

## CAPITULO VI

### El Derecho subjetivo en particular

#### § 21.—Definiciones y caracteres del Derecho subjetivo

Filomusi, Enc. § 6; Vanni, Lez. pág. 109; Holtzendorff, Enc. I, pág. 310, pág. 464, página 581; Chironi, Ist. I, §§ 21-24; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 109; Gianturco, Sist. I, § 44; Coviello, Man. I, § 7; Crome, Par. gen., § 13; Windscheid, Pand. I, § 37; Regelsberger, Pand. I, §§ 14-16.

La noción del Derecho subjetivo, que ya someramente expusimos al contraponerlo al Derecho objetivo, y al decir que era una *facultas agendi*, debe ser ahora más profundamente estudiada, tanto más cuanto que de él se dan varias definiciones, tomándose ya uno, ya otro de sus elementos como criterio para la determinación del concepto (1).

Una teoría muy difundida concibe el Derecho subjetivo como un «poder de la voluntad», como un «señorío del querer», es un poder que corresponde a la persona en virtud del ordenamiento jurídico de obrar, según las normas del Derecho objetivo, una esfera (como dice Savigny) (2) en la cual reina la voluntad de la persona y reina con nuestro consentimiento. El orden jurídico, dice Windscheid (3), dicta una norma, ordena una determinada conducta, poniendo este precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha dictado. De la norma así surgida, puede valer-

(1) Sobre la teoría general del Derecho subjetivo, ver Thon, *Rechtsnorun und subjectives Recht*, Weimar, 1878; Cicala, *Rapporto giuridico Diritto subiettivo e preterea*, Torino, 1909; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto* página 95 y siguientes.

(2) Sistema I, pág. 36.

(3) Pandette, I, págs. 169-170.

se el particular con plena libertad para la consecución de sus fines y si se vale de ella, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios oportunos para constreñir a los demás a la observancia de aquel precepto. Pero lo que es decisivo es la voluntad del particular; el orden jurídico, dictado el precepto, se despoja de él a favor del particular, la norma abstracta, se concreta en una particular protección del sujeto por determinación de su voluntad, que es decisiva para el nacimiento del Derecho.

Derecho subjetivo es, pues, un poder de la voluntad, una facultad de obrar dentro de los límites señalados por el Derecho objetivo; poder que resulta tutelado y protegido por éste.

A esta manera de entenderlo se han formulado serias objeciones por aquellos a quienes los conceptos de poder y de voluntad parecen inadecuados para definir la esencia del Derecho subjetivo. Se ha observado, por una parte, que la voluntad no agota el concepto del Derecho, porque éste no se reduce en su totalidad al elemento volitivo, sino que consta además de otros; por otra parte, se ha considerado que, llevando la voluntad a momento decisivo, se tropieza con la dificultad insuperable de todos aquellos casos en que el Derecho existe independientemente de la voluntad del particular. Ya que si en ésta se basa el Derecho y ella determina la actuación del precepto dado en el ordenamiento jurídico y puesto a disposición del particular, no se explicaría cómo el Derecho pueda surgir también en un incapaz, en el loco y en el niño, en los cuales no hay voluntad ni puede darse otra que la sustituya si carecen de representante. Ni se explica cómo el Derecho pueda darse en persona, capaz de voluntad que ignore, sin embargo, que existe a su favor aquel Derecho.

Por éstas y otras consideraciones que en honor a la brevedad omitimos, otra teoría, vigorosamente mantenida por Ihering (1), elige como momento decisivo la necesidad humana, el interés, para el cual el ordenamiento jurídico apresta su protección en cuanto que la reconoce digno de tutela. El Derecho subjetivo

(1) *Geist des röm Rechts*, III, §§ 60-61; *Zweckim Recht I*, pág. 434 y siguientes.

es, según la definición de Ihering, «un interés jurídicamente protegido», es decir, un interés humano garantizado por la ley, mediante la coacción y concretado en un fin.

Así como la precedente doctrina peca de formalismo y de unilateralidad en cuanto concibe el poder de querer como algo abstracto, prescindiendo del interés a que aquélla se dirige, la segunda, si bien tiene el mérito de dar relieve al contenido real y concreto, incurre también, aunque en otro aspecto, en el mismo vicio de unilateralidad. El interés no constituye, en efecto, la esencia del Derecho, sino solamente el fin del mismo, ya que si es cierto que, a fin de tutelar un interés (naturalmente un interés digno de protección jurídica), el ordenamiento concede derechos al particular, no radica en él o, por lo menos, en él solamente, la esencia del Derecho subjetivo.

La doctrina que nos parece más perfecta es la que resulta de la armónica conciliación de las dos anteriores, tomando como criterio, no exclusivamente el concepto del poder de querer o el del interés, sino ambos unidos. El Derecho subjetivo puede definirse según esta concepción en la que se inspiran la mayoría de los escritores como «el poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses en conformidad con la norma jurídica».

Para entender mejor el alcance de esta definición, hay que adorarla y fijar bien los elementos que la componen, que son, uno formal, y el otro, material.

a) El elemento formal se constituye del poder que se confiere a la voluntad. Acogiendo en la definición el concepto de voluntad, no se debe entender ésta como una voluntad pura, una voluntad abstracta, de modo que el Derecho no sea más que la realización de la misma. Una tal voluntad sería incapaz de producir efectos con relación al Derecho y de provocar su protección.

Debemos, por el contrario, representarnos una voluntad concreta con contenido determinado y esto no puede darse sino por una voluntad que se dirija a un fin de la vida, a la satisfacción de una necesidad, a una utilidad. Ni puede pensarse en una voluntad del particular, destacada de la voluntad general, ya que

como el derecho objetivo es la voluntad general, esto es, el acuerdo de las voluntades particulares, el derecho subjetivo es parte de tal voluntad general. En otros términos, cuando haya surgido el interés que el derecho objetivo quiere proteger o bien cuando se hayan determinado las condiciones de interés, bajo las cuales el derecho objetivo le otorga la tutela, la norma abstracta se concreta y da vida a una facultad en el particular, quien se convierte en titular del derecho subjetivo; pero, ¿en qué consiste esta facultad?

Su contenido lo pone de manifiesto el concepto mismo del derecho objetivo; si éste impone por vía general el hacer o no hacer, el derecho subjetivo se concreta en el poder que tiene cada uno de obrar en conformidad con la norma, poder que es tutelado y protegido por el Derecho. Es, pues, la facultad de querer y no debe entenderse el que sea siempre necesariamente un querer efectivo, porque puede, en efecto, faltar la voluntad, como sucede en los incapaces y faltar del modo más absoluto, como sucede cuando la voluntad que falta en el incapaz no puede ni siquiera ser suplida por la voluntad del representante por faltar también la representación; pero precisamente porque no se exige un querer efectivo, también pueden ser los incapaces titulares de derechos. Así se explica igualmente la posesión de derechos incluso en quien ignora que los posee. Ello consiste en que la voluntad en el derecho subjetivo no es la voluntad del particular, del titular, sino la voluntad del ordenamiento jurídico (1).

Este poder del particular, que es garantizado por la norma,

(1) Ver Windscheid, Pand. I, pág. 170, n. 3; Thon, *Rechtsnorm und subiectives Recht*, pág. 115. En sentido contrario se ha manifestado Fadda en Windscheid, Pand. I, pág. 539 y *Teoría del negocio giurídico*, Nápoles 1907, pág. 7; el cual como partidario de la teoría de Ihering, objeta que si es la voluntad del ordenamiento jurídico la que impera y ordena y no la voluntad del particular, no se comprende cómo, no obstante esto, resulte esta última la decisiva según la concepción de Windscheid. Esta observación perfectamente justa debe conducir, no ya a eliminar de la definición el elemento de la voluntad, sino a reconocer solamente que la voluntad del particular no es decisiva en cuanto que no precisa un querer efectivo.

puede ser considerado en dos aspectos o funciones: O abstracta y aisladamente como poder de hacer o de no hacer o en relación a alguno o a todos los demás hombres como pretensión, es decir, como facultad de exigir un determinado comportamiento, una acción o una omisión, ya de un particular que se halle especialmente obligado frente al titular o ya de todos los demás. Si el ordenamiento jurídico obliga a restituir la cosa depositada al depositante, o prohíbe al propietario de la fuente el desviar el curso de las aguas en perjuicio de los demás fundos que tienen derecho a disfrutarlas, el titular del derecho tiene la facultad de exigir del particular un hecho (la restitución de la cosa) o una omisión (la no desviación del curso de las aguas); si el ordenamiento protege el derecho de propiedad el titular del mismo tiene la facultad de exigir de los demás el no ser perturbado en el ejercicio del derecho de propiedad.

De esto deriva que a la potestad o al poder de uno corresponde un deber en los demás; a la pretensión, una obligación que se llama *deber jurídico*. Este deber jurídico pesa sobre los demás y es negativo en cuanto que consiste en el deber de abstenerse de todo acto que perturbe o impida el ejercicio de la facultad en el titular; o es de uno sólo o de varios y puede ser positivo o negativo cuando alguno resulte particularmente obligado frente al titular a realizar determinados actos o a abstenerse de realizarlos. Corresponde siempre, pues, a un derecho un deber; uno y otro no son sino aspectos diversos de un mismo fenómeno y surgen de él a un tiempo inseparablemente de modo que resulta vana y desprovista de fundamento toda investigación encaminada a determinar si la facultad surge antes que el deber o el deber antes que la facultad (1).

b) El elemento material está constituido por el fin en cuan-

(1) Una especie de derechos es la de los potestativos (llamados *Rechte des rechtlichen können*, en los cuales se dé un simple poder jurídico y no una pretensión ni un deber jurídicos; ver Chiovenda, *Saggi di Dir. proc. civ.*, pág. 20; Flagella, *Riv. dir. comm.*, 1912, I, pág. 1.025; Messina, *Sui c. d. Diritti potestativi* (Studi per Fadda, VI, pág. 327), que niega a estos la condición de derechos subjetivos. Ver Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 341 y siguientes.

to que representa una utilidad y es garantido por el derecho objetivo. Toda utilidad humana, toda necesidad o interés, puede ser objeto de la voluntad, y, por consiguiente, fin del derecho. Por ello, éste protege, no sólo los intereses o necesidades materiales, sino también los de orden intelectual o moral. Sin embargo, no a toda utilidad proporciona el derecho objetivo su tutela, sino sólo a algunas. Cuales sean las utilidades que el ordenamiento jurídico protege y eleva a la categoría de derechos subjetivos, depende de la apreciación que hace de ellas la voluntad colectiva, y como esta apreciación es variable en el tiempo y en el espacio, mudables y variables son las utilidades que cada ordenamiento positivo considera dignas de tutela y que se elevan por esto a pretensiones. Solo de modo general puede decirse que la tutela no se concede más que a los fines que satisfacen exigencias humanas y serias, necesidades reales, reconocidos como tales por la sociedad jurídicamente organizada, no a un interés cualquiera que el particular arbitrariamente se forja encaminado a lograr lo que considera su fin.

Es, pues, la tutela jurídica concretada en la posibilidad de la coacción el criterio que sirve para distinguir y caracterizar el derecho subjetivo; donde éste se da no puede faltar la garantía del derecho objetivo y la garantía la da la *acción*, merced a la que el particular hace valer en juicio la facultad que a él corresponde cuando alguien la haya turbado o desconocido. Cuando esta garantía falta podrá haber un simple interés, pero no un Derecho subjetivo. Ello no significa que todo interés no garantido sea desconocido por el derecho objetivo, sino que entre los varios intereses que poseen los caracteres dichos, hay algunos que se elevan a la categoría de derecho subjetivo, porque están protegidos por una acción y otros que se hallan desprovistos de ésta.

Entre los varios e infinitos intereses, hay unos que se distinguen de todos los demás en que están protegidos, pero no lo están de la misma manera y con igual intensidad con que se hallan tutelados los Derechos subjetivos. Se deben distinguir los intereses *puros* o *simples*, desprovistos de tutela y los intereses legítimos que reciben protección, pero la tienen, no ya con la

acción judicial, sino con recurso a los órganos de la justicia administrativa. La contraposición entre *derecho subjetivo* e *interés legítimo* tiene su mayor importancia en el campo del Derecho administrativo (1). Hay, en efecto, obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a la administración pública en favor de los ciudadanos y se establecen en consideración a una utilidad general. En el cumplimiento de las mismas, tienen interés los ciudadanos por la ventaja que resulta para cada uno de ellos como miembros del grupo, pero como las normas que crean tales obligaciones no se encaminan a un fin individual, el ciudadano como particular, no tiene acción para constreñir a la administración y no es, por esto, sujeto de un derecho. Queda sólo un interés, que no es una simple expectativa, sino algo más; es decir, un interés legítimo; no es derecho subjetivo, porque no se halla provisto de la acción judicial ejercitable ante los Tribunales ordinarios; tampoco es interés puro o simple, porque goza de una tutela, que consiste en recurrir a la justicia administrativa (Secciones IV y V del Consejo de Estado, Junta provincial administrativa) con eficacia y consecuencias diversas de aquellas a que da lugar el ejercicio del derecho subjetivo, ya que, mientras los Tribunales ordinarios no pueden anular el acto administrativo, sino conocer solamente los efectos lesivos del mismo, los órganos de la justicia administrativa, proceden a la anulación de los actos de esta índole. Ejemplos de intereses legítimos así protegidos: el del funcionario público o empleado a obtener el ascenso que le aseguran sus reglamentos orgánicos, del opositor aprobado a obtener el nombramiento, el del pro-

(1) La distinción puede tener importancia también para el Derecho privado donde si normalmente no se conocen más que *derechos*, pueden también darse simples figuras de *intereses*. Ejemplos hallan Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 129, n.º 2, en algunas instituciones de derecho familiar (relación matrimonial entre cónyuges, patria potestad, administración de la dote por el marido); mejor quizás es el que ofrece Coviello, Man. I, página 19 del resarcimiento del daño que no es concedido cuando alguien es privado aunque sea por hecho ilícito de una ventaja de hecho que no formaba el contenido de un Derecho y no constituía por ello una ventaja jurídica, si bien quien la gozaba tuviese interés en conservarla.

pietario a oponerse a la expropiación por causa de utilidad pública, etc. (1).

Sentado esto, para completar la noción de derecho subjetivo y antes de examinar sus diversas especies, conviene fijarse en los siguientes principios:

Todo derecho corresponde a un sujeto que es su titular. El concepto de derecho subjetivo es inseparable del de la existencia de una persona a que pertenezca.

Esta máxima no debe tomarse en sentido absoluto y riguroso; ya que si en modo normal no pueden existir derechos sin sujeto, no puede desconocerse que hay derechos a los cuales falta momentáneamente un sujeto o porque tenían uno que luego perdieron o porque no lo han tenido nunca, hallándose, sin embargo, destinados a tenerlo. Ejemplos típicos de derechos sin sujeto los ofrece el Derecho romano en el caso del ciudadano que cae prisionero del enemigo y pierde con la capacidad todos los derechos de que se hallaba investido; sus relaciones jurídicas no se extinguían, quedaban pendientes, se le reservaban para el caso que volviese a la patria (*ius postliminii*, ver Gayo I, 129) y se extinguían definitivamente si moría en cautiverio. En el Derecho moderno puede servir de ejemplo el de una disposición testamentaria en favor de los hijos no nacidos, ni siquiera concebidos de una determinada persona viviente al tiempo de la muerte del testador (Código civil, art. 764); otro ejemplo es el del título al portador abandonado por su poseedor que no haya caído aún en manos de otro; también en el Derecho romano y en el moderno el de la herencia yacente.

En estos y otros casos se tiene una relación jurídica, a la que actualmente falta el titular, pero que se mantiene con vida porque existe la posibilidad de que aparezca el sujeto. Si el prisionero regresa a su patria, si los hijos de una determinada persona nacen, si alguien se apodera del título, el Derecho saldrá del estado de suspensión para encarnar en un titular. Este estado de

(1) Esta materia se desenvuelve en todos los tratados de Derecho administrativo; véase Jellinek, *System Dir. subjectiven, Offentlichen Rechte*, 2.<sup>a</sup> ed. Flübingen 1905; Ferraris, *Il Diritto soggettivi e gli interessi legittimi* (Reud della R. Ac. dei Lincei XXIX, 1920).

suspensión de una relación jurídica por virtud de la cual existe, aunque transitoriamente sin sujeto, no tiene en sí nada de ilógico ni contradictorio; justificado por su oportunidad se explica como hizo Ihering (1) apelando al doble aspecto del derecho subjetivo. Hay en él un aspecto y un efecto activo: la pertenencia a un titular; un aspecto y un efecto pasivo que consiste en el vínculo a que se halla sometida la persona o la cosa a las cuales el Derecho del titular se refiere. En el primer aspecto no puede concebirse sin un sujeto, porque se identifica con la posición jurídica del titular; el segundo puede ser concebido aisladamente como un vínculo objetivo que sujetla la persona o la cosa en vista de un fin y en expectativa de un sujeto futuro (2).

Con esto queda aclarado que el fenómeno de la carencia actual de sujeto solo transitoriamente es posible. Un Derecho que esté sin sujeto de modo permanente es un concepto contradictorio, no pudiéndose concebir un poder de obrar para la consecución de un fin, en consideración al cual es aquel poder protegido sin que éste poder pertenezca ni ahora ni nunca a nadie.

Sujeto natural del Derecho es el hombre, es decir, la persona física. *Cum igitur*, escribió Hermogeniano, *hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus*. (2 D. I. 5.) y persona es el hombre libre. Desaparecida con la supresión de la esclavitud toda distinción entre libres y esclavos, por la cual en el mundo romano sólo los primeros eran sujetos de Derecho mientras los segundos no lo eran y venían en multitud de casos tratados como simples «res», todos los hombres son hoy sujetos porque todos son capaces de derecho. Supuesto de la persona es la capacidad de querer y tal capacidad es, por el Derecho moderno reconocida a todos; el concepto de capacidad se identifica con el de la personalidad.

(1) Sahrb. f. die Dogmatik, X, pág. 387; ver además Windscheid, Pand. I, pág. 207, n. 3; Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 710, que refuerzan la teoría de Ihering. Bekker, Pand. I, 52. Cicala, op. cit página 21 y siguientes; Demogue, *La notion du sujet de Droit* (Rev. trim. de Derecho civil, 1909, pág. 610 y siguientes).

(2) Ferrara, Tratt. Dir. civ., I, pág. 453, rechaza la idea de derechos sin sujeto y habla de vínculo de bienes reservados a un sujeto futuro.

No sólo a los hombres es reconocida tal capacidad. Cuando un fin social no puede ser conseguido con las fuerzas individuales de uno sólo y exija la cooperación de varios, se forman entes más o menos complejos mediante la reunión de varias personas o la destinación de un patrimonio a tal fin; a estos entes artificialmente creados por la necesidad, les es reconocida una individualidad propia que los hace sujetos de derechos en cuanto que hay en ellos correspondientemente a la actividad que despliegan una voluntad y una conciencia como en el individuo.

Según una distinción tradicional, las varias especies de colectividades pueden reducirse a dos tipos fundamentales. En efecto, hay una organización de personas reunidas para la consecución de un fin común y que actúa como un todo, de modo que el todo se distingue de las partes que lo componen, tiene una voluntad distinta de la de sus miembros, sin que sea la suma de las voluntades individuales sino la resultante de ellas: y ésta que los romanos llaman *Corpus*, *Collegium* o *Societas* es llamada por nosotros *corporación* y según la terminología escolástica *Universitas personarum*. O es un conjunto de bienes, un patrimonio destinado por uno o más individuos a un fin (por ejemplo, cura de enfermos, socorro de menesterosos, culto de la divinidad) con administradores que deben cuidar de que los bienes sean destinados al fin querido, y a esto se llama *fundación* o *universitas bonorum* (para los romanos eran *piae causae*).

El tipo más perfecto de personas jurídicas es el Estado, al lado del cual figuran los demás entes públicos menores (Provincias, Municipios). Pero aún existen en el Estado otras muchas de infinita variedad que difícilmente pueden reducirse a las dos categorías dichas. Carácter común a todas es que asumen una individualidad propia distinta de los miembros que constituyen la corporación o de las personas encargadas de la administración de la fundación.

Esta individualidad propia hace que las personas jurídicas, en cuanto son legalmente reconocidas por el Estado, son consideradas por el derecho objetivo como sujetos y, por consiguiente, capaces de derechos. Excepción hecha del Estado que es la

persona jurídica máxima y no necesita de reconocimiento todos los demás entes, Provincias, Municipios, establecimientos públicos ya sean civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales, son considerados como personas lo mismo que los individuos (Código civil, art. 2) (1). Pero la personificación no puede ir más allá de los límites impuestos por la naturaleza misma de las cosas y se comprende fácilmente que la capacidad de las personas jurídicas es capacidad limitada a los derechos patrimoniales y que no se extiende a los demás derechos que presuponen como elemento esencial la persona física. Cómo se debe explicar el fenómeno de la personificación, se verá más adelante.

Persona es, pues, todo sujeto de derecho.

Ahora bien; en cuanto el hombre es persona, derivan en él una serie de facultades o poderes que no podrían desconocerse sin negarle la cualidad de persona. Estas facultades que una antigua terminología llamaba derechos innatos y que la escuela del Derecho natural concibió como preexistentes a su reconocimiento por parte del Estado y que declaró absolutos e imprescriptibles, derivan de la naturaleza humana, que es su fundamento natural, pero hallan siempre en el Estado la fuente de su existencia. Derechos esenciales de la persona, consisten en las libertades que son garantidas al hombre por el Derecho objetivo, ya sean libertades de acción o de pensamiento, políticas o civiles, de asociación o religiosas, etc. Surgen en el individuo facultades singulares como el derecho a la libertad, a la integridad personal, a la vida, al honor, las cuales constituyen en su conjunto la personalidad.

Pero si la suma de estas facultades, constituyendo la esencia de la personalidad puede llamarse Derecho de personalidad, no debe creerse que la personalidad por sí misma represente un derecho subjetivo, un derecho del individuo a ser reconocido como persona, es decir, como sujeto. La personalidad es, por el contrario, el supuesto de todo derecho subjetivo, porque el Derecho presupone necesariamente la existencia de la persona, no

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 35 y 38 del Código civil español.

siendo concebible un ordenamiento jurídico sin su agrupación de sujetos capaces (1).

Y análogamente no constituye derecho subjetivo la capacidad jurídica. Puesto que el concepto de personalidad se identifica como hemos dicho, con la capacidad jurídica se debe repetir en cuanto a ésta la observación hecha respecto de aquélla. Ella es el supuesto de todo derecho subjetivo, la base natural de la que surgirán las relaciones jurídicas concretas en que el particular interviene. Puede en ocasiones el derecho objetivo desconocerla o restringirla y podrá ejercitarse siempre dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico. Fuera de estos casos compete a todos en cuanto que son sujetos de derecho y viene reconocida por el ordenamiento jurídico y tutelada contra todo atentado mediante sanciones de carácter general.

### § 22.—*Especies de derechos subjetivos*

Filomusi, Enc. § 44 y siguientes; Vanni, Lez. pág. 115; Holtendorff, Enc. I. págs. 23 335, 579, 577, II. 531; Brugi, Ist. § 15; Pacifici, Ist. II, pág. 1; Gianturco, Sist. I §§ 45-47; Chironi, Ist. § 22-23; Chironi y Abello, Tratt. I. pág. 113; Coviello, Man. I, § 9; Crome, Par. gen., §§ 13-21; Savigny. Sist., §§ 53-59; Windscheid, Pand, I, § 38 y siguientes; Regelsberger, Pand. I, §§ 49-51.

Dada la múltiple variedad de las relaciones entre los hombres como individuos o como miembros de la organización estatal, fácil es comprender la variedad y multiplicidad existentes en la serie de los derechos subjetivos. Por ello se impone la necesidad de una clasificación que fijándose en las notas comunes y en las diferenciales recoja en grupos homogéneos las diversas figuras y las reduzca todas a unidad orgánica y sistemática. Tal obra de clasificación es muy difícil porque existen notas o caracteres que son comunes a varios grupos y dentro de cada grupo figuras de derechos que ofrecen caracteres diferenciales que no encajan bien en una categoría preestablecida; por ello son varias las clasificaciones adoptadas y puede decirse que cada autor tiene la

(1) Sobre la distinción entre personalidad jurídica y Derecho de personalidad, ver Ferrara, Tratt. Dir. civ., I, pág. 393.

suya propia. Sin embargo, hay categorías generales que todos aceptan, siendo fundamentales para la construcción de cualquier sistema. A estos nos hemos de concretar.

Substancialmente son posibles dos categorías, según que se mire a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo o bien al objeto y contenido del mismo.

I. En el primer aspecto los derechos subjetivos pueden dividirse:

a) En absolutos y relativos según que tengan una eficacia universal e implique un deber de todos respecto a su sujeto o impliquen una eficiencia particular, un deber de una o varias personas determinadas. Característica de los primeros es que al derecho existente en el titular corresponde un deber general y negativo en cuanto se impone a todos los terceros una limitación, la obligación de abstenerse de turbar al titular; una lesión del derecho puede verificarse por un tercero que lo desconozca o atente contra él de modo que el restablecimiento del derecho ofendido o el resarcimiento del perjuicio, se operan mediante una acción que se puede ejercitar en abstracto contra todos los terceros y en concreto contra el que haya cometido la violación del derecho. A esta pertenecen no solo los derechos que corresponden al particular en cuanto es persona sino también los que constituyen o definen la posición jurídica del sujeto dentro del grupo social, es decir, su *status* los derechos de familia y la mayor parte de los derechos reales. Característica de la segunda categoría es que al derecho corresponde un deber particular de una o varias personas determinadas en cuanto éstas se hallan obligadas con respecto al titular a hacer o no hacer algo de modo que sólo a éstas les es impuesta una limitación, un deber que puede ser a su vez positivo o negativo según el contenido especial de la prestación a que vienen obligados. De donde resulta que la violación de la relación no es posible sino por parte de la persona particularmente obligada y por ello la dirección de la acción resulta originariamente fijada desde el momento en que la relación se constituye. Ejemplos típicos son los derechos de crédito.

Se ha objetado por algunos que el deber de no lesionar las

relaciones ajenas se impone igualmente a todos en los derechos relativos; verdaderamente la afirmación sentada no significa que en los derechos de crédito y demás que se agrupan en la segunda categoría, no exista un deber general y negativo de no turbarlos ni mucho menos que no exista la posibilidad de turbarlos por parte de los terceros; puede un tercero impedir que un deudor me pague mi crédito o destruir la cosa que me debe y contra tales lesiones no ha de faltarme protección. Pero lo que viene protegido no es la relación de crédito sino un derecho que es absoluto, el derecho de propiedad que corresponde a mi deudor sobre la cosa en el segundo caso, el derecho que yo tengo a la integridad de mi patrimonio, del cual forma parte el crédito en el primero.

b) En originarios y derivados, según que se produzcan en el titular independientemente de una actividad de parte de éste dirigida o encaminada a adquirirlos o bien se adquieran por efecto de un hecho suyo. Entran en la primera especie todos los derechos inherentes a la persona; en la segunda, los demás que presuponen los primeros y son derivados en cuanto que son producto de una actividad del titular, aunque no vaya acompañada ésta de la voluntad dirigida precisamente a adquirirlos (1).

c) En transmisibles e intransmisibles según que se admita o no la posibilidad de transferirlos del titular a quien corresponden a otro sujeto. Todos los derechos privados subjetivos en general pueden ser transferidos de una a otra persona por los modos de adquisición que el derecho objetivo determina y que son distintos según la intrínseca naturaleza del derecho que se transmite. Transmisión es precisamente la transferencia de un derecho en favor de otros y puede operarse esta transferencia o sólo para un derecho singular o en la sucesión *mortis causa* para todo el conjunto de derechos del titular. No todos los derechos son susceptibles de ella; hay algunos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y

(1) Diverso valor y contenido asigna a la distinción Bekker, *System des hent. Pandektenrechts*, I, pág. 94, Beil II.

por eso se llaman derechos personalísimos. Pertenecen a éstos en primer término, los derechos que forman el contenido de la personalidad y además los derechos inherentes al *status*, los derechos familiares y entre los patrimoniales, algunos que van estrechamente unidos a la persona del titular, como son las servidumbres personales (1).

2. Con relación a su objeto y al contenido intrínseco, los derechos subjetivos se distinguen:

a) En derechos subjetivos *públicos* y *privados* según que la norma de derecho objetivo en que se fundan sea de Derecho público o de Derecho privado. Este es el criterio más seguro para la determinación de la categoría a que el derecho pertenece y conviene a tal efecto recordar lo dicho al hablar de la distinción entre Derecho público y privado fundada como se ha visto en el doble elemento del sujeto (público o privado) a que la norma se refiere y del fin que con la misma se persigue.

Es superfluo añadir aquí que por sujeto a que la norma se refiere no debe entenderse el sujeto de la facultad o pretensión que de la norma brota, sino la persona en interés de la que se da la norma; lo cual explica como pueda ser titular del derecho subjetivo público, no sólo el Estado sino también el ciudadano. Por el contrario, no es decisiva para determinar la naturaleza del derecho subjetivo la calidad del titular porque si normalmente corresponden al particular los derechos subjetivos privados y al Estado y a las demás personas jurídicas que tengan carácter político o público los derechos subjetivos públicos, hay algunos de estos que corresponden al particular (como por ejemplo el electoral) y otros privados que corresponden al Estado y a otras co-

(1) Otras distinciones menos importantes son las de derechos principales y derechos accesorios, divisibles e indivisibles, presentes y futuros, positivos y negativos, de las cuales algunas como la última tienen significación muy diversa (ver Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 114-115, Bekker, *System des hent. Pandektenrechts*, I, § 28, pág. 89 y siguientes; Regelsberger, Pand. I, pág. 207) derivada de la anfibología de los términos empleados y no ofrece utilidad alguna ni práctica ni dogmática. Sobre tales distinciones ver Ferrara, Tratt. Dir. civ. I, pág. 416 y siguientes. Otra distinción puede hacerse de derechos revocables e irrevocables. Ver Maroi, *Irrevocabilité* (Diz. prat. di Dir. priv.).

lectividades en cuanto éstas y aquél se presenten con una determinada relación despojados de su carácter político.

No faltan escritores, especialmente en Alemania, que afirman que los derechos subjetivos públicos no pueden pertenecer más que al Estado y niegan la existencia de derechos públicos individuales. Así, por ejemplo, el derecho electoral correspondiente al ciudadano, no sería un derecho subjetivo porque el ciudadano no puede tener derechos con respecto al Estado ya que éste, como entidad política soberana dicta a sus súbditos las normas e impone obligaciones y limitaciones pero no puede él sufrirlas (1). Pero este concepto debe ser rechazado como una exageración de la soberanía del Estado ya que no puede negarse que cuando el ciudadano ejerce una facultad que le corresponde como miembro de la comunidad para la consecución de un fin que no es particular suyo sino que lleva en sí el interés general de todos y del Estado, esta facultad, al ser garantida por el ordenamiento, alcanza la dignidad de un verdadero y propio derecho subjetivo (2).

Dejando aparte los derechos subjetivos públicos, los privados se subdistinguen en las categorías siguientes:

b) Ante todo, a los derechos patrimoniales se contraponen los no patrimoniales, que otros llaman personales. Pero esta última locución, que puede tener dos acepciones en cuanto sirve a designar los derechos de obligación en contraposición a los reales o los derechos referentes al individuo como persona, pre-

(1) Ver sobre el criterio de distinción que es uno de los puntos más discutidos de Derecho público, Ranelletti, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi indiv. e Collet* (Studi per Fadda II, pág. 247) Dir. ammin. I, página 444 y siguientes; Ferraris, *I Diritti soggettivi e gli interessi legittimi* (Rend. R. Acc. Lincei XXIX, 1920, pág. 9) *Presutti di Dir. amm.*, Napolí, 1917, I, pág. 113 y siguientes.

(2) Ver Jellinek, *System der subjectiven Offenthchen Rechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Fübingen 1905 (Trad. italiana vitagliano, Milano 1912); Longo, *La teoria dei Diritti pubblici subbietivi* (Archiv. di Diritto pubbl., I, pág. 174 y siguientes); Romano, *La teoria dei Diritti pubblici subbietivi*, en Orlando Tratt. di Dir. amm., I, pág. 110 y siguientes; Maiorana, *La nozione dei Diritti pubblici subbietivi*, 1904.

ferimos reservarla a esta categoría, es decir, a los derechos correspondientes a la persona.

El criterio diferencial viene dado por el contenido económico de las facultades correspondientes al sujeto y por el concepto de patrimonio. *Patrimonio* es, según la definición más corriente, el conjunto de bienes pertenecientes a una persona que tienen una utilidad económica y que pueden valuararse en dinero; según otros, es el conjunto de derechos que tienen por objeto tales bienes. Más completa y exactamente es definido como el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona que tengan una utilidad económica y sean por ello susceptibles de estimación pecuniaria (1). Se debe prescindir en la determinación jurídica del concepto de patrimonio de su consistencia efectiva, porque siendo compuesto de activo y pasivo se distingue económicamente un patrimonio neto, o sea el conjunto de las cosas y los créditos deducidas las deudas, y un patrimonio bruto constituido por el conjunto de relaciones patrimoniales sin hacer esta deducción, ya que es patrimonio en sentido jurídico también aquel que presente un pasivo superior al activo y no constituya para el titular una riqueza en sentido económico.

Son, por tanto, derechos patrimoniales todos aquellos pecuniariamente estimables que constituyen el patrimonio del sujeto (patrimonio en sentido jurídico), el cual en alguna ocasión y para ciertos fines es considerado por la ley como una unidad orgánica (*universitas iuris*) y tratado como un solo todo independientemente de los derechos que lo componen (así, por ejemplo, el patrimonio del difunto, la *hereditas*, y el del quebrado son considerados, a los efectos de la sucesión y del procedimiento de la quiebra, como universalidades jurídicas). No lo son aquellos que no aseguran una inmediata utilidad económica, ni son por ello valiosas en dinero como los derechos de la personalidad y los de familia.

(1) Sobre el concepto jurídico y económico de patrimonio, ver Birkmeyer, *Das Vermögen ius iurisches Sinn* 1879, y la docta nota de Fadda y Bensa a las *Pandectas* de Windscheid, I, págs. 669-679, a los cuales últimos pertenece la definición consignada en el texto; ver también Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, París 1910.

No se debe confundir con la patrimonialidad la posibilidad de que un derecho origine a su titular eventualmente una ventaja económica. En efecto; si un derecho no patrimonial es ofendido o violado, surge para su titular, en virtud de la protección que el ordenamiento le concede, una acción contra el violador dirigida al resarcimiento del daño, ya sea éste material o moral.

Ahora bien, si el daño es material, el Juez lo valúa en dinero para proporcionar el resarcimiento; si es moral, además de otras formas de reparación, hay la de la condena pecuniaria, como compensación de la ofensa sufrida y como medio que valga a procurarle otras utilidades económicas en sustitución de aquella no económica que le ha sido disminuida o de la que ha sido despojado; en uno y en otro caso, la naturaleza del derecho no varía, no es patrimonial, porque una cosa es el derecho en sí y en su contenido objetivo, y otra muy distinta es la violación del mismo y el efecto que produce en el patrimonio del ofendido, a quien la violación hace adquirir un derecho de crédito.

Característica de ambos grupos de derechos es la transmisibilidad de los patrimoniales y la intransmisibilidad de los demás. Pero tampoco debe confundirse patrimonialidad con transmisibilidad, y mucho menos identificar ambos conceptos. Son, ciertamente, intransmisibles los derechos no patrimoniales, los inherentes a la persona, los poderes familiares; se pueden transmitir, por regla general, los patrimoniales. Pero entre éstos hay algunos que no admiten el ser separados de la persona y otros que admiten la separación, pero con limitaciones. Así, por ejemplo, el derecho de uso y de habitación es, indudablemente, patrimonial y, sin embargo, no es transmisible.

c) Los derechos no patrimoniales se resumen en dos categorías: *derechos personales* y *derechos de familia*.

a) A los primeros nos hemos ya referido; son los derechos inherentes a la persona, llamados también *personalísimos* por aquellos que empleando el término «personal» para designar todos los derechos no patrimoniales o también éstos y los de obligación, distinguiendo así de éstos los derechos que corresponden al individuo por el mero hecho de ser persona.

Hay que añadir que una gran disparidad reina entre los es-

critores sobre si son o no admisibles los derechos sobre la propia persona. A este propósito, escribe Windscheid (1) que de igual manera que la voluntad del titular es declarada decisiva para una cosa por el orden jurídico cuando éste concede un Derecho real, así es decisiva también en cuanto a su propia persona, ya en lo que se refiere a su existencia física, ya en cuanto a su existencia psíquica. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas o físicas y otros, no implicando una acción sobre personas o cosas ajenas, representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales. De aquí el derecho sobre el propio cuerpo, sobre el nombre, sobre la propia imagen y, por congruente, un derecho a disponer de la propia vida del propio cadáver, de partes del cuerpo, etc.

No podemos nosotros entrar en la discusión de tan arduo problema, ni resumir las teorías de los escritores, tanto más cuanto que sobre la clasificación de los derechos subjetivos relativos a la propia persona, hay controversias (2). Precisa tener presente que cuando se habla de derechos sobre la propia persona no debe entenderse de la personalidad en sí, la cual, como ya dijimos, es el supuesto de los derechos todos y coincide con el concepto de capacidad jurídica, de modo que respecto a ella la cuestión no puede ser planteada siquiera. Por otra parte, los derechos que integran la personalidad (derecho a la vida, integridad personal, honor, nombre, imagen, etc.) pueden dividirse en dos categorías, según que el objeto del derecho se considere

(1) Pand. I, § 40, pág. 177.

(2) Ver Kramer, *Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper*, Berlín 1887; Schultheis, *Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Feilen desselben*, Halle 1888; Gareis, *Das Recht am menschlichen Körper* (Festgabe für Schirmer Königsberg, 1900, página 59 y siguientes), Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte im Büro. Rechte* 1902. Ravá, *I Diritti sulle propria persona* (Riv. it. p. le. sc. giur., XXXI, página 289 y siguientes, XXXII pág. 1 y siguientes; Perrean, *Des Droit de la personnalité* (Rev. trim. de Dr. civ., 1909, pág. 501 y siguientes) las notas de Fadda y Bensa a las Pandectas de Windscheid I, pág. 601-627 n. e. y de Venzi a las Ist. de Pacifici, Mazzoni II, pág. 10-24 n. a. y la exposición de Ferrara, *Tratt. Dir. civ. I*, pág. 388 y siguiente.

la persona física, el elemento corpóreo del sujeto o la cualidad y notas psíquicas o intelectuales, el elemento inmaterial del mismo. Contra la admisión de un derecho sobre la propia persona se oponen estas dos objeciones: primera, que ni las fuerzas físicas, ni las psíquicas o intelectuales como extrínsecaciones de la multiforme actividad humana, pueden separarse del hombre de quien proceden y representarse como entidades independientes y partes separadas de la persona, la cual constituye un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo componen; segunda, que el querer considerar la persona misma como objeto del derecho (subjetivo), tropieza con una dificultad insuperable, la de dar a la persona simultáneamente dos funciones contradictorias e inconciliables en la relación jurídica: la de sujeto y la de objeto de derecho. Lo cual es cierto en cuanto que una *efectiva* separación de las partes del todo no es posible; pero es concebible abstractamente, sobre todo cuando se considere la personalidad en sí como entidad compleja y autónoma, como sujeto de los derechos que se incluirían en la categoría examinada.

Mas concretamente, si se examinan los derechos constitutivos de la personalidad en lo que se refieren al elemento físico o material, todo el problema se reduce a ver si la persona tiene un derecho sobre el propio cuerpo; la cuestión se presenta bajo un triple aspecto, según se considere el cuerpo de la persona viva, el cadáver o las partes separadas del mismo, y la solución es afirmativa en los tres aspectos (I).

(1) En el primer caso no puede hablarse de un derecho de propiedad que la persona tenga sobre su propio cuerpo o de un derecho patrimonial (podría aquí aplicarse la frase del fr. 13 pr. D. 9. 2 *quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*), pero sí de un derecho personal en cuanto que se garantiza al hombre por el derecho objetivo la facultad natural de disponer del propio cuerpo, de la propia vida, de la propia actividad física. Si de ello debe deducirse, como lógica consecuencia de tal premisa la existencia de un derecho al suicidio, a la automutilación o a la destrucción del feto como *portio viscerum*, por parte de la madre, es cuestión que se resuelve a tenor de las normas particulares que cada Derecho positivo dicte para limitarlo o suprimirlo. Limitaciones se dan en todo ordenamiento jurídico, dictadas por motivos de orden público o de

Más compleja es la cuestión si se consideran los derechos que se refieren al elemento inmaterial en las varias figuras que asume: derecho al nombre, a la razón comercial, título nobiliario, blasón, enseña, producción del ingenio (derechos de autor y

buenas costumbres que no consienten ciertos abusos de libertad aun cuando éstos recaen sobre la propia persona. No puede nadie, por respeto a la dignidad humana darse a sí mismo en esclavitud; hasta en el Derecho romano que admitía la esclavitud, la venta de sí mismo es reprobada por el alto concepto en que la libertad debe ser tenida y si por una disposición del edicto pretorio mantenida hasta Justiniano (§ 4. Inst. I, 3) cae en servidumbre el ciudadano mayor de veinte años que dolosamente se halla dejado vender como esclavo para participar del precio de la venta, la esclavitud se considera como pena por el desprecio de la propia libertad más que como reconocimiento de eficacia del negocio jurídico de compraventa realizado. El Derecho moderno ha ido más allá negando eficacia a toda convención, por la cual una persona se obligue de por vida o por tiempo indeterminado a emplear su propia actividad en servicio ajeno (Código civil, art. 1.628). No se concede protección a quien atente contra su propia vida y se impone a ciudadanos y funcionarios el deber de prestar socorro e impedir el suicidio y es castigado penalmente quien haya inducido a otro o le haya prestado ayuda en la realización de su propósito (Código penal, art. 370), ni sería descabellada una represión penal de la tentativa de suicidio. Del hecho que el autor de la tentativa de suicidio no sea castigado —para el del consumado no habría posibilidad de castigo—no se debe concluir la existencia del derecho de ocasionalse la muerte como facultad protegida por el ordenamiento. No se castiga porque no parece oportuno añadir a los sufrimientos morales o físicos que indujeron al autor a adoptar tal determinación un nuevo sufrimiento con la pena (ver Filomusi, Enc., pág. 195, n. 3).

No es lícito por la *Spes ominis* que hay en el embrión suprimir o detener la vida intrauterina del feto y es castigado como delito el aborto procurado aunque haya sido realizado por la mujer (Código penal, art. 389). No es protegido jurídicamente en vía civil el acto por el cual alguien se obliga a dar partes del propio cuerpo aunque se destinen a investigaciones científicas (Código civil, art. 1.119); la automutilación se halla reprimida penalmente en algunas personas como sucede para los incluidos en las listas de leva, que se hayan procurado enfermedades crónicas o temporales para eludir el servicio militar (texto único sobre reclutamiento del ejército de 6 de Agosto de 1888, art. 166. Ver la disposición contenida en el Decreto-ley de 19 de Octubre de 1916, que castiga con severas penas la simulación de enfermedades y las mutilaciones voluntarias).

En el segundo caso no puede desconocerse un derecho de disposición

de monopolio) y otros. Mientras unos niegan que sean derechos subjetivos por constituir la personalidad únicamente, se observa por otros que la actividad psíquica del hombre da lugar, si no para todos, al menos para una determinada categoría (como los derechos de autor y de monopolio) a entidades que se destacan o separan de la persona, de modo que más que sobre la propia persona se exterioriza sobre cosa que está fuera de aquélla.

Estos derechos, a los que el ordenamiento concede protección diversa (1), son derechos sobre cosas inmateriales o incorporales, como es el nombre, razón social, obras del ingenio; pero aun pudiéndose reducir a una categoría única, no se prestan a una solución o clasificación única desde el punto de vista aquí examinado.

Y la verdad es que mientras algunos se ofrecen como derechos en la propia persona (derecho al nombre, al título) (2), en otros el objeto no es ciertamente la persona, sino la cosa que es producida por la actividad psíquica o intelectual, como la obra artística o científica, la patente de invención, la empresa mercantil, etc. (3).

del propio cadáver, si bien sean impuestas limitaciones por motivos de policía o de higiene, de moral o de orden público que privan de eficacia o limitan las disposiciones que pugnen con lo que constituye el destino natural del cadáver (Ver Caporali, *Cadavere* (en Dir. prat. di Dir. priv.) y Blume, *Fragen des Totenrechts* en Arch. f. civ. Praxis 1914, pág. 370).

En el tercero es indiscutible un derecho de propiedad sobre las partes separadas del cuerpo (trenzadientes) que se convierten así, a diferencia del cadáver, en cosas comerciables.

(1) Ver para el nombre civil, Código civil, artículos 131, 185, 210, 374-378, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865, sobre el estado civil artículo 19; para títulos nobiliarios, Real decreto sobre la consulta heráldica, 2 de Julio de 1896; para los derechos de autor, sentencia de 19 de Septiembre de 1882; para dibujos y modelos de fábrica, ley de 30 de Agosto de 1868; para los monopolios industriales, ley de 30 de Octubre de 1859 extendida a todo el reino por la ley de 31 de Enero de 1864.

(2) Ver Scialoja, *Del Diritto al nome e allo stemma*, Roma, 1899; Stolfi, *I segni di distruzione personale*, Napoli 1905; Pacchioni, *Il Diritto al pseudonimo* (Riv. Dir. comm., 1909, pág. 16 y siguientes); Perrean, *Le Droit au nom en matière civile*, París 1910.

(3) Ver Ammar, *Dei Diritti degli autori di opere d'ingegno*, Torino,

3) Los derechos familiares, llamados también personales relativos, son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo. Su fundamento es el matrimonio, que crea vínculos entre los cónyuges, entre padres e hijos y, consiguientemente, los poderes paterno y marital y las instituciones supletorias de aquél, como la tutela. Derechos se originan también en la generación fuera de matrimonio (filiación natural reconocida o legitimada), o en el vínculo meramente civil que se da en el parentesco adoptivo.

d) Los derechos patrimoniales se agrupan en dos categorías principales: Derechos reales y de obligación o de crédito. Derechos reales (*iure in re*) son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, señorío que es pleno o ilimitado y se ejerce en toda su extensión sobre la cosa a ella sometida y da lugar a la propiedad, que es el Derecho real más completo; o menos pleno que se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los Derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena. Derechos de obligación son los que nacen de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer); la otra (acreedor) tiene la facultad de exigir esta prestación. ¿Cuál es el criterio de distinción entre ambas especies de derechos?

La doctrina dominante declara que es decisiva para la distinción la naturaleza de la relación, en que ésta se halle constituida sobre una cosa o con una persona; en los derechos reales se da una relación inmediata de la persona sobre la cosa, la cual confiere a su titular un poder directo e inmediato frente a todos;

1872; Kohler, *Autorecht* (Iahrb. f. die Dogen XVIII 1880, pág. 129 y siguientes); Rosmini *Legislazione e giurisprudenza sui Diritti d'autore*, Milano 1890; Piola Caselli, *Del Diritto d'autore*, Napoli 1907, (en la Coller *Il Diritto civ. it. de Fiore*); Stolfi, *La proprietà intellettuale*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino 1915-1917 (2 volúmenes); Kohler *Das Eigenbild un Recht*, Berlín 1889; Dusi, *Cenni intorno al Diritto alla propria immagine* (Studi per Moriani II, página 209 y siguientes); De Gregorio, *Contratto di edizione*, Roma 1913; ver lo nota de Fadda y Bensa a la Pand. de Windscheid, 1 págs. 617-650 y Filomusi, Enc., § 54, pág. 234 y siguientes; § 56, pág. 242 y siguientes.

en los de obligación, una relación de la persona con otra o varias determinadas, relación que puede referirse mediatamente a una cosa.

En el primer caso, la relación da lugar a un señorío inmediato, sin necesidad de intermediario alguno; en el segundo, a un poder con respecto a la persona obligada; en el primero, una sujeción de la cosa a nuestro poder; en el segundo, un vínculo de persona determinada que por efecto del mismo debe una cierta prestación. Consecuencia de ésto es que a los derechos reales corresponde un deber general, es decir, de los terceros todos a quienes no corresponde el señorío, y negativo en cuanto que ellos están simplemente obligados a abstenerse de turbar tal relación; a los derechos de obligación un deber particular, puesto que sólo quien se halla vinculado es el obligado con respecto al titular, y positivo o negativo, según que el deudor deba dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Contra este modo de entender y definir ambos grupos, aparece la doctrina de Windscheid, de que hemos hecho mención, que afirma (1) la imposibilidad conceptual de relaciones entre hombres y cosas.

Puesto que todas las relaciones, según él y sus partidarios, no pueden existir más que entre hombres, precisa apoyar la definición del Derecho real, no ya en la relación entre hombre y cosa, sino en aquella entre el titular y los demás hombres. Y como, por otra parte, el derecho de obligación es también una relación entre persona y persona, el criterio de distinción residiría en que mientras el derecho de crédito da lugar a una relación de uno con una o más personas determinadas, el Derecho real da lugar a una relación de uno con todos los demás y a una relación de contenido absolutamente negativo. De aquí que con evidente exageración se llegara a afirmar por Thou que en los derechos reales no hay facultades, sino solamente prohibiciones; una prohibición que deriva de la norma jurídica, que impide a todos menos uno inmiscuirse en la cosa; este a quien la prohibición no alcanza tiene el poder de obrar libremente respecto a ella por la ausencia para él de una prohibición.

(1) Pand. I, § 38, pág. 173.

Las consecuencias extremas a que conduce una tal concepción—por la cual, como agudamente observó Binding, se llega a «un agujero en el centro de un círculo de normas» o a la conclusión de Schlossman, de que el Derecho real se reduce a un «expediente terminológico»—, demuestran la inadmisibilidad de la misma. Lo cierto es solamente que el Derecho es creado por los hombres y regula relaciones humanas y que también en los derechos reales tal relación existe porque frente al titular tienen todos los demás un deber negativo de abstención; pero si este contenido negativo es cierto, no se puede definir el Derecho real desde un punto de vista meramente negativo sin privarle de la facultad que implica sobre la cosa, de su contenido positivo.

Precisa, pues, definirlo positivamente tomando como elemento característico el señorío que corresponde al titular sobre la cosa y el carácter inmediato de la relación en virtud de la cual se halla sujeta a tal poder; frente a ello está el poder que se confiere en el Derecho de obligación, porque en éste no es atribuido señorío inmediato e independiente sobre las cosas, sino tan sólo la facultad de exigir algo de una persona (1).

Ni la distinción que más arriba hicimos entre derechos absolutos y relativos coincide exactamente con la que nos ocupa y no se puede, por tanto, aceptar como criterio de distinción el carácter absoluto de los derechos reales y el relativo de los de obligación. El deber negativo y general de los derechos reales, y el carácter absoluto de los mismos, son consecuencia de su naturaleza y no puede servir de criterio distintivo. Por otra parte,

(1) Una concepción de los antiguos escritores que ha sido vencida por la doctrina moderna, reduce en definitiva tanto los Derechos reales como los de crédito a la «res» ya que los primeros son poder actual sobre una cosa, los segundos son poder de conseguir una cosa; es decir, derechos que se realizan con la adquisición de una cosa; los primeros son *jus in re*, los segundos *ius ad rem*. Ambas categorías agotarían juntas la esfera de los derechos patrimoniales. Pero si la obligación consistente *in dando* tiende a realizarse con la adquisición de una cosa no es esta la estructura de las obligaciones de hacer o de no hacer (*obligationes in faciendo in no faciendo*); por ello esta concepción no sirve desde el punto de vista sistemático (ver una sucinta exposición crítica en Araugio-Ruiz: *us in rem o ad rem*, Dir. Frat. di Dir. priv.).

es una consecuencia normal, no rigurosamente necesaria; hay derechos reales que no gozan de una defensa absoluta, es decir, que no pueden ejercerse *erga omnes*, como hay derechos de obligación, protegidos por una defensa absoluta. Así, por ejemplo, entre los primeros, la propiedad mueble no se halla protegida frente a los poseedores de buena fe (Código civil, art. 707), y entre los segundos el arrendamiento por más de nueve años y transcrito goza de protección absoluta (Código civil, artículo 1.932) (1) (2).

Entre los dos tipos de derechos reales y de obligación, hay algunas figuras intermedias que ofrecen alguna dificultad en cuanto a su clasificación sistemática, ya que no son derechos reales puros, porque participan de los caracteres de la obligación, ni son tampoco derechos puros de obligación, porque tienen elementos propios del derecho real; son relaciones jurídicas, en las que el elemento real y el obligatorio se hallan mezclados, ya con predominio del uno o del otro, o sin el predominio de ninguno. Hay, en efecto, relaciones en las cuales el derecho real va acompañado de una obligación de hacer en una persona determinada lo que, como hemos visto, constituye el contenido propio de los derechos de obligación.

Y es notable, sobre todo, que mientras el Derecho de obliga-

(1) Ver además del Windscheid loc. cit., la nota de Fadda y Bensa en dicha obra, págs. 545-597; Scialoja, *La proprietà* (Lez. univ. 1900-901, página 39 y siguientes); Polacco, *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, Roma 1914-15, § 1-12; Filomusi, Enc., § 48, pág. 211 y siguientes; Unger, *System des Osterr Privatrechts*, Leipzig 1856, I, § 1; Ziebarth, *Die Real execution und die obbligation*, Halle 1866; Baunnek, *Ueber den Ursprung des sog. ius ad rem* 1869; Heusber, *Inst. des dents. Privatrechts*, II, § 79; Puntschart, *Die Moderne Theorie des Privatrechts*, Leipzig 1893, pág. 125 y siguientes; Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlín 1889; Oertmann, *Der Dinglichkeitbegriff* (Iahrb. f. die Dogm. XXXI, 1892, pág. 415 y siguientes); Araugio-Ruiz, *La struttura del Diritto sulla cosa altrui in Dir rom.*, (Arch. Giur. N. S. X 1908, pág. 361 y siguientes, XI, 1909, pág. 417 y siguientes; Caruelutti, *Distinzione fra. Dir. reali e Diritti di credito* (Studi di Dir. civ., Roma 1916, pág. 243 y siguientes); Maroi, *Obbligazione* (en Dir. prat, di Dir. priv.).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. Véanse artículos 464 y 1.549 del Código civil y art. 2.<sup>º</sup> de la ley Hipotecaria.

ción atribuye al titular del crédito la facultad de exigir la prestación de una persona determinada, desde el momento en que el vínculo se constituye, en estas figuras el derecho de exigir se da contra una serie de personas, cuya determinación es dada por la relación que mantienen con la cosa a la que la prestación se halla ligada. El fenómeno se verifica, por ejemplo, en lo que a nuestro derecho se refiere en la enfiteusis, porque al derecho real del enfiteuta va unida la obligación de pagar al censualista una pensión anual (Código civil, art. 1.556) (1); por los diezmos que se halla obligado a pagar el poseedor de ciertos bienes; por las cargas reales que gravan un fundo e implica para todo el que se halle en relación con el mismo la obligación de pagar prestaciones periódicas a quien tiene el derecho de exigirlas. Notables, sobre todo, son en el Derecho alemán las llamadas *Reallasten*, cargas reales, que gravan un fundo, de modo que a aquel en cuyo favor se impone la carga, deben pagarse ciertas prestaciones periódicas por quien se halle en relación con el fundo (Código civil alemán, § 1.105 y siguientes). Y figuras múltiples de estas relaciones las había en el Derecho romano en la *servitus oneris ferendi*, en la cual el propietario del fundo sirviente contrariamente a la regla general *servitus in faciendo consistere nequit* (ver fr. 15, § 1.<sup>o</sup>, D. 8, 1), está obligado a un *facere*, es decir, a reparar la pared o la columna en que se apoya el edificio ajeno (ver fr. 6, § 2.<sup>o</sup>, D. 8, 5; 8, § 2.<sup>o</sup> D.) (2); en la superficie, por la cual al superficiario a quien corresponde un derecho real sobre el edificio construido en suelo ajeno, incumbe la obligación de pagar al propietario del suelo un *solarium* anual, y en muchas otras relaciones que ofrecen mezclados el elemento real y el obligatorio, como la *cautio damni infecti*, la *actio noxalis*, la *actio de pauperie*, etc. (3).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.605 del Código civil español.

(2) IDEM. También en el Código civil español se encuentran admitidas estas servidumbres; recuérdese su artículo 533 que divide las servidumbres en positivas y negativas, llamando positivas a las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de *hacerla por sí mismo*. Recuérdese que los romanos llamaron anómalas a estas incertidumbres *in faciendo*.

(3) Entre los derechos de naturaleza mixta habría que incluir según algún escritor el *ius ad rem* entendida la expresión en el significado de

De todas estas relaciones en que el derecho real se desnaturaliza por ir acompañado de la obligación de un *facere* y el derecho de obligación, se desnaturaliza también por la facultad conferida al acreedor de ejercitar la acción contra cualquiera que se halle en relación con la cosa gravada y de perseguir ésta con una acción de carácter real, ¿qué consecuencias deben sacarse? Suelen designarse con locuciones que señalan el doble elemento (*obligaciones reales*, *obligationes propter rem*, *cargas reales*); pero toda tentativa de reducirlos a unidad o referirlos al tipo de Derecho real o al del de crédito es, a nuestro parecer, inútil, porque en ellos se hallan desviaciones más o menos profundas de las reglas, de los derechos de crédito o de los derechos reales. Pueden, por tanto, ser definidos como derechos de naturaleza mixta, que participan de la realidad y de la obligatoriedad, cuya disciplina es peculiar a cada figura por la irregularidad de la compleja relación de que surgen (1).

e) Análogamente a lo que hemos visto en los derechos patrimoniales, que tienen naturaleza real y obligatoria a un tiempo, sucede que hay derechos que participan de los caracteres de las dos categorías precedentes en cuanto son relaciones familiares,

derecho a apropiarse de una cosa, pero el derecho a hacer propia una cosa o no, subsiste de por sí o es solamente un aspecto del derecho de obligación y como tal no tiene naturaleza mixta (ver Araugio-Ruiz, artículo citado), ver Claps, *Delle c. d. obbligazioni reali e del abbandono liberatorio nel Diritto civile* (Riv. it. p. le Sc. giur., 1897, pág. 294 y siguientes); Anselmo, *Della nozione e natura giuridica degli oneri reali* (Diss., Ivrea 1911; Simoncelli, *Sul concetto di Diritto reale* (Rend Ist. som. XXXV) página 313 y siguientes) y sobre los Reallasten, ver Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, II, § 101; Crome, *System des heutburg. Rechts*, III, § 454 y siguientes; Dinker, *Die Lehre von den Reallasten*, Marburg 1837; Friedtiele, *Theorie der Reallaen*.

(1) Los derechos de sucesión no son, en efecto, una tercera especie de los derechos subjetivos que se coloque al lado y paralelamente a los derechos reales y los de obligación; un derecho subjetivo de sucesión hereditaria no existe sino que existe simplemente un conjunto de normas (derecho hereditario) que regula la adquisición por sucesión *mortis causa*. El hablar del derecho de sucesión no debe inducir a engaño, porque se trata de una práctica o uso escolástico sin que ello implique atribución del carácter de Derecho subjetivo a estos especiales modos de adquirir.

pero tienen contenido patrimonial y por eso se llaman *derechos patrimoniales familiares*. En efecto, de las relaciones familiares surgen relaciones patrimoniales entre las personas unidas por el vínculo de familia, así de la patria potestad el usufructo legal del padre o de la madre sobre los bienes que adquiere el hijo por sucesión, donación o cualquiera otro título lucrativo (Código civil, artículos 228 y siguientes) del matrimonio la relación dotal o de comunidad de bienes entre los cónyuges (artículos 1.388 y siguientes, 1.733 y siguientes), del vínculo de parentesco de sangre o civil la obligación de alimentos (artículos 139 y siguientes, 211) (1), el derecho a la sucesión en el patrimonio del difunto (artículos 721 y siguientes), etc.

f) Pero los derechos de sucesión no derivan solamente de las relaciones familiares. Cuando el ordenamiento jurídico admite la facultad del titular de disponer en todo o en parte de los propios bienes para después de su muerte los derechos de sucesión se adquieren por efecto de la disposición de última voluntad; y se distinguen por ello dos clases de sucesión la intestada que se basa en el vínculo familiar o también en la relación política y la testamentaria que se basa en el testamento. Ahora bien, estos que no son sino una categoría de los modos de adquirir (1), adquieren una importancia tan grande que exigen puesto y tratamiento a parte en la sistemática; así que toda la exposición del Derecho privado civil se divide en derechos de las personas y de familia, derechos reales, obligaciones y sucesiones.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Los artículos citados concuerdan con el 160 y siguientes, con el 1.336, 1.392 y siguientes, 142 y siguientes, 806 y siguientes del Código español.