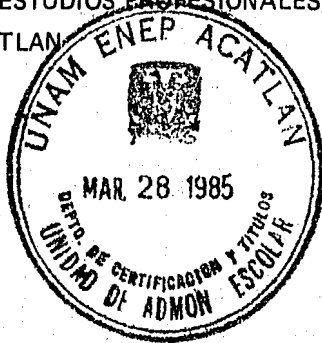
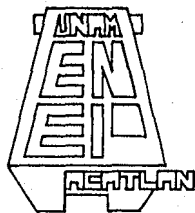




UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES,
ACATLÁN



ANÁLISIS DEL ABUSO DE UN DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO Y PRIVADO.

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JOSE JUAN SOSA CORONA



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ANALISIS DEL ABUSO DE UN DERECHO SUBJETIVO
PUBLICO Y PRIVADO

TESIS :
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA :
JOSE JUAN SOSA CORONA.

Mexico D.F.

P R O L O G O

En este trabajo nos ocupamos de hacer un estudio breve de los derechos subjetivos públicos y privados, sus limitaciones como facultades que tiene un sujeto de ejercer o no ejercer su derecho con el ánimo de abusar de sus límites del derecho, que tiene como hombre dentro de la sociedad.

Primeramente analizamos diferentes teorías acerca del concepto de derecho subjetivo y su naturaleza, como son la tesis de la voluntad, del interés, eclectica, formalista y algunas otras, en donde la mayoría de los tratadistas afirman y coinciden que el derecho subjetivo es como un "poder de la voluntad", como un "señorío del querer", un poder que corresponde a la persona en virtud del ordenamiento jurídico de obrar, según las normas del derecho subjetivo, una esfera en la cual viene la voluntad de la persona y reine con nuestro consentimiento.

Una vez precisado el concepto de derecho subjetivo hacemos una distinción de derecho objetivo y derecho subjetivo - de las diversas teorías de éstos la mayoría de los tratadistas afirman que el derecho objetivo es la norma bilateral o sea la facultad, correlativamente de ésta constituye obligaciones en tanto que entendemos por derecho subjetivo la actitud jurídica derivada de la autorización o facultamiento de conducta otorgada por la norma al pretensor o derecho habien

te. otros afirman que no puede tenerse un derecho subjetivo sin normas o sea el derecho objetivo en que fundarlo; por otra parte toda norma jurídica hace referencia a uno o varios derechos subjetivos.

Una vez habiendo precisado la naturaleza genérica de los derechos subjetivos, procedemos a su clasificación, teniendo en cuenta la múltiple variedad de las relaciones entre los hombres como individuos o como miembros de una organización estatal, es fácil comprender la variada multiplicidad existente de derechos subjetivos. Nos referimos a las categorías generales comúnmente aceptadas. La clasificación pues no se limitará al estudio de los derechos afectivamente existentes en un orden positivo, sino que su pretensión es decir válidamente para cualquiera de ellos, una clasificación lógico-normativa.

Hacemos un estudio de su ejercicio de los derechos subjetivos de donde aludimos suponer lógicamente una manifestación especial de libre albedrío del acto autorizado en tanto que su ejercicio o no ejercicio rebasa de los límites autorizados por la norma en tanto que nadie puede abusar del derecho subjetivo rebasando los límites legales válidos por nuestra Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes supletorias.

Por último se hace un estudio del abuso del derecho subjetivo dentro del procedimiento en general, en cuanto que al

ejercerlo el titular de un derecho no teniendo el derecho pa
ra ejercerlo ante los tribunales lo ejerce con el ánimo de -
dañar a un tercero.

Deseo hacer patente mi agradecimiento a todas las perso
nas que brindaron su ayuda para la realización de este traba
jo.

INDICE GENERAL

PROLOGO

CAPITULO I

I.- ESTUDIO DOCTRINAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS	Pág.
I.1.- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO	1
I.2.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS . . .	28
I.3.- LA DISTINCION ENTRE DERECHO SUBJETIVO Y DERE <u>CHO</u> <u>CHO</u> OBJETIVO	37
I.4.- DERECHO OBJETIVO COMO FUNDAMENTACION DEL DE- RECHO SUBJETIVO	42
I.5.- DISTINCION ENTRE DERECHO PRIVADO Y DERECHO - PUBLICO	47
I.6.- DISTINCION ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS PRIVA- DOS Y DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS	52

CAPITULO II

II.- NATURALEZA JURIDICA Y ESENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO	
II.1.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO SUBJETIVO	55
II.1.1.- TEORIA DE LA VOLUNTAD	55
II.1.2.- TEORIA DEL INTERES	56
II.1.3.- TEORIA ECLECTICA	57

	Pág.
II.1.4.- TEORIAS FORMULISTAS DE KELSEN . .	57
II.1.5.- TEORIAS DE LA FACILTAD NORMADA .	58
II.2.- LAS TRES FORMAS DEL DERECHO SUBJETIVO . .	58
II.2.1.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO MERO RE VERSO DE UN DEBER JURIDICO	58
II.2.2.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PRETEN- CION	60
II.2.3.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PODER - DE FORMACION JURIDICA	62

C A P I T U L O I I I

III.- EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS	
III.1.- EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO . . .	65
III.2.- CORRELATIVIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO Y - DERECHO OBJETIVO	65
III.3.- DERECHO A LA PROPIA CONDUCTA Y A LA CON- DUCTA AJENA	66
III.4.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO OBLIGATO- RIO	70
III.5.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO POTESTATI VO	74
III.6.- EL DERECHO SUBJETIVO DE LIBERTAD	75
III.7.- CASOS EN QUE PUEDE RENUNCIAR EL TITULAR DE UN DERECHO SUBJETIVO	78

C A P I T U L O I V

IV.- ASPECTOS LEGALES Y PRIORIDADES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

	Pág.
IV.1.- LA PRIORIDAD ENTRE DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO	82
IV.2.- LA EXTENCION DE LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS DERIVADOS DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES	88
IV.3.- LA REGLAMENTACION DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE INFLUYEN O NORMAN LAS GARANTIAS INDIVIDUALES	91

C A P I T U L O V

V.- ABUSOS DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL PROCEDIMIENTO EN GENERAL

V.1.- DERECHO SUBJETIVO DE ACCION	95
V.1.1.- ESTUDIO DE LA ACCION INFUNDADA A LA SENTENCIA ABSOLUTORIA	97
V.1.2.- ESTUDIO DE LA SENTENCIA DECLARATIVA	102
V.1.3.- ESTUDIO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES	105
V.1.4.- ESTUDIO DEL DERECHO DE CONTRADICCION	109
V.1.5.- ESTUDIO DE LA DIVERSIDAD DE LOS SUJETOS PASIVOS	113

	Pág.
V.2.- ABUSOS DEL DERECHO SUBJETIVO DENTRO Y FUERA DEL PROCEDIMIENTO EN GENERAL	115
V.3.- CASOS TIPICOS DEL ABUSO DEL DERECHO	121
A).- EN MATERIA DE PROPIEDAD	121
B).- EN MATERIA DE ACCIONES JUDICIALES	121
C).- EN MATERIA DE CONTRATOS	123
D).- EL ABUSO DEL DERECHO PUEDE COMETERSE TAMBIEN FUERA DE LA ORBITA DEL DERECHO PATRIMONIAL	123
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFIA	131

C A P I T U L O I

ESTUDIO DOCTRINAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

I.1.- CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.

I.2.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

I.3.- DISTINCION ENTRE DERECHO SUBJETIVO Y DERECHO OBJETIVO.

I.4.- EL DERECHO OBJETIVO COMO FUNDAMENTACION DEL DERECHO SUBJETIVO.

I.5.- DISTINCION ENTRE UN DERECHO PRIVADO Y UN DERECHO PUBLICO.

I.6.- DISTINCION ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS Y DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS.

I.1.- TEORIAS DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

En este capítulo nos ocuparemos de examinar algunas de las teorías y definiciones que han sido mencionadas por tratadistas acerca del derecho subjetivo. Este tema ha sido de una copiosa discusión y ha sido motivo de grandes estudios, tal suerte que ocupa una parte central en la literatura jurídica de nuestro tiempo.

TESIS DE LA VOLUNTAD.- Así algunos tratadistas se refieren a esta tesis, diciendo que el derecho subjetivo se refiere a la conducta humana a sujetos de voluntad, es indiscutible que el sujeto puede o no ejercitar su conducta autorizada, de acuerdo, con su voluntad. Existe en el derecho de propiedad, por ejemplo, existe un facultamiento de la propia conducta, el ejercicio de esa conducta autorizada aparece como un poder o señorío que emana de la voluntad y facultado por derecho. Basándose en el dato de la voluntad de los juristas Bernardo Windcheid y Savigny, estos definen de la siguiente manera al derecho subjetivo, "Es un poder o señorío de la voluntad reconocido por el poder jurídico".

(1). Por otra parte Savigny al igual que el anterior también lo señala como un círculo en el que rige la voluntad de

1.- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Trigésimoquinta Edición, Ed. Porrúa S.A., México - 1984. pág. 187.

la persona y al afecto dice "El derecho subjetivo es una voluntad jurídicamente protegida". Toda vez que la norma jurídica le da al sujeto la posibilidad de actuar según su voluntad. (2).

Según Recasens Siches dice, "La llamada teoría de la voluntad define al derecho subjetivo como una especial calificación decisiva, bien para la actuación de un precepto jurídico bien para la existencia misma o determinación de éste (ejemplo de lo primero, el derecho del acreedor para exigir de su deudor el pago; ejemplo de lo segundo, el derecho de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, verbigracia, la facultad que tiene el propietario de enajenar su cosa, la que compete al deudor para ceder su crédito". (3).

Así pues, conciben el derecho subjetivo como un "poder de la voluntad", como un "señorío del querer", un poder que corresponde a la persona en virtud del ordenamiento jurídico de obrar, según las normas del derecho subjetivo, una esfera (como dice Savigny) en la cual reina la voluntad de la persona y reina con nuestro consentimiento. El orden jurídico, dice Windscheid, dicta una norma, ordena una determinada conduc

- 2.- García Máynez Eduardo, Filosofía del Derecho, Ed. Porrúa S.A., México 1983 pág. 339.
- 3.- Recasens Siches Luis, Tratado de Filosofía del Derecho 8a. Ed., Ed. Porrúa S.A., México 1983, pág. 231.

ta, poniendo éste precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha dictado. De la norma así surgida, puede valerse 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 de el 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. (4).

Según Windscheid, el pandectista, la denominación derecho subjetivo se emplea en dos sentidos diferentes: en primer lugar se entiende la facultad de exigir un determinado comportamiento, una determinada conducta cuando un sujeto es facultado por una norma jurídica para exigirla del o de los sujetos obligados. También se utiliza, alude el tratadista, para significar que el titular de un derecho lícitamente hacer u omitir determinada conducta por lo cual quiere expresarse que la voluntad del titular del derecho es definitiva para el nacimiento de facultades, la extinción o modificación de las

4.- De Ruggiere Roberto, Instituciones de Derecho Civil; Introducción al Estudio del Derecho y Parte General, 1939, Ediciones Nacamendi, pág. 147.

ya existentes. En el primer caso se está refiriendo a la facultad de exigir la conducta debida a los obligados, y en segundo el facultamiento de la propia conducta para hacer o para omitir.

Lo que Windscheid define es la facultad o conducta jurídica, que es el contenido del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo no es un hecho interior o exterior; lo esencial en el concepto es el elemento real, preexistente y psicológico como la voluntad, sino que debe entenderse que es un contenido normativo referido a un sujeto y no un contenido subjetivo anterior y protegido por el derecho.

C R I T I C A .- Las principales objeciones que se han formulado a la teoría de la voluntad son las siguientes:

PRIMERA.- Si bien es cierto que la norma jurídica siempre autoriza conducta humana, no siempre esa conducta se manifiesta como un poder o señorío. Cuando el titular de un derecho opta por no ejercitarlo en forma activa, en realidad lo que está ejercitando en su derecho a la omisión y entonces no podemos decir que la manifestación del derecho es un poder o señorío. Tratándose del goce de un cumplimiento de su deber, caso en el cual tampoco podemos decir que la manifestación del derecho es un poder o señorío del titular del derecho.

SEGUNDO.- Lo jurídico no es la naturaleza psíquica. El derecho subjetivo es un fenómeno de la voluntad, ni depen-

de de ella, ya que se reconoce que los menores de edad, en los dementes e imbeciles, aún cuando estén privados de ella, así como a las personas morales que psicológicamente no tienen una voluntad distinta de la de sus competentes. Si la esencia del derecho subjetivo fuera del "querer", tendríamos que negarles la calidad de personas, a las morales. Se ha argumentado también que existen derechos a favor de los no nacidos.

TERCERA.- El derecho objetivo reconoce ciertos derechos subjetivos a pesar de que se ignore su existencia, como el derecho a la herencia desde el momento de la muerte del autor de la sucesión; o los casos de promesa, de recompensa o estimulación en favor del tercero, que se establecen a propósito de la declaración unilateral de la voluntad, y que generan créditos aún antes de que el acreedor lo sepa. En los casos de delito por daño en propiedad ajena, la víctima tiene un crédito en contra del delincuente, sin conocer la existencia del daño; o en la gestión de negocios el dueño del negocio administrado tiene un conjunto de créditos en contra del gestor (obligado a continuar la gestión y ha rendir cuentas), antes de que tenga conocimiento de la propia gestión. (5).

CUARTA.- Pero no solo existen derechos subjetivos sin necesidad de la intervención de una voluntad ad-hoc por parte

5.- Rojina Villegas Rafael, Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado. Tomo I. Ed. Porrúa S.A. 1966, - págs. 556 y 557.

del sujeto, sino que ha veces se dan aún en contradicción con el querer de éste, tal ocurre con los irrenunciables derechos así llamados; así verbigracia, el obrero no puede renunciar - al derecho de percibir una indemnización por accidentes del trabajo, aún cuando quisiere hacerlo. (6).

Windscheid, ante las fuertes críticas de que fué objeto, cambió su tesis diciendo que la voluntad a la que él se refiere es la de orden jurídico y no la voluntad de los sujetos titulares de un derecho subjetivo y aclara que éste debe definirse como un poder o señorío reconocido por la voluntad del orden jurídico. Pero lo anterior en nada modifica las objeciones ya que solo son sujetos de voluntad los hombres y no puede serlo un orden jurídico. Lo que posiblemente confunde este autor es, que las normas son formuladas por el hombre como sujeto de voluntad, pero la misma norma no es voluntad.

TESIS DEL INTERES.- El principal exponente de esta tesis es el alemán Rudolf Ihering, quien define al derecho subjetivo como "Un interés jurídicamente protegido" o sea como "Todo interés moral patrimonial del hombre digno de protección por el derecho objetivo". (7) O dicho de otra manera, como un in

6.- Del Vecchio Giorgio, Estudio de Filosofía del Derecho 7a.

Ed. Trad. Luis Legaz y Lacambra, Bosch. 1960 pág. 333.

7.- Ihering Rudolf, El Espiritud del Derecho Romano, Trad. O. de Meulenaere, 3a. Ed. Tomo IV, págs. 317 y 355.

terés humano garantizado por la ley, mediante la coacción y concretado en su fin.

Ihering afirma que en todo derecho subjetivo existen dos elementos igualmente importantes, formal, substancial. El interés representa ese elemento interno o substancial y la acción que escuda ese interés es lo que constituye el elemento formal. Denomina a la acción en juicio "La verdadera piedra de toque de los derechos privados".

Por intereses nos dice el jurista que deben entenderse no solo los que se aprecian pecuniariamente, los económicos, sino a los de otra índole como los de la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc. Los intereses que protegen son los que históricamente alcanzan un valor predominante en una legislación y su determinación depende del desarrollo del derecho, de la etapa hitórica por la que atraviesan los hombres de lugar donde rige la legislación, la cultura y el estado que guardan algunas otras formas de vida social, todo ello determina que en un lugar y tiempo dados se considere como proteger tales o cuales intereses y desde ese instante adquieren la categoría de derechos subjetivos.

Es absolutamente cierto que el derecho tiene como fin organizar la vida social, proteger el interés de las personas, su interés en la vida, en las cosas, en algunos sujetos, en las plantas, en los animales, en las artes, en la religión, -

en lo que les es útil, pero quienes definen el derecho subjetivo en la forma que hemos apuntado, cometen el error de no ver que siendo el derecho un medio, lo definen por el fin que puede perseguir.

C R I T I C A .- La teoría examinada se la han formulado las siguientes objeciones que podemos considerar como excluyentes:

a).- Determinada persona, no obstante que no tenga ningún interés en conservar su derecho lo conserva. Es el ejemplo de la persona que presta dinero a otra y que no tiene ningún interés en reclamar el pago, pero no por esto se quiere decir que no tiene ya ningún derecho de exigirlo jurídicamente: "La esencia del derecho subjetivo no consistirá en la realidad del interés, sino en la especial protección jurídica". (8).

b).- Como una prueba más de que el interés no es elemento constitutivo del derecho que nos presenta el caso del juez; el cual para la ley, sino el acuerdo de sus funciones, se reduce, a determinar si los hechos en que se funda la parte, son generados de tales o cuales consecuencias jurídicas. El legislador elabora la ley con vista en un interés y al mis

no tiempo busca proteger determinados intereses por conducto de la norma jurídica. El reconocimiento que hacemos en esos intereses no es obstáculo para afirmar que ninguno de ellos es el derecho subjetivo. En todo caso lo que debe quedar asentado es que el derecho objetivo faculta determinada conducta auspiciando en esa forma determinados intereses que consideran valiosos en un momento, para lograr determinados fines.

La crítica a esa expresión del jurista es como dice Kelsen lo siguiente "Como realidad psicológica, no hay más que intereses individuales. El interés medio jurídicamente protegido no es la expresión para designar el hecho de que el orden jurídico tiene la finalidad de proteger ciertos intereses medios, es decir ya no se pregunta por el derecho subjetivo por el derecho de ciertos sujetos concretos (pues éstos no poseen intereses medios sino intereses individuales - concretos o carecen de todo interés), sino por el derecho objetivo y su fin". (9).

Además Ihering, principal exponente de la teoría del interés, algunos otros juristas como Capitant y M. Michoud han definido al derecho subjetivo destacando el concepto de

9.- Kelsen Hans, Teoría General del Estado, Traducción Directa del Alemán Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional - 1979, pág. 73.

interés. El primero de ellos lo ha definido diciendo: "Derecho subjetivo es un interés de orden intelectual o material - protegido por el derecho objetivo, que otorga a aquel a quien se confiere, el poder de practicar los actos necesarios para obtener la satisfacción de dicho interés". (10).

TESIS ECLECTICA .- Entre los partidarios de esta tesis - eclectica, encontramos a Jorge Jellineck, quien nos da una de finición del derecho subjetivo.

La posición del profesor que acabamos de mencionar se - llama ecléctica porque lo que hace es reunir elementos de las dos tesis que llevamos examinadas o sea la de la voluntad y la del interés, constituyendo por este hecho un error duplicado, y al efecto dice que el derecho subjetivo es "Un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la volun-- tad individual".

En forma semejante encontramos la definición del derecho dada por Ruggiero al decir "El derecho subjetivo puede defi-- nirse, según sea 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". (11).

10.- Rojina Villegas, Op. cit., pág. 561.

11.- De Ruggiero Roberto, Op. cit., pág. 148.

sigue diciendo el autor que su definición está constituida por dos elementos que son: material uno y formal otro, el primero se constituye por el fin en cuanto que representa una utilidad y está organizado por el derecho objetivo.

El poder, dice Nicolás Coviello, y por serlo presupone un sujeto activo, el hombre y una relación entre éste sujeto y otros hombres obligados a respetar dicho poder uno solo, mucho o todos los hombres: y es también poder, porque se deja al interesado la consecución del fin. Es poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses; la utilidad por eso es el fin del derecho, pero no sólo la material y económica, sino también la intelectual y moral; basta que sea utilidad verdadera y seria, de acuerdo con el común sentir, no imaginaria sólo a un capricho individual. Es en fin poder garantizado por la ley; es decir, la ley reconociendo un interés como digno de tutela, debe aprestar los medios de coacción que sean oportunos para hacer respetar la actividad humana encaminada a la consecución de aquel fin". (12).

CONCEPCIONES POSITIVISTA Y JUSNATURALISTA DEL DERECHO SUBJETIVO.- En tanto que el positivismo como el jusnaturalismo -

12.- Coviello Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, -
Trad. de Felipe J. Tena, México 1938. pág. 20

han interpretado el derecho subjetivo, en un sentido y en otro. Las tesis que hemos repasado (del interés, ecléctica y de la voluntad), aparecen verdaderas tanto dentro de una concepción dualista que acepte un derecho natural además del positivo, como dentro de una tesis monista, que sólo reconozca la existencia de éste último. Para la escuela jurídica positiva, el derecho subjetivo es la autorización de hacer o no hacer algo, dada por la norma de una persona. Conforme con tal postura intelectual, el derecho no se concibe como tal, si sus preceptos no están sancionados por el estado ya se trate de disposiciones que afluayan del legislador o de reglas de origen consuetudinario. De acuerdo con los jusnaturalistas, el derecho subjetivo deriva de las normas del derecho natural y por tanto, puede no hallarse reconocido o sancionado por la autoridad política. Esto no significa, sin embargo, que haya derechos subjetivos no derivados de una norma; solamente quiere decir que algunos derivan de reglas no positivas. (13).

Los defensores del jusnaturalismo aceptan la existencia de dos sistemas normativos diversos que precisamente por ser diferentes pueden entrar en conflicto. La diferencia entre

13.- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 15ª. Edición, Ed. Porrúa S.A. México 1983 pág. 191

los dos sistemas la encuentran en diverso fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto es intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en cuenta la justicia o la injusticia de su contenido, o expresado como lo indica, L. Le Fur. "Para los formalistas solo hay un derecho, el positivo, es decir la voluntad del legislador, porque la sanción les parece esencial. Fuera del orden emanado del legislador no hay derecho posible; el derecho se confunde con la ley". (14). La validez de éste derecho se encuentra condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, que determinan la vigencia. Toda norma vigente es formalmente válido. Suelen emplearse como sinónimos de esas expresiones. Estos atributos se aplican tanto a las normas establecidas legislativamente como a las consuetudinarias. En cambio el valor de las normas del derecho natural no se basa en elementos extrínsecos. Sobre los preceptos positivos, opina Widad Cesarini "Es el supremo principio regulativo de tales preceptos". (15).

Independientemente de los aciertos y de los errores que contienen las múltiples teorías acerca del Derecho Natural, - las cuales no es oportuno discutir conforme al plan trazado, - afirmamos que nos parece importante su esfuerzo por dotar al

14.- García Máynez Eduardo, Op. cit. pág. 40.

15.- García Máynez Eduardo, Op. cit. pág. 56.

derecho de un contenido, con independencia absoluta, repetimos de ser o no ser verificable el contenido de cada una de esas teorías del Derecho Natural pretende asignarle. Es indudable que todas las normas están dotadas de contenido, de un fin con pretensiones de validez. Ese contenido está íntimamente relacionado con la forma que adopta el derecho, como lo está un cuerpo a su sombra. Aunque queremos hacer notar que el contenido generalmente varía, es contingente, transitorio, es en fin de carácter histórico. Aunque desde luego no desconocemos que existen algunos contenidos, íntimamente relacionados con el Derecho, que por su propia naturaleza, son constantes, como lo son el propio hombre, el contenido de lo social (la sociedad), el Estado.

La ciencia jurídica positivista dá por supuesto el fenómeno del derecho y considera solamente su forma, su estructura. Hay según expresa Edgar Bodenheimer "cuando el derecho como instrumento esencial de la civilización está más que "doblemente amenazado", no podemos permitirnos el lujo de una teoría jurídica positivista. Si consideramos meramente la forma del Derecho no podemos captar la diferencia esencial entre el Estado de poder y el Estado del Derecho. Por ejemplo, en Alemania de Hitler-prototipo del Estado de poder- acaso se publiquen diariamente más Leyes que en ningún país. Si consideramos el Derecho como hacen los positivistas- meramente como un mandato

del Estado, promulgado en forma Legal, ésta Alemania Hitleria na sería un Estado de Derecho par excellence. Ningún estudio meramente formal del Derecho resolverá el problema de por qué el Derecho se encuentra en los Estados totalitarios contemporáneos en una posición harto precaria. Si queremos conservar el Derecho, hemos de considerar su contenido. Habremos de considerar la manera de hacer la distribución de derecho, poderes y deberes de los individuos, grupos y gobiernos dentro del sistema social, de manera que garantice el imperio y la supremacía del Derecho". (16).

TESIS FORMAL DE HANS Kelsen.- Para el jurista vienés, - que es quien representa la aplicación del punto de vista neokantiano a la teoría de la ciencia jurídica, la conducta humana puede encontrarse en una relación con el orden jurídico. - "O bien el hombre está sometido a la norma o bien esta libre frente a la misma, es decir no tiene la menor relación con la norma es de subordinación. En primer caso, la relación del hombre con el orden jurídico es la de pasividad, en el segundo la de actividad, en el tercero la de negatividad". (17).

Conforme a su Teoría Pura, elimina al conocimiento del derecho de todo elemento subjetivo, genético y finalista. Rechaza todo elemento material en su definición partiendo de -

16.- Bodenheimer Edgar, Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México 1983, págs. 13 y 14.

17.- Kelsen Hans, Op. cit., pág. 197.

la idea de que el derecho es forma de lo anteriormente expuesto por Kelsen resulta que las relaciones del sujeto con el orden jurídico son como siguen:

- a).- Relación pasiva; que corresponde al deber jurídico.
- b).- Relación negativa; que corresponde a la libertad.
- c).- Relación activa; que corresponde a los derechos subjetivos.

Conforme a su Teoría Pura elimina al conocimiento del derecho de todo elemento subjetivo genético y finalista rechaza todo elemento material en su definición partiendo de la idea de que el derecho es forma y no sustancia la protección, no lo protegido. Esto constituye uno de los principales errores si al considerar al derecho como forma, ha querido decir que carece de contenido referido a la conducta de los sujetos, a los fines humanos y a su protección, o si ha querido desentenderse de ello.

Proclama entonces que el derecho subjetivo debe estudiarse de acuerdo con un criterio exclusivamente normativo o formal. Señala con falsas las de Windscheid, Ihering, Jellinek y otros, porque se preocupan sólo por investigar el contenido del derecho, por ver qué es lo que reconoce o lo que protege el derecho y no toman en cuenta el elemento formal que es el único relevante.

Para Kelsen el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en una relación sui generis con el sujeto; es según -

él, la subjetivación de la norma. Ante tal solución lo único que se pregunta es: ¿cuándo puede decirse que el derecho objetivo se ha convertido en subjetivo?.

Considera Kelsen que se tiene un derecho subjetivo cuando la norma hace depender de la declaración de la voluntad la aplicación del acto coactivo estatal señalando por la propia norma (sanción). Este es el derecho objetivo, se convierte en un subjetivo porque está a la disposición de la voluntad de una persona, por ejemplo frente al incumplimiento del deudor se dice que el acreedor tiene un derecho subjetivo.

CRITICA.- Entre las objeciones que se han hecho a Kelsen se encuentran las siguientes:

A).- No es cierto que la facultad de dirigir la aplicación de la acción sea un elemento constitutivo de todo derecho subjetivo. Esa facultad es en sí un derecho subjetivo que tiene por fin lograr la realización de los demás derechos

Independientemente de que esta relación jurídica, el acreedor tiene el derecho de acción, esto es, la facultad de pedir al juez que preste su conducta en tales o cuales circunstancias, para que se emplace al deudor y hacerlo cumplir, aún coactivamente, su obligación. Este derecho de acción es completamente diferente del facultamiento de la conducta propia o de la ajena y de la facultad de exigir el respecto y .

prestación de esas conductas al obligado, y es asimismo, diverso de la consecuencia que se origina con el incumplimiento.

Queda claro, que el derecho de acción es distinto del otro, o sea aquel en virtud del cual una persona está en posibilidad o en aptitud de hacer o de omitir, o de que otro haga u omita una conducta que tiene autorizada; y que a la vez tiene la facultad de exigir el respecto de esa conducta (que es el contenido del deber jurídico correlativo), entre otras razones que explicare en seguida:

a).- El derecho de acción dá derecho a la conducta del Juez para que preste su actividad jurisdiccional; el otro está referido a la conducta del deudor.

b).- Ambos son correlativos de deberes jurídicos distintos. El Juez esta obligado a prestar su conducta para conocer de alguna controversia que se le plantee; el deudor debe prestar su propia conducta.

c).- El de acción es fundante de una relación jurídica existente entre sujetos.

d).- Finalmente, son dos derechos distintos porque la primera facultad puede existir con independencia de la segunda, y viceversa; puede pedirse la prestación de la actividad del Juez, esto es, puede tenerse derecho a pedir sin tener derecho a lo pedido y puede tenerse derecho a la conducta de otro, sin que el Juez esté obligado a exigírsela, como en el caso de la

deuda de juego.

B).- Erróneamente afirma también Kelsen que cuando hay el derecho de pedir al Estado que haga efectiva la sanción, entonces no existe el derecho subjetivo sino un simple deber moral, y señala para corroborar su afirmación el caso de la deuda de juego como un caso típico en el que se tiene una facultad frente al que ha perdido pero no podemos exigirles el pago judicialmente. Sobre este mismo orden de ideas íntimamente relacionado con esta afirmación, ha dicho que pueden existir deberes sin su derecho correlativo, como el caso de los delitos, en el que no existe un sujeto de derecho sino sólo lo de deber debido a que los particulares, no pueden exigir la aplicación de la sanción, sino que esa función corresponde a instituciones como el Ministerio Público, que quien al pedir esa aplicación cumple un deber y no ejercita un derecho. (18).

"Las dos formas subjetivas de manifestación del precepto jurídico se hallan entre sí en una relación de tal naturaleza que el derecho de un sujeto se encuentra siempre dirigido a la obligación de otro, más no a la inversa. Pues cada norma jurídica estatuye un deber, pero no siempre otorga un derecho ya que la voluntad de la sanción se aplique o no depende necesa-

sariamente de una acción. El deber jurídico es, una forma -
subjetiva necesaria del precepto, mientras que el derecho sub-
jetivo es sólo una forma posible de manifestación del propio
precepto". (19).

En ocasiones parece contradecirse Kelsen cuando dice: -
"por otra parte la obligación de un individuo de observar -
cierta línea de conducta refiérese siempre al comportamiento
de éste, en relación con otro. Se está obligando a devolver
al acreedor la cantidad prestada; se tiene el deber de no pri-
var de la vida a ninguna otra persona, y así sucesivamente".
(20). El acreedor a que hace mención el jurista y esas perso-
nas a quienes tenemos el deber de respetar su vida, son sin -
duda, los sujetos titulares de un derecho subjetivo.

Si referimos que el derecho subjetivo es la facultad de
pedir la aplicación de la sanción atribuida a la voluntad del
sujeto, llegaríamos a aceptar un error semejante a aquel en -
el que incurrieron Windscheid y otros, al inducir el elemento
voluntad en definición, que es un elemento psicológico no pue-
de afirmarse que el derecho subjetivo sea la facultad de pe-
dir la aplicación de la sanción, porque ésta nace del no cum-

19.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 186.

20.- Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado -

Trad. García Máynez, UNAM 1984 pág. 78.

plimiento de un deber, de la realización de un segundo supuesto, lo cual supone la existencia de un deber y la existencia de este deber supone además la de un derecho correlativo.

C).- Según "Kelsen respetuosamente del poder del incumplimiento es irrelevante jurídicamente y que las manifestaciones normales ----debidas---- de la vida intersubjetiva, son cuando más reflejos del derecho. Nos encontramos frente a una aberración filosófico jurídico parecida a la de Marx. Así como Marx considera que lo fundamental es lo material y el resto de las manifestaciones vitales son simples reflejos de la misma manera Kelsen afirma que solamente el incumplimiento y el castigo son indispensables jurídicamente y que el resto de las manifestaciones de la vida intersubjetiva son simples reflejos". (21).

Nosotros aceptamos que existen casos en los que la aplicación de una sanción depende de la voluntad de un particular otros en los que depende de ninguna voluntad, por no ser exigible el deber ante una autoridad. Lo que negamos es que un sujeto deje de estar autorizado por la norma en los casos en que no tenga a su vez la facultad de pedir la aplicación de la sanción.

No existe, una norma jurídica que no autorice conducta y correlativamente la prohibida a otro sujeto, ya que para ser jurídica tiene la regulación que ser bilateral. Los conceptos de derecho subjetivo y deber jurídico se implican, los dos son conceptos jurídicos fundamentales. O como dice Recasens, "El derecho subjetivo se opone correlativamente o se articula con el deber jurídico y los dos en imprescindible pareja derivan la norma". (22).

TESIS DE EDUARDO GARCIA MAYNEZ.- Define el derecho subjetivo con las siguientes palabras: Es una posibilidad de abstracción de acuerdo con un precepto, una autorización concedida a una persona "una posibilidad de acción o de omisión autorizada por la norma. (23).

El ámbito del derecho subjetivo no es el de lo posible solamente, sino de lo que siendo posible es también lícito o permitido. Por licitud debe entenderse el atributo de toda conducta no contraria a un deber jurídico. Lo contrario de lo lícito es lo ilícito o prohibido que es su sinónimo. El derecho subjetivo como consecuencia normativa que es, no es nunca un hecho, es la simple posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo. Desde el punto de vista ontológico el derecho

22.- Recasens Siches, Op. cit., pág. 219.

23.- García Máñez Eduardo, Op. cit., pág. 181.

subjetivo pertenece al orden de lo posible; pero la posibilidad en que consiste el derecho subjetivo está, axiológicamente calificada en cuanto la realización de esa posibilidad ostenta el signo positivo de la licitud.

El deber jurídico es también una posibilidad, cuya realización no sólo está permitida sino ordenada. El jurídicamente obligado tiene dos posibilidades: Una es la de ejecución de tal conducta debida; la otra la de la omisión de tal conducta. Si la primera posibilidad la realiza, ostenta el signo positivo de la licitud. Si realiza la segunda, su conducta ostenta el signo negativo de la licitud.

Entonces el género próximo está en la definición de la posibilidad. Lo posible y lo lícito es el ámbito de manifestación del derecho. Todo derecho subjetivo, sin excepción, en cuanto facultad concedida a una persona, supone siempre la autorización de cierto comportamiento positivo o negativo del titular, se traduce siempre en derecho de una persona. Esto vale tanto para los llamados derecho absolutos como para los relativos.

Nos sigue diciendo este autor que debe distinguirse entre lo que es un derecho subjetivo y su ejercicio. El derecho subjetivo ya lo hemos dicho, define como una simple posibilidad normativa o facultad de obrar en tal o cual sentido; el ejercicio es un hecho, la realización de aquello que la norma autoriza, la actualización efectiva de la facultad que el precepto concede.

CRITICA.- Su definición del derecho subjetivo es incompleta, ya que al definirlo como "una posibilidad de acción o de omisión autorizada por la norma", está suponiendo que el derecho solamente autoriza la propia conducta, un hacer u omitir, o bien que tal hacer u omitir es el exigir conducta, a otro. Este es un error semejante al del autor Recasens Siches. Según Morineau hace su crítica acertadamente diciendo que el derecho de exigir o de no exigir es realización de la propia conducta del titular a hacer u omitir; pero tal definición es incompleta por que no toma en cuenta los múltiples casos en que el derecho subjetivo faculta la conducta ajena y no solamente a exigirla, en cuyo caso no autoriza al titular a hacer u omitir para el titular. En este sentido el acreedor no esta facultado a hacer u omitir nada en el mismo sino a gozar de la conducta del deudor; en esto consiste su derecho. Es verdad que está autorizado a exigir en un hacer facultada; pero tales hechos no son manifestaciones del derecho de crédito sino del derecho que tiene toda persona a expresarse. Sucede entonces, que todo derecho subjetivo faculta a exigir el deber correlativo; pero el hecho de exigirlo es manifestación de un derecho a la propia conducta y no manifestación del derecho de crédito. (24).

OTRAS DEFINICIONES DEL DERECHO SUBJETIVO:

A).- Según Oscar Morineau lo define: "Derecho subjetivo es la autorización de conducta propia o ajena, otorgada a un sujeto, el cual también está facultado a exigir el deber correlativo". (25)

Esta última definición propuesta por el autor mencionado se considera como la más completa objetiva en cuanto que comprende la mayor parte de los elementos constitutivos de todo derecho subjetivo. Así, expresamente señala el facultamiento de la propia conducta o de la ajena, y la facultad de exigir el deber correlativo. Sin embargo tiene un punto fúndido que desde luego nosotros citamos o criticamos, nosotros donde afirmamos que la autorización, es el género próximo de su definición no es el derecho subjetivo, sino sólo su fuente, lo que le da base. Esto es, el derecho no es simplemente la autorización que establece la norma ni mucho menos la misma norma sino consiste para decirlo, con mayor precisión, en la actitud jurídica, de un sujeto, que se deriva de esa autorización normativa para hacer o para omitir, o para que otro haga u omita; teniendo al propio tiempo aquel sujeto, la facultad de exigir el deber correlativo.

B).- Según el autor Manuel Cabrera, nos define al derecho subjetivo de la siguiente manera, "El derecho subjetivo"

mente considero es el derecho como facultad, y más concretamente como facultad que tiene el sujeto para determinar la conducta de otro sujeto. Se entiende que ésta determinación es la conducta de otro sujeto es una determinación normativa e impositiva que el derecho subjetivo no es algo real, sino una calificación dimanante de la norma, del derecho objetivo que es algo ideal que tener un derecho subjetivo quiere decir que la norma vincula una situación o conducta de un sujeto, el deber de un cierto comportamiento de otro sujeto".

(26).

Este autor piensa que el derecho subjetivo, al igual que el autor Recasens Siches, admite la posibilidad de tres variantes; al primer grupo se refiere al facultamiento de la propia conducta ajena y por último al que consiste en el poder de crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas

C).- Según el autor Rafael Preciado Hernández, nos define al derecho diciendo; "El derecho subjetivo viene a ser el poder, pretensión, facultad o autorización que conforme a la norma jurídica tiene un sujeto, frente, a otro u otros ya sea para desarrollar su propia actividad o determinar la de aquellos". (27).

26.- Cabrera Manuel, Apuntes de su Curso de Filosofía del Derecho, México 1953, págs. 30 y 31.

27.- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Editorial Jus México 1960, pág. 129.

D).- El autor Rafael Rojina Villegas nos dice: "Derecho subjetivo es la facultad o poder jurídico reconocido por la norma para actuar válidamente, es decir, para que se reconozcan como legítimos los actos que llevamos a cabo de ejercicio de esta facultad". (28).

"El derecho subjetivo consiste en la posibilidad normativa de inferioridad en la esfera jurídica ajena o en la conducta de otro". Este autor al igual que Reacsens Siches y García Máynez incluyen en su definición el concepto de posibilidad. (29)

E).- Según el autor Juan Manuel Terán, nos da su concepto diciendo: "Los derechos subjetivos, o sea las facultades de exigir cierta conducta a los demás son contenidos normativos subjetivados. El derecho subjetivo descansa en el deber de otro, a pesar de que en la sola declaración de una obligación está implícito el procedimiento de imposición en caso de incumplimiento, que es lo esencial al derecho. Los derechos subjetivos están determinados a través de ciertos de -

28.- Rojina Villegas Rafael, Op. cit., pág. 554 T. I

29.- Rojina Villegas Rafael, Teoría Jurídica de la Conducta. Ediciones Botas, México 1943. pág. 31.

ciertos deberes jurídicos, más no a la inversa, puesto que - puede haber deberes jurídicos sin la presencia necesaria de derechos subjetivos. (30).

I.2.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

Dada la múltiple variedad de relaciones entre los hom--bres como individuos o como miembros de la organización estatal, fácil es comprender la variedad y multiplicidad existen en la serie de los derechos subjetivos. Por ello se impone - la necesidad de una clasificación que fijándose en las diversas figuras y las reduzca a todas a una unidad orgánica y sis-témática. Tal obra de clasificación es muy difícil porque - existen notas y caracteres que son comunes a varios grupos y dentro de cada grupo figuras de derechos que ofrecen caracte-res diferenciales que no encajan bien en una categoría prees-tablecida; por ello son varias las clasificaciones adoptadas se puede decir que cada autor tiene la propia suya. Sin em-bargo hay categorías generales que todos aceptan, siendo fun-damentales para la construcción de cualquier sistema.

A).- ABSOLUTOS Y RELATIVOS.- Enfocando nuestra atención en la conducta facultada, vemos que la norma pueda permitir - al sujeto como ya lo llevamos dicho o bien su propia conducta

30.- Teran Juan Manuel, Apuntes Mimeográficos de su Curso de Filosofía del derecho, Ed. Porrúa S.A. México 1979, - págs. 112, 113 y 117.

resulta la primera división. El primer caso se trata del facultamiento de la propia conducta, nos estamos refiriendo a un derecho absoluto, en el segundo caso, a un derecho relativo. Al afirmar lo anterior hacemos a un lado las definiciones que nos dicen, que el derecho absoluto es el correlato de un deber universal de respeto y que el relativo es una facultad que corresponde a deberes especiales de sujetos determinados. Estos autores al descubrir la relación jurídica, hacen explicar la clase de deber que existe en ésta y no la esencia del derecho. Entre estos autores se encuentra García Máynez, para quien la diferencia entre ambos derechos radica "en la naturaleza de los deberes correlativos y la determinación o indeterminación de los sujetos pasivos de la relación jurídica". (31).

Es cierto que existe tanto el impropio llamado deber universal de respeto (ya que la conducta humana a la que se refiere siempre es individual) en los llamados derechos absolutos y los deberes especiales de determinados sujetos en los relativos, pero dichos deberes se manifiestan por necesidad y con evidencia para ser el derecho bilateral, esto es porque la norma autoriza conducta en forma jurídica. Una es la naturaleza y ser el deber, y otra diferente la del derecho correlativo.

En el derecho relativo, el acreedor no tiene como tal derecho de hacer u omitir, sino que su derecho consiste en el

facultamiento de la conducta ajena. Por ello el deudor está obligado a prestársela y por tratarse de un derecho, el titular también tiene el derecho de exigir al deudor el cumplimiento con su deber la prestación debida.

En los derechos absolutos encontramos dos especies: los que facultan la propia conducta cuando recaen sobre las cosas (derechos reales), y los que facultan también la propia conducta independientemente de los objetos exteriores a él, como el derecho de expresarse, de trabajar, de transitar, etc.

Los derechos relativos se dividen en Patrimoniales y no Patrimoniales, entre los no Patrimoniales; existen los que podemos llamar de potestad, que son facultades concedidas a determinadas personas (padre, madre, etc.), para exigir de otros (hijos cónyuge), determinada prestación que se traduce en ciertos actos de conducta o abstenciones.

B).- INMEDIATOS Y DIFERIDOS.- Por el momento de su nacimiento pueden ser inmediatos y diferidos. Es inmediato el que se adquiere al realizarse un supuesto único y diferido el que para nacer está sujeto a la realización de otro supuesto adicional. Inmediatos son los derechos que se adquieren con el nacimiento, como el asociarse, el de caminar, el de hablar. Es diferido como el que se deriva de un testamento, pues el derecho nace con la muerte del testador.

C).- ENAJENABLES O INALIENABLES.- Atendiendo a su dispo-

nibilidad un derecho es enajenable o inalienable con todos - aquellos susceptibles de transmitirse a otras personas por alguno de los medios que el mismo derecho señala. Inalienables son los de caracter exclusivo o privado que no pueden ser - transmitidos o transferidos.

D).- POTESTATIVOS Y UBLIGATIVIUS.- Por el modo de ejercicio los primeros son aquellos cuyo titular está facultado por la norma, para ejercitarlos o no ejercitarlos a su arbitrio, - por ejemplo el derecho de la propiedad. En este caso se dice que el titular tiene facultad simultáneamente la acción y la omisión respecto de una conducta determinada, y también implícita, pero necesariamente otorga un nuevo derecho, el de optar, el ejercicio o no ejercicio de la conducta facultada; a éste derecho se le es dado el nombre de libertad según Máynez. Entonces la función de un derecho, con el de libertad convierte su modo de ejercicio en potestativo. Los de ejercicio obligatorio son aquellos en los que el titular tiene derecho, - una autorización, pero fundida (según expresión de Hussert) - con un deber y prohibición, que convierte el modo de ejercitar el derecho en obligatorio. En esta clase de derechos la norma faculta la acción y prohíbe la omisión o viceversa.

E).- INMEDIATOS Y DIFERIDOS O CONDICIONALES.- Por el momento de su ejercicio es inmediato el de la propiedad. De - ejercicio diferido es el de un crédito no vencido y condicio-

nal el derecho cuyo ejercicio o extinción esta sujeta a un -
acondicionamiento futuro o incierto. (32).

F).- PUBLICOS Y PRIVADOS.- Atendiendo al sujeto de dere-
cho. Es público el fundante de una relación jurídica en la
cual una de las partes o sujetos de la relación el activo o
el pasivo es una autoridad y actúa conforme a sus funciones y
competencias. Como en la relación tributaria, en la relación
de los particulares con el estado para el pago de los impues-
tos. Es privado un derecho subjetivo, como ninguno de ellos
lo es, no actúa como autoridad sino como simple particular. -
Los derechos privados se dividen en personales, que son a la
vez relativos y los reales que son absolutos.

Entre los derechos subjetivos públicos, Jellinack. din--
tingue tres clases de facultades:

1).- "Derechos de Libertad".

2).- "Derechos que se traducen en la facultad de pedir -
la intervención del Estado en provecho de los intereses indi-
viduales".

3.- "Los Derechos Políticos". (33)

El conjunto de los derechos públicos de una persona cons-
tituyen el estatus del sujeto. Por un lado son facultades -

32.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 202

33.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 201

frente al Estado y por el otro son limitaciones que esa entidad se impone a sí mismo. Dentro de los derechos públicos Rojina Villegas precisa la existencia de la "facultad correlativa de la obligación impuesta al Estado para no vulnerar las garantías individuales, es decir, la esfera jurídica mínima - que dentro del orden Constitucional se ha reconocido a toda - persona (individual o colectiva). Esta facultad, cuando ha sido violada esa esfera, se ejercita a través del juicio Constitucional de amparo y da origen a su vez a una forma concreta y de típica caracterización histórica, como es el derecho subjetivo para exigir a un órgano del Estado (en México la Justicia Federal) que invalide los actos de autoridad que hayan vulnerado las garantías individuales". (34).

G).- DERECHOS FINES Y DERECHOS MEDIOS.- Atendiendo al fin que persiguen. Es un derecho fin el que autoriza conducta simplemente, es un derecho medio el que autoriza con el fin de proteger o garantizar otros derechos ya existentes. - Uno tiene por fin la protección (autorización) de la conducta el otro es el medio para proteger esa conducta. Por ejemplo, el fin del derecho de propiedad es el de facultar el uso y disfrute de las cosas. Por el contrario, el derecho de posesión tiene por fin proteger a todos los titulares de derechos

que autorizan a actuar sobre las cosas. El derecho de acción derecho autónomo es también un derecho medio porque sirve para proteger en general a todos los derechos subjetivos.

H).- LIMITADOS O ILIMITADOS.- Atendiendo a su duración — es un derecho de crédito es generalmente de duración limitada un absoluto generalmente de duración ilimitada. Sin embargo, este dato no pertenece a la esencia de estos derechos; porque ellos se definen por la conducta facultada. La propia o la ajena, mientras que los datos anteriores no corresponden exclusiva e invariablemente a cada uno de estos derechos y por esta razón elemental no lo incluimos en la definición de tales derechos, como han pretendido hacerlo otros autores. — Por ejemplo, la propiedad intelectual es de una duración limitada y no por ello deja de ser facultamiento de la propia conducta que recae sobre un objeto exterior al titular; no por ello deja de ser derecho de propiedad. En la misma forma si el legislador limita duración de cualquier otra propiedad, no por ello deja de ser propiedad están limitados por la duración de la cosa sobre la cual recae la conducta facultada y en este sentido exacto son de duración limitada. Por el contrario, no existe ninguna razón para que el arrendamiento no pueda concederse por tiempo limitado y para que subsista — mientras que el arrendatario pague las rentas.

I).- INDEPENDIENTES Y DEPENDIENTES.- Atendiendo a su re

lación con otros derechos, independientes, son aquellos que pueden existir solos y que no dependen de ningún otro derecho. En este caso se encontraría la mayoría de los derechos. Por el contrario, es dependiente el derecho que invariablemente está relacionado con algunos otros. Por ejemplo el de libertad está invariablemente relacionado con el derecho por cuyo ejercicio o no ejercicio puede optar el titular. Pero hay que observar que inclusive estos últimos derechos están necesariamente fundidos con el de libertad o con su deber. Están en una recíproca fusión. Sólo en este sentido puede decirse que esos derechos son dependientes con relación al de libertad. Otro derecho dependiente sería el de optar, como cuando el titular de un derecho puede optar a escoger entre varios derechos que posee el que desea ejercitar. Otro caso será cuando el obligado puede escoger entre el incumplimiento de varios deberes y optar por cumplir uno de ellos. Un último ejemplo de sujeto activo, del titular del derecho, la liberación o de vinculación jurídica bajo ciertas condiciones. (35)

J).- RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.- Los primeros son que válidamente renunciarse por estar en juego sólo un interés particular; los segundos, son los que como su nombre lo indica no pueden renunciarse generalmente por causas de interés público. Los derechos renunciables no deben confundirse

con los potestativos ni los irrenunciables con los de ejercicio obligatorio; a pesar de estos últimos (los de ejercicio obligatorio) son irrenunciables por estar confundidos con un deber, pues evidente que el obligado no puede renunciar a su deber y por tanto tampoco al derecho de cumplir con él.

K) - Hay otra clase de derechos subjetivos como es el que se refiere Rojina Villegas, el que "Consiste en la facultad de modificar la esfera jurídica propia, interfiriendo correlativamente en la conducta ajena". Esta variedad acepta las siguientes formas:

1).- Facultad del sujeto capaz para auto-obligarse, es decir imponer una obligación a su cargo por declaración de voluntad, o por contrato, o por negocio jurídico en general.

2).- Facultad del sujeto capaz para aceptar o repudiar derechos.

3).- Facultad del pretensor para remitir o perdonar la deuda o el deber jurídico en general.

4).- Facultad del sujeto capaz para constituir un derecho real sobre cosa propia, interfiriendo así correlativamente en la esfera jurídica del titular de ese derecho.

1).- Oscar Morineau, en su libro señala otra división de derechos subjetivos, los contingentes en su ejercicio que son aquellos cuyo ejercicio depende de una condición. Por ejemplo el derecho de acción es un derecho existente sin necesi--

dad de realizar determinado supuesto; pero su ejercicio depende de la presentación de la demanda. El derecho existe pero el ejercicio está sujeto a una condición. (36).

I.3.- LA DISTINCION ENTRE DERECHO SUBJETIVO Y DERECHO OBJETIVO

El derecho subjetivo es una de las acepciones que tiene la palabra genérica derecho. Suelen distinguirse el subjetivo y el objetivo que son los que están más íntimamente relacionados.

Por derecho objetivo entendemos la norma bilateral o sea la que faculta y correlativamente estatuye obligaciones "son las proposiciones jurídicas tanto del derecho escrito como del consuetudinario". (37).

En cambio por derecho subjetivo debe entenderse la aptitud jurídica derivada de la autorización o facultamiento de la autorización o facultamiento de conducta otorgada por la norma (derecho objetivo), al pretensor o derecho habiente. No obstante la diferencia que exista entre ambos, se ha dicho que son la misma cosa, y que el derecho subjetivo es la misma norma desde el punto de vista del sujeto. Así Hans Kelsen, nos explica: "Un derecho subjetivo es, por tanto, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su

36.- Rojina Villegas, Op. cit., pág. 35.

37.- Sauer Wilhem, Filosofía Jurídica y Social, pág. 214.

voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada, es - como el deber jurídico la norma de derecho en su relación con un individuo desligado por la misma norma o sea el actor potencial". (38)

Así pues, concebido en su sentido más general, la proposición. "Alguien tiene un derecho subjetivo (en sentido de facultad) significa: una norma objetiva y general pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición de realización del coactivo; y de quien está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad es, por sólo esa razón, el titular del derecho subjetivo. La distinción entre derecho subjetivo y objetivo en sentido subjetivo en cuanto facultad no es más que una modalidad, una forma peculiar del derecho objetivo, en el del - derecho objetivo, en sentido respectivamente, de norma general y facultad, no implica, según eso la relación de dos conceptos inconciliables que fuese imposible subsumir bajo un - concepto genérico superior, como es el caso cuando se contraponen el orden jurídico, de un lado, y las voluntades individuales situadas frente al otro. Todavía existe un segundo principio que determina el concepto del derecho subjetivo - frente al objetivo. En la idea de derecho subjetivo exprese se la noción de derecho individual concreto, en contraposición al general y abstracto. Derecho subjetivo es la norma

jurídica en tanto que ésta posee un contenido concreto individual.

Cuando se contraponen el derecho subjetivo al objetivo como si fuesen cosas de naturaleza esencialmente diversas, una de las causas de ello es que se hace valer tan solo como "derecho", la norma general abstracta y se acostumbra a ver en el derecho solamente la norma general, y se sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas abstractas y generales. De ese modo el derecho concreto individual cae fuera de los márgenes del orden jurídico. Pero una consideración más profunda acaba forzosamente por articular el derecho individual y el derecho general de un sistema unitario. Y lo que como derecho subjetivo acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden jurídico "uno" y solamente definible como orden jurídico objetivo. (39).

Viendo la íntima relación que existe entre dos acepciones de la palabra derecho, algunos tratadistas como Heinrich Dernburg, entre otros a querido descubrir que exista una sucesión temporal o cronológica entre ambos y afirma que el derecho subjetivo es anterior al objetivo en vista de que históricamente se tiene primero la conciencia o sensación de que se tiene alguna facultad y es más tarde cuando aparece el precepto que la protege o sea cuando se protege determinado interés que en un momento dado se considera valioso. Y al efecto -

Dernburg opina que si un derecho subjetivo no ha sido "Garantizado" por el orden jurídico, no es tal derecho y agrega históricamente los derechos subjetivos existieron mucho antes de que apareciera, el Estado como un orden jurídico deliberadamente establecido. Tenía su base en la personalidad de un individuo y en el respeto que ésta era capaz de obtener o imponer. El concepto de un orden jurídico pudo lograrse a través de la consideración de los derechos subjetivos y gracias a un proceso de gradual abstracción. Por ello es incorrecto, tanto histórica como lógicamente, suponer que los derechos subjetivos no son sino emanaciones del derecho objetivo. El orden jurídico garantiza y configura los derechos subjetivos pero no lo crea. (40).

Otros autores, en cambio, ha dicho que en esa pretendida sucesión temporal, surge el derecho objetivo y luego el subjetivo, ya que la norma es de que se deriva la autorización de conducta y la posibilidad de exigirla. Sin norma no hay facultamiento. Sobre la cual afirmación M. Cabrera, después de decir que históricamente aparece primero el derecho subjetivo y luego objetivo opina desde el punto de vista de la lógica; el derecho subjetivo será una derivación del derecho objetivo porque primero es la norma y después el derecho como facultad. Existe por tanto, una patente prioridad lógica del derecho ob

jetivo sobre el derecho subjetivo en que el primero es norma, lo segundo el derecho subjetivo. (41).

Las teorías analizadas anteriormente son insostenibles, ya que si bien es cierto que sin una norma no existe la autorización o facultamiento no es menos cierto que no existe una norma que no autorice conducta y que correlativamente no la restringa a otro sujeto. Con esta afirmación lógica jurídica. Concluimos que ambos derechos objetivo y subjetivo se implican y entre ellos existe, dice Méynez no una sucesión temporal, como se pretende, sino una correlación lógica.

I.4.- DERECHO OBJETIVO COMO FUNDAMENTACION DEL DERECHO SUBJETIVO.

Se conoce comúnmente por Derecho, el conjunto de normas que regulan la conducta de los hombres en sociedad. "Tratar se de preceptos imperativos-atributivos, es decir, de reglas que además de imponer deberes, conceden facultades". (42).

Sobre la noción de Derecho Subjetivo existen grandes - discrepancias de criterio entre los tratadistas de Derecho - no obstante, se habla del Derecho Subjetivo diciendo que es: "la facultad derivada de una norma, de que una persona puede hacer o no hacer algo". (43).

La norma de Derecho Objetivo se proyecta en las relaciones humanas en dos formas: La norma jurídica como deber u obligación y la norma jurídica como una facultad o derecho en seguida, haremos un breve análisis de las antes mencionadas:

A).- La norma jurídica como deber u obligación, por lo que respecta a la teoría subjetivista el derecho, parece establecer conciente o inconcientemente, que la norma jurídica se agota en el derecho subjetivo y de que el deber jurídico, no es sino un elemento secundario en la norma. Es nuestro propósito y objeto poner en relieve la importancia del deber jurídico en el presente apartado.

42.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 37.

43.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 17.

Hemos dejado asentado en los apartados que anteceden, - que el derecho subjetivo sólo existe en tanto y cuando es regulado por una norma de derecho objetivo. Esto significa que un individuo tiene un derecho subjetivo en el sentido de la facultad cuando el orden jurídico la establece como tal, y - además, establece como correlato de facultad, un deber jurídico como una obligación en otro u otro sujeto en el sentido normativo. "el derecho subjetivo se pone correlativamente o se articula con el deber jurídico; y los dos en inescindible pareja derivan de la norma". (44).

Afirma Recasens Siches, ello supone que siempre se manifiesta la norma de derecho como facultad-deber, es decir, no existe facultad sin deber y a la inversa, como veremos en - nuestro desarrollo posterior, la norma jurídica necesariamente estatuye deberes, más no siempre facultades. La afirmación del citado jurista tiene sentido, cuando estatuyendo la norma una facultad establece necesariamente como correlato de aquélla, un deber jurídico. Sólo partiendo del supuesto de - la existencia de una facultad podrá hablarse de la inescindibilidad de facultad y deber jurídico.

No se conciben pues, facultades sin deberes correlativos y menos aún sin una norma de derecho que los estatuya como tales. Cabe decir, en tal sentido que, tan subjetiva es la facultad como el deber jurídico.

Un deber jurídico existe, en tanto que es objeto de sanción la conducta contraria. El depositario tiene el deber de devolver lo depositado en tanto que, él no lo hace en el término estipulado para la devolución, el depositario sujeto facultado en el caso, puede obligarlo coactivamente a observar determinada conducta.

No puede ser sujeto facultado u obligado jurídicamente - sino porque y en tanto, así esta establecido en una norma de derecho.

Así como la facultad (derecho subjetivo) es la norma de derecho objetivo en relación con un individuo cuya manifestación de voluntad la norma establece como condición de un acto coactivo así el deber jurídico se interpreta de la siguiente manera: "Un hombre está jurídicamente obligado a una conducta determinada en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición de un acto coactivo calificado de consecuencia jurídica". (45).

Consideramos pues, como primario el deber jurídico, toda vez que es posible que la norma jurídica establezca deberes - y, en cambio, es factible que no estatuya facultades en el - sentido estricto de la palabra. Tal es el caso del derecho - penal. Por ejemplo: Se establece una sanción para el que cometa o cause en otra persona lesiones, es decir, se establece

45.- Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, pág. 236.

como delito el causar lesiones; quien cause lesiones a un individuo será objeto de una pena. En sentido estricto la palabra, el individuo lesionado no tiene un derecho subjetivo a que no se le cause aquellas, sino que quien las cause será objeto de una sanción, la cual será impuesta ya sea de oficio o a petición de parte (lesionado), en cuyo caso tendrá el derecho subjetivo de que mediante la manifestación de su voluntad, le sea impuesta la sanción. Por ello afirma Kelsen que: "Toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber jurídico, aunque es posible que estatuya también una facultad". (46).

E).- La norma jurídica como facultad o derecho.- El derecho subjetivo como facultad o derecho, existe en función de la norma de derecho objetivo; ésta crea y regula su ejercicio. La facultad existe en la norma jurídica como uno de los posibles supuestos condicionantes de la consecuencia jurídica, en tanto que la norma de derecho pone a disposición del sujeto - facultado en este sentido, el aparato coactivo para la aplicación de la consecuencia jurídica estatuida por la norma.

"Hay una facultad, cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica se incluye una manifestación de voluntad dirigida hacia ella y emitida en forma de acción procesal o querrela, del lesionado en sus intereses por la situación -

de hecho antijurídica". (47).

Sólo en tal sentido cabe hablar de derecho subjetivo en relación con un individuo en quien el orden jurídico pone a su disposición mediante una manifestación de voluntad, el aparato coactivo para procurar "sus intereses"; "Sólo en relación a éste se individualiza la norma jurídica en facultad, - se convierte en derecho subjetivo". (48).

El derecho subjetivo así concebido, no tiene sobre el objeto; no lo antecede lógicamente ni temporalmente, ni es independiente de la norma jurídica, sino que simultáneamente, en virtud de ser un elemento de la norma, se manifiestan o tienen existencia.

Creemos que con ello se supera el dualismo que se ha querido acentuar deliberada o inconscientemente, entre derecho objetivo y subjetivo, para concluir que uno y otro son una y la misma realidad jurídica.

En mi opinión considero que tanto el derecho objetivo, como el derecho subjetivo son un producto simultáneo del hombre, el objetivo emana de la voluntad general o sea un acuerdo de todas las voluntades, en tanto que el subjetivo es la voluntad particular, es decir, la voluntad propia del individuo.

Son pues, aspectos de un concepto único y como figuras o formas diversas.

47.- Kelsen Hans, Op. cit., págs. 101 y 102.

48.- Kelsen Hans, Op. cit., pág. 92.

I.5.- DISTINCION ENTRE DERECHO PRIVADO Y DERECHO PUBLICO.

Para dar una mejor claridad al problema de la distinción de derecho público y privado; decimos que la norma es solo el concepto abstracto de derecho es un proceso de subjetivación y en el individuo tiene su asiento en la distinción en el derecho público y del privado del cual daremos un estudio a algunas teorías para que mejor que de a la luz nuestra idea.

Según el tratadista Eduardo García Máynez, nos dice que la naturaleza privada o pública, de un precepto depende de la índole del interés colectivo, los del privado refiérense a intereses particulares. Dicese "público" lo que beneficia a la comunidad, derecho público es pues, el que regula situaciones benéficas para el común. Las facultades de derecho por ejemplo son las gubernativas del empleado, el derecho de voto el ciudadano y concédese para ser ejercitados en orden al bien general. El derecho público rige los poderes que se hayan directamente al servicio de todos, es decir, de el pueblo. En cambio los derechos privados, por ejemplo, el derecho de propiedad, los tiene el interesado para así antes que nadie; hallase al servicio de su poder, de voluntad. (49).

El tratadista Kelsen plantea el problema de la distinción del derecho público y privado, que jurídicamente en el terre-

no formal de la ciencia pura del derecho, se basa en el hecho de su esfera jurídica propia, el Estado se encuentra colocado siempre como sujeto de deberes y derechos frente a sujetos privados. Si hay una obligación cuyo cumplimiento es imputado al Estado, entonces la conducta individual que forma el contenido del derecho correlativo no es imputado al mismo Estado. Si una de las dos partes de una relación del tipo deber y el derecho es un órgano del Estado, entonces la otra no tiene tal carácter. Ello es consecuencia de que dentro del orden jurídico nacional sólo una persona puede ser considerada como Estado. De aquí que si uno de los sujetos de la relación jurídica es el Estado, el otro tiene que ser un particular. (50).

El maestro de bien formula las condiciones: La distinción teórica del derecho público y del derecho privado, sea cualquier la posición en que nos coloquemos, en el terreno de la pura teoría, es una distinción fundamental en el derecho positivo moderno.

El derecho público es el regulador del conjunto de instituciones donde se manifiesta la ordenación de la vida social, encuadra en la organización jerárquica del Estado. Derecho privado es el regulador del conjunto de instituciones en que se manifiesta la organización de la vida social, que es Esta-

do no incorpora a su estructura.

El derecho público, es ante todo, un derecho de mando y jerarquía. El derecho privado, es un derecho de igualdad y libertad pero ninguno de esos caracteres es exclusivo. También el derecho público deja a la libertad un cierto margen - "libertades políticas, autonomía administración", y acepta, - en algunos aspectos el principio de igualdad (igualdad de derechos políticos de todos los ciudadanos); por su parte en de recho privado se señalan a la libertad límite muy estrecha en determinados terrenos (Jus Congens) y se sancionan desigualdades resultantes del derecho de mandar y de la obligación de obedecer (patria potestad).

Lo que determina a la distinción entre derecho público y derecho privado es pues la forma de las relaciones jurídicas, - el que se las encaja o no en la organización estatal. De ninguna manera el interés, ni siquiera el interés predominante. - La existencia de los derechos privados interesa al bien público, "El bien de la colectividad exige que el Estado abandone a sus súbditos una órbita de poder en que muevan libremente - sus intereses egoístas y que, a la par que satisfaga los afanes individuales, los espole y mantenga en constante tensión: la actividad de uno aprovecha a todos. En este sentido el de recho privado es elemento indispensable; más aún base en todo el derecho público moderno.

El tratadista Giorgio del Vecchio dice que el problema -

de la distinción entre derecho público y derecho privado, está todavía hoy sometido a empuñada discusión. Según la doctrina Romana la cual todavía sigue alguno, "publicum ius est quod statum rei Romanae Spectat; Privatum Quod ad Singulorum Utilitatem". El criterio de la utilidad es, sin embargo, incierto generalmente porque no se puede separar de un modo tajante y netos los intereses generales de los particulares y es también muy difícil establecer que cuando el derecho tutela intereses particulares no mire o tenga a la vista también la utilidad general. Por esto algunos autores, por ejemplo, Dernbrug, dice que pertenecer al derecho público las normas que consideran principalmente al interés general o sea el Estado; y al derecho privado aquellas que consideran principalmente a intereses particulares. Tenemos una prueba, nos dice del Vecchio, de la extraordinaria dificultad de ésta materia, en el hecho de que algunos autores admiten una tercera categoría intermedia entre el derecho público y privado, esto es, una especie de derecho mixto, en el cual el interés público aparece indisolublemente conexo con el privado o particular, de tal manera que no pueden distinguirse éstos elementos: Tal sería el caso por ejemplo, de las normas de derecho público.

Con relación a los autores que se refieren al concepto de la patrimonialidad, para fundar la distinción del derecho público y del derecho privado sosteniendo que el derecho privado regula la relación que tienen u contenido patrimonial, mientras que el derecho público tiene intereses no económicos.

Del Vecchio, nos dice que contra eso se puede observar que - tampoco faltan elementos patrimoniales en ciertas ramas del - derecho público (por ejemplo, en el derecho financiero); y que también entre el derecho privado, un conjunto de instituciones que no miran a la utilidad patrimonial (por ejemplo, - derechos de familia, de personalidad, etc.).

Ante todo nos sigue diciendo el autor citado, debemos tener presente que el derecho, como principio imperativo, de - coordinación social tiene esencialmente un carácter público - campea en las mismas disposiciones de naturaleza privada. (51)

Considero que dentro de éstas opiniones ha que me he referido en este tema, se encuentra la orientación más apropiada para distinguir el derecho público del privado.

51.- Del Vecchio Giorgio, Estudios de Filosofía del Derecho, 7a, Edición Trad. por Luis Legaz y Lacambra, Bosh, 1960 pág. 334.

I.6.- DISTINCION ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS Y DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS

Como quedo explicado por los autores antes citados en el tema anterior, paralelamente a la distinción entre derecho público y privado se habla de derechos subjetivos privados y públicos mejor dicho: la primera clasificación relativa al derecho como sistema de norma ha sido aplicada al derecho como conjunto de facultades. Habiendo quedado claro y precisados los conceptos de derecho subjetivo público y privado creo que es innecesario repetir nuestra explicación y me limito a indicar cual es son las facultades jurídicas que de acuerdo con las teorías recientes, suelen ser consideradas como derechos subjetivos públicos y cuales como derechos subjetivos privados;

A).- Los derechos subjetivos privados se dividen en personales o relativos y los reales o absolutos. (52).

B).- Los derechos subjetivos públicos se dividen en tres clases:

1.- Derechos de libertad (absolutos).

2.- Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de los intereses individuales.

3.- Los derechos Políticos". (53).

52.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 201.

53.- Idem.

Estos derechos en su conjunto constituyen el status del individuo. Por una parte son facultades frente al estado y por otra parte son limitaciones, que esa entidad se impone asimismo. Dentro de los derechos públicos, Rojina Villegas precisa la existencia de la "Facultad correlativa de la obligación impuesta al estado para vulnerar las garantías individuales, es decir, la esfera jurídica mínima que dentro del orden Constitucional se ha reconocido a toda persona individual o colectiva. Esta facultad, cuando ha sido violada esa esfera se ejercita a través del juicio Constitucional de Amparo y da origen a su vez a una forma concreta y de típica caracterización histórica, como es el derecho subjetivo para exigir un órgano del Estado "en México a la Justicia Federal" que invalide a los actos de autoridad que hayan vulnerado las garantías individuales" (54).

A este respecto el tratadista Jean Dabin, dice: que en caso del Estado Sociedad Pública, los derechos subjetivos corporativos toman simplemente el nombre de derechos de poder público que miran al Estado mismo como cuerpo político; Derechos Políticos y Administrativos que tienen los Ciudadanos - Miembros del Estado. (55).

En mi concepto creo que los derechos subjetivos públicos son los que tiene un individuo por el solo hecho de vivir en

54.- Rojina Villegas, Op. cit., pág. 36.

55.- Jean Dabin, El Derecho Subjetivo, pág. 264

sociedad pues estos le aseguran su integridad, su libertad y su igualdad ante la Ley.

C A P I T U L O II

NATURALEZA JURIDICA Y ESENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO.

II.1.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO SUBJETIVO.

II.1.1.- TEORIA DE LA VOLUNTAD.

II.1.2.- TEORIA DEL INTERES.

II.1.3.- TEORIA ECLETICA.

II.1.4.- TEORIA FORMALISTAS DE HANS KELSEN.

II.1.5.- TEORIA DE LA FACULTAD NORMADA.

II.2.- LAS TRES FORMAS DEL DERECHO SUBJETIVO.

II.2.1.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO MERO REVERSO
DE UN DEBER JURIDICO.

II.2.2.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PRETENCION.

II.2.3.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PODER DE FOR-
MACION JURIDICA.

II.I.- NATURALEZA JURIDICA Y ESENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

Con la finalidad de poner en claro tanto su esencia como su naturaleza misma del derecho subjetivo analizaremos brevemente algunas teorías.

II.1.1.- TEORIA DE LA VOLUNTAD.- Según Windscheid, derecho subjetivo es el poder o señorío de la voluntad reconocida por el ordenamiento jurídico.

CRITICA.- Entre otras críticas a la teoría de la voluntad se le ha objetado lo siguiente:

A).- Que según ella, sólo podrían tener derechos subjetivos las personas dotadas de la voluntad en sentido psicológico. No explica como es que hay personas colectivas, que también los tienen.

B).- Que los derechos subjetivos no desaparecen aunque el titular, de los mismos ignore su existencia, y no haya en el propio titular, un querer orientado hacia ellos.

En respuesta a las objeciones dirigidos contra su teoría sostuvo Windscheid que por "voluntad" debe entenderse la voluntad del ordenamiento jurídico. Esta variante modifica esencialmente la tesis primitiva, privándola de su verdadero sentido, pues la voluntad del orden jurídico es algo enteramente diverso al de la voluntad del individuo, o sea el que-

rer en sentido psicológico. (56).

II.1.2.- TEORIA DEL INTERES.- Según el tratadista Jhering sostiene que es un interés jurídicamente protegido en otros términos, es interés tutelado por la ley.

Por otra parte, este autor sostiene que en el derecho hay dos elementos: Uno formal o extenso y otro sustancial o interno, comparable respectivamente a la corteza y a la médula de una planta. Ahora bien, el elemento interno es el interés, es decir, el derecho subjetivo propiamente dicho y el elemento externo, es el protector del derecho subjetivo, vale decir la acción.

CRITICA.- Ante todo cabe aclarar que Jhering, al formular esta teoría en su famosa obra "El Espíritu del Derecho Romano", da la expresión "interés" un sentido amplio comprendido no sólo los intereses económicos sino también los espirituales.(57)

En mi opinión es que si el interés fuera esencial al derecho subjetivo, este no existiría cuando aquel falta; sin embargo eso no ocurre.

Por otra parte, hay derechos subjetivos los correlativos de las obligaciones naturales que no pueden ejercerse coactivamente y son verdaderos derechos pues el deudor que a cumplido, no puede repetir lo que ha pagado.

56.- Del Vecchio Giorgio, Op. cit., pág. 333.

57.- Recasens Siches Luis, Op. cit., pág. 219.

II.1.3.- TEORIA ECLECTICA.- Según el tratadista Jellinack nos dice, que el derecho subjetivo es "un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual".

CRITICA.- Esta teoría como es obvio no resuelve nada en tanto se le pueden formularse las críticas que hemos hecho a las dos teorías anteriores . (58).

II.1.4.- TEORIAS FORMULISTAS DE KELSEN.- Según este tratadista nos dá su punto de vista que, "el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo, en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal, señalado por la norma". Vale decir que, prácticamente, este jurista identifica la norma de la facultad jurídica.

CRITICA.- Según Kelsen, al formular su teoría crítica acertadamente las anteriores porque conciben el derecho subjetivo como algo esencialmente diverso del objetivo, pero a su vez su tesis levanta otras objeciones.

Según Méynez, dice que el error fundamental de esta teoría "consiste en la identificación de las nociones de derecho objetivo y de derecho subjetivo. Sostener que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en determinada relación -

58.- De Meulenaere O. El Espíritu del Derecho Romano, Tomo IV págs. 317 y 355.

con un sujeto equivale a confundir las nociones de normas y facultad sea lo mismo el sofismo de Kelsen es comparable al error en que incurriría quien diera que existiendo entre las ideas de padre e hijo una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas". (59).

II.1.5.- TEORIAS DE LA FACULTAD NORMADA.- Esta teoría "sostiene que el derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con una norma jurídica".

En esta forma se ha destacado la verdadera esencia del derecho subjetivo, y su relación ineludible con la norma jurídica, pues según hemos comentado, que no hay facultad jurídica sin una norma que la establezca. Pero como es evidente, la existencia de dicha relación no impide que la esencia misma del derecho subjetivo. (60).

II.2.- LAS TRES FORMAS DEL DERECHO SUBJETIVO

II.2.1.- El derecho subjetivo como mero reverso de un deber jurídico de los demás, para cuya actuación forzada (mediante el apartado coercitivo), no es preciso la intervención del titular de aquel, porque el órgano correspondiente del Estado la impone por sí mismo, de oficio. En efecto y para

59.- Kelsen Hans, Op. cit., pág. 197.

60.- García Máynez Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica, Fondo de Cultura Económica, México 1951, pág. 181.

ilustrar esta afirmación seguiremos al mismo autor; que nos dice que esta figura, de la cual pueden valer como ejemplos los llamados derechos a la vida, derechos a la libertad, derechos de disfrute de las cosas propias, etc., consiste en el margen de conducta libre y repetada de que dispone un sujeto, por virtud del deber que los demás tienen de abstenerse de todo comportamiento que perturbe o haga imposible dicha esfera de holgura en el otro sujeto. Propiamente, no se debe decir que se tiene el derecho de hacer esto o lo otro (estar quieto o deambular, elegir este oficio u otro, pensar de esta manera o de aquella), sino que se tiene el derecho de actuar libremente como la norma señala. Para la actualización de estos derechos no se precisa una especial declaración de voluntad por parte del titular, porque se hayan protagidos y garantizados activamente por la misma norma, mediante la acción del representante de la Ley, esto es, del Ministerio Público; ya todos los ataques contra tales derechos (sancionados penalmente); son perseguidos, reprimidos y responsabilizados de oficio, sin necesidad de instancia de parte; y en todo caso aunque la parte interesada no quiera ejercer la reclamación él - incluso cuando quisiera que los entuertos no fuesen sancionados; los ataques delictivos contra la integridad física y contra la propiedad, son reprimidos y en su caso penados aunque la víctima perdona a su agresor. (61).

61.- Recasens Siches Luis, Op. cit., págs 235.

Con respecto a este autor Oscar Morineau nos dice: "El derecho subjetivo es toda regulación de la conducta exterior del hombre. Tal conducta tiene un aspecto positivo y otro negativo y entonces aparece como acción y como comisión. Las únicas posibilidades que regulan la conducta están representadas por su autorización y por su prohibición.

A la primera llamamos derecho objetivo y a la segunda deber jurídico. En efecto cuando el fin de la norma consiste en promover la acción en los llamados derechos positivos el deber de votar, de pagar impuestos, de tomar armas, etc. entonces el precepto autoriza la acción de la persona obligada, otorgándole un doble derecho subjetivo; pero al mismo tiempo le prohíbe la omisión del bien, la acción. El derecho subjetivo encontrado en este complejo es exclusivamente un derecho, la autorización de conducta hecha por la norma al sujeto y nada tiene deber". (62).

II.2.2.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PRETENCION.- Consiste en la facultad de exigir una conducta de otra. Es aquella situación en que determinada persona se encontraba en una relación jurídica en virtud de la cual la norma le atribuye la facultad de exigir a otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico. Este autor dice: "El Derecho Subjetivo como pretención consiste en la situación que por virtud de la nor-

ma, ocupa una persona en relación jurídica de tener a disposición la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del derecho. Una persona es titular de un derecho subjetivo como pretensión cuando al último grado de actualización de un deber jurídico de otra persona esta a disposición de aquella es decir, cuando depende de la voluntad de la misma él impone o no la coacción jurídica del Estado, o el no hacerlo. La norma jurídica respecto de ciertas actuaciones determina un deber para una persona, pero pone la ejecución forzosa de este deber a la disposición de otra persona (a quien beneficia dicho deber), que es quien por eso figura como titular del derecho subjetivo (como pretensión). (63)

Por otra parte nos dice Morineau, pero resulta que si el derecho del ejercicio obligatorio consistiera solamente en la autorización de conducta del sujeto del derecho la norma se confundiría con la moral, pues cuando está prohibido el mal, necesariamente autoriza el bien.

Ya vimos anteriormente, que el valor jurídico es colectivo y que para realizarse regula la conducta de un sujeto en relación con otro. Cuando facultando la propia conducta de un sujeto le impone a los demás el deber de abstenerse, destinado al sujeto del derecho la abstención de los demás. Si la

63.- Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, pág. 236.

norma dejara el cumplimiento del deber al arbitrio del obligado, entonces no se realizarían los valores jurídicos, no se lograría la realización del derecho. Solamente los poderosos lograrán el respecto de su conducta facultada y podrían evadir el cumplimiento de sus deberes, "Entonces la autorización de la acción o de la omisión de hechos por la norma de un sujeto, unimos la prohibición de la acción a otro sujeto, creado así el deber correlativo de todo derecho subjetivo y al mismo tiempo, facultando al sujeto del derecho a exigir el deber correlativo. Esta es la bilateralidad del derecho". (64)

II.2.3.- EL DERECHO SUBJETIVO COMO PODER DE FORMACION JURIDICA.- Consiste en la facultad que la norma atribuye a una persona determinada el nacimiento, la modificación o la extinción de ciertas relaciones jurídicas.

En éste sentido continúa diciendose que el propietario de una casa tiene el derecho de donarla, venderla, gravarla, y que el acreedor, tiene el derecho de donarla, traspasarle su crédito a otra persona; que los mayores de edad o los emancipados legalmente tienen el derecho de celebrar todos contratos lícitos que a determinada edad y supuestas ciertas condiciones se tiene el derecho de contrar matrimonio, de otorgar testamento, etc. En todos estos casos, la expresión derecho subjetivo se toma en el sentido de poder jurídico es decir,-

de que la actividad del titular es determinante decisiva para el nacimiento de derecho de las especies anteriores que acabo de exponer, o para la modificación o extinción de los ya nacidos. En tales casos los actos del titular son un elemento - productor de los preceptos jurídicos concretos, esto es de los preceptos individualizados, que determinarán los deberes singulares de los sujetos pasivos, a los cuales deberes corresponden los derechos subjetivos (de los otros tipos estudiados anteriormente). (65)

Por otra parte Morineau, desconoce esta tercera forma - del derecho subjetivo cuando dice: "Para rechazar el tercer tipo nos dice o basta con advertir que la norma sólo puede autorizar a la propia conducta o a la conducta ajena y en ambos casos autoriza a exigir el deber correlativo. A priori podemos afirmar que no existe otra posibilidad por lo que si el ejercicio de cualquiera de los dos derechos anteriores es a la vez realización de un supuesto para el nacimiento, modificación, transmisión o extinción de derechos, ello no significa que exista un nuevo y tercer tipo de derechos, sino simplemente que la conducta desempeña dos funciones distintas es ejercicio de derechos existentes y es realización de supuestos que producen la modificación, transmisión o extinción de derechos preexistentes".

Por nuestra parte estamos de acuerdo con el licenciado -

Morineau, en los puntos mencionados en último lugar o sea en el desconocimiento de la existencia de una tercera manifestación del derecho subjetivo y por lo tanto admitimos únicamente dos formas. Pues considero, esta manifestación señalada en tercer lugar y expuesta por Recasens Siches, es empírica y duplicada, empírica porque es parte de la observación y de la conducta para inventar un nuevo derecho, sin darse cuenta de la conducta encuentra sentido en el derecho y no a la inversa y sin darse cuenta de que todo derecho (objetivo) se compone de supuestos y consecuencias, por lo que todo sin determinada conducta produce consecuencias, necesariamente tal conducta es realización de supuestos, siendo al mismo tiempo ejercicio de un derecho preexistente y no de un nuevo y tercer tipo de derecho, cuando es ejercicio de conducta facultada. (66).

En resumen, la regulación jurídica de la conducta aparece bajo una de estas dos formas o bien como autorización o bien como prohibición de la acción o de la omisión, pero sin admitir una tercera manifestación como lo desea el autor que llevamos citado. A la autorización.

A la autorización la llamamos derecho subjetivo y a la prohibición jurídica, sólo es posible autorizar o prohibir la conducta propia de cada sujeto.

C A P I T U L O I I I

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

III.1.- EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO.

III.2.- CORRELATIVIDAD DEL DERECHO OBJETIVO Y DERECHO
SUBJETIVO.

III.3.- DERECHO A LA PROPIA CONDUCTA Y A LA CONDUCTA
AJENA.

III.4.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO OBLIGATORIO.

III.5.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO POTESTATIVO.

III.6.- EL DERECHO SUBJETIVO DE LIBERTAD.

III.7.- CASOS EN QUE PUEDE RENUNCIAR EL TITULAR DE UN
DERECHO SUBJETIVO.

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

III.1.- EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO: Se puede considerar como el nacimiento de las consecuencias jurídicas normativas no implica, forzosamente, la realización de éstas pueda ocurrir en efecto, que los deberes que la norma impone no sean cumplidos, o que los derechos que otorga no se ejerciten. Por esta razón, entre las consecuencias de derecho y la realización de las mismas media una relación contingente.

Por otra parte podemos considerar que el derecho es una simple posibilidad normativa o facultad de obrar en tal o cual sentido; el ejercicio es un hecho, la realización de aquello que la norma autoriza.

El derecho de libertad se funda en otro derecho y consiste en la facultad de optar entre su ejercicio o no ejercicio quedando precisado el concepto de ejercicio a fin de esclarecer este punto, haremos referencia a algunas clases de estas facultades jurídicas.

III.2.- CORRELATIVIDAD DEL DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO.- Por lo que respecta a los conceptos de derecho objetivo y de derecho subjetivo son correlativos. Esto significa que no pueda haber derechos objetivos que no concedan derechos subjetivos, ni derechos subjetivos que no deriven de una norma. Derecho, en sentido objetivo, es pues la norma que atribuye a un sujeto la posibilidad de hacer o de omitir licitamente algo; de derecho subjetivo, es en cambio la posibilidad de observar una determinada conducta cuya realización ne

cesariamente ostenga el significado que el derecho en sentido objetivo precede al subjetivo. No se trata de prioridad en el orden temporal, sino de simple correlación en el sentido lógico de este vocablo.

Pues tenemos que el derecho de crédito es correlativo de una obligación, aún cuando ésta no sea general, sino especial. La teoría que discutimos podría aplicarse con igual rigor lógico a los derechos personales. Pero ello no quiere decir que no existan ni que sea una duplicación inútil del deber correspondiente. Ni derecho a exigir una cosa que he comprado es correlativo del deber del vendedor de entregármelo y, sin embargo no podemos declarar superflua la obligación del vendedor. Lo único que podemos decir, tratándose de los derechos de crédito como de cualesquiera otros es que el derecho subjetivo es correlación de un deber especial o general de una de varias o de todas las personas. (67).

III.3.- DERECHO A LA PROPIA CONDUCTA Y A LA CONDUCTA AJENA.- En la teoría de la voluntad es particularmente perceptible la tendencia que impulsa al concepto de derecho subjetivo a su propia destrucción. Cuando dicha doctrina declara que el derecho subjetivo es un poder de voluntad jurídicamente protegida, declarada derecho subjetivo, diríjese, ahora a

67.- Hans Kelsen, Teoría General del Estado Traducción de Luis Logaz y Lacambra, Barcelona Ed. Labor, pág. 76.

la conducta del sujeto de dicha voluntad, ahora a la conducta de otro sujeto. Se hace valer, pues, como derecho subjetivo, ya un estar autorizado jurídicamente, ya un poder jurídico. - Yo tengo derecho a disponer libremente de las cosas de mi propiedad; ya tengo derecho a hacer todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Pero también derecho a exigir a los demás de toda intervención en las cosas de las cuales puede disponer libremente. Yo puedo (estoy autorizado, por tanto), querer hacer u omitir esto o a querer que los demás lo hagan o dejen de hacerlo. Pero bajo el concepto de derecho subjetivo, la teoría de la voluntad comprende igualmente el hecho de que yo pueda manifestar también una voluntad a la cual el orden jurídico enlaza como consecuencia aquel afecto que yo trato de conseguir por medio de la voluntad manifestada. Por tanto, lo que aquí se declara derecho subjetivo no es un estar jurídicamente autorizado, sino un poder jurídico confiere al sujeto el poder realizar su interés por medio de negocios jurídicos, de imponer su voluntad con el fin de conseguir tales o cuales bienes. Por medio de mi voluntad, al menos por medio de mi voluntad manifestada en el negocio jurídico, obligo a otra persona a realizar una determinada prestación; así como por medio de la acción obligo a las autoridades a provocar un acto de ejecución contra el deudor moroso.

La diversidad de los elementos que se comprenden bajo el concepto de derechos subjetivos acaba por hacerlo inutiliza--

ble. El derecho a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el derecho a la prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal derecho subjetivo, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otra de abstenerse de toda intervención en mis cosas (las cuales se hacen más precisamente en virtud de ese deber); jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho a usar, abusar, etc., de las cosas.

Pero cuando se afirma: tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc. no quiere decir sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario. Si bien se mira, el poder (en sentido de estar autorizado), en ambos casos expresado, el deber ser, es norma jurídica; el derecho subjetivo es derecho objetivo, y sólo en cuanto tal tiene existencia en la esfera del derecho.

Pero también el derecho a una conducta extraña (en tanto que no consista sino en que yo puedo exigir por tanto, querer- la acción extraña o la omisión de toda intervención en mi esfera de competencia) es la misma norma objetiva (vista a través del prisma del interesado), la cual establece como debida por otra conducta que yo quiero de él. Aquí no se trata empero, de que yo quiera; lo relevante es que otro debe algo porque así se lo ordena el derecho, el derecho obje-

tivo: si bien la razón por la cual dicha norma ha sido puesta, es la consideración de que yo (es decir, la parte cuyo interés trata de protegerse) quiero o se presume que puedo querer lo dispuesto por ella. (68).

Los párrafos anteriores revelan que la crítica Kelsiana no sólo tiende a negar la existencia de la libertad jurídica, sino la necesidad del concepto de derecho real y especialmente, de la noción de la propiedad.

Kelsen es la distinción hartto discutible, por cierto - entre derechos a la propia conducta y a la conducta ajena.

De acuerdo con la concepción tradicional, los derechos a la propia conducta se agotan en un conjunto de facultades de realizar (facultad exigendi, como diría Hugo Rocco), en tanto que los otros representan siempre un "poder jurídico" o facultas exigendi, como ejemplo del primer grupo citaremos los derechos de propiedad y libertad; como casos del segundo; los de acción y de crédito. Pues bien el jurista austriaco niega que aquellos sean auténticos derechos. Se trata, dice, de simples "reflejos" de un deber universal de respecto que el derecho objetivo impone a todo el mundo. Si soy dueño de una cosa, tengo la facultad de vivir en ella; pero esta facultad es sólo el complemento o reverso de la obligación de la ley impone a los demás de no impedirme que use lo que me pertenece":

III.4.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO OBLIGATORIO

Según el tratadista García Máñez dice: que en la imposición de un derecho subjetivo que consiste en la posibilidad o autorización en favor del obligado para cumplir con su deber, estos derechos se denominan de ejercicio obligatorio y son de pendientes porque se funden en un deber jurídico a cargo del titular. (69)

Estimo que en el caso que a grandes rasgos se analiza bajo esta clase no puede hallarse con precisión científica de un derecho del obligado. Pues se convierte el derecho subjetivo en un concepto puramente implícito y sumamente con precisión. Expliquemos ésta aceveración; si afirmamos que cuando se impone un deber con arreglo a la norma a un sujeto éste tiene un derecho (en el sentido de autorización) a cumplir con aquel, estamos atribuyendo a la idea de derecho un significado que comprende todos los casos normativos de imposición de deberes jurídicos, pues dados éstos existirán siempre un derecho subjetivo a su lado cumplirlos.

Pienso que cuando se presenta el deber, necesariamente existe la posibilidad jurídica de cumplir con él y la misma que se imponga una obligación a cargo de alguien, sin desprender la existencia de una verdadera facultad. (70)

69.- García Máñez Eduardo, Op. cit., pág. 219.

70.- Recasens Siches Luis, Op. cit., pág. 236.

Lo anterior es una posible interpretación y aplicación - del concepto de la correlación puede darse esta otra; en los derechos de ejercicio obligatorio el correlato de los mismos es obligación de un sujeto o a cargo de todos, que consiste - en no impedir el ejercicio de aquel; agotándose aquí las rela- ciones. Si se interpreta en sentido de correlatividad obser- vamos que en la relación planteada existe un sólo derecho sub- jetivo (el del obligado) y dos o más deberes jurídicos que - realmente no tienen un correlato.

El derecho del obligado se considera como una facultad - jurídica absoluta, ya que existe frente a todo el mundo. Tal facultad se confunde lógicamente, en un deber jurídico em- pleando la terminología que con tanta frecuencia usan los ju- ristas fenomenólogos, especialmente Gerhart Husserl y Fritz - Schreir podríamos decir que ese derecho es la facultad funda- da, y el deber del mismo sujeto la obligación fundante. Pero como aquella facultad implica solamente la posibilidad norma- tiva de acatar el propio deber: Más no el derecho de dejar - de la obligación propia.

Tratándose del derecho del pretensor ocurre precisamente lo contrario. Cuando el contenido de un derecho subjetivo no se reduce a la facultad de cumplir el propio deber, el titu- lar tiene tanto el derecho de ejercerlo, como el de no ejer- citarlo, por esta razón, el derecho de libertad es una facul- tad en otra, la que podemos llamar facultad fundante. Esta -

Última es un derecho subjetivo de primer grado, la funda un - derecho subjetivo de segundo grado". (71)

La teoría más extendida llamada 'derecho subjetivo a las facultades que no se fundan en una obligación propia, y considera que no hay más derechos que los independientes, esto es, los que existen por sí sólos, sin estar ligados a un deber jurídico o a otros derechos del titular, así por ejemplo la facultad legal de la mujer, de pedir alimentos al marido, no se funda con un deber ni en otro derecho de la esposa y es, por tanto independiente. Observa García Máynez que el derecho no solo debe pagar aunque este autorizado para hacerlo, y tal facultad deriva de su misma obligación. A este derecho al cumplimiento es algo que denomina derecho del obligado. Así que en este sentido el obligado lejos de suprimir el deber en que se funda condiciona la posibilidad de su observancia.

El análisis de la relación existente entre las nociones jurídico y derecho del obligado revela que los derechos subjetivos que no se fundan en un deber propio, constituyen sólo - una especie dentro de un género y, que al lado de ellos existe la categoría de los derechos de ejercicio obligatorio.

Como derecho subjetivo es una facultad normativa de - acción o de omisión, nada impide acertar que su ejercicio sea en ciertos casos potestativo y obligatorio en otros.

Tan lícito es hacer lo que se debe como ejecutar u omitir lo que, estando permitido, no se encuentra jurídicamente prescrito.

El derecho del obligado, por estar fundado en un deber, - su ejercicio no es libre. Ese derecho tiene como límite la observancia de la norma, lo que equivale a sostener que se agota en la posibilidad jurídica de someterse a lo prescrito. Su ejercicio no está fundido con la libertad jurídica. Sí puede decirse que es posible que esté unido a un derecho de opción cuando puede escoger el titular, a voluntad, entre el cumplimiento de dos o más deberes que llamaremos "alternativos". Tiene también el obligado la facultad de exigir al sujeto activo, la liberación o desvinculación jurídica bajo ciertas condiciones (consignadas en pago o poner una prescripción extintiva o negativa, etc.).

Al derecho del obligado que aquí hemos examinado, Carlos Cossio lo denomina "facultad de inordinación". Por su parte Rafael Rojina Villegas lo designa como "la facultad para inferir en la conducta o esfera jurídica ajena, cumpliendo un deber propio que correlativamente obliga al pretensor de ese deber a no impedir que se cumpla o realice la prestación debida". (72).

72.- García Máynez Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica
Fondo de Cultura Económica, México 1951. pág. 207

III.5.- DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO POTESTATIVO

García Máynez nos dice; que existen por otra parte las facultades que son potestativas en su ejercicio: "el sector de la jurídicamente potestativo comprende todas las formas de conducta que el derecho no prohíbe ni ordena". (73).

En estos casos se afirma que el derecho subjetivo se traduce en la posibilidad de optar entre la acción y la omisión de los actos no prohibidos ni ordenados. Este es el derecho del pretensor.

Por lo que respecta a la facultad de ejercicio potestativo, puede subsumirse conforme al pensamiento del jurista mexicano en el concepto de libertad jurídica: "en sentido negativo de libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir - aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos por la norma". En otras palabras: ese derecho se refiere a la ejecución o la omisión de los actos potestativos. (74)

Es posible sostener que existen derechos subjetivos o facultades cuyo ejercicio es potestativo, pero siempre entendido aquellos como condicionantes del acto coactivo o como participación en la formación de normas jurídicas.

Asimismo existen en derecho facultad cuya inobservancia o no ejercicio condicionante o supuesto del acto coactivo es

73.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 219.

74.- García Máynez Eduardo, Op. cit., pág. 189.

decir en tanto que derechos subjetivos son poder o posibilidad de creación jurídica, pero su no ejercicio es supuesto del acto coactivo. Tal es el caso, por ejemplo la responsabilidad de algunos Organos Estatales cuya función es obligatoria. "Con la obligatoriedad de la función va necesariamente enlazada la responsabilidad, en el fondo son cosas idénticas". (75).

Para terminar este breve comentario y un tanto el margen, aplicando el concepto de correlatividad, conforme a una interpretación personal, he encontrado que en el caso de los llamados derechos de ejercicio obligatorio, o no funciona, - aquella o implica un regreso al infinito. En efecto si partimos del supuesto de que el obligado jurídicamente tiene un derecho subjetivo a cumplir con su deber y aplicamos la : correlación mencionada se concluye que dicha facultad ha de ser correlato de un deber jurídico, que necesariamente habrá de ir acompañada de un derecho subjetivo para su cumplimiento. Este último tendrá por contrapartida otro deber jurídico y así sucesivamente se irán multiplicando estos conceptos al infinito.

III.6.- EL DERECHO DE LIBERTAD .- La teoría tradicional define negativamente la libertad jurídica como el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos que no están ordenados ni -

prohibidos. García Máynez descubre que el derecho de libertad no es un autónomo, sino dependiente o fundado. Mas que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos, es una forma categorial de manifestación de todos los que no se puedan en un jurídico.- Lejos de constituir un simple reflejo de una obligación universal negativa, el de libertad aparece ligado a todas las facultades independientes, que en él se encuentran la indispensable condición de su existencia autónoma.

"El nexo entre tal derecho y la facultad que los sustentan puede expresarse diciendo que éstas últimas son de primer grado en tanto que aquel es de segundo grado. La libertad en sentido jurídico, es una facultad optandi, ya que consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independiente de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de éstas". (76).

El mismo tratadista define al derecho de libertad en un sentido positivo diciendo que es la facultad que una persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

Distingue la libertad jurídica, esto es, como derecho y

la libertad como poder, "La libertad como derecho es una facultad puramente de ejercicio del derecho a que aludimos supone, lógicamente una manifestación especial de libre albedrío, ya sean en el sentido de la realización, ya en el de la omisión del acto autorizado. Para ejercitar el derecho de libertad tiene el sujeto que elegir entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante. Tal opción es un acto voluntativo, en el cual se exterioriza siempre la libertad como poder. El ámbito de éste último es sin embargo, más extenso que el de la libertad como derecho. La libertad jurídica puede aparecer en relación con el ejercicio o no ejercicio de derechos subjetivos de primer grado; la libertad de la voluntad, en cambio, refiérese tanto al cumplimiento y a la violación de deberes, como el ejercicio o no ejercicio de las facultades (de primer grado, de segundo grado o de grado único), los límites de la libertad, como derecho, coinciden, pues, con los de lo lícito potestativo mientras que la libertad de la voluntad es capaz de rebasar la linde de lo lícito obligatorio y penetrar en el territorio de lo prohibido".

(77).

III.7.- CASOS EN QUE PUEDE RENUNCIAR EL TITULAR DE UN DERECHO SUBJETIVO

En principio, el titular de un derecho subjetivo independientemente puede renunciar a este, remitir, en todo o en parte las prestaciones que le son debidas, excepción hecha de - casos en que la ley prohíbe la renuncia. (78).

Tratándose de las facultades fundadas en una obligación del titular, no tiene este el derecho de renunciar a ellas, - la renuncia es jurídicamente imposible, porque el derecho del obligado se agota, por definición en la facultad de cumplir - un deber propio. Si quien debe observar determinada conducta pretendiese renunciar al cumplimiento de su deber, la renuncia sería, desde el punto de vista jurídico inexistente.

Por otra parte el legislador declara nula la renuncia de ciertos derechos como los de de primer grado. A las facultades normativas independientes cuya renuncia no produce efectos, se les da el nombre de "derechos irrenunciables". En - cuanto a su ejercicio de éstos derechos no es obligatorio. - En tanto que el titular del derecho puede lícitamente elegir entre ejercitarlos, incluso cuando se le niega el derecho de renunciar a ellos. Ahora bien, desde el punto de vista prác

tico, el no ejercicio de una facultad legal equivale a su abandono, en teoría hay una diferente importantísima, porque renuncia causa extintiva del derecho, en tanto que el no ejercicio deja en pie a éste. Cuando el legislador estatuye que tal o cual facultad jurídica es irrenunciable, su propósito consiste en proteger los intereses del facultado, incluso en contra de su voluntad. El titular puede de hecho, declarar que renuncia a una facultad de esa especie; pero aunque lo haga, la renuncia es ineficaz. Ejemplo más característico es el de los derechos que la Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos, y la Ley Federal del Trabajo estas les conceden a los obreros. En tanto que éstas facultades tienen carácter irrenunciables, pero ello no significa que los titulares estén obligados a ejercitarlas, sino simplemente que se les niega la posibilidad jurídica de renunciar a ellas. Si no se concediese a los obreros el derecho de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de las facultades que les otorga la Ley Federal del Trabajo, estas facultades perderían su carácter autónomo, para convertirse en derechos del obligado. Pero como no se agotan en la posibilidad normativa de cumplir una obligación del trabajador es evidente que se le permite dejar de ejercitarlas. Pues una cosa es que se nos niegue el derecho de renunciar válidamente a una facultad legal y otra diversa que tengamos el deber de ponerla en ejercicio.

El minero enfermo de silicosis está facultado para exi-

gír del patrono el pago de una indemnización; pero tiene, - además el derecho de optar entre ejercitar y no ejercitar la facultad fundante. Si no quiere ejercitarla nadie puede - obligarlo a que la ejercite, y a la inversa; si quiere hacer la valer, nadie tiene el derecho de impedirselo ni aún en la hipótesis de que con anterioridad hubiere declarado que renunciaba a su derecho.

El de renunciar a otro derecho no debe confundirse con el que puede ser objeto de la renuncia. La facultad de renuncia no es el ejercicio obligatorio y por ende sirve de base a un derecho de libertad. Esto significa que quien está facultado para renunciar a su derecho tiene el deber de optar entre hacer y no hacer tal cosa. Pero la facultad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio del derecho de renuncia, no identifica con la de escoger entre el ejercicio y el no ejercicio de renuncia. El ejercicio del primero produce la extinción de la facultad fundante; el del derecho de libertad (referido al ejercicio o no ejercicio del renunciante) deja incólume a éste, incluso cuando el titular opta por no ejercitarlo.

Entre el derecho que puede ser objeto de una renuncia y el de renunciar a él hay una relación de fundamentación, en que el primero aparece como facultad independiente y el segundo como fundada. Pero como el de renuncia se funda en otro derecho, y no en un deber del que puede renunciar, resulta que es fundante de un derecho de libertad, la facultad

de renuncia es, a un tiempo, en dos diversas relaciones, fundante y fundada. Frente al derecho renunciante, aparece como fundada; frente al de libertad (referido a su ejercicio o no ejercicio), como fundante; el titular de un derecho cuya renuncia no se prohíbe tiene, pues dos facultades optandi:

- 1.- La que se refiere al ejercicio o no ejercicio de ese derecho.
- 2.- La referida al ejercicio o no ejercicio del de renuncia. (79).

C A P I T U L O I V

ASPECTOS LEGALES Y PRIORIDADES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

IV.1.- LA PRIORIDAD ENTRE DERECHO OBJETIVO Y DERECHO
SUBJETIVO

IV.2.- LA EXTENSION DE LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS
DERIVADOS DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

IV.3.- LA REGLAMENTACION DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONA-
LES QUE INFLUYEN O NORMAN LAS GARANTIAS INDIVIDUA
LES

IV.1.- LA PRIORIDAD ENTRE DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

De acuerdo con la teoría pura no existe más derecho que el llamado objetivo. Esta tesis no deja de reconocer, sin embargo, que el derecho a que se refiere la doctrina tradicional, existe en un cierto sentido. Este punto se analizará en seguida, por ahora conviene afirmar que el hecho de que la facultad sea idéntica al derecho objetivo, significa en primer término, que ella es un elemento de la misma naturaleza objetiva participa de aquel carácter de la norma jurídica que permite considerar a ésta como un mandato dotado de validez independientemente del querer psíquico del derecho subjetivo. - Kelsen ha hecho notar que no es posible hablar en el terreno de las Ciencias Naturales, de una naturaleza "subjetiva"; y de la misma manera la Ciencia Jurídica no puede tener por objeto a derecho subjetivo alguno. "La representación psíquica de la norma pertenece a una esfera distinta a la normativa: a la esfera subjetiva de las motivaciones causadas por las representaciones de normas jurídicas a la esfera psicológica ---naturalista de las conexiones causales; pero la validez objetiva es esencialmente immanente a la proposición jurídica como Ley jurídica. En el fondo, la expresión derecho objetivo es un pleonasma. Un derecho no objetivo no podría ser derecho. Del mismo modo que no existe una naturaleza subjetiva,

no hay un derecho subjetivo puesto que la ley jurídica, exactamente lo mismo que la ley natural, perdería su sentido immanentemente si perdiese su objetividad; de su validez". (80).

El derecho subjetivo, ya la habíamos notado, no se concede con intereses ni voluntades individuales o colectivas.

Tal parece que la idea Kelsiana de facultad significa la destrucción absoluta y en todo sentido de ella; pues al sostenerse que queda diluída dentro del derecho objetivo, no queda ya posibilidad de hacer consideración alguna respecto de ella. Esto, emero no es sino mera apariencia. Cuando se objeta a - Kelsen mediante el acerto de que confunde dos nociones enteramente diferentes (derecho objetivo y derecho subjetivo), se - parte del falso supuesto de que el derecho objetivo es sinónimo de la norma jurídica general y se pasa por alto, las circunstancias de que la escuela vienesa entiende por facultad - no la ley ordinaria, no la proposición jurídica general, sino la norma jurídica concreta o individual. Al respecto expresase así el jefe de aquella escuela "en la idea de derecho subjetivo expresase la noción de derecho individual concreto, en contraposición al general y abstracto. Derecho subjetivo es la norma jurídica en tanto que éste posee un contenido concreto individual. Cuando se contrapone el derecho subjetivo al objetivo como si fuesen cosas de naturaleza esencialmente di-

versa una de las causas de ello es que se hace valer tan solo como derecho la norma general abstracta, y se acostumbra a aver en el derecho solamente la norma general y se sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas abstractas y generales. De ese modo, el derecho concreto individual cae fuera de los márgenes del orden jurídico. Pero una consideración más profunda acaba forzosamente por articular el derecho individual y el derecho general en un sistema unitario. Y lo que como derecho subjetivo se contrapone aparentemente al objetivo, acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden "uno", y solamente definible como orden jurídico "objetivo". (81).

Si Kelsen ha afirmado que la facultad, que el derecho subjetivo, es el mismo derecho objetivo en relación con un sujeto, en esto no significó otra cosa que dicha facultad importa una norma jurídica concreta. El célebre problema acerca de la prioridad del derecho subjetivo sobre el objetivo (o a la inversa, el de la primacía del objetivo sobre el subjetivo) se resuelve una vez que se ha comprendido la doctrina expuesta. pues siendo la proposición jurídica individual una norma creada con arreglo al ordenamiento general, se explica claramente como el derecho subjetivo (la proposición jurídica individual), siendo diverso el objetivo (ley ordinaria), se en-

cuentra "derivado" de éste. Y por otra parte, se responde satisfactoriamente a la idea de que parte Kelsen, según la cual todo derecho es objetivo, pues es indubitable que las normas individualizadas son también derecho objetivo, esto es, válidas con independencia del querer anímico.

"El derecho 'subjetivo' no es diverso del 'objetivo' más que si es independiente de él, sino deriva de él su validez, ---como enseñan algunos positivistas--- le precede temporalmente ---en grado mayor o menor--- no puede ser desconocido o negado por el derecho objetivo. En principio, la teoría enlaza ésta idea con la noción de derecho subjetivo. Es la idea de los inatos o indestructibles y de los derechos 'adquiridos' del individuo, idea que siempre ha surgido con la pretensión de señalar límites absolutos al derecho positivo". (82).

Las objeciones que el Dr. Máñez propone en contra de la teoría pura, se apoya en una peculiar interpretación del pensamiento Kelsiano. Así se expresa el citado jurista: "El error fundamental de la teoría que acabamos de estudiar (la de Kelsen), consiste en la identificación de las nociones de derecho objetivo y de derecho subjetivo. Sostener que el subjetivo es el mismo objetivo en determinada relación con un su jeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad.- La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no

demuestran que la norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona. La regla normativa es, en cambio el fundamento de tal facultad. El sofisma de Kelsen es comparable al paralogismo en que incurriría quien dijera que existiendo entre las ideas de padre e hijo una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas". (83).

Tal opinión, según lo anteriormente expuesto, carece de fuerza, dado que, como se dejó aclarado mediante la transcripción del texto de Kelsen, para el Jefe de la escuela vienesa el derecho subjetivo expresa la proposición jurídica individual. Kelsen, pues, en manera alguna confunde al padre con su hijo: es decir, a la norma jurídica general con el precepto jurídico individualizado.

La concepción de la teoría pura, en cuanto diluye o subsume al derecho subjetivo dentro del sistema total objetivo - jurídico, aparece como una doctrina "intrasistemática" de dicho derecho. Oponerse así a todas las corrientes extrasistemáticas jusnaturalistas (Dernburg), que piensan que la facultad pertenece a un orden jurídico extrapositivo; contradiciendo además las ideas transistemáticas prekelsianas del derecho subjetivo, esto es rompe con la concepción que quiere ver en la facultad un elemento Derecho Positivo y que, sin embargo,-

no puede precisar la noción por que no logra desprenderse del dualismo ---derecho subjetivo--- ---derecho objetivo---. Ce-
rremos ésta consideración citando un párrafo exégenético de -
William Ebestein acerca de la teoría pura: "Podemos llegar a
comprender más fácilmente el dualismo del derecho objetivo y
subjetivo si recordamos que en sus multiples variantes siem-
pre ha influido la idea de que el derecho subjetivo es, lógi-
ca y temporalmente, anterior al objetivo. Por lo tanto los -
derechos subjetivos, cuyo gran prototipo es, la propiedad, -
vienen primero y sólo después aparece el derecho objetivo pa-
ra reconocer y proteger esos derechos.

El mundo del derecho se divide, por consiguiente, en dos
esferas que puedan reducirse finalmente al dualismo del dere-
cho positivo y derecho natural, puesto que el conjunto de de-
rechos subjetivos se presenta como un orden, cuya validez es
independiente del objetivo; es decir, el derecho positivo re-
presenta simplemente un sistema de derecho natural.

Duguit habla de modo semejante de la idea de derecho sub-
jetivo, como noción puramente metafísica y, como Kelsen cree
que ha de ser de primera necesidad expulsar dicha idea de la
teoría del derecho". (84).

IV.2.- LA EXTENSION DE LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS DERIVADOS DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

En este tema haremos un breve estudio de los derechos -
subjetivos públicos su limitación y su regulación dentro de -
la sociedad y sus individuos así como frente a la norma jurí-
dica. Se considera que la garantía individual se manifiesta -
en la regulación de las relaciones de supra a subordinación o
de gobierno por medio de nuestra ley fundamental.

Se considera que la conducta del particular que debe ne-
cesariamente tener una limitación frente a la norma jurídica
y asimismo hacer posible la existencia de la sociedad permiti-
tiendo al gobierno el desempeño de una cierta actividad.

Por lo que respecta que nuestra Constitución, fija la ex-
tensión de los derechos públicos subjetivos que en favor de -
éstos involucran tales vínculos jurídicos; y esa fijación en-
traña, a título de limitaciones naturales inherentes a la vi-
da social, determinadas prohibiciones que se imponen a la ac-
tividad del gobernado a efecto de que, mediante el ejercicio
de ésta, no lesione una esfera particular ajena ni se afecte
el interés o el derecho de la sociedad. Esas limitaciones -
las consignan las diversas normas Constitucionales que regu-
lan las diferentes garantías individuales, y basta para demos-
trarlas las restricciones que la propia Ley Fundamental esta-
blece al derecho público subjetivo emanado de cada una de -

ellas. Así verbigracia, al declarar el artículo 5o. de nuestra Constitución que a nadie podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, - sujeta esta potestad o facultad jurídica libertaria a la condición de que la actividad en que se despliegue sea lícita, - de lo cual se infiere que el derecho público subjetivo correspondiente no comprende al trabajo ilícito, pues éste no extrañaría una lesión a la esfera de otro sujeto, sino que una afectación al interés social que radica precisamente en la conservación y defensa de la moralidad pública. Lo mismo acontece tratándose de la libre omisión del pensamiento, la cual sólo lo tiene el carácter de derecho público subjetivo cuando no - ataque derechos de tercero o no afecte la moral, no provoque algún delito o perturbe el orden público (Art. 6o. Constitucional), ya que causándole alguno de dicho fenómeno no existe la obligación pública correlativa consistente en no inquirir judicial ni administrativamente la manifestación de las ideas. (85).

Además, si se toma en cuenta de que el individuo forma parte de la sociedad, si a ella se debe, si en ella vive y se desenvuelve y si tiene la obligación moral, o por mejor decir, cristiana, no solo de no dañar a sus semejantes, sino de procurarles un beneficio, las limitaciones que impone a su con--

ducta la convivencia social no únicamente deben fundarse en - designios negativos (no lesionar a otro ni a la sociedad), - sino en exigencias positivas que reclama la solidaridad co- mún.

Así, nuestra Constitución vigente, que repudióla idéa de que el hombre, como simple individuo, era el ser predilecto, - sino el único, para la tutela jurídica, como lo declaraba la - Ley Fundamental de 1857, impone al gobierno obligaciones so- ciales, y la consignación de éstas en la norma Constitucional viene a restringir el derecho público subjetivo involucrado - en ciertas garantías individuales.

La demarcación de los derechos públicos subjetivos o sea, la fijación de la limitaciones que les impone la situación - del gobernado como ente social, únicamente debe consignarse - en los preceptos Constitucionales que establezcan o regulen - la Garantía Individual correspondiente o en otras disposicio- nes de la propia Ley Fundamental, pues siendo tales derechos de carácter Constitucional, dentro de un sistema normativo or- ganizado en una jerarquía de leyes como el nuestro, en el que el ordenamiento supremo es la Constitución Federal, no es po- sible admitir que cuerpos legales secundarios, cualquiera que ellos sean, puedan alterar, reduciéndolo, el ámbito regulador de los mandamientos de ésta.

IV.3.2.- LA REGLAMENTACION DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE INFLUYEN O NORMAN LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Si bien, como acabamos de afirmar, ninguna ley secundaria debe limitar las disposiciones Constitucionales relativas a cualquier garantía individual bajo la sanción de carecer va lidez jurídica en los preceptos restrictivos, ello no implica que los ordenamientos Constitucionales no puedan reglamentar los mandatos de la Ley Suprema concernientes a algún derecho público subjetivo.

En tanto que, se puede deducir que ninguna reglamentación al derecho público subjetivo que de ésta se deriva y que no esten comprendidas en otro precepto Constitucional que las regule o en otro de la misma Ley Fundamental.

Ahora bien, la reglamentación de las garantías individuales puede tener dos orígenes formales en atención a la fuente normativa que establezca la potestad reglamentaria, a saber: el Constitucional y el Legal. En el primer caso es la misma Constitución la que autoriza la reglamentación, es decir, cuando los preceptos que consignan o regulan la garantía individual de que se trate preven su pormenorización por la legislación secundaria Federal o Local. (86).

En cuanto a la reglamentación puramente legal, su fuente

exclusiva es la ley ordinaria, sin que tal reglamentación esté prevista de la Ley Fundamental. Ahora bien, en relación con esta cuestión surge el problema de la Constitucionalidad de aquellas leyes en sentido material (Federales Generales, Federales de Garantía, Locales Reglamentos, etc.), que contengan dicha reglamentación. Este problema no debe resolverse a priori, sino a posteriori, es decir, tomando en consideración el caso especial de cada ley que reglamente un derecho público subjetivo emanado de las garantías individuales de que se trate, y reiterado lo que ya aseveramos, podemos aducir como criterio general para constatar si una ley secundaria en sentido material reglamentaria de una garantía individual, pugna o no con el precepto Constitucional en que ésta se consagra - la estimación de que, si una disposición legal ordinaria al reglamentar el derecho público subjetivo correspondiente, hace nugatorio el ejercicio de éste de tal manera que lo descarte o niegue, aunque sea en hipótesis o circunstancias determinadas, dicha disposición será inconstitucional. Por el contrario si la ley secundaria que reglamenta una garantía individual no altera sustancialmente el derecho público subjetivo emanado de ella, sino que solo establece ciertas condiciones o requisitos para su ejercicio, entonces dicha norma no será inconstitucional. Como dijimos anteriormente, el problema de la Constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley secundaria que reglamente una garantía individual no debe resolverse ni abstracto, sino atendiendo a cada caso concreto -

siguiendo el criterio general que esbozamos, el cual, si bien no deja de ser vago e impreciso, sí puede contribuir, en cambio, elucidar tal cuestión, que reviste vital importancia.

Autoridades competentes para reglamentar las garantías individuales. En el caso de que sea la propia Constitución - la que prevea la reglamentación de cualquier precepto que establezca una garantía individual, evidentemente que la autoridad a la que incumbe la facultad reglamentaria será la señalada en la Ley Fundamental. Ahora bien, cuando en ésta se emplee la locución "ley" como medio para dicha reglamentación, - indiscutiblemente que el ordenamiento reglamentario deberá - ser un estatuto legal en sentido material y formal, es decir, un acto jurídico creador de situaciones abstractas, generales e impersonales realizado por algún órgano legislativo (Congreso de la Unión o Legislatura Local, según el caso). Por otra parte, la situación sujeta el goce de un derecho público subjetivo a las disposiciones que contengan en algún "reglamento" o sea, en un estatuto que carezca de aspecto formal de una ley, la reglamentación de la garantía individual correspondiente a que tal sujeción equivalga, incube al órgano investido con la facultad correlativa, es decir, al Presidente de la República o a los Gobernadores de los Estados.

Ahora bien, dentro de nuestro sistema Federal, ¿son competentes la Legislaturas Locales o el Congreso de la Unión para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales

a falta de prevención expresa que al respecto contenga la Constitución? para solucionar ésta cuestión hay que atender a la materia o esfera en la que incidan los derechos públicos subjetivos de que se trate, es decir a la órbita dentro de la - cual se ejercitan o puedan ejercitarse. Así, si dicha materia o esfera pertenece a la competencia legislativa del Congreso - de la Unión, este Organismo será el facultado para reglamentar dentro de aquella, la garantía individual correspondiente; por el contrario, si el ámbito del goce o ejercicio del derecho público subjetivo no está considerado como materia de normación a favor del Poder Legislativo Federal, sino de las legislaturas locales (lo que puede decidir sin dificultad observando lo dispuesto por el Art. 124 Constitucional), estas son las autorizadas para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales. (87).

C A P I T U L O V

ABUSOS DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL PROCEDIMIENTO EN GENERAL

V.1.- DERECHO SUBJETIVO DE ACCION

V.1.1.- LA ACCION INFUNDADA

V.1.2.- ESTUDIO DE LA SENTENCIA DECLARATIVA

V.1.3.- ESTUDIO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

V.1.4.- ESTUDIO DEL DERECHO DE CONTRADICCION

V.1.5.- ESTUDIO DE LA DIVERSIDAD DE LOS SUJETOS PASIVOS

V.2.- ABUSOS DEL DERECHO SUBJETIVO DENTRO Y FUERA DEL PROCEDI- MIENTO EN GENERAL

V.3.- CASOS TIPICOS DEL ABUSO DEL DERECHO

A).- EN MATERIA DE PROPIEDAD

B).- EN MATERIA DE ACCIONES JUDICIALES

C).- EN MATERIA DE CONTRATOS

D).- EL ABUSO DEL DERECHO PUEDE COMETERSE TAMBIEN -
FUERA DE LA ORBITA DEL DERECHO PATRIMONIAL.

V.1.- DERECHO SUBJETIVO DE ACCION

El derecho de acción es un derecho público, subjetivo, - porque confiere la facultad de exigir la intervención órgano jurisdiccional, con el fin de que éste soluciones los conflictos entre particulares.

No es posible descubrir en las sociedades primitivas la existencia de este derecho, ya que, cuando los intereses o derechos de algún hombre indeterminado eran violados, la víctima no tenía más remedio para evitar esto, que valerse de sí mismo. Es la época en que la fuerza es el único medio de que los seres humanos hechan mano para la solución de sus conflictos, o sea, el régimen denominado de la autodefensa, como consecuencia de que el Estado no interviene en los conflictos entre particulares. "Tal estado de cosas no podía subsistir en vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho éste último se encontraba a merced de aquella". (88)

Debido a esta situación el Estado necesariamente tuvo - que empezar a intervenir en las controversias entre particulares con el fin de solucionarlas y así evitar el empleo de la venganza privada. Poco después el Estado aparece como árbitro consiliador en las controversias individuales, hasta que con el tiempo el Estado viene a tomar una ingerencia directa

en todo conflicto que haya entre particulares solucionándolos por lo que se denomina la función jurisdiccional".

La función Jurisdiccional la define el tratadista portugués Dos Raiz, citado por el autor García Máynez, en esta forma: "adaptación de una regla general de derecho a un caso concreto, adaptación que obliga a los particulares y puede decirse efectiva por medio de la coacción". (89).

La función Jurisdiccional es bien sabido, que tiene como finalidad la protección de los derechos subjetivos de los particulares, pero es principio establecido para que el órgano -jurisdiccional se ponga en movimiento se requiere y es indispensable la instancia de la parte.

Pues bien el derecho de acción es el derecho público subjetivo en virtud del cual el particular tiene la facultad de exigir la intervención del Estado cuando aquél cree que han sido lesionados sus derechos. Diversas teorías pretenden expresar el derecho de acción, y de ellas la que ha predominado y es comúnmente aceptado por los procesalistas contemporáneos, es la que considera al derecho de acción como un derecho distinto e independiente del substancial.

Mucho se ha discutido respecto de si el derecho de acción es un derecho autónomo, sin que exista en él ninguna vinculación con el derecho sustantivo o material, pues se, concebía

el derecho de acción solo como ejercicio de un derecho real; personal, del estado civil, tesis inaceptable por cuando existen ocasiones en que no se ejercita el derecho sustantivo, sino que viene a originar una situación jurídica deversa. Por lo anteriormente expuesto nos concretamos en los siguientes subtemas a hacer un estudio de las principales objeciones de la acción.

V.1.1.- ESTUDIO DE LA ACCION INFUNDADA (SENTENCIA ABSOLUTORIA)

Dicho fenómeno se presenta cuando, intentada una acción procesal en la cual el demandante afirma tener derecho a una determinada prestación la sentencia desestimada la pretensión del actor, negando que el último sea titular del derecho que aduce. En esta caso, dice, el derecho de acción procesal existió, toda vez que en virtud de dicho derecho se inició un procedimiento jurisdiccional que culmine en una sustancia; y sin embargo, dado que ésta fue absolutoria, no puede decirse que hubiese existido un derecho subjetivo para exigir la conducta requerida. Con esto se pretende demostrar la existencia independiente del derecho de acción procesal, del derecho subjetivo de índole material o sustantiva. De donde se concluye que aún cuando la acción hubiese sido declarada procedente, eso no significaría que no pudiesen

distinguirse ambos derecho.

Esta objeción carece de validez por las siguientes razones: primera, da por demostrada una noción sustancialista del derecho subjetivo; segunda, ignora que conforme a Kelsen toda acción (lo mismo que la excepción), es siempre procedente o fundada; y tercera, se inspira en una falsa interpretación del pensamiento Kelsiano en sentido de que cree que para éste lo es derecho subjetivo la acción procesal, cuando que también considera que hay una facultad de la misma esencia y naturaleza en el caso de la creación de la norma individual del negocio jurídico, aclaremos lo anterior.

Supongamos la existencia de un derecho subjetivo de carácter sustancial o material entonces, el concepto de facultad habría de definirse como una noción, claro está de carácter material. Obsérvese ahora que, de partir de una definición (esto es lo que busca la ciencia jurídica) sustancialista de la facultad, sería imposible comprender como tal al llamado derecho de acción procesal, puesto que está, en cuanto facultad, tendría necesariamente que participar de la naturaleza sustantiva o material de todo derecho subjetivo. Y, dado que la acción procesal es definida por antonomasia como derecho adjetivo, resulta inconfuso que aquella definición de la facultad sería insuficiente para comprender como derecho subjetivo a la acción a la que, por otra parte, nadie le niega su carácter de tal. Para esto sería necesario probar que la

acción procesal no es derecho ni es nada que se le parezca. - Portamos ahora la hipótesis de que el concepto definitorio de la facultad es una idea unitaria, sólo así puede ser, dentro de la cual puede subsumirse tanto las facultades de tipo procesal o adjetivo, como las llamadas sustanciales o materiales. ¿Cuál sería este concepto?. La posibilidad de contestar a esta pregunta es elocuente. En la historia del pensamiento jurídico no se ha formulado una respuesta satisfactoria a esta cuestión. Y no se diga que el derecho de acción posee un carácter sustancial derivado del hecho de que tiene como obligación correlativa la conducta del órgano jurisdiccional, pues conforme a esta idea sería imposible explicar la existencia misma del proceso jurisdiccional, ya que de no cumplir dicho órgano con su obligación, haría falta una nueva acción que se ejercitase ante otro órgano superior para que cumpliera al primero al cumplimiento, y así ad infinitum. Este punto quedara mejor comprendido cuando abordemos el estudio, de la diversidad de los sujetos pasivos por el momento, nos basta lo anteriormente expuesto porque de ahí es posible concluir que es inconcebible una idea sustancialista del derecho subjetivo.

Por lo que toca al siguiente punto de nuestra respuesta es decir, el referente a la afirmación de que para Kelsen todas las acciones son fundadas o precedentes incluso aquellas que son tenidas como infundadas por la doctrina, cabe hacer algunas indicaciones. Debe decirse que éste estudio es cien-

tíficamente insostenible para refutar la tesis de Kelsen porque con arreglo al pensamiento del mismo no es congruente hablar de casos en que la facultad denominada acción procesal sea improcedente pues todas ellas proceden en el mismo sentido de que constituyen elementos que invariablemente desempeñan una función de participación en el proceso jurisdiccional que culmina con la norma jurídica llamada sentencia. La objeción que estoy comentando, en rigor de verdad, está inspirada en una errónea imagen del derecho subjetivo, particularmente, en la idea de que éste es un interés. Pues es evidente que si la facultad es un interés, del cual la acción no es sino la protección, ésta no se identificaría con aquél, ya que en algunos casos (los de las acciones infundadas), dicho interés resulta insatisfecho no obstante el haber contado con la "protección" que es la acción. Suprimiendo la hipótesis subjetivista del interés, carecería de sentido hablar de la improcedencia de las acciones.

Conviene para demostrar la tercera falsedad en que se apoya este primer estudio en contra de la tesis Kelsiana, hacer una aclaración respecto de lo que el jefe de la escuela vienesa entiende por facultad. Esta, según vimos, constituye una conducta participante en el proceso creador del derecho. Ahora bien como son diversas etapas de dicho proceso, resulta bien claro que el derecho subjetivo no se limita bien a realizar su función creadora en una de las específicas gradas de -

la pirámide jurídica. El realiza su papel tanto en el plano del establecimiento de la norma ordinaria, como en la dirección de la norma jurídica individual llamada sentencia; y lo que es más importante en la especie, también funge como acto creador de la norma jurídica individual constitutiva del negocio jurídico. No es, pues, que Kelsen identifique en términos absolutos a la facultad con la acción procesal o querrela. Es de extraordinaria importancia, para ver en donde radica el principal error del estudio de las acciones infundadas, darse cuenta de que el dualismo constituido por los derechos subjetivos sustantivos, implica la desvinculación dentro del sistema de la facultad que funciona en la creación del negocio jurídico y de la que vemos actuar en la dinámica del proceso jurisdiccional; es decir se cree que ambas facultades constituyen dos objetos aislados que no pueden empezarse relativamente dentro del proceso total creador del derecho, de suerte que se piensa que constituyen dos elementos de naturaleza diferente, por lo tanto, incomprensibles desde el punto de vista de un concepto unitario de facultad. Este error es el que ha dado origen a las teorías de la acción llamada autonomista. Los partidarios de esta doctrina piensan que el derecho sustantivo es una facultad que se tiene sobre la conducta ajena que aparece obligada en el negocio jurídico o contrato (y en figura jurídica análogas de carác-

ter intermediario entre las normas generales y sentencias, resoluciones administrativas), con esto, se cae en la cuenta de que dicha obligación, consiguientemente la facultad sustantiva correlativa, tiene una existencia acabada y definitiva, en tal modo que la sentencia no vendría en el momento de pronunciarse sino ha "reconocer", no ha constituir los precitados deberes de facultad. Lo exacto sería afirmar que es la sentencia la que constituye a los dos, puesto que, desde el punto de vista está el deber la correspondiente facultad derivadas del negocio jurídico existen poseen una validez puramente provicional. No es otra cosa lo que puede sostenerse de acuerdo con una recta interpretación del pensamiento Kelsiano.

No se olvide. Por último, que no existen derechos subjetivos sustantivos como los antes mencionados, sino que ellos se dan tan solo en el sentido de que su ejercicio condiciona la existencia del deber, o sea, como función creadora de deberes aquellos a los cuales tenemos "derechos", no como mero reflejo de la conducta obligada por la norma, cual sería una facultad a la conducta ajena de naturaleza sustantiva. En este orden de ideas, todo derecho es procesal o adjetivo dinámico, pluridimensional.

V.1.2.- EL ESTUDIO DE LA SENTENCIA DECLARATIVA

Esta objeción consiste en sostener, contra la tesis de -

Kelsen, la idea de que existen en el mundo jurídico una especie de sentencia que se dictan a virtud del ejercicio de un derecho de acción, mediante el cual no se pretende hacer valer facultad alguna ni se reclama, consiguientemente, una conducta determinada, ya que lo único que se pide es una mera "declaración" judicial cuyo contenido funcional se agota en esclarecer una situación jurídica preexistente sobre la que se presenta alguna duda. Así por ejemplo, un sujeto promueve ante el juez pidiendo que éste declare que el actor no es deudor de otro sujeto que se ostenta como acreedor suyo. En estos casos, se razona, es incuestionable que existe un derecho de acción procesal; sin embargo, no hay un auténtico derecho subjetivo sustantivo, pues que no se reclama prestación alguna del adversario.

A esta opinión es necesario responder, que dentro del cosmos jurídico, no tiene cabida las llamadas sentencias declarativas. Efectivamente, toda resolución judicial es un acto constitutivo, creador. Una transcripción de Kelsen será suficiente para arrojar luces a este respecto: "la sentencia el acto en el que se traduce extraordinariamente la función judicial, recibe el nombre de jurisdicción de lo que ya es derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional de la misión del juez; de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la

sentencia judicial crea por completo una nueva religión: determina que existe un hecho concreto señala la consecuencia jurídica que deben enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace. Así como en los hechos ---condición y consecuencia--- van unidos por la ley en el dominio de lo general tiene que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias dictadas por el poder judicial. El enlace de los mismos en la ley no hace útil la nueva unión verificada en la sentencia. La ley dice: el autor de un robo deberá ser castigado por una pena de prisión que oscilara entre seis meses y dos años; pero la sentencia judicial dice: "A cometido en tal lugar y momento un robo por lo cual debe ser castigado con un año de prisión, que comenzara a contarse desde tal día y que cumplira en tal parte". Sin la sentencia el derecho abstracto carecería siempre de forma o estructura concreta. Por esto la sentencia se declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas". (90).

Aplicando el hermético estudio del Jefe de la escuela vienesa al ejemplo hipotético que antes anunciamos, se comprende fácilmente que la sentencia que produce el juez consti

tuye o crea un nuevo estado de derecho al examinar al actor - de aquel deber que pretendía el demandado tener en su contra; que es creadora la resolución judicial, en este caso es cosa que se prueba si nos percatamos de que el demandado desde el momento en que se pronuncia el fallo reporta un deber de abstención que se produce en un no interferir en ciertas direcciones dentro de la esfera jurídica del que ejercito la acción denominada declarativa. Este es el nuevo estado creado por la supuesta sentencia declarativa.

Conocida que sea la naturaleza creada del acto judicial denominada sentencia, pierde fuerza el estudio contra la teoría pura puesto que aquel atribuye a las partes lo que la doctrina antiKelsiana entiende por derechos "sustantivos".

V.1.3.- ESTUDIO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Esta objeción es de las más conocidas en contra de la teoría pura de Kelsen acerca del derecho subjetivo. Creemos que es pertinente citar al Dr. Máñez que para comprender el sentido del mismo: "tanto la ley como la doctrina reconocen la existencia de derecho subjetivo que no es posible ejercitar coactivamente. Queremos referirnos a los correlativos de las obligaciones naturales. Como es bien sabido, los civilistas distinguen dos especies de obligaciones: civiles y naturales. Cuando las primeras no son cumplidas, puede el acreedor

exigir su observancia por medio de la acción; en cambio la inobservancia de las segundas no faculta al acreedor para exigir judicialmente el cumplimiento. En el caso de las civiles, el titular del derecho correlativo posee, además de la facultad de reclamar la prestación, de pedir la ejecución forzosa en el de las naturales, el acreedor tiene únicamente el derecho a la prestación. Como ejemplo de la obligación natural - podemos citar, en nuestro derecho la de pagar una deuda contraída en fuego no prohibido, cuando el monto de la misma - excede de la vigésima parte de la fortuna del perdidoso". El que pierde en un juego o apuesta que no están prohibidos, que obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda la vigésima parte de la fortuna. "(Art. 2767 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). Supongamos que una persona ha perdido, en fuego no vedado, tres vigésimas partes de su fortuna. Su obligación es civil relativamente a una vigésima parte; natural en lo que se refiere al resto. Dicho de otro modo: el acreedor solo podrá exigir judicialmente el pago de la primera cantidad, y tendrá únicamente, en lo que concierne a la segunda, el derecho a la prestación. La existencia de tal derecho separa a la obligación natural de las obligaciones éticas. Aquella no es solo obligación, como diría Radbruch, sino deuda; estas son deberes, pura y simplemente. Cumplida la primera, y no puede el deudor ejercitar una acción en repetición de lo indebido precisamente porque su de

ber era una deuda frente al acreedor". (91). -

El citado caso de llamadas obligaciones naturales pretende objetar la teoría de Kelsen de que todo derecho es coactivo, y en particular el derecho subjetivo, en una de sus formas ---lato sensu---, aparece como condición de la formulación coactiva de un deber jurídico.

Debemos empezar por decir que el citado problema de las obligaciones naturales, corresponde en su explicación a la dogmática jurídica, toda vez, que es cuestión de cada régimen jurídico positivo el establecer determinadas figuras o situaciones de Derecho, y por ello la dogmática ha de explicar los casos sui generis que plantee cada legislador históricamente determinado. Porque es concedible un Orden de derecho positivo que no contenga la figura que nos estamos ocupando.

Lo anterior, no significa, en manera alguna, que conforme a la teoría pura ---cuya pretensión es explicar científicamente todo derecho positivo posible ---no sea dable comprender este caso. En efecto, es explicable con arreglo a aquella y a ello van encaminadas las siguientes líneas.

En primer lugar, se nos ocurre manifestar que, del hecho de que el legislador ---en este caso el mexicano--- afirme que en una situación determinada existe una obligación no se

sigue necesariamente la existencia de la misma en el mundo de la ciencia del derecho, de lo jurídico. El legislador "manda" pero no define: sus preceptos son obligatorios, mas no crean ciencia del derecho. Lo acentado no significa desde luego - que las llamadas obligaciones naturales sean la nada jurídica, solo se quiere significar que no son verdaderos deberes en de recho.

Si tenemos una visión estática del orden jurídico, podre mos sostener que en la especie, existen efectivamente obliga ciones jurídicas, pues conforme a tal punto de vista, el dere cho subjetivo y el deber jurídico aparecen dados acabadamente con independendencia del proceso de creación jurídica, con inde pendencia del establecimiento de toda norma jurídica. De - acuerdo con dicha posición, se sustancializa al derecho. No se olvide que, conforme a la teoría de Kelsen ya lo apuntamos anteriormente todo derecho es procesal o adjetivo, en el sen tido de que requiere en todo caso un procedimiento conforme - al cual se establezca o se ponga, y presisamente por esto es positivo. Aplicando este concepto de la positividad o funcio nalidad de todo orden jurídico, se debe concluir que todo de ber jurídico requiere un procedimiento específico para su - creación, y en el caso particular que nos ocupa, los deberes derivados de normas individualizadas, requieren el proceso - jurisdiccional para su actualización. Como las llamadas obli gaciones naturales no pueden ser creadas o estatuidas median-

te el proceso de referencia, no pueden considerarse como verdaderos deberes jurídicos.

En el caso lo que acontece es que el legislador establece que ciertos hechos, por ejemplo el juego y la prescripción tienen ciertos efectos o consecuencias jurídicas sumados a otros con el pago, la ratificación, la compensación, etc., que completan una sola hipótesis normativa constitutiva de un acto creador compuesto que origina realmente un deber jurídico y un derecho subjetivo auténticos en tanto que la deuda nacida del juego o la prescrita cuando ha sido pagada, ratificada compensada, etc., resulta exigible mediante el proceso jurisdiccional que a través de la norma jurídica sentencia, estatuye que en el caso particular existe en el mundo jurídico un deber jurídico que debe ser cumplido, es decir coactivo.

V.1.4.- ESTUDIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

Se ha dicho que una teoría que identifique la acción procesal con el derecho sustantivo, puede ser objetada no solo con los estudios a que ya se ha hecho mención y no que, además no resiste la crítica en el sentido de que aquella no permite la explicación del "derecho de contradicción", o sea la explicación de la excepción en el proceso. Es necesario confesar que no se puede presisar a ciencia cierta que se quiere decir con esto. Porque con arreglo a Kelsen resulta tan fá--

cil el análisis de la referida facultad como el de cualquiera otra de sus modalidades.

Supongamos que, partiendo de la base del dualismo constituido por la facultad sustantiva de un lado y la adjetiva de otro, no cabría hablar en ningún sentido de él "derecho de contradicción". Obsérvese que, de suponer que facultad sustantiva y facultad procesal fuesen una y la misma cosa, malamente podría afirmarse la existencia de un derecho de contradicción, ya que, al encontrarse confundida la facultad material con la acción, esto querría decir que siempre habría de proceder dicha acción procesal, con lo cual no se justificaría la presencia de un derecho para contradecir la pretensión del actor. Toda defensa resultaría, apriori, inútil, es decir, perdería todo su sentido una contradicción opuesta por el reo y, una palabra, como posibilidad de contraponerse a aquella pretensión, como carecería de explicación. No hay posibilidad de contradicción en contra de lo que necesariamente ha de tenerse por incontrovertible.

Una vez que hemos tratado de aclarar aquello que se quiere aducir mediante esta objeción, estamos en condiciones de darle una respuesta.

A de observarse, en primer lugar que lo mismo que el estudio de las acciones infundadas, éste del derecho de contradicción da también por demostrada una noción sustancialista del derecho subjetivo, y como dicha idea quedo comentada al

refutar el estudio de las sentencias absolutorias, no nos entenderemos más aquí sobre lo dicho.

Pero ahora conviene expliivar conforme a la teoría pura - la que se puede llamar derecho de contradicción.

Hemos de tener en cuenta que, para dicha teoría, en manera alguna el proceso jurisdiccional se agota con el ejercicio de la acción procesal o de la querrela; las funciones creadoras son relativas en el proceso mencionado, lo mismo que en el legislativo. Resulta que una función creadora de derecho, puede hallarse distribuida en una diversidad de sujetos mas o menos numerosos. Dase el caso, precisamente de que la excepción que expresa el derecho de contradicción constituye una función creadora parcial dentro del proceso jurisdiccional. - La acción, o sea la afirmación del actor, no es sino la contrapartida de aquella; es decir, constituye una función igualmente parcial en el precitado proceso. Tan es así, que la validez de la sentencia supone la concurrencia tanto del actor como del demandado. No objetemos diciendo que en ocasiones el reo no concurre al proceso para oponerse a la pretensión del actor, pues eludiría a una no concurrencia de facto, pues de iure se considera presente en tales casos y su presencia en todo evento, hace posible la formación de la norma sentencia: "la omisión es hecho jurídico ---explica Kelsen---, también constituye un hecho del acto orgánico". (92)

En honor a la verdad, es bien relativa la intervención de las partes en la creación de la sentencia, pues, de ordinario, es el juez quien tiene monopolizada la fundación jurisdiccional, si bien también es cierto que no por ello dejan de participar en una forma mutua y recíproca el actor y el demandado mediante el ejercicio de sendas facultades a saber: la acción y la excepción.

Desde el punto de vista dinámico formal, la acción y la excepción se identifican como actos parciales concurrentes de una misma función. La diferencia entre ambas, consiste en un momento meramente material. Los contenidos de ellas no coinciden, es decir, en una se afirma un deber jurídico determinado (la afirmación del actor verbigracia) mientras que en la otra se sostiene una negación de la existencia de dicho deber, en el caso más común. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico positivo, precisa ejercitarse la acción con anticipación cronológica al ejercicio de la excepción, cosa que no le resta a la última su carácter colaborante y dinámico.

Kelsen asienta refiriéndose a la relevancia del orden cronológico de los actos procesales parciales, lo siguiente: "el orden temporal de sucesión de los actos incompletos, no se tiene en cuenta en el momento de realizarse el efecto jurídico del acto complejo". (93).

V.1.5.- EL ESTUDIO DE LA DIVERSIDAD DE LOS SUJETOS
PASIVOS

Mediante este estudio se pretende objetar la tesis Kelsiana acerca del derecho subjetivo ---en caso especial por lo demás--- como participación en la creación de derecho y específicamente de la norma sentencia. Se aduce por medio de esta objeción que el obligado tiene frente al titular o derecho habiente, es diverso del obligado frente a aquel que ejercita una acción. Se dice en efecto, que mientras el sujeto obligado es un particular en el primer caso, en el segundo el sujeto aparece obligado y es una persona de derecho público, o sea el órgano jurisdiccional.

Esta objeción se funda en una inexacta apreciación del pensamiento Kelsiano, pues conforme al mismo en el caso particular que se analiza, se sostiene que la facultad que se ejercita mediante la acción procesal, es para obligar, al demandado, y el contenido de la sentencia habrá de referirse al hecho de si en concreto existe aquella obligación.

Por otra parte, esta objeción podría hallarse íntimamente vinculada con el estudio de Petrazisky en el siguiente sentido: afirma que el órgano jurisdiccional se encuentra jurídicamente obligado resolver toda cuestión que se le plantea, y dejara de resolverla, debiera existir un procedimiento mediante el cual se exigiera responsabilidad a dicho

órgano, por otro órgano de superior jerarquía, y así sucesivamente hasta el infinito.

Los estudios que se indican pierden de vista el hecho fundamental que de conforme a la teoría pura, el órgano, en este caso, el jurisdiccional, puede no hallarse obligado.

"La continuidad y seguridad de la función quedan garantizadas al convertirla en deber jurídico, esto es, al convertir el abandono del cargo, o el no ejercerlo debidamente, en su puesto condicionante de una sanción. Allí donde la función no constituye el contenido de un deber jurídico, se habla de un derecho subjetivo a la misma. Pero esto no tiene sino un sentido negativo: el abandono de la función no implica una sanción para el funcionario". (94).

Que la acción procesal ya dirigida a la obligación de demandado o reo, se explica por el contenido de la función que aquella representa. Es conocido el proloquio romano que a dicho contenido se refiere y que reza así: quis quid, quoram quo, quae jure petatur et a quo; ordine confectus quique libelus habet, indicando los requisitos que debe contener toda demanda, dentro de los cuales se encuentra aquel que señala que se pide y de quien se pide, es decir se señala el deber del demandado.

V.2.- ABUSO DEL DERECHO SUBJETIVO DENTRO Y FUERA DEL
PROCEDIMIENTO EN GENERAL

En este tema trataremos de determinar el abuso del derecho subjetivo y asimismo hasta que límite y en que medida es legítimo el ejercicio o uso de los derechos subjetivos que la ley reconoce, concede o ampara, cuando el titular de ellos realiza un acto que no le reporta alguna utilidad y del que resulta dañino para un tercero. O cuando realiza un acto del cual resulta una utilidad de importancia diminuta o desproporcionada con la magnitud del perjuicio que sufre el tercero como consecuencia del ejercicio de aquel derecho. (95).

Puede entenderse por abuso de derecho un uso anormal de cualquier poder jurídico precedente de un derecho subjetivo, de un derecho potestativo o de una potestad. Normalmente, el perjuicio de un derecho no da lugar a resarcimiento; se dice, por eso, que *qui suo iure utitur neminem laedit* (quien usa de su derecho a nadie daña). Sin embargo, el ejercicio del derecho encuentra ciertos límites de corrección y de buena fe inseparable de las exigencias de una convivencia ordenada y cuya violación da lugar al fenómeno del abuso. (96).

95.- Rezzonico Luis María, Estudio de las Obligaciones 9a. Ed.

V. II, Editorial Depolina Buenos Aires 1966, pág. 1266

96.- Lumia Giusepp, Principios de Teoría e Ideología del Derecho, pág. 107.

Las teorías modernas nos dicen: "Uso abusivo de los derechos" es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mis actos son lícitos; cuando son ilícitos, se debe a que sobrepasé los límites de mi derecho, obrando sin el, o injuria, como decía la ley Aquilia. Negar el uso abusivo de los derechos no es tratar de considerar como permitidos, los variadísimos actos perjudiciales que ha reprimido la jurisprudencia: Unicamente queremos que se advierta que todo acto abusivo por el solo hecho de ser ilícito, no constituye el ejercicio de un derecho, y que el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. Se puede considerar que donde el abuso comienza el derecho termina; asimismo nos sigue diciendo el tratadista que la correcta interpretación de tales disposiciones descubre al punto que lo que se ha llamado "uso abusivo" de una facultad legal no constituye nunca el ejercicio de ésta, sino la violación de un deber jurídico. A este respecto podemos señalar lo estipulado en el artículo 840 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales que dice "no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario". (97).

A este respecto el tratadista Planiol nos dice que la consecuencia de entregar el ejercicio de los derechos a la ar

bitrariidad del Juez, sin dar a éste una regla de conducta o no conforme a su destino económico y social. Si se examinan las cosas a fondo, se llega a la negación del derecho individual pues el subjetivo únicamente tiene valor cuando confiere la irresponsabilidad. No debe decirse que "mientras más derechos se tengan se adquiera mayor responsabilidad", sino por el contrario que mientras más derechos se tienen existen mayores probabilidades de ejercicio libremente nuestra actividad. (98).

A este respecto también el tratadista Rezzonico nos dice, que tales situaciones son parecidas en el sentimiento jurídico ya que no puede ser indiferente ante la conducta del titular de aquellos derechos que resulta tan injusto y dañino en sus consecuencias para terceros y revelandose ante la conducta que se estima "abusiva" del titular de aquellos juegos, y decide que ese comportamiento suyo consumado en perjuicio de terceros no debe ser protegido sino reprimido por el derecho y por los jueces encargados de aplicarlo.

Aunque como se puede decir que algunos Civilistas discuten la necesidad o conveniencia de formular explícitamente una teoría o principio del abuso del derecho que evite el or-

98.- Planiol Marcelo, Tratado Elemental de Derecho Civil T. - VI de las Obligaciones Ed. José M. Cajica JR. Puebla Pue. págs. 544 y 545.

den jurídico el descrecionalismo de los agentes o titular de derechos y estiman que el concepto de la ilicitud es suficiente para asegurar la justicia, casi todos coinciden en reconocer la ilegitimidad del abuso del derecho y la necesidad de reprimirlo, y admiten que su esencia es el principio de justicia que informa el derecho, que todo aquel que abusa de su derecho causando con su ejercicio daño a un tercero, debe repararlo. (99)

Se puede considerar que el elemento que vicia un acto y para que se de el abuso del derecho es que el titular de un derecho, lo ejercita sin ningún interés real y únicamente con objeto de perjudicar a otra persona o también en este caso se puede considerar que abusa de su derecho, adquiriendo entonces la expresión que anima al titular del derecho, bastará para convertir en ilícito un acto que objetivamente sería lícito.

Por otra parte en que el titular de un derecho tiene la intención de dañar, éste se puede considerar como inseguro y peligroso, pues se dice que obliga al juez a pesquisas de intención extremadamente delicadas, porque nadie tiene la ingenuidad de confesar que el principal o exclusivo fin de su acción era perjudicar a otro; e inútil es, pues le será fácil

al individuo alegar algún interés individual; y peligrosas, - pues los tribunales podrán violar el fuero interno de cada - uno y asignar arbitrariamente a nuestros actos tal o cual mo- vil implicativo de un abuso del derecho.

Por otra parte Planiol observa que si la idea es generosa, no es exacta, pues la vida de los hombres y de las sociedades es una lucha perpetua y universal, y todo hombre y toda nación que adquiere superioridad en una rama cualquiera de su actividad, suplanta a otros despoja a sus competidores, los - perjudica y tiene el derecho de perjudicarlos. (100).

El criterio denominado objetivo, funcional o finalista, - el abuso del derecho consiste en "la falta de interés o utili- dad legítima", en el ejercicio anormal del derecho contrario al fin económico o social del derecho subjetivo ejercicio re- probado por la conciencia pública y que excede por tanto el - contenido del derecho. Hay abuso, según este criterio, cuan- do se obra contrariando la finalidad, el objeto reconocido de cada derecho y al hacerlo se perjudica a otro. Daremos un - ejemplo en que la indemnización de los daños y perjuicios - por la inobservancia del plazo de despido, de la originada re- siliación abusiva de una de las partes contratantes. Ordena aquella que el juez menciona el motivo alegado por las partes

que haya roto el contrato.

El tratadista Planiol nos sigue diciendo al respecto que el ejercicio de un derecho no esta permitido cuando no puede tener otro objeto que causar un daño a tercera persona. En efecto para que el uso del derecho sea condenado como antisocial, se requiere que no tenga otro objeto que la realización de un daño para tercera persona; pero tan pronto como el autor de ese acto pueda recibir un provecho personal, su conducta se convierte en lícita, sin lo cual, sería imposible todo uso de cualquier derecho: el comercio, la concurrencia vital, el progreso social, el desarrollo de la energía humana - se obtiene a este precio. El juez esta obligado a escrutar las conciencias, a conocer y valorar los motivos, pues el elemento psicológico se convierte en el dominante. (101).

Por lo que respecta al Congreso de la Unión que nos dice: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercite sin necesidad o beneficio para el titular y el perjuicio de alguien". En el segundo se aprobó el siguiente proyecto que dice así: "El que en ejercicio de su derecho causare un daño a otro debe repararlo si obro con dolo o culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue -

conferido". Se entiende por abusivo el ejercicio de un derecho cuando contraría las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento.

DE LAS DIVERSAS TEORIAS ANALIZADAS ANTERIORMENTE DEL "ABUSO DEL DERECHO", SEÑALAREMOS ALGUNOS CASOS TIPICOS:

A).- EN MATERIA DE PROPIEDAD: Por exceder las molestias ordinarias de la vecindad, se han reprimido los ruidos excesivos o intolerables producidos por establecimientos industriales autorizados por la Municipalidad, o por el uso de aparatos de radiotelefonía o de fotógrafos eléctricos o las molestias emergentes de determinados avisos luminosos.

También con especial referencia a la materia de los derechos reales se ha decidido en nuestro país "importa un abuso del derecho de propiedad, el establecer en una finca o en una casa de tolerancia" en consecuencia, el propietario del inmueble en que aquella funciona es responsable ante el vecino de los perjuicios que ha irrogado el funcionamiento: disminución del precio de los alquileres, es decir, del valor locativo del inmueble. (102).

B).- EN MATERIA DE ACCIONES JUDICIALES: Se han reprimido los abusos en las medidas de ejecución, los llamados embargos indebidos, es decir, pedidos sin derecho, como resulta posteriormente de la sentencia definitiva que rechaza la demanda -

en que se decretó el embargo, o trabados sobre bienes de terceros, (103), en garantía de que una deuda realmente inexistente, la ejecución prendaaría de vencimiento aparente es decir, habiéndose pactado privadamente un plazo mayor que el que figuraba en el título o contrato, las denuncias y querrelas criminales infundadas promovidas por dolo, culpa o negligencia.

Con especial relación a la materia de los Procedimientos Judiciales, se ha decidido que existe abuso del derecho si, a pesar de que el demandado depositó el importe reclamado en el juicio ejecutivo, prosigue sustrámites con el propósito de perjudicar al deudor; el acreedor insiste en llevar adelante la ejecución sobre un inmueble donde se domicilian la esposa y los hijos del deudor ---en trance de divorcio--- a pesar de que aquella denunció otros bienes a tal efecto; si pudiendo optar por otra acción, promueve la más perjudicial para el demandado, sin beneficio para él: tal es el caso de quien deduce un interdicto de obra nueva provocando la paralización de los trabajos cuando pudo entablar la acción resarcitoria de los artículos 1133 y 2619, del Código Civil para el Distri

103.- Alsina H. Tratado Teórico y Práctico de Der. Proc. Civ. y Comercial Buenos Aires Ediar Editores, 1961 pág. 134.

to Federal.

C).- EN MATERIA DE CONTRATOS: Se ha resuelto demasiadas veces que la Cláusula Penal del pacto comisorio estipulados - en las ventas de inmuebles por mensualidades aunque legítimos en principio, pueden resultar "abusivos" si el comprador ha pagado una cantidad muy considerable de cuotas, y por falta - de pago de dos o tres cuotas el vendedor pretende que se tenga por resindida la venta perdiendo aquel todas las abandonadas. Por ello, se ha negado la aplicación y eficacia de aquel pacto invocándose los artículos 5, 21, 530, 953, 1167 - del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

D).- EL ABUSO DEL DERECHO PUEDE COMETERSE TAMBIEN FUERA DE LA ORBITA DEL DERECHO PATRIMONIAL: De los intereses puramente económicos, y así, con razón, Spota habla del "abuso - del derecho del marido al fijar la cede del hogar conyugal", - y sostiene que ese poder marital no puede ejercitarse en la - forma que importa el abuso del derecho sea en cuanto al lugar de fijación, sea con respecto a las personas que han de convvir.

Hay abuso del derecho cuando el titular lo ejerce contra riando los dictados de la buena fe o desviándolo del fin para el cual el derecho fue reconocido; si falta un interes legíti mo para deducirla, la demanda revela una pretensión abusiva - que no puede ser acogida por los tribunales.

"Configura una amenaza injusta, el ejercicio abusivo de

un derecho", el acreedor en razón de un delito cometido contra él que obtiene del deudor del reconocimiento de una deuda mayor al perjuicio sufrido, bajo la amenaza de iniciar acción criminal en caso contrario. Si bien el damnificado da esta autorización para promover acción criminal contra el delincuente, no lo está para explotarla beneficiándose con una suma superior al perjuicio efectivo. En tal caso, el abuso torna injusta la amenaza por sí misma legítima.

Constituyen directivas a observar por los jueces en la interpretación en vigor, aquellos preceptos Constitucionales que establecen el funcionalismo social en el ejercicio de los derechos subjetivos. En el caso a declarar abusivo el ejercicio de los propios derechos en perjuicio de la colectividad o en inicuo detrimento de co-ciudadanos, al establecer la función social de la propiedad y del capital y al prohibir el aumento abusivo de los beneficios.

CONCLUSIONES

El presente trabajo se ha empeñado en diversas opiniones derivadas, desde los diversos ángulos en que se han tocado - los autores, para encontrar los diversos conceptos de derecho subjetivo privado y público, así como lo que es derecho subjetivo y derecho objetivo; manifiesto la dificultad de poder - dar una idea original que emita una contradicción al antiquísimo problema de distinción que existe entre las dos grandes ramas del derecho.

I.- Para cumplir con ciertos requisitos reglamentarios - hubo necesidad de exponer en el contexto algunas doctrinas a cerca del derecho subjetivo. Como dicha exposición fue quizá demasiado breve, es muy posible que no hayan sido cabalmente comprendidas y en consecuencia también es posible que los comentarios críticos que se pretendieron dirigirles no hayan sido bien fundados. Si esto pudo acontecer solo quiero invocar en mi favor el hecho de que los referidos comentarios fueron inspirados exclusivamente por afán de encontrar una solución unitaria al problema del derecho subjetivo y objetivo.

II.- Después de haber examinado algunas de las principales teorías y definiciones acerca del derecho subjetivo, y de haber hecho las críticas através de ellas habiendo esbozado

mis ideas personales y definiendo al derecho subjetivo de la siguiente manera:

El derecho subjetivo es la aptitud jurídica que tiene un sujeto, derivada de una autorización o facultamiento normativo, para hacer o para omitir y para exigir o bien el respeto de la propia conducta autorizada, o a la prestación de la ajena.

De lo anterior resulta que el derecho subjetivo está constituido por dos facultades: A).- El facultamiento de la propia conducta. B).- O bien el de la ajena. En ambos casos por la facultad exigendi, o sea la facultad de exigir el respeto de la propia conducta o la prestación de la ajena.

En todo derecho subjetivo encontramos los siguientes elementos:

1.- La actividad jurídica o la posibilidad lícita de ejercer.

2.- La autorización o facultamiento normativo.

3.- El destinatario o derecho habiente a quien la norma autoriza una conducta positiva o negativa.

4.- La conducta autorizada, (propia o ajena para hacer u omitir) que es el contenido de todo derecho subjetivo.

5.- La facultad exigendi, o sea la facultad que tiene el titular del derecho u otra persona para exigir el deber correlativo.

III.- En consecuencia, considero que tanto el derecho objetivo, como el derecho subjetivo son un producto simultáneo del hombre; el objetivo emana de la voluntad general o sea un acuerdo de todas las voluntades, en tanto que el derecho subjetivo es la voluntad particular es decir la voluntad propia del individuo. Son pues aspectos de un concepto único y no - figuras o formas diversas.

IV.- En mi concepto creo que los derechos subjetivos públicos son los que tiene un individuo por el solo hecho de vivir en sociedad pues estos le aseguran su integridad, libertad y su igualdad ante la ley.

Además considero que el Estado debe garantizar perfectamente estos derechos ya que son garantías individuales.

V.- Sin embargo viendo el problema de su ejercicio o no ejercicio de la acción del derecho subjetivo nos encontramos con derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados y como consecuencia la subsistencia del problema de distinguir lo que es la rama del derecho subjetivo privado, dentro del mundo del derecho.

VI.- Por lo que respecta al derecho subjetivo privado se forma por el conjunto de normas que regulan las relaciones de de los particulares entre sí y aquellas en que interviene el

Estado o sus organizaciones políticas menores, pero desprovistas de poder político y soberano.

VII.- Existe una corriente de opiniones que sostienen la necesidad de laborar el derecho obedeciendo más o menos estrechamente a ideas socialistas o al preferente o exclusivo provecho de la colectividad, aún sobre el derecho individual. - Se deja sentir la tendencia, en todas las ramas del derecho - subjetivo público y privado; el Estado no vacila en considerarse directa parte interesada en relaciones que antes habrían correspondido exclusivamente al derecho privado, cuando lo crea necesario para el beneficio colectivo y para la protección de determinadas clases que, como la trabajadora, adolecen de una real inferioridad jurídica ante las clases capitalistas, aunque teóricamente gocen de los mismos derechos de éstas.

VIII.- En este sentido, creo que es un fruto genuino la teoría de Kelsen la consideración de la total autocreación - del derecho subjetivo o facultad desenvolviéndose en aquella formación. En efecto, con arreglo a dicha tesis se adopta un punto de vista adjetivo o procesal respecto de la totalidad - de las normas jurídicas de un orden y un resultado de ello es una visión dinámica de las funciones jurídicas con lo que se explica cabalmente todo fenómeno que como derecho se da en la experiencia.

IX.- Conforme a la dinámica apuntada se explica desde la original facultad del sentido lógico o sea la establecida en la norma básica, hasta el poder o facultad de creación de negocios jurídicos pasando por todos los grados intermedios en que funciona la facultad de su creación.

X.- En mi opinión el ejercicio del derecho subjetivo, se presenta cuando quien sigue su litigio como actor o como demandado unicamente con objeto de dañar a otra persona, aunque a sabiendas que no tiene el derecho de ejercerlo y aún así lo desempeña se encuentra en presencia de un verdadero dominio del abuso de los derechos subjetivos, adviértase empero cuan restringido es.

XI.- En mi opinión para que no se cometa abuso del derecho subjetivo dentro de un procedimiento es que el juez sea objetivamente competente para conocer un negocio, es necesario que tenga absoluta independencia respecto al negocio y a los litigantes, pues solo siendo un tercero extraño a la controversia y a los interesados tertium neuter, tendrá la libertad necesaria para formarse un juicio exacto e imparcial.

Además considero que la parcialidad tras como consecuencia la violación de los medios de impugnación y la exacta aplicabilidad de la ley dentro de los procedimientos, es de considerarse que debe ser más estricto al analizar las carác-

terísticas juris et de jure que derivan de vínculos familiares de las partes con el juez, de lazos de amistad de parentescos espirituales y de intereses en el negocio mismo.

Desde el punto de vista moral, el juez no debe aceptar obsequios de alguna de las partes, ya que puede en caso de aceptarlas sentirse obligado a dictar la sentencia a su favor; por otra parte tampoco solicitar recompensa alguna por su actividad jurisdiccional.

B I B L I O G R A F I A

- Alsina Hugo, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal - Civil y Comercial, Buenos Aires Ediar Editores, 1961.
- Bodenheimer Edgar, Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México 1983.
- Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa S.A., México 1983.
- Cabrera Manuel, Apuntes de su Curso de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa S.A., 1967.
- Coviello Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, Trad. - de Felipe J. Tena, México 1938.
- Dabin Jean, El Derecho Subjetivo.
- Del Vecchio Giorgio, Estudios de Filosofía del Derecho, 7a. - Edición Traducción por Luis Legaz y Lacambra, Bosch 1960.
- Ebenstein William, Teoría Pura del Derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1960.
- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho - Trigesimoquinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México - 1984.
- García Máynez Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica, Fondo de Cultura Económica, México 1951.
- García Máynez Eduardo, Libertad Como Derecho y Como Poder, - Compañía General Editora México 1941.
- Husserl E., Investigaciones Lógicas, Traducción Morente y - Gaos, Tercera Investigación Tomo III.
- Jellinek G., Moderne et son Droit Paris, Teoría General del - Estado, Traducción de la Segunda Edición Alemana, Tomo - II, Traducción de Victoria Suárez, Madrid 1914.
- Kelsen Hans, Teoría General del Estado, Traducción de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional México 1979.

- Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. - de Eduardo García Máynez, Textos Universitarios UNAM. Mé- xico 1983.
- Lumia Giusepp, Principios de Teoría e Ideología del Derecho - Colección Universitaria Editorial Debate Madrid 1968.
- Morineau Oscar, Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A. Mé- xico 1983.
- Morineau Oscar, Revista de Derecho Tomo II No. 8. UNAM 1982.-
- Planiol Marcelo, Tratado Elemental de Derecho Civil de las - Obligaciones, Tomo VI Edición José M. Cajica JR., Puebla, Pue., México 1945.
- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho Editorial Jus, México 1960.
- Recasens Siches Luis, Estudio de Filosofía del Derecho, Octa- va Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1983.
- Recasens Siches Luis, Vida Humana Sociedad y Derecho, Editoo- rial Porrúa S.A., México 1952.
- Rezzonico Luis María, Estudio de las Obligaciones, 9a. Edici- ón V. II Editorial Depolina, Buenos Aires 1966.
- Rocco Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, Inove Tipográfi- co Editrice Torinese Seconda Edizione 1966, 1a. Parte - Terzana Capítulo II.
- Rojina Villegas Rafael, Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado, Tomo I Ediciones Botas México 1947
- Rojina Villegas Rafael, Teoría Jurídica de la Conducta, Edi- ciones Botas México 1947.
- Ruggiero Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Intr. al Es- tudio del Derecho y Parte General, Ediciones Nucamendi, - Madrid 1939.
- Sauer Wilhem, Filosofía Jurídica y Social.
- Savigny, Trite de Droit Romain, Traduit por M. Ch. Cuenoux, - París Fermín Didot Freres 1941

Schreir Fritz, Concepto y Forma Fundamental de Derecho, Trad. E. García Máñez, Editorial Lozada, Buenos Aires 1925.

Sohm Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema Trad. de Wenceslao Roce, Editoria Nacional 1975.

Spota Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Tomo I, V. 2, Publicación del Instituto Argentina de Cultura Notarial - 1971.

Teran Juan Manuel, Apuntes Mimeográficos de su Curso de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa S.A. 1979.

Von Thering Rodolfo, El Espiritud del Derecho Romano, Trad. - O. de Meulenaere, 3a. Edición, Tomo IV.

L E G I S L A C I O N E S

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa S.A., México 1984.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A.- México 1984.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A.- México 1984.

Jurisprudencia.