el primero no cumple su obligación de reparar. El segundo individuo responde plenamente cuando no puede evitar la sanción, aun reparando el daño ocasionado por el primer individuo. Normalmente puede sin embargo, según el derecho positivo, evitar así la sanción, ya que, normalmente, no sólo responde por la falta de reparación del daño por parte del individuo obligado en primera línea a la reparación, sino que también se encuentra obligado, en segundo término a reparar el daño ocasionado por el primero, cuando éste no lo hace. Sólo como sujeto de esa obligación, y no como objeto responsable, puede evitar con su conducta la sanción; pero entonces no responde solamente por el incumplimiento en la reparación por parte del individuo que no ha reparado el daño que ocasionó con su incumplimiento de la obligación, sino también por su propia falta de reparación de ese daño; ni esa obligación suya de reparar el daño, ni su responsabilidad por el cumplimiento de su obligación, es una sanción. La sanción sólo aparece cuando ninguno de los dos individuos reparan el daño.

g) *La responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado.* Cuando la sanción no se dirige contra el delincuente, sino como en el caso de la responsabilidad colectiva, contra otro individuo que se encuentra con el delincuente en una relación determinada por el orden jurídico, la responsabilidad tiene siempre el carácter de una responsabilidad por el resultado, dado que no se da ninguna relación interna entre el individuo responsable del delito y el acontecimiento, indeseable según el orden jurídico, provocado, o no impedido por la conducta de un tercero. El sujeto responsable no tiene que haber previsto, ni buscado intencionalmente el acontecimiento; pero es enteramente posible, que el orden jurídico sólo estatuya responsabilidad por el delito cometido por otro, cuando el delito ha sido cometido intencionalmente por el delincuente. Entonces la responsabilidad tiene carácter de responsabilidad intencional, en relación con el delincuente, y de responsabilidad por el resultado, en relación con el sujeto responsable.

29. *El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado*

a) *Derecho y obligación.* Se acostumbra contraponer la obligación jurídica, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, como tener derecho, poniendo a este último en primer lugar. Se habla, en el campo del derecho, de derechos y obligaciones, y no al revés, de deberes y derechos (en el sentido

de tener un derecho) como en el campo de la moral, donde se hace mayor hincapié en los deberes. En la exposición del derecho, el derecho subjetivo pasa tanto al primer plano que la obligación casi desaparece detrás suyo, al punto de que ese derecho subjetivo —en el lenguaje técnico jurídico del alemán y el francés— es designado con las mismas palabras que se utilizan para designar el sistema de normas que constituyen el orden jurídico, a saber: “Recht”, “droit”. Para no identificarse con esta designación, es necesario distinguir, los derechos que se tienen, como derecho “subjetivo”, es decir, como el derecho de un determinado sujeto, diferente del orden jurídico, en cuanto derecho “objetivo”. En inglés, en cambio, se dispone de la palabra “right”, cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto, a diferencia del orden jurídico, el derecho objetivo, que es denominado “law”.

La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, “derecho subjetivo”, se designan circunstancias muy diferentes entre sí. A una de ellas se refiere el enunciado de que el individuo tiene derecho a comportarse, él mismo, de determinada manera. Con ello no se alude a otra cosa sino al hecho negativo de que la conducta en cuestión del individuo no se encuentra jurídicamente prohibida y, por tanto, a que en ese sentido negativo le está permitida; que es libre de realizar u omitir una determinada conducta; pero con ese giro también puede querer decirse que un determinado individuo está jurídicamente obligado —o, inclusive, que todos los individuos están jurídicamente obligados— a actuar de determinada manera con respecto del individuo que tiene el derecho subjetivo. La conducta a la que un individuo está inmediatamente obligado frente a otro, puede ser una conducta positiva o negativa, es decir, puede ser una acción o una omisión. La acción consiste en una prestación que el individuo obligado cumple con respecto de otro individuo. Objeto de la prestación es una cosa determinada, o un servicio determinado (prestación de dar y prestación de hacer). La omisión a que un individuo está obligado frente a otro puede consistir en la omisión de determinada acción del propio individuo obligado, por ejemplo, la obligación de no dar muerte a otro individuo; o puede consistir en la omisión de impedir determinada conducta del otro individuo, o de intervenir de algún modo en ella. Aquí interesa especialmente la obligación de un individuo de no impedir la conducta de otro individuo en relación con una cosa determinada, o de no afectarla de algún modo. Si la obligación de un individuo reside en no impedir, o no afectar determinado comportamiento de otro individuo, se habla de la prestación de no hacer mediante la cual se admite el comportamiento de otro, contraponiéndose la obligación de hacer, a la obligación pasiva de aceptar el comportamiento ajeno.

A la conducta a que un individuo está obligado frente a otro, corresponde determinada conducta de ese otro individuo. Éste puede exigir la conducta a la cual un individuo está obligado en su respecto, pretender esa conducta.

En el caso de una obligación consistente en una prestación de dar una cosa, o una prestación de hacer un servicio, puede requerirlas. En el caso de una obligación de no hacer, la conducta correspondiente a la obligación se configura en relación con la conducta que pasivamente ha de consentir; trátase de consentir la conducta que se realiza con respecto de determinada cosa al usarla; en el consumo, si se trata de un bien consumible; inclusive, por fin, en la destrucción de la cosa.

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada, con usos lingüísticos más o menos consistentes, contenido del "derecho", en cuanto objeto de una "pretensión" correspondiente a la obligación. La conducta obligatoria de un individuo, correspondiente a la de otro, en especial el ejercicio de la exigencia o pretensión sobre la conducta obligatoria, se suele denominar ejercicio del derecho. Sin embargo, no es corriente hablar, en caso de la obligación de omisión de determinadas acciones, como el de la obligación de omitir matar, robar, etcétera, de un derecho o pretensión jurídica a no ser muerto, no ser robado, etcétera. En el caso de la obligación de no hacer frente a determinada conducta correspondiente a la conducta de omisión obligatoria, se habla de "disfrutar" o "gozar" del derecho; sobre todo, se habla de goce de un derecho cuando se trata de que el obligado admita que el otro use, consuma o, inclusive, destruya determinada cosa.

Pero esta situación de hecho designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de este último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación. Es decir, la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación, correspondiente a la conducta obligatoria, se encuentra también determinada ya en la conducta que configura el contenido de la obligación. Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.

Debe observarse al respecto, que “sujeto”, en este contexto, sólo es el individuo obligado, es decir, aquel que mediante su conducta puede violar o satisfacer la obligación; el individuo con derecho, es decir, aquel en cuyo respecto ha de cumplirse aquella conducta, es sólo objeto de la conducta que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta. Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua. Ello resulta, por de pronto, de la circunstancia de que no en todos los casos de obligación jurídica se supone la existencia de un derecho subjetivo reflejo. Cuando la conducta obligatoria de un individuo no se refiere a otro individuo específicamente determinado en cuanto tal; es decir, cuando aquella conducta no ha de cumplirse frente a otro individuo determinado individualmente,⁸⁷ sino que se la exige con respecto de la comunidad jurídica en cuanto tal, se habla a veces, por cierto, de un derecho de la comunidad; en especial, de un derecho del Estado, con respecto de esa conducta del individuo obligado, como en el caso de la obligación de cumplir el servicio militar; pero en otros casos basta admitir una obligación jurídica sin un derecho reflejo que le sea correspondiente como, poniendo por caso, con respecto de las normas jurídicas que prescriben bajo sanción penal determinada conducta humana frente a ciertos animales, plantas y objetos inanimados. Así, cuando está jurídicamente prohibido matar, en general o en ciertas épocas, ciertos animales, o cortar ciertas flores, voltear ciertos árboles, o destruir ciertos edificios o monumentos históricamente significativos. Son éstas obligaciones que, mediatamente, se constituyen con respecto de la comunidad jurídica interesada en esos objetos. No es necesario suponer derechos reflejos de los animales, las plantas y los objetos inanimados. La tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser “personas”, es equivocada, puesto que “persona” significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados

⁸⁷ Va de suyo que la conducta de un individuo también tiene que llevarse al cabo con respecto de otro individuo, determinado individualmente, aun cuando ese tercero tenga que ser posteriormente determinado en mérito a cualquier criterio; así, por ejemplo, cuando se suscita entre A y B un litigio sobre quién de ellos esté obligado a entregar determinada cosa a C, y sólo luego de la decisión judicial queda establecido quién sea el obligado a efectuar la prestación a C. Pero también es posible el caso que, según el derecho existente, exista la obligación de cumplir determinada conducta, pero que no se determine el individuo humano que debe efectivamente realizarla; así, por ejemplo, cuando el propietario actual de un fundo esté obligado a permitir el uso de un camino que atraviese la propiedad. Cf. también el caso mencionado más adelante (p. 165), de la sucesión vacante.

a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido "sujetos" de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto. Pero, como ya se advirtió, cuando un hombre está obligado a comportarse, frente a otro hombre, de determinada manera sólo aquél, pero no éste, es "sujeto", es decir, sujeto de una obligación. Dado que el derecho reflejo es idéntico con la obligación jurídica, el individuo en cuyo respecto se ha constituido la obligación, no es tomado jurídicamente en cuenta como "sujeto", por no ser sujeto de esa obligación. El hombre, en cuyo respecto ha de efectuarse la conducta obligatoria, es tan objeto de esa conducta como el animal, la planta o el objeto inanimado en cuyo respecto algunos hombres están obligados a comportarse de determinada manera. También es insuficiente el argumento de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no pueden esgrimir "pretensiones" correspondientes a la obligación. Dado que no es esencial para la presencia de un derecho reflejo que se formule una exigencia con respecto de la conducta obligatoria. La circunstancia de que, por cualquier razón, no se formule pretensión o que no pueda formularse, no modifica la situación jurídica.

La "pretensión" que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querrela. Tenemos entonces una situación enteramente diferente de la de un mero derecho reflejo. Hablaremos de ella más adelante. Sea como fuere, un derecho reflejo no puede darse sin una obligación jurídica correspondiente. Sólo cuando un individuo está jurídicamente obligado a cumplir determinada conducta con respecto de otro, tiene este último un "derecho" sobre el primero. El derecho reflejo, en efecto, consiste solamente en la obligación del otro.

La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Ésta supone que existen derechos naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de la propiedad privada. Conforme a esta forma de pensar, la función de un orden jurídico positivo (o del Estado) que satisfaga la condición natural, consiste en garantizar esos derechos naturales, estatuyendo las obligaciones correspondientes. Esta concepción influyó también sobre los representantes de la Escuela histórica, que no sólo inauguraron el positivismo jurídico del siglo XIX, sino que determinaron muy esencialmente la construcción conceptual de la teoría general del derecho. Así se lee, por ejemplo, en Demburg: "Los derechos, en sentido subjetivo, se originaron históricamente mucho antes de que se constituyera un ordenamiento estatal consciente. Se fundaban en la personalidad de los individuos, y en el respeto que habían logrado, y sabían

imponer, con respecto de sus personas y sus bienes. Sólo por abstracción se alcanzó paulatinamente, a partir de la concepción de derechos subjetivos preexistentes, el concepto de un orden jurídico. Es, por lo tanto, una concepción ahistórica y errónea, afirmar que los derechos en sentido subjetivo no sean sino derivaciones del derecho en sentido objetivo.”⁸⁸ Si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esa obligación jurídica.

b) *Derechos personales y reales*. Bajo la influencia de la antigua jurisprudencia romana se suele distinguir el derecho sobre una cosa (*ius in rem*), del derecho sobre una persona (*ius in personam*). Esta distinción lleva a error. También el derecho sobre una cosa es un derecho con respecto de personas. Cuando, para mantener en pie la distinción entre derechos reales y personales, se definen aquéllos como el derecho de un individuo a disponer de cualquier manera de determinada cosa, se pasa por alto que ese derecho no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir esos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. Es decir, que también el *ius in rem* es, por de pronto, un *ius in personam*. De importancia primera es la relación entre hombres, que también en el caso de los denominados derechos reales consiste en la obligación de llevar al cabo determinada conducta frente a determinado otro hombre. La relación con la cosa es de importancia secundaria, puesto que solo sirve para determinar más de cerca la relación primaria. Se trata de la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero.

El derecho real por excelencia, para el cual se ha efectuado toda la distinción, es la propiedad. Es definido por la ciencia jurídica tradicional como el dominio excluyente de una persona sobre una cosa, definición mediante la cual es distinguido de los derechos a exigir algo, fundantes solamente de las relaciones jurídicas personales. Esta distinción, importante para la sistemática del derecho burgués, tiene un notorio carácter ideológico.

Dado que el derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación —inmediata o mediata— con otros hombres,⁸⁹ la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de éstos en no impedir la disposición que éste haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de

⁸⁸ Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Pandekten, 8ª ed., primera parte, 1911, p. 65).

⁸⁹ *Cf. supra*, pp. 25 y ss., 33 y ss.