

Discurso apertura Valladolid
1954

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DR. D. EMILIO GÓMEZ ORBANEJA
CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO



El ejercicio de los derechos

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 1954 - 1955

VALLADOLID
1954

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

(Discurso de apertura de curso)

Disc. Apert. UVA 54/55 ^{BiCe}



5>0 0 0 0 4 0 7 4 2 8



COPIA 407428

Talleres Tipográficos de la Editorial SEVER-CUESTA.-Valladolid



Magnífico y Excelentísimo Señor Rector,
Excelentísimos e Ilustrísimos Señores,
Señores Claustrales,
Señoras y Señores:

UNA IDEA PRECONCEBIDA

La mayor parte de los manuales y tratados de derecho civil se ocupan insuficientemente y como de pasada del ejercicio de los derechos. Por lo general abordan el tema, a modo de escueta introducción, a propósito de la teoría del abuso del derecho y de la «*æmulatio*». O sea, que la doctrina dominante entiende principalmente —si no exclusivamente— por ejercicio la actividad de aprovechamiento o disfrute de la posición que el derecho respectivo asegura a su titular. Así, si se trata del derecho de propiedad, será ejercicio del derecho la toma de posesión, el uso, la utilización, o también la misma destrucción de la cosa; si se trata de una servidumbre positiva, el uso (parcial) del predio sirviente; o si del arrendamiento de una casa habitación, el hecho de vivir en esa casa. Consecuentemente, el labrador ejercita el derecho de propiedad sobre su tierra cuando la siembra y la labra y recoge la cosecha, y el dueño del caballo cuando lo monta o engancha al carro. El

ejercicio del derecho viene a equipararse así al goce de los bienes que el derecho atribuye.

Es eminentemente claro que sea o no esta concepción exacta, el derecho civil, al menos para una serie de instituciones y efectos jurídicos especiales, no podría prescindir del uso y goce que constituyen la finalidad del derecho y que muchas veces vienen descritos en la definición legal del mismo. Y aun cuando en el caso concreto de la propiedad es indiscutible que el derecho ni desaparece ni se merma si el titular deja de realizar, por sí o por otro, toda actividad de uso de la cosa atribuida (siendo jurídicamente indiferente, cuando menos en principio, que el labrador se ausente de su tierra y la abandone incultivada, o que el dueño del caballo lo deje envejecer en la cuadra sin retirar ningún provecho económico de él), o aun cuando para nada afecte tampoco a la relación arrendaticia —en otro de los ejemplos de que nos hemos servido— que el arrendatario cierre la casa arrendada y se vaya a vivir a otra, basta recordar la pérdida de la servidumbre por no uso para comprender la significación jurídica insoslayable del goce de los bienes. Pensemos en esa misma teoría del abuso del derecho a que antes me referí, o en la usucapión o prescripción adquisitiva, y en general en la regulación de la posesión, que el nuevo Código civil italiano ha definido como «la actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales».

La indagación en busca del concepto del ejercicio de los derechos —aun cuando no aspire a ser, como en este trabajo, más que un tanteo o ensayo muy provisional— por fuerza ha de adentrarse por zonas más profundas de la teoría general. Porque para saber verdaderamente lo que el ejercicio del derecho sea, tendremos que precisar por anticipado el efectivo contenido del derecho subjetivo y correlativamente la naturaleza de la relación jurídica, y esto a su vez implica determinar por un lado la estructura de la norma y por otro el concepto de objeto del derecho.

Siendo obvio este nexo conceptual, no deja de sorprender que autores que de ningún modo eluden en sus libros tomar posición sobre esas cuestiones centrales, traten después independientemente del ejercicio de los derechos. Entre los manuales al uso, escogeré como ejemplo dos de los más conocidos, el de Messineo y la *Parte General del B. G. B.* de Lehmann. Buscad en aquél el correspondiente capítulo. y en seguida os chocará la parvedad e inconexión del tratamiento. Lehmann es más sistemático en este punto, mas así y todo contradice no poco su concepción del ejercicio como goce las nociones del derecho subjetivo y del objeto del derecho que por otro lado adopta. Rechazando tanto la teoría del «Wollen-Dürfen» de Windscheid como el famoso concepto del «interés protegido» de Ihering, define aquél como «la situación favorable atribuida por un precepto jurídico a una determinada persona, pero *tan sólo si la tutela de esta situación es dependiente de su voluntad*». Y si bien amplía el concepto de relación jurídica para incluir junto a los nexos de personas con personas, los nexos de personas con bienes de la vida, se cuida de precisar, viniendo a la teoría del objeto del derecho, que el poder o señorío que corresponde al titular en virtud de la relación no debe concebirse como si el derecho se dirigiera inmediatamente sobre el bien, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre la cosa, ya que el derecho subjetivo descansa siempre por necesidad en una obligación humana y la fuerza de voluntad que el derecho lleva dentro de sí va dirigida siempre contra los hombres. El objeto (propriamente, el trozo de mundo exterior) es con más exactitud el punto de referencia de las obligaciones y facultades que el derecho subjetivo contiene. Ahora bien, añade este autor, responde a una visión tan natural como no técnica (*unbefangene*, literalmente «no prevenida») tomar este punto de referencia, en función del cual quedan ligadas potestad y obligación, como el «objeto» inmediato del derecho, especialmente tratándose de los derechos absolutos, puesto que al titular le viene reconocido

mediante prohibiciones a todos dirigidas un señorío exclusivo sobre el bien.

Parece pues que con independencia de cualquiera justificación dogmática que e pueda pretender ulteriormente la concepción del goce como ejercicio del derecho, corresponde por de pronto a una idea bien natural y sencilla (*unbefangene*), previa a todo análisis de la esencia del derecho subjetivo. Puesta la vista en la finalidad social y económica a que el derecho atiende, en la distribución de los bienes de la vida y en las posiciones favorables que en consecuencia se crean, es la idea de lo que el derecho asegura más bien que de la forma específica de asegurarlo.

HACIA UN PROBLEMA PARTICULAR

Advertiré que aun cuando esta indagación haya de moverse dentro de la teoría general, responde a una preocupación especial.

El ejercicio del derecho, en cuanto acto jurídico, produce unos efectos que recaen sobre el mismo derecho. Por tanto, la regulación de tales efectos pertenece al propio ordenamiento material o sustantivo que regula el derecho. Pero ¿qué relación existe entre el acto jurídico —material de ejercicio y la deducción judicial del derecho— o el hacer valer el derecho en el proceso? ¿Puede ser un acto procesal (v. gr., el que deduce la acción o la excepción en el proceso civil) a la vez e independientemente un acto del derecho privado?

En el proceso no se hacen valer exclusivamente derechos sino también relaciones jurídicas. Respecto de ellas no cabe hablar de ejercicio en ningún sentido de la palabra. Del que hace valer la relación de parentesco para eludir su testimonio en un juicio penal, nadie dirá que ejercite —pero tampoco que haga valer— derecho ni facultad alguna incluidos en esa relación. Tan es así, que también se puede hacer valer a tal efecto la mera afinidad, relación de derecho civil que no contiene derechos ni obligaciones de ninguna clase. Incluso puede hacerse valer la relación de parentesco ajena, v. gr., para rechazar o desvalorizar el testimonio propuesto por el contrario.

Es igualmente claro que si el procesado por hurto, planteando la cuestión prejudicial, sostiene ser propietario de la cosa para oponerse a la condena, no ejercita en absoluto su derecho de propiedad —que la sentencia, en cualquier sentido que se pronuncie, ha de dejar imprejugado.

Estos son, si queréis, ejemplos extremos. Para nada, sin embargo, se necesitaría de ellos ni de otros menos obvios. Hablar del ejercicio de una relación jurídica en sí es —previamente a la aducción de cualquier ejemplo— una imposibilidad conceptual. Conviene tenerlo bien en cuenta principalmente por dos razones. En primer lugar, en atención a la figura definitivamente admitida de las acciones de mera declaración, mediante las cuales se pueden hacer valer en el proceso tanto relaciones jurídicas como derechos (y en su forma negativa, la inexistencia de unas u otros). En segundo lugar, en función de la figura de derecho material, no tan generalmente aceptada, de los llamados derechos potestativos o al cambio jurídico, especialmente de aquellos que sólo son susceptibles de realización en el proceso y cuya declaración por el juez produce la creación de una relación jurídica o la extinción o modificación de la ya existente.

En aquel primer caso, deducida la relación en juicio, ella, y no ningún derecho o facultad que la relación albergue, constituye el objeto del proceso. Que, por otra parte, el derecho a la declaración no forma parte del contenido de la relación, se basta a demostrarlo la forma negativa de este tipo especial de acciones. Queda por ver, supuesto que la deducción del derecho equivalga en general a su ejercicio (cosa que nos libramos bien de afirmar *a priori*) qué efectos se producen cuando se pide la declaración del derecho con independencia de su realización efectiva. En el caso de las acciones constitutivas, podría parecer, y no falta quien lo sostiene, que en el proceso se trata y se decide directamente sobre la relación jurídica misma, por ejemplo, la relación cuya invalidez se afirma con la acción impugnativa. Sin embargo, no es así, sino que por el contrario,

se da en este caso una absoluta coincidencia entre la deducción y el ejercicio de un derecho subjetivo privado.

A la pregunta sobre la relación entre la deducción y el acto de ejercicio de un derecho habrá en definitiva de contestarse de distinto modo. La diversidad no dependerá sólo de la clase del derecho sino a la vez de la función que cumpla el acto mediante el cual se hace valer. Aludo con esto, tanto a la clasificación procesal de las acciones como a la función específica de la excepción. En principio, nada se opone incluso a que un derecho se haga valer como condición del ejercicio de otro diverso (según ocurre, a lo que creo, con el derecho de compensar).

Pero es aquella una pregunta que no cabe siquiera plantearse coherentemente sin haber inquirido antes con cierto rigor la noción del ejercicio en sí misma. El interés por los problemas de esa zona intermedia entre el derecho material y el proceso, tan descuidada por los especialistas del uno y el otro campo, podrá servir de acicate y acaso de hilo conductor. No nos dispensará de desplegar el tema en su propio terreno —aún a riesgo de repetir cosas generalmente conocidas.

EL SENTIDO DE LAS NORMAS

Afirmar que el goce del bien que un derecho atribuye es, en sentido estricto y radical, una actividad de ejercicio de ese derecho, o en otras palabras, que el goce forma parte del contenido del derecho, implica por de pronto una concepción determinada de la estructura y sentido de las normas jurídicas. Recíprocamente, distinguir entre el goce y el ejercicio depende de una concepción opuesta.

Lo que ha llevado en efecto a una parte de la doctrina (a cuyo frente debe ponerse sin disputa el nombre de Augusto Thon) a concebir negativamente el contenido de los derechos de señorío (derechos absolutos y derechos de obligaciones) es la idea, pertinazmente sostenida y argumentada ya de antiguo, que el único contenido real y verdadero de la norma es o un mandato o una prohibición; que todo precepto jurídico tiene su base y se resuelve en un «tú debes» o en un «tú no debes», en un *iubere* o un *vetare*. Y esto, lo mismo tratándose de las normas «primeras» que determinan la conducta que de las normas «segundas» que establece la sanción para el caso de incumplimiento de aquéllas. (Por cuanto las consecuencias jurídicas de la infracción de la norma, tengan por finalidad el castigo del infractor o sirvan a otros fines, no consisten a su vez sino en la entrada en juego de imperativos nuevos o en la retirada de imperativos hasta entonces vigentes). «El

ordenamiento jurídico opera únicamente con imperativos»; «el derecho todo de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos». «Permitir o autorizar no es nunca cometido del derecho».

Es claro que semejante concepción podría refutarse con el propio tenor de las fuentes legales, lo mismo las romanas que las modernas. Para toda clase de derechos, pero muy en especial en el campo de los derechos reales, la ley a menudo se expresa positivamente y opera —o parece que opera— con permisos y autorizaciones. En su sentido literal, lo que numerosos artículos del Código civil dicen es un «tú puedes» o «hasta este límite tu conducta es lícita». En no pocos casos, el contenido del derecho real queda determinado mediante la descripción del uso o disfrute permitido de la cosa. No habría sino recordar la misma definición de la propiedad. A la vista de ese texto legal ¿cabe sostener que el goce y disposición de la cosa no constituyen el contenido del derecho y sean tan sólo aquello que el derecho —mediante prohibiciones dirigidas a todos los otros— se propone asegurar?

Aún es más grave lo que ocurre con los otros derechos reales, muy en especial con el usufructo y las servidumbres. Después de todo, aunque la ley no empezara por definir positivamente el dominio, sabríamos en qué consisten las acciones que le son peculiares. Suprimid idealmente la definición legal: los propietarios continuarían como antes pudiendo reivindicar la cosa y amparados contra las perturbaciones ajenas. Pero en el usufructo y las servidumbres la ley procede de modo, que sólo porque dice lo que le está permitido al titular nos es dable conocer el alcance de la abstención ordenada a todos los demás. De suerte que no sólo no aparecen aquí meramente juntas, coexistiendo y completándose, una norma autorizante y una norma prohibitiva, sino que aquélla se presenta como la primaria determinación del derecho.

Frente a esta contradicción literal ¿qué arguye la teoría de los imperativos? Fundamentalmente, que es una contradicción

aparente y no real. Arguye que una cosa es una norma y otra distinta un artículo de la ley. Una norma puede estar integrada por una pluralidad de artículos. Aquellos que contienen proposiciones aclaratorias, permisivas o autorizantes no tienen valor sustantivo sino instrumental en función de la norma imperativa. Una norma permisiva, en especial, no debe ser considerada más que como una subespecie de una norma negativa. Pues es completamente igual que la ley declare determinada conducta como «permitida» que como «no prohibida». Si una norma jurídica declara permitida o autorizada una conducta que, hasta ese momento, no estaba jurídicamente vedada, materialmente la ley no añade nada, no crea derecho nuevo. O sea, que las normas permisivas o son la retirada de una prohibición anterior, que desaparece, o cumplen una mera función declarativa de delimitación (desde fuera) de una norma propiamente dicha. Se trata en este caso de las llamadas «excepciones aparentes». No sólo del mero «no estar prohibido» sino también de la llamada «autorización simple» deben distinguirse las normas que declaran que una determinada persona está exclusivamente autorizada. Pero entonces —precisaba Bierling— el acento radica no tanto en el permiso cuanto en la exclusividad. Tan sólo por la exclusión ordenada de todos los demás, o más propiamente, gracias a la pretensión atribuida a aquella persona frente a la ingerencia de cualquier otra, el jurídicamente autorizado se convierte en titular de un derecho en el estricto sentido de la palabra.

EL SEÑORÍO INMEDIATO

Como vemos, esta concepción de la naturaleza de la norma desemboca directamente en una idea muy precisa del derecho subjetivo. Lejos de ser la obligación consecuencia o reflejo de un señorío independiente (en los derechos de la personalidad, sobre la existencia corporal con sus actividades y funciones y sobre las funciones y manifestaciones del espíritu; en los derechos reales, sobre las cosas), es el deber de abstención ajeno el que da lugar al derecho subjetivo del favorecido —con tal, sin embargo, que el ordenamiento jurídico deje a su iniciativa desencadenar el aparato estatal para el cumplimiento coactivo de la obligación (o de la que venga a reemplazar a la incumplida). Pues en otro caso a la situación favorecida por la norma no corresponde un derecho subjetivo en sentido propio.

¿Qué sentido tiene decir que los derechos reales (en contraste con los relativos o de obligaciones) consisten en una relación directa de un hombre con una cosa, en el sometimiento de la cosa a la voluntad del hombre? Si se centra el concepto del derecho subjetivo, a la manera de Windscheid, en un «poder querer», propiamente ninguno. Sin género de duda, cuando el legislador ha dicho que la propiedad es el derecho de usar de una cosa, no tenía la intención de dirigirse a las cosas para que se plegaran a la voluntad del propietario. Por descontado que esta máquina de escribir que ahora estoy

usando no sabe que es mía; si no lo fuera, seguiría sometida por igual al golpe de mis dedos. La alternativa afectará a mi relación con otros hombres; y ésta será una relación a propósito de la máquina, pero no con ella. La relación de una persona con una cosa no puede ser más que de mero hecho. Esta relación será la finalidad o propósito de la relación jurídica, pero no forma parte del contenido del derecho. Como ha comentado recientemente Barassi, si hubiera de atenderse exclusivamente a esta relación no habría modo de diferenciar entre sí los derechos. No cabría, por ejemplo, distinguir el usufructo del arrendamiento. La distinción existe, sin embargo, puesto que aquél es un derecho absoluto y éste crea tan sólo un derecho relativo de crédito. Luego el derecho absoluto no puede consistir sino en una relación del titular con los demás hombres.

La verdad es que la teoría del señorío inmediato no intenta sugerir que la relación con la cosa, en su materialidad misma, sea distinta en el arrendamiento que en el usufructo. Atendiendo al uso en sí no hay diferencia siquiera con el derecho pleno del dominio. No me refiero, es claro, a la extensión del uso. Indudablemente el propietario puede usar de la cosa en unos límites con mucho más amplios que el arrendatario (pero también que el usufructuario). Me refiero a la concreta forma de goce señalada en el pacto —la cual, a tenor de éste, puede ser más amplia que en el usufructo. O sea, que el arrendatario siembra la tierra, la labra y recoge los frutos, haciéndolos suyos, exactamente lo mismo que si fuese el dueño o el usufructuario. Viéndole sin más entregado a estos quehaceres no habría modo de saber lo que efectivamente fuese. La diferencia que se quiere indicar cuando se habla de señorío directo sobre la cosa no es que el usufructuario labre la tierra o habite la casa de manera más inmediata que el arrendatario, sino que sólo el primero es independiente en el goce de la voluntad del propietario, en tanto que el segundo lo recibe de ella y ha de continuar pendiente de esta voluntad.

Ya Thon se enfrentó decisivamente con este argumento. Veamos brevemente en qué términos. Para subrayar la diversidad de la situación jurídica del titular de un derecho real y de un derecho obligatorio, se aducía con preferencia por los pandectistas un especial contraste de las fuentes romanas. Mientras que el enfiteuta y el usufructuario eran, en cuanto a la adquisición de la propiedad sobre los frutos, independientes del querer del propietario, el derecho romano refería la adquisición del arrendatario a una tradición de los frutos. Pero en toda tradición la adquisición de la posesión debía verificarse con el consentimiento del tradente. La precedente declaración de éste, por sí sola, no bastaba. Así como en la venta el vendedor se obliga también a la tradición, pero su voluntad de dar la cosa debe persistir hasta el momento de la entrega (de otro modo, el comprador que se posesiona por sí no adquiere propiedad ninguna), en la relación arrendaticia se requería el persistir de la voluntad de tradición respecto de los frutos. Si el propietario se oponía a la recolección, hacía imposible la adquisición de propiedad por parte del arrendatario. A éste no le restaba sino la acción para el cumplimiento del contrato y el resarcimiento correspondiente. Indudablemente, otra es la solución del derecho moderno; pero aunque no lo fuera, la significación jurídica del goce no cambiaría lo más mínimo. Las exigencias establecidas para la adquisición de la propiedad por medio de la tradición no deciden, según Thon, si en las relaciones obligacionales el sujeto del derecho está sólo en una relación mediata con la cosa que se le entrega. Pero a mí me parece que en un sentido también podría aducirse la situación especial de los frutos.

Dejando aparte éstos, en el arrendamiento el sujeto recibe en virtud de un derecho de obligaciones el goce de la cosa sin que los derechos reales sobre ésta experimenten cambio ninguno. Salvo en el comodato, esta autorización contractual del uso no ocurre en ningún otro caso — hasta el punto que basta con ella para que el depósito se convierta en comodato,

mientras que en virtud de la prenda un derecho real menor viene a constituirse. Se dice que el arrendamiento da lugar a una relación jurídica de las llamadas continuativas o de tracto sucesivo. Que esto sea aplicable a la principal obligación del arrendador, es más que dudoso. Porque desde el momento en que ha entregado la cosa al arrendatario, y arranca para éste el goce de la cosa entregada, ha cumplido de una vez para siempre esa obligación. Podrá ocurrir que se originen en el curso de la relación nuevas prestaciones a su cargo, por ejemplo, si surge la necesidad de hacer reparaciones o en el caso de prestar asistencia jurídica contra terceros. Advirtamos que el artículo 1.554 del Código civil, luego de haber establecido aquella obligación principal de la entrega, fija por separado, y en términos que expresan bien la continuidad, la de «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato». Sin género de duda, mantener no es entregar de nuevo, sino que supone la entrega como ya hecha. ¿Qué sentido tiene, pues, decir que el arrendador no da la cosa de una vez para siempre al arrendatario, sino que se la concede día a día y hasta hora a hora, y que careciendo el arrendatario de señorío inmediato sobre la cosa la conserva gracias a una cadena ininterrumpida de actos de voluntad del arrendador? Vengamos a la realidad de las cosas. Si hubiera que contar en efecto con la persistencia de la voluntad del arrendador, serían pocos los que tomasen en arriendo. Que el arrendador (de una casa) —proseguía Thon— piense a cada instante en la relación contractual o que temporalmente se olvide de casa e inquilino, o se convierta en incapaz de querer o muera, o finalmente que se arrepienta de haber alquilado la casa y suspire por recobrarla: todo esto no habrá de inquietarle al inquilino. Éste ya tiene el goce que el contrato debía garantizarle: tiene una vivienda, y lo que el arrendador piense o desee al respecto, ni le favorecerá ni le perjudicará en nada.

Entiéndase bien el argumento de Thon. No es sólo que, cualquier cosa que piense o desee el arrendador, sigue

vinculado contractualmente y armado el inquilino de la acción del contrato. Como hemos visto, la acción no le faltaba tampoco al arrendatario romano en el caso de la adquisición de los frutos. Es, mucho más radicalmente, que cualquiera que sea la voluntad del arrendador en cuanto a la continuación del arriendo, no puede siquiera (por lo que a aquella obligación fundamental se refiere) incumplir el contrato. Ahora bien; una obligación ininterrumpidamente continuativa o de cumplimiento sucesivo día a día, es, por definición, una obligación que cualquier día puede incumplirse.

Si fuese verdad que el arrendatario tuviera que ver sólo con la persona de su deudor y no con la cosa, faltando la «voluntad mediadora», o al menos desde que el arrendador manifestara su voluntad en contrario (o lo que es igual, invocara la prohibición general que le protege en cuanto dueño, prohibición temporalmente retirada respecto al arrendatario por el acto consensual del contrato), el arrendatario tendría que desalojar a escape. Por supuesto que no lo hace. Tan insólito sería que lo hiciera, que se tomaría por renuncia al derecho y perdería prácticamente la acción del contrato, que antes de la entrega de la cosa, le hubiera servido para reclamarla.

Todo ello no quiere decir sino que las acciones reales que el dueño conserva frente a todos los demás, cesan durante el tiempo de la relación arrendaticia frente al arrendatario. Y sería erróneo suponer que, existiendo en sí la reivindicatoria, le es dable al arrendatario excluir su efecto por medio de la excepción del contrato. No todo contra-derecho es excepción en sentido propio: sobre ello desearía volver más adelante. Por un lado —procesalmente—, constando el arrendamiento por cualquier otro medio, el juez absolverá al arrendatario aún sin oponerle éste formalmente; por el otro lado —materialmente—, hasta que la relación arrendaticia acabe, no empieza a correr la prescripción de la *rei vindicatio* (o por mejor decir, el término de la usucapión del poseedor).

En cambio, el arrendatario no está protegido frente a terceros más que, en el campo reducido de las perturbaciones de mero hecho, por el interdicto. Si esto presta a su titularidad un cierto tinte de derecho real, es cuestión en la que no entraré. Sin embargo, por lo que se refiere a los frutos pendientes, pese al artículo 334 del Código civil, él es a todos los efectos el sujeto directo de la protección. Si un tercero los destroza dolosamente o se los apropia (separándolos), ofendido por el delito de daños o de hurto —y titular en éste de la acción civil de restitución— es el arrendatario, no el dueño del fundo. Es claro que el delito no se excluye por la circunstancia de que el dueño consienta en la apropiación o incluso la perpetre él mismo. No quedará rebajado el delito a mero incumplimiento del contrato. Acepto la explicación de que los frutos tienen ya entonces el carácter jurídico de producto. Pero el producto es la manifestación más tangible del disfrute. Y si en vez de un fundo rústico lo arrendado fuese una casa, irrumpiendo el arrendador en la vivienda del inquilino, no ya contra, sino sin la voluntad de éste, cometería un delito de allanamiento de morada.

EL TÍTULO Y EL MODO

Como es sabido, varía, tanto en el tiempo como de un país a otro, el régimen de la adquisición derivativa de los derechos reales, y especialmente de la transferencia de la propiedad. Incluso pueden coexistir dos principios opuestos dentro de una misma legislación. Así, en la nuestra, como ya ocurría en el derecho romano, el legatario (a diferencia del heredero —siquiera la aceptación de éste se retrotraiga a un momento anterior—) adquiere los legados puros y simples desde la muerte del testador, mientras que al comprador no le hace propietario el contrato sino la entrega de la cosa. O sea, que antes de la entrega no tiene la propiedad, tiene meramente un crédito (Código civil, arts. 609 y 1.095): no es titular de un derecho (absoluto o *erga omnes*) sobre la cosa, sino de un derecho (relativo frente al vendedor) a la cosa. El derecho alemán adopta en esencia el mismo régimen. En cambio, conforme al principio de la voluntad constitutiva de los derechos reales, recogido en el Código de Napoleón y en el nuevo Código civil italiano, la propiedad se transfiere sin más por el contrato.

¿Se deriva de esta radical divergencia en el régimen de la adquisición del derecho variación en el contenido del derecho mismo, una vez adquirido? Indudablemente que no. No habrá quien suponga que la propiedad cambia de naturaleza allende

el Pirineo para recobrar la que entre nosotros tiene una vez pasado el Rhin. Si del modo de adquirirlo dependiera el contenido del derecho, no tendríamos que abrir el mapa para hallar la diferencia: la encontraríamos en nuestro Código. El heredero, el legatario y el donatario, sujetos por igual de una adquisición derivativa, serían propietarios de distinta clase que el comprador. La verdad es que, contra lo que pudiera suponerse, ni siquiera difieren, de una a otra legislación, las soluciones de una serie de cuestiones conexas, como el riesgo y el supuesto de doble venta. Dudo que esto último se deba meramente a un juego mitigador de los principios. Lo que simplemente implica el hecho de que haya legislaciones que prescindan de la efectiva toma de posesión de la cosa en la adquisición del derecho real sobre ella, es (supuesta la identidad esencial del derecho) que nada se opone conceptualmente a que el derecho se constituya y exista sin necesidad de una relación inmediata con la cosa.

Propiamente la *traditio* cumple, y ha cumplido siempre, una función de exteriorización, como lo muestra, mejor que nada, su origen histórico. Mientras enajenante y adquirente se limitan a pactar, esto es, a cruzar palabras, no hacen nada que sea en sí patente y reconocible por los demás. Pero justamente se trata de implicar a «los demás» en el hecho de que el derecho pase de uno a otro. De aquí que no baste el contrato, el título: *non nudis pactis [dominia rerum] transferuntur*. En cambio, el acto de hacer efectiva la promesa del pacto se traduce en una mutación material que todos pueden ver. La cosa ya no está donde estaba o en la cosa ya no está el mismo de antes. Haciendo del *modus acquirendi* requisito de la adquisición, no se trata tanto de subrayar un señorío como al determinado sujeto de él.

Una doble consideración puede oponerse a esta idea de la función que cumple la *traditio*. Por un lado, su naturaleza consensual; por el otro, todas aquellas formas que, desde muy pronto, si no excluyen, disimulan el paso de la posesión,

como el *constitutum possessorium* y la *traditio brevi manu*. Lo primero significa un doble contrato, en cuanto para actuar o hacer efectivo el negocio jurídico anterior se requiere otra vez el consentimiento del tradente. Como ya se recordó antes, la previa declaración de éste no basta a transferir el derecho. Por donde puede haber traspaso material de la cosa sin adquisición de propiedad sobre ella — como si el comprador se apodera por sí del objeto vendido. A la inversa, en aquellas formas convencionales de entrega, pasa el derecho sin que la cosa cambie de mano.

En ambos casos la *traditio* pierde en efecto su virtud de acto de exteriorización. Pero entonces ¿para qué la *traditio*? Expresa o no, esta pregunta hubo de hacérsela un día el pensamiento jusnaturalista. Condujo directamente a la quiebra del dogma del título y el modo y la adopción del principio de la voluntad del derecho francés. Si de consentimiento había de tratarse esencialmente y si en todas aquellas formas de entrega convencional o simbólica quedaba celada la entrega, estimóse que era bastante el contrato para la adquisición del derecho real.

Es importante recordar que allí donde la *traditio* se ha conservado más deliberadamente, como en Alemania, ha quedado configurada como contrato real abstracto. La idea de la independencia de la *traditio* respecto del título obligacional que constituye su causa, ya se encontraba textualmente en el Digesto (Juliano, fr. 46, D. 41, 1). La doctrina alemana, sobre todo por obra de Savigny, ha dado a esta idea formulación definitiva. Pero al abstraer el contrato real del obligatorio, excluyendo del contenido de aquél la causa, no sólo se refuerza el papel que representa la entrega en el proceso constitutivo o traslativo del derecho, sino que queda inequívocamente subrayado su carácter de acto de exteriorización. Porque la gran ventaja a que responde tal idea es asegurar frente a todos la situación jurídica creada, que peligraría si en el contrato real hubieran de repercutir los motivos de invalidez del negocio

causal dependientes de la voluntad de las partes. En atención a éstas se arbitrarán, en lo posible, otros remedios, como la *condictio* o acción de enriquecimiento. Con la idea del negocio abstracto no se atiende al interés de los contratantes; se atiende, por encima de ellos, al aseguramiento general del tráfico.

TUTELA JURÍDICA Y DERECHO SUBJETIVO

Hasta aquí se ha apuntado a dos conclusiones. Primera, la relación directa de la persona con la cosa, y particularmente el goce, no es el contenido del derecho real. Por un lado, esa relación puede darse igualmente en un derecho de crédito; por el otro, el derecho real puede constituirse sin ella. La relación jurídica es siempre una relación de un hombre con otro u otros, una relación con terceros. Segunda conclusión, el derecho subjetivo, de una u otra clase, consiste en la atribución de una situación favorable a una determinada persona, mediante normas dirigidas a otra u otras personas. Estas normas determinan conductas, esto es, señalan por modo imperativo lo que sus destinatarios han de hacer o dejar de hacer. Contienen, consecuentemente, prohibiciones o mandatos. Un segundo grupo de normas establecen la sanción para el caso de incumplimiento de las primeras.

Pero con esto no basta para que pueda hablarse de un derecho subjetivo. La distinción, bien conocida en la teoría general, es demasiado fundamental a nuestro propósito. No podemos, pues, pasarla por alto. Lo que hace de la propiedad un derecho privado subjetivo no es el hecho de que el Estado meta en la cárcel al ladrón. Sin embargo, si no existiera otra sanción de la norma que prohíbe tomar las cosas ajenas, la propiedad —al menos de las cosas muebles— ya estaría

tutelada por el derecho. Bastaría con el Código penal, en cuyo precepto sancionador la norma está sobreentendida, para hacer de la propiedad un bien jurídico. Por la misma razón, lo es la vida humana o la integridad corporal. Ahora bien; por mucho que busquemos, las normas «no matarás» o «no mutilarás a otro hombre» no las encontraremos, ni expresas ni implícitas, en la ley civil. Si el derecho subjetivo de la propiedad consistiera en la tutela del goce y uso de la cosa atribuída, sin más, de cualquier clase y entidad que esta tutela fuese, la vida y la integridad corporal (tanto en sí como en el ejercicio de sus funciones corporales y espirituales) así como la libertad, serían a su vez derechos, meramente por el hecho de que esos bienes estén jurídicamente protegidos con las penas que castigan el homicidio, las lesiones y mutilaciones, la detención ilegal, la coacción, etc. Y si se aceptara que el propietario del fundo rústico ejercita su derecho dominical cuando siembra o recolecta, no habría nada que objetar a que se dijera que el respirar o digerir, o hacer gimnasia, son ejercicio del derecho a la vida, y el pasearse o quedarse en el café, ejercicio del derecho a la libertad. Hay, por el contrario, mucho que objetar. Luego la objeción nos llevará a rechazar la concepción usual del ejercicio del derecho.

Existe por de pronto una diferencia fundamental entre la norma que veda tomar la cosa ajena y la que prohíbe matar o mutilar a otro. Esa diferencia no está en la sanción (que conceptualmente nada se opondría a que fuese idéntica) ni en la condición de la sanción. Por consiguiente, como vamos a ver, no radica aún en ella el criterio diferenciador del derecho subjetivo. La diferencia consiste en que el que mata a otro o lo mutila no se libra de la pena (aun cuando se le atenúe) por la circunstancia de que el sujeto del presunto derecho a la vida o a la integridad corporal consienta en el hecho. Al propio mutilado le alcanza la pena. En cambio, el precepto que castiga el apropiarse de cosas muebles ajenas, se ha cuidado de añadir (en nuestro Código penal; pero no sería menos efectivo el inciso

aunque no figurase expresamente) «sin la voluntad de su dueño». El consentimiento del interesado excluye el delito y por tanto la sanción. Pero decimos que ello no se debe a que la propiedad sea un derecho, como en efecto lo es (por otras razones) y un derecho patrimonial típicamente disponible. Tampoco si se encierra a uno con su consentimiento (por ejemplo, en una sala de conciertos durante todo el tiempo de la interpretación del programa) hay delito de detención ilegal. Y sin embargo, la libertad no es un derecho, al menos en el sentido que lo es la propiedad, y sin género de duda no es un derecho que esté en el comercio de los hombres. Como tampoco lo está la fidelidad conyugal, y el adulterio igualmente se excluye si el marido consiente

La sanción penal de la propiedad no hace de ella un derecho subjetivo, simplemente porque la actuación de esa sanción no depende de la voluntad del sujeto protegido. El propietario puede dar su consentimiento para que otro se lleve su cosa; lo que no puede, si la apropiación ha ocurrido sin su consentimiento, es ni impedir ni influir jurídicamente sobre la sanción (aunque pueda cooperar de hecho, por ejemplo, denunciando el delito o coadyuvando a su persecución). Mientras la norma primaria, la que determina la conducta, queda a disposición del favorecido, se escapa por completo al radio de acción de su voluntad la norma secundaria que fija la sanción. Para marcar la diferencia, la doctrina del derecho penal ha acuñado el concepto de «bien jurídico» y designa así el objeto de la protección que se deriva de la pena. El «bien jurídico» puede coincidir con un derecho subjetivo. Se trata, conceptualmente, de dos cosas distintas.

No debe pensarse que es la naturaleza de la sanción lo que caracteriza al derecho subjetivo privado. En los ejemplos de que nos hemos servido hemos considerado sólo sanciones penales y esto podría confundir. He dicho antes que inútilmente se buscaría en la ley civil, ni expresa ni implícita en ningún precepto sancionador, la norma «no matarás». Sin embargo,

lo mismo sobre el homicida que sobre el ladrón, junto a la pena, puede pesar y generalmente pesa, la sanción del resarcimiento. Esta es una sanción civil, y dejada a la iniciativa del protegido, aún cuando en nuestro ordenamiento jurídico el precepto que la establece venga repetido en el Código penal, y regulada su actuación en el proceso represivo en forma tan especial, que la disposición dejada al titular resulta por vía negativa. Se entiende que éste pone la condición para la actuación de la sanción si no renuncia al derecho o retira la acción del proceso. Aceptando todo esto ¿por qué no son la vida o la libertad individual derechos subjetivos privados? ¿No está acaso contenida la norma primaria (el «no matarás» como el «no tomarás la cosa ajena») en el precepto sancionador del Código civil que obliga a indemnizar, concretamente en el artículo 1.902? No lo creo. Admitamos que todo precepto sancionador sea inseparable de una norma primaria, implícita o sobreentendida en él. La norma que corresponde al artículo 1.902 no es siquiera la más general de «no dañarás a otro». Es más estrictamente, esta otra condicionada: «si has dañado debes reparar el daño». En todo caso, que el hecho productor del daño sea la muerte de una persona o la sustracción de una cosa, es jurídicamente indiferente. El derecho toma aquí como factores determinantes, objetivamente el daño, subjetivamente la culpa, y se desentiende de la naturaleza del bien jurídico lesionado. Ni la naturaleza ni la entidad del resarcimiento, a diferencia de la pena, vienen medidos por él. En otro lugar, no sé si con acierto pero sí muy extensamente, he mantenido la tesis de que el hecho por el que se pena no es el hecho por el que se indemniza, y particularmente que en el caso del homicidio el daño reparable no es el daño del muerto (cuyo supremo perjuicio, el haberse quedado privado de vida, evidentemente no puede ser reparado).

Binding sostuvo en su obra *Las normas y su trasgresión* que la norma no forma parte del precepto penal. Muy agudamente, Carnelutti ha replicado que todo precepto sancionador

es inseparable de la norma (de cuya infracción se trata), pero que ésta en sí no pertenece al derecho penal ni al civil, sino que flota en una zona exenta. Lo que es penal o civil es la sanción, y cuando concurren sanciones de ambas clases nos encontramos ante una norma plurisancionada.

Sólo que no es cierto — como resulta de lo dicho antes— que la norma que prohíbe matar, o mutilar a otro, o privarle de su libre movimiento, sea una norma plurisancionada. Si la doble sanción se da, ello se debe a que el supuesto de hecho concreto entra eventualmente en el supuesto abstracto más amplio (condicionante) de la norma implícita en el precepto sancionador. La prueba concluyente se obtiene considerando que el matar, mutilar o encerrar a otro contra su voluntad no son conceptualmente supuestos ni necesarios ni suficientes de la sanción de resarcimiento establecida en el Código civil. No necesarios, puesto que se puede dañar a otro, dolosa o culpablemente, de otros mil modos. No suficientes, porque — cuando menos en principio— se puede matar, herir o privar de la libertad sin producir un daño resarcible.

Pero hay aún más. Ni siquiera así — por modo eventual e indirecto— es cierto que la norma condicionada que obliga a la reparación del daño proteja la vida o la propiedad. La sanción penal al homicida o al dañador están dadas para la infracción de la norma protectora misma. En el caso del homicidio, la acción de resarcimiento no es del muerto, ni tampoco, a lo que creo firmemente, de su heredero como tal. Es del perjudicado por la muerte, que tanto puede serlo el heredero como otro. En el caso de daños a la cosa ajena, indudablemente la acción no es real, pero ni siquiera necesariamente es una acción del propietario *actual*. Si el dueño perjudicado, después de producido el perjuicio, transfiere el dominio, el derecho a la indemnización queda en él; no pasa con las demás pretensiones reales. Ha vendido y entregado la cosa como estaba en el momento del contrato, esto es, desvalorizada por el menoscabo causado en ella. Consecuentemente, el contenido

del resarcimiento es un detrimento en el patrimonio del vendedor y no en la cosa misma. El supuesto de la norma condicionante del artículo 1.902 es un daño en el patrimonio, no un daño en las cosas. No está dada para la protección del derecho de propiedad. Y por ello, aun cuando la actuación de la sanción quede en manos del particular perjudicado, esa norma no hace de la propiedad un derecho subjetivo.

LA CERCA Y EL ESTRIBO

La cerca.

Decimos, pues, que la protección mediante normas de un bien o un interés no hace sin más de éste un derecho subjetivo. Y si aceptamos que toda norma consiste en señalar una obligación — un hacer o un omitir —, lo que resulta es que no a toda obligación corresponde un derecho. La norma que prohíbe matar me protege a mí como a todos los demás hombres. Por tanto, todos estamos interesados en que la norma se cumpla, y aún más, en que se haga efectiva la sanción una vez incumplida. Es claro que, si pudieran, también se interesarían las codornices en el cumplimiento de la norma que impone la veda, y no les sería indiferente que la Guardia Civil le quitara la escopeta al infractor. Después de todo, las codornices son más capaces de interesarse que, digamos, el fruto humano en el vientre materno, protegido por la norma que prohíbe el aborto. Sería puramente metafórico decir que el embrión tiene un derecho subjetivo. Si hubiera ese derecho, su ejercicio, no pudiendo consistir en otra cosa, consistiría en efecto en la oscura, pasiva y seguramente plácida ocupación del crecimiento intrauterino.

Para que exista un derecho subjetivo se precisa que haya en favor de determinada persona una norma jurídica cuya



efectividad depende de la voluntad individual del favorecido. La última diferencia consiste no en la protección sino en la disposición sobre ella. Derecho subjetivo es el poder de exigir que el imperativo legal se cumpla. Si la situación favorable viene tutelada por prohibiciones —como en el caso de la propiedad—, el ordenamiento jurídico atribuye un derecho subjetivo al propietario en cuanto pone en sus manos las pretensiones encaminadas a hacer efectivas esas prohibiciones. En los derechos de obligaciones (salvo los de contenido negativo) la norma que establece la conducta se resuelve en un mandato. El derecho subjetivo del acreedor consiste en el poder exigir que la conducta sea cumplida. Y no meramente se trata de una disponibilidad sobre la norma «segunda», que establece la sanción (así lo sostiene últimamente Nawiasky), sino ya previamente sobre la primera. Esto se ve claro en el caso de que la norma primaria imponga una prestación positiva, un dar o un hacer. El derecho subjetivo es, por de pronto, el poder pretender esa prestación ordenada; sólo secundariamente, la que, por vía de sanción, sustituya (o complemente) a la incumplida.

¿De suerte, según esto, que ser propietario de un jardín no consiste en pasearse por el jardín cuando a uno le plazca, en plantar geráneos en vez de rosales, o en cenar en el jardín con los amigos, sino, más bronca y negativamente, en poder echar a quien en él se meta y en recobrarlo de quien de él nos prive? De nuevo nos sale al paso la idea preconcebida que al principio de este ensayo apuntábamos. Lo que le importa al dueño es el goce, y si adquiere el jardín no es para representar, a escala humana y burguesa, la escena de la expulsión del Génesis. Admitamos que no sólo es el goce la finalidad del adquirente sino también la finalidad del derecho. Todas las prohibiciones que protegen jurídicamente al propietario no están dadas *in vacuo* o para nada, sino para asegurarle el uso exclusivo de la cosa. Por eso Ihering, que consideraba el fin, el *Zweck*, como el factor esencial del derecho, definió el derecho subjetivo

como un interés protegido. La tesis que aquí exponemos no niega que, en la propiedad, la finalidad sea asegurar al propietario el goce exclusivo de la cosa, ni que este aseguramiento se traduzca en un bien. Lo que niega es que el derecho consista en la finalidad, siendo estricta y formalmente sólo un medio. Textualmente se mostraba Thon conforme con las palabras del *Espíritu del Derecho Romano* según las cuales el fin práctico del derecho «es una utilidad, una ventaja, una ganancia, que debe ser asegurada por el derecho». Pero se negaba a admitir (lo mismo que bastantes años después, casi con los mismos términos, Jellinek) que el fin del derecho entre en la determinación del concepto del mismo. En la noción de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, estimaba indispensable hacer una transposición. (En cierto modo, ya realizada por el propio Ihering, puesto que en su gran libro, a esa definición, que es la más conocida, sigue esta otra: «Derecho es la seguridad jurídica del goce... autotutela del interés»). El derecho no es el goce, el interés, sino cabalmente el medio peculiarísimo de asegurarlo. «No debe distinguirse la corteza protectora (la tutela jurídica) del núcleo (el interés): no, sólo la corteza constituye el derecho, el núcleo queda por fuera de éste». «Este último (un goce presente y futuro) pertenece al concepto del derecho tan poco, como pertenece a la cerca el jardín, cuyo exclusivo goce la cerca está igualmente destinada a asegurar al propietario». Hemos de nuevo en el jardín alegórico.

A este jardín también se asoma, en su magnífico *Tratado de Derecho Civil de España* (Parte General, I, p. 587, n. 4, ed. de 1949), Don Federico de Castro. «En la metáfora de la cerca —dice— no son los palos entrelazados los que hacen nacer el jardín; es la concesión y existencia del jardín lo que hace posible la construcción de la cerca». Pero previamente (íd. p. 55), invocando la autoridad no de un positivista extranjero como Bierling sino del mismísimo Suárez, ha negado que haya normas jurídicas cuyo cometido sea permitir o conceder

directamente, admitiendo que un permiso no podría entenderse sino gracias al imperativo que, oculto, la norma lleva dentro de sí. ¿Donde está pues la norma que empieza por conceder el jardín para establecer luego la prohibición de irrumpir en él? A mí me parece clarísimo que la cerca, si no condiciona (por descontado) la existencia del jardín, sí simboliza o mejor materializa el *derecho* de propiedad sobre el jardín. Porque del derecho y no del jardín se trata. En fin de cuentas, esta cerca es la de Rousseau. No el mero usuario del jardín sino sólo el propietario puede poner la cerca. Con ello no realiza acto ninguno de goce, sino manifiesta con un obstáculo material su derecho a impedir la entrada de otros. Aunque suene a paradoja, no es consustancial al derecho de propiedad que haya jardín, y mucho menos goce efectivo del jardín, pero sí que el dueño pueda cercarlo (Código civil art. 388). Si un día le da por arrasarlo y convertirlo en un solar, la cerca queda como signo material del verdadero contenido del derecho que se conserva.

Por lo demás, no es rigurosamente exacto que Thon excluya «al contenido del derecho subjetivo del ejercicio del derecho» (¿o *del* contenido del derecho *al* ejercicio?). Lo que Thon sostenía es que el goce no entra en el contenido y que, por consecuencia, el ejercicio del derecho no consiste en el goce. Lo cual significa tan sólo que hay que buscar en algo distinto el acto del ejercicio.

El estribo.

Más importancia tiene la objeción según la cual este concepto negativo y formal del derecho conduce a confundir lo lícito y lo jurídicamente indiferente. En vez de un jardín, nos encontramos ahora con un caballo. «El ordenamiento jurídico —escribía Jellinek— me permite vender mi caballo, prestarlo o darlo en arriendo; mas es completamente indiferente para él que lo monte o enganche al tiro».

En su formulación más radical, la teoría negativista del derecho, puesto que no admite que el cometido de la norma sea atribuir autorizaciones o permisos, lleva en efecto a no considerar en el inmenso repertorio de los actos humanos más que aquellos que están ordenados o prohibidos. Todo el resto queda flotando en la masa indistinta de lo jurídicamente indiferente. Es incuestionable que al propietario del caballo nada le manda ni le prohíbe montarlo. Es cosa suya decidir cuándo y por qué haya de hacerlo. En lugar de usar del caballo, puede irse a callejear a pie o sentarse al aire libre a ver pasar las nubes. Ninguno de esos quehaceres tiene en sí significación jurídica. Son por igual manifestaciones de la libertad individual. Ahora bien, la relación del derecho con la libertad cabe concebirla de dos modos opuestos. O pensar que el derecho nos la da o, por el contrario, que el derecho nos la quita. Thon, según creo, abrigaba esta última opinión. En el principio era la libertad natural del hombre, y subsiste hasta cuando, y en la medida que, le pone un límite el ordenamiento jurídico. No es el derecho el que me da todas esas posibilidades, sino justamente las tengo porque el derecho no me las ha quitado. Para saber si puedo actuar no voy a la ley a buscar un «tú puedes», sino a saber si contiene o no un «tú no puedes». (Para la teoría de los imperativos —ya lo hemos dicho antes— un permiso explícito no tiene sentido más que allí donde anteriormente existía una prohibición. Así es como puede entenderse la formulación positiva de los derechos políticos del ciudadano en la parte dogmática de las Constituciones).

Al ordenamiento jurídico (citemos —y glosemos— otra vez a Thon) le basta con asegurar al propietario la inviolabilidad de su cosa mediante prohibiciones a todos dirigidas. En principio, para nada se ocupa del goce ni del sí y el cómo del goce. «Concebir el goce de los bienes jurídicamente protegidos, en sí mismo, de nuevo como un derecho o como el ejercicio de un derecho, no sólo sería superfluo e inútil, sino inconveniente». En primer lugar, tanto la propia persona como

la propia cosa pueden ser usadas de mil maneras. El que el derecho cumpla el cometido de suprimir los obstáculos que otras personas pongan indebidamente al uso, no quiere decir que las apruebe. Simplemente, se desentiende de ellas. De una enumeración positiva autorizante resultaría en cambio la aprobación. Tal vez el dueño del caballo lo hace galopar hasta reventarlo, destruyendo así irreflexivamente su bien por un capricho. Tal vez el ocioso que se sienta a ver pasar las nubes tiene a su cargo una familia con recursos insuficientes. En suma, siendo más amplio el círculo de la moral que el del derecho, una contradicción formal vendría a producirse si cualquier forma de uso no prohibida del bien asegurado fuese por sí un derecho o el ejercicio de un derecho. En segundo lugar, si en el vasto campo de lo meramente no prohibido clavásemos la bandera del derecho subjetivo, habría que aceptar, en vez del pasivo permitir con que el derecho responde a lo jurídicamente indiferente, la necesidad de una garantía de ayuda por parte del ordenamiento jurídico. Pero por lo que se refiere al goce, esa garantía no existe. Será fácil ver, a la luz de este concepto, la radical irrelevancia del goce en sí.

Supongamos que el dueño del caballo, en el momento que se propone montarlo, descubre que se lo han quitado. El ordenamiento jurídico le prestará su asistencia, mediante la obligación coactivamente impuesta al que tenga el caballo de devolverlo a su dueño. Esta sanción de la norma prohibitiva que protege la propiedad emana directamente de ésta; es más, el derecho dominical consiste fundamentalmente en ella. Pero, indudablemente, para nada juega en su actuación ni en las condiciones de su actuación el propósito de montar el caballo, ni el propósito del ladrón de que no se monte. La misma asistencia podría reclamar y obtener el propietario inválido que fuese a la cuadra a contemplar a su animal; o el propietario ausente. Supongamos ahora que un tercero impide al dueño (por ejemplo, deteniéndolo) llegar hasta el caballo, para que no lo monte. La reacción jurídica se desentiende igualmente del

motivo —e incluso del derecho de propiedad— puesto que idéntica sería si la violación de la libertad de la persona hubiera tenido otro móvil, y por supuesto, de no ser la persona impedida el dueño del caballo. De todo ello resulta que el ordenamiento jurídico no protege directamente el goce del bien y que este goce no es ejercicio del derecho sobre el bien.

Cuando se trata pura y simplemente del acto de goce, el derecho nada tiene que hacer. Representémonos finalmente al dueño junto a su caballo. Nadie se lo ha quitado ni le ha impedido llegar hasta el animal. Va a ejercitar su derecho de propiedad montándolo. Sólo que cuando, con el pie ya en el estribo, intenta subir, le faltan fuerzas o destreza. Resulta cómico preguntarse si no puede pedir acaso la ayuda del Estado para que le empuje hasta la silla. Pero si un derecho a usar del caballo, montándolo, le estuviera en efecto atribuido, o si ese uso fuese realmente la forma de ejercitar su derecho de propiedad sobre el caballo ¿por qué había de ser cómica la pregunta?

FACULTAD SIMPLE Y CUALIFICADA

Si se concibe el derecho subjetivo como un conjunto de facultades —y las facultades mismas como el contenido del derecho— se incluyen por fuerza en éste un número indeterminable de actos a los que falta todo carácter intersubjetivo. Y decimos que estas llamadas *facultades internas* (o ejercitables *in suo*) son indiferentes al ordenamiento jurídico, en el sentido riguroso de que ningún efecto se deriva de la realización u omisión del acto correspondiente. Éste, en principio, queda abandonado a la discreción, esto es, a la conveniencia o capricho del sujeto. O sea, que más que el contenido de la facultad, pertenecería a la esencia del derecho la alternativa de la facultad. Nadie que afirme que el sembrar la tierra o montar el caballo son actos de ejercicio del derecho de propiedad, podrá negar que tenga igualmente el *dominus* la facultad de dejar en barbecho la tierra o en reposo el caballo.

Por eso, quienes definen el derecho subjetivo como una *facultas agendi*, suelen cuidarse de precisar que el acento viene puesto no tanto en el *agendi* como en la *facultas*. Esa facultad de obrar es, por de pronto, una facultad de no obrar. Nada tiene, pues, de una *norma agendi*. En suma, el derecho subjetivo es libertad. Pero a la misma conclusión se llega, como acabamos de ver, si equiparamos simplemente lo «permitido» con lo «no prohibido».

Volvamos al argumento según el cual lo lícito queda de este modo confundido con lo jurídicamente indiferente. A primera vista, la objeción impresiona. Cualquier comportamiento individual, por absoluta que sea en sí su irrelevancia jurídica, puede verse sometido a un «juicio de legitimidad» en atención a sus consecuencias eventuales. La ilicitud, sin embargo, no es otra cosa que la no conformidad del acto con el derecho objetivo. Dando por supuesto que el derecho objetivo opera fundamentalmente con prohibiciones y mandatos, en ese juicio todo se reducirá a ver si el comportamiento en cuestión implica una acción o una omisión indebidas. Nuestro Código penal, para excluir la pena (más propiamente la acción punible) por caso fortuito, habla de ejecución de un acto lícito. Entran en este concepto todas aquellas formas de actividad, innumerables e indistintas —consecuentemente, no susceptibles de autorizaciones explícitas— que el sujeto puede realizar sin tropezar con un límite jurídico. Por tanto, *también* las «facultades internas» que, concebido el derecho subjetivo positivamente, lo integrarían. El cometido del juez penal, para saber si la eximente queda excluida, se reducirá por tanto a comprobar si una prohibición se oponía al acto productor del resultado lesivo, que, mediando dolo o culpa, hubiera constituido delito.

Tampoco parece exacto considerar el derecho subjetivo integrado por un conjunto de facultades de obrar, tales, que quedarían cualificadas por la tutela especial que el ordenamiento jurídico les presta. Puesto que la tutela está condicionada por la voluntad del titular, o sea por una pretensión de éste, se llega así (como ha hecho Alessandro Levi en su *Teoría general del derecho*) a fijar el concepto del derecho subjetivo asociando el elemento de la facultad con el de la pretensión. En fin de cuentas, esta tesis deja, para lo que a nosotros particularmente importa, las cosas como estaban. Pese a esa insinuación de un segundo elemento, el ejercicio de un derecho subjetivo sigue siendo el *agere* o utilización de

las facultades en que ese derecho se especifica sin perder su unidad radical.

Concebir el derecho —viene a decirse— meramente como conjunto de facultades de goce, o facultades internas (aún presuntamente cualificadas por la pretensión) no es posible. Justamente porque son indeterminables y porque el derecho objetivo se desentiende del efectivo goce. No siendo sino comportamientos discrecionales del sujeto del derecho, y no implicando el uso que éste haga prestaciones ajenas, ni se pierden por no uso (*in facultativis non datur praescriptio*) ni el no uso consolida en otros sujetos un derecho contrario. Mas ello no significa que el ordenamiento jurídico se desintere de tales meras facultades, ya que las protege. Gracias a la tutela adquieren valoración jurídica y se convierten, como acabamos de decir, en un *licere* cualificado. Así como puede haber una licitud sin pretensión, cabe una pretensión sin una situación subjetiva de licitud. Sólo las pretensiones jurídicas que sirven de escudo a situaciones de licitud concurren con éstas a formar el derecho subjetivo. Este, pues, resulta de la síntesis de los dos elementos: facultad y pretensión. En suma, el derecho subjetivo podría definirse como una *facultas agendi* cualificada por la pretensión, gracias a la «intersubjetivación» de la facultad por obra de la pretensión.

Pero el ejemplo del jinete inexperto nos ha enseñado que no es cierto que a las facultades de goce correspondan pretensiones y, por tanto, que el *licere* quede cualificado por la tutela jurídica. Ésta puede simbolizarse con la cerca del jardín, no con el estribo que ayuda a subir al caballo. Repitémoslo: el ordenamiento jurídico asegura solo indirectamente al propietario el disfrute de la cosa mediante la norma que la hace inviolable; al individuo el uso de sus facultades físicas y espirituales mediante la norma que declara la inviolabilidad de la persona. Más no puede hacer ni hacer. El goce de la cosa puede resultar impedido de mil modos. La tutela de la propiedad sólo se fija en aquellos que consisten en una ingerencia

ajena en la cosa misma. Suprimida esta clase de ingerencia, el derecho de propiedad nada asegura ya al dueño. Es especialmente claro que para impedir el goce de la propiedad (o el goce de la cosa que constituye el fin de la propiedad) tanto se puede quitar la cosa como quitar de en medio al dueño. En este segundo supuesto, no es que falte la protección jurídica, sino que la que entra en juego no es emanación ni atributo del derecho de propiedad.

GOCE E INCAPACIDAD JURÍDICA

Los reproches que se han hecho a la famosa definición de Windscheid, aduciendo el fenómeno jurídico de la incapacidad, son plenamente convincentes en cuanto en el «poder querer» en que consistiría el derecho subjetivo se incluya el goce. Esos reproches valen también para otra de las vertientes en que, según Windscheid, se proyecta la fuerza o señorío de la voluntad atribuido por el ordenamiento jurídico. Como es sabido, contra la teoría de Ihering, Windscheid se negaba a ver en el derecho la tutela de un interés como tal. «(El derecho) tutela siempre tan sólo la voluntad dirigida a tener el bien». En este sentido, es derecho a un cierto comportamiento, acción u omisión, de otra u otras personas. Ese comportamiento viene establecido por una norma. Ahora bien; la atribución del derecho subjetivo sería algo así como el despojarse el ordenamiento jurídico de esa norma en favor del titular del derecho. La voluntad de éste es decisiva para la entrada en vigor de la norma. A todo lo cual se ha replicado que aún cuando realmente falte una voluntad dirigida a tener el bien, incluso si se manifiesta una voluntad opuesta, subsiste el derecho y la tutela atribuida con él. Ni siquiera es necesario recurrir al caso extremo de la incapacidad todavía no suplida por la representación. Basta aducir, por ejemplo, el caso de la consignación: el acreedor no sólo no pretende, sino que se

niega a aceptar lo que le deben; hasta el momento de la consignación, continúa habiendo un deudor y por tanto una obligación.

No es la tutela misma lo que necesita de la voluntad, ya que viene atribuida con independencia del querer y aún de la posibilidad de querer del interesado. Las normas que tutelan la propiedad juegan por igual si el dueño es un menor o un demente no provisto todavía de representante legal o si se trata de persona que no sabe todavía que es propietario (como el legatario a quien hace dueño la muerte del testador sin necesidad de saber nada del legado). La relevancia jurídica de la voluntad radicaría tan sólo (si se acepta el concepto de derecho subjetivo que nosotros hemos adoptado) en la participación del titular en aquella porción de la tutela que hace del bien tutelado un derecho subjetivo.

Mayor eficacia tiene el argumento, decíamos, si se pensara (como en efecto Windscheid pensaba) que el «poder querer» además de la pretensión, cubre el goce, o sea si se concibe el derecho subjetivo como un poder (en el sentido de licitud, de permiso: *Dürfen*) de usar y disfrutar el bien tutelado.

Pero no es necesario siquiera enfrentarse con la teoría del poder o señorío de la voluntad. Cuando nuestro ordenamiento jurídico se refiere a los que están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles —y recíprocamente, a los que no se hallan en ese caso— ¿qué entiende por ejercicio de los derechos? Parece claro que entiende aquello que el titular del derecho *no puede* (no es capaz de) hacer por sí válidamente y que debe hacer por él quien está llamado a suplir su incapacidad para el acto jurídico de que se trate. La institución jurídica de la incapacidad parece corroborar la teoría de la voluntad —o al menos apunta hacia ella. Hay actos jurídicos, que son —o el ordenamiento jurídico los toma así— ejercicio del derecho subjetivo, los cuales requieren para su eficacia un ser de voluntad, de suerte que si el titular del derecho no es este ser, la voluntad se suple.

Sólo que estos actos, por definición, no pueden ser aquellos que hemos calificado de jurídicamente indiferentes. Si el ordenamiento jurídico no atribuye efecto ninguno al acto (aunque pueda atribuírselo a sus consecuencias eventuales; por tanto, no le atribuye efectos que recaigan en la propia relación que alberga al derecho) ¿cómo había de preocuparse de las condiciones de validez del acto? Volviendo a la cita de Jellinek: supuesto que al ordenamiento jurídico le sea indiferente que el propietario del caballo lo monte o no lo monte, el uso del caballo por su propietario para nada será afectado por la capacidad o incapacidad jurídica del sujeto.

Si el uso o disfrute de la cosa fuese ejercicio del derecho, el tutor del menor o del loco estaría autorizado para el goce. En el caballo montaría el tutor, por el jardín pasearía el tutor, las joyas de la heredera las luciría... la mujer del tutor. Evidentemente, el disfrute sigue correspondiendo al *dominus*. Cosa distinta es que el tutor pueda impedir al pupilo, en su propio interés, y en determinadas circunstancias, el acto de goce. Pero esto depende de que la tutela incluye tanto la guarda de la persona como de los bienes. Con la misma razón puede impedir el tutor que el pupilo monte en un caballo ajeno o se pasee por el jardín público. Los preceptos que imponen una adecuación de la alimentación, educación y cuidado de la salud del pupilo a su condición o fortuna, proclaman bien a las claras — si hiciera falta — que el sujeto del goce del derecho es el titular mismo del derecho.

Más evidente resulta la divergencia entre ejercicio y goce si pasamos a los derechos de la personalidad, empezando por los llamados derechos a la vida e integridad física, o al honor, y terminando por el derecho al nombre. Si el ejercicio de este último fuese en efecto el uso del nombre, o el llevar el nombre, no podría llamarse cómo sus padres el que no fuese capaz de ejercitar sus derechos.

LA DISPOSICIÓN SOBRE EL DERECHO

Acceptando que el uso o disfrute de la situación favorable que el derecho subjetivo atribuye no es ejercicio del mismo, queda por ver si lo es la disposición sobre el derecho. Generalmente así se afirma. A diferencia del acto de goce, caracteriza a la disposición su efecto sobre el contenido del derecho mismo. Y se trata de un efecto inmediato, aunque no siempre en sentido temporal (así, exigiéndose la *traditio*, la propiedad no se transmite por el contrato sino por la entrega). ¿Entra a su vez la facultad o poder de disponer (*posse*, esta vez, y no *licere*) en el contenido del derecho que a la vez es el objeto del acto dispositivo?

Ya esta circunstancia, a saber, que el negocio jurídico dispositivo tenga por objeto el contenido del derecho, apunta a una dificultad lógica. Si yo tengo un objeto cualquiera en mi mano y lo lanzo a otro, el impulso o poder que me permite lanzarlo eficazmente ha de estar por necesidad fuera del objeto. Está, en efecto, en mi brazo. Si el objeto tuviera en sí la facultad de trasladarse, para nada haría falta para el traslado la facultad de un sujeto. Pero se dirá que un derecho no es un objeto, sino tal vez una voluntad que se proyecta sobre un objeto, o, en todo caso, con referencia a él. Por tanto, las facultades en que el derecho consista, de cualquier clase que sean, están en el sujeto. Sin embargo, sigue siendo pertinente

preguntarse si el poder de disposición sobre el derecho forma parte del derecho.

Recordemos ante todo en qué consiste el acto de disposición. Es un negocio jurídico mediante el cual un derecho (por regla general, del propio sujeto) se transmite, se modifica, se somete a una carga o se pierde por renuncia. Fijémonos primero en esta última modalidad de la disposición, o sea, tratándose del derecho de propiedad, en la derelicción. Su contrapartida exacta es el acto de adquisición. Es unánimemente consentido que el acto del adquirente no implica una disposición (mientras que lo sería en cambio el acto del enajenante). Pero pensemos, para mayor claridad, en la adquisición por ocupación, en que enajenación no hay. Ocupación y derelicción dejan la cosa cómo y dónde estaba; sólo que, mediante la primera, un derecho dominical ha venido a crearse; mediante la segunda, a extinguirse. Alguna vez se ha hablado de que la adquisición por ocupación implica un derecho potestativo autónomo; nunca, que sea un acto de ejercicio del derecho de propiedad. Es más bien una mera facultad (en cuanto no condicionada por supuestos del ordenamiento jurídico concreto) y más precisamente una emanación de la general facultad jurídica de obrar. ¿Por qué no ha de serlo igualmente la derelicción?

Pero se dirá que mientras el adquirente, cuando procede a la ocupación, no es nada, no tiene derecho ninguno sobre la cosa, para que la derelicción sea eficaz se necesita que quien la haga sea el propietario. Esto es exacto, pero no es concluyente. Lo mismo que la ocupación es la facultad de adquirir la propiedad sobre una *res nullius*, la derelicción podría ser la facultad de perder el derecho sobre una cosa propia. En general, la calidad de titular del derecho sobre el que se dispone puede constituir el presupuesto de la eficacia del acto dispositivo sin ser por ello este acto ejercicio del derecho sobre el que se dispone.

Así lo han sostenido, con Thon, Ferrara, Chiovenda y

Messina (estos dos últimos —a diferencia sobre todo del primero— partidarios decididos de la categoría de los derechos potestativos; circunstancia que me importa mucho señalar). Hellwig, que afirmaba que la facultad de disponer es una emanación de los derechos patrimoniales, había de reconocer en seguida que sólo en *un sentido muy amplio* pertenece aquélla al contenido del derecho.

No vamos a aducir el caso de los derechos no disponibles. Ello no probaría nada, pues se trataría meramente de derechos en cuyo contenido no entraría la facultad de disposición, sin que nada se opusiera a que entrara en el contenido de otros. Pero sí es extraño que mientras especialmente respecto de la propiedad se señala la disponibilidad como nota esencial del derecho, a nadie se le haya ocurrido poner en tal facultad la esencia de otros derechos alienables. ¿Y se deduce acaso de la facultad que tiene el acreedor de ceder el crédito que la cesibilidad entre en el contenido del derecho? Todavía no sabemos en qué consista propiamente el ejercicio de un derecho de obligaciones, puesto que hasta ahora casi sólo nos hemos enfrentado con los derechos reales. Pero no parece probable que nadie sostenga que el derecho de crédito se ejercita cuando se cede; más bien ocurre que lo que se cede es el futuro acto de ejercicio.

La independencia del poder de disposición se prueba con todos los supuestos jurídicos de escisión de la titularidad en el derecho y el poder de disponer sobre el derecho. Como es sabido, este amplio campo de separación no coincide sin más con la incapacidad jurídica (respecto de la cual, por otra parte, podría objetarse que el derecho del *dominus* es ejercitado por la persona llamada a suplir su incapacidad). Pero a mí la prueba más ingeniosa (y concluyente) me sigue pareciendo la que ya aducía Thon fijándose en las disposiciones sobre la totalidad del patrimonio.

En la disposición testamentaria de una sucesión a título universal, a los herederos instituidos se transmite el entero



patrimonio del difunto. en especial las propiedades y créditos que éste tuviera en el momento de su muerte. ¿Eran esas propiedades y esos créditos lo que atribuían al testador el poder de disponer de sus derechos transmisibles por herencia? Indudablemente que no, puesto que puede muy bien ocurrir que en el momento de testar el testador no tenga nada de aquello que luego transmite por herencia. ¿O es acaso que el derecho de propiedad sobre las cosas que entonces le pertenecían tenía por contenido el poder de disponer de las adquiridas ulteriormente? También puede ocurrir que en el momento de testar no se tenga absolutamente propiedad ninguna. Y si se objeta que no son los derechos singulares sino el conjunto patrimonial lo que atribuye el poder de disponer, se puede replicar que el patrimonio no es un derecho por sí mismo, con un determinado contenido, sino la suma de los singulares derechos —o, más rigurosamente, de los derechos y obligaciones de su titular. Ahora bien; lo que los singulares derechos no pueden atribuir, no podrá atribuirlo tampoco su conjunto. Pero sucede incluso que para la eficacia del acto dispositivo no se necesita que el testador tenga siquiera un patrimonio. Para que el testamento tenga consistencia jurídica basta con que se adquiera después. La conclusión que se sigue es que el patrimonio es aquello de que se dispone, mientras que el poder de disponer por testamento es atribuido por modo autónomo por el ordenamiento jurídico.

Todo ello no impide que el acto de disposición pueda pertenecer al contenido de un derecho, pero de un derecho *diverso*. Así, por ejemplo, si se pacta la renuncia a un derecho de crédito mediante el pago de una suma. El acto dispositivo será la contraprestación del segundo contrato, pero no el contenido del derecho a que se renuncia.

EFFECTOS DEL USO Y DEL EJERCICIO DEL DERECHO

¿Qué debe entenderse, pues, por ejercicio del derecho? Para marcar rápidamente el contraste, volvamos a las dos definiciones que se siguen —y contradicen— en el gran libro de Ihering. La primera, según la cual el derecho subjetivo es un interés protegido, señala al elemento material que el concepto de la fuerza o señorío de la voluntad utilizado por Windscheid desatendía. El ejercicio del derecho será entonces la actividad de aprovechamiento o satisfacción del interés. Pero eso a que la definición apunta es el objetivo o propósito (el *Zweck*) de la protección, y el propósito de algo, por necesidad lógica, está fuera de ese algo. De tal suerte, que, concebido de ese modo, el derecho subjetivo se queda sin identificación posible. El interés (protegido) del comprador en nada difiere se ponga el efecto traslativo de la propiedad en el contrato o en la entrega; pero en este caso la *protección* consiste en un derecho real y en aquél en un derecho de crédito. Además, como se ha dicho, no toda protección jurídica eleva el interés a la categoría de derecho subjetivo. Nos queda la otra definición: el derecho subjetivo es autotutela. Si aceptamos esta fórmula —con todas sus implicaciones— ejercicio del derecho será el acto de iniciativa y participación del titular en la tutela atribuida a su interés. O si se quiere en otros términos, el acto condicionante de la realización de los imperativos jurídicos que sirven a la protección del interés.

Mientras que la utilización y disfrute de la posición favorable tutelada por el derecho implica una actividad, por lo común, indiferente, el acto de ejercicio se resuelve en una mutación del estado jurídico preexistente. La teoría del ejercicio del derecho desemboca así en el estudio y sistematización de los efectos que produce. El interés práctico de distinguir el uso del ejercicio de los derechos privados se manifiesta, pues, en un capítulo (por desgracia, poco elaborado en los manuales corrientes) de la Parte general del derecho civil.

No es que el derecho se desentienda siempre del uso; ya lo advertimos al principio. Incluso debe afirmarse que, en un sentido radical, no se desentiende nunca, puesto que la utilización del bien es la finalidad que el ordenamiento jurídico se propone con sus normas. Aquí no se ha hecho sino repetir el ya viejo razonamiento de que, consistiendo el derecho subjetivo en un medio — en una forma peculiar de protección —, el fin no forma parte de su contenido. Me refiero ahora más particularmente a aquellos casos, ya apuntados, en que el derecho atribuye efectos al uso mismo. Conviene aducirlos, porque ellos mostrarán mejor que nada la diferencia entre el acto de goce y el acto de ejercicio.

No me aventuraré por el vasto campo de la teoría de la posesión. Sin embargo, sería buena piedra de toque. Si se piensa que la posesión es — como la define ahora el Código civil italiano — la actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad (y de los demás derechos reales) ¿qué es lo que distingue al poseedor del propietario? Indudablemente, no el ejercicio así entendido como actividad común a uno y otro, o como actividad en atención a la cual el poseedor parece propietario. Igual se podría decir que el ejercicio de la propiedad consiste en la actividad que llamamos posesión — y efectivamente así se dice cuando entre los modos de ejercicio del derecho dominical se incluye el uso de la cosa. Si se quiere ver en el ejercicio la diferencia, el ejercicio habrá de ser por necesidad algo distinto. La relevancia jurídica de la posesión

consiste precisamente en que, gracias a institución tan paradójica, al uso en sí le vengan atribuidos efectos jurídicos.

Limitémonos al caso de la servidumbre. A diferencia de la propiedad, este derecho real sobre cosa ajena se pierde por no uso. Ahora bien; tal efecto extintivo es paralelo pero completamente diverso de la prescripción de las pretensiones que emanan del derecho. En primer lugar, de nada le servirá al dueño del predio dominante el reconocimiento de su derecho si efectivamente ha dejado de usar la servidumbre durante veinte años. Pero igualmente, en el mismo supuesto, de nada le servirá cualquiera actividad de ejercicio del derecho, en el sentido que aquí lo tomamos. En segundo lugar, la acción confesoria, si el predio dominante pertenece a varios en condominio, es de todos ellos —y no, a lo que creo, en comunidad «romana» o por cuotas sino «en mano común». El ejercicio de la acción por uno solo no podría aceptarse, como en el caso de la reivindicatoria, sino apelando a la figura de la sustitución procesal, o sea como ejercicio en nombre propio de un derecho (no sólo parcial sino absolutamente) ajeno. Sin embargo, basta el uso de la servidumbre por uno solo para evitar que la extinción del derecho (esencialmente indivisible) se produzca respecto de los demás (Código civil, artículo 548).

Esta última observación, basada en la diferencia entre el sujeto del goce y el del ejercicio del derecho, no es de ningún modo episódica. En una u otra forma, vale en términos generales, tenga o no el uso relevancia jurídica, y aparece siempre que la relación sea fundamentalmente indivisible frente a terceros. La copropiedad, por ejemplo, da lugar a una serie de nexos entre los copropietarios. En parte se refieren al goce de la cosa común por todos ellos. Aún cuando se trate aquí de la coordinación de una pluralidad de intereses, y por tanto de nexos intersubjetivos, la ley sigue un criterio fundado en que, de todos modos, la relación no deja de ser interna. Otro muy distinto puede ser el criterio que se siga para la proyección del derecho hacia fuera. No

se necesita acudir a los derechos potestativos no autónomos, o sea, aquellos que pueden concebirse como parte o elemento integrante de una relación jurídica ya existente y cuya finalidad consiste en dar una ulterior configuración a la misma. Si A y B compran una casa, es cosa suya determinar quién de ellos y en qué medida haya de usarla. Pero si la han comprado reservándose el derecho de resolución, ya no es cosa suya decidir quién haya de ejercitarlo. Sólo lo podrán ejercitar conjuntamente (y de nuevo, no en comunidad por cuotas sino en mano común). Es igualmente claro que si el vendedor ha vendido con pacto de retro, habrá de ejercitar su derecho frente a ambos compradores. Pero, en fin de cuentas, por patente que sea la dependencia de derechos de tal clase respecto de la relación jurídica a que se refieren, yo no estimo razonable negarles la adscripción a una categoría especial. No son derechos a una prestación, esto es, no son pretensiones. Consideremos directamente las pretensiones que emanan de un derecho real. (En los derechos de obligaciones, el derecho o crédito se identifica con la pretensión, sin perjuicio de que una sola relación obligacional pueda albergar una pluralidad de pretensiones. Sin embargo, en las obligaciones activa o pasivamente solidarias, se muestra también clara la distinción entre los sujetos del acto de ejercicio y las relaciones intersubjetivas internas de los diferentes acreedores o deudores entre sí). De nuevo es la copropiedad lo que mejor aclara la diferencia. La ley se inspira aquí en cuatro criterios distintos, según se trate del uso de la cosa común (artículo 394), de la administración (artículo 398), de la disposición (artículo 399) y finalmente del ejercicio de las pretensiones que del dominio emanan. En este último supuesto, como hemos dicho, no juega papel ninguno la participación por cuotas.

EJERCICIO DEL DERECHO Y DECLARACIÓN DE LA RELACIÓN

Aunque la regulación de los efectos jurídico-materiales del ejercicio de los derechos privados pertenece al derecho civil, el intento más riguroso hecho hasta ahora para sistematizarlos no figura, por lo que yo sé, en un libro de derecho civil. Se encuentra en un tratado de derecho procesal que data de hace cuarenta años. Cabría explicarlo por la circunstancia de que el autor, Hellwig, era ante todo un civilista consumado. Más allá de este factor personal, se explica por la vieja indeterminación de la línea divisoria que separa uno y otro derecho. Los tratados de Pandectas, por ejemplo, nunca distinguieron bien entre efectos materiales y procesales de la litis-pendencia, y parece, en general, como si el hecho de que la producción del efecto venga atribuída por la ley a un acaecer procesal (demanda, excepción, sentencia) dispensara al civilista de enfrentarse con el fenómeno. Y, sin embargo, cuando se trata de una mutación de la relación jurídica privada, no sólo corresponde al derecho civil determinar el contenido del efecto, sino que también entra en su campo el «supuesto» de éste. Ante un acto procesal de doble función, a la ley de enjuiciar no le compete sino dar «información» sobre si el acto verdaderamente se ha cumplido.

Pero el intento de Hellwig, a mi ver, falla. El método

es, sin duda, irreprochable, y el dominio de la materia elaborada, asombroso. Con todo, estudiamos una y otra vez los tres párrafos finales de su tratado, agrupados bajo el epígrafe «Los efectos jurídico-privados de la litis pendencia» (los llamados también «efectos del proceso») y se nos escapa la decisiva razón de por qué en unos casos la deducción del derecho —o el «hacer valer» el derecho (la *Geltendmachung*), comporta efectos sobre el derecho mismo y en otros casos está desprovista de ellos. Las conclusiones a que el tratadista llega son seguramente exactas, y hasta donde es posible, exhaustivas. El fallo está en la base. Se debe justamente a que Hellwig arranca de la concepción dominante del ejercicio del derecho como despliegue o utilización de las facultades que el derecho atribuye (*iure uti*). Si nos sirviéramos en cambio del concepto de ejercicio que hemos venido defendiendo, las conclusiones valdrían por igual, pero se nos descubriría, me atrevo a esperarlo, la clave de aquella diferencia inexplicada.

Sin intentar aquí la prueba, pero poniéndonos camino de ella, quisiera para terminar recoger la objeción que el propio Hellwig hace (en otro lugar de su libro) a la tesis negativista de Thon. Y es su presunta incompatibilidad con la figura de la acción meramente declarativa. Si el derecho de propiedad no tiene por contenido un haz de facultades atribuidas al dueño respecto de la cosa, y consiste tan sólo, negativamente, en las pretensiones encaminadas a hacer efectivas las prohibiciones ajenas ¿cómo es que el titular puede ir a pedir al juez que declare, sin más, que es propietario? Evidentemente, con la acción de pura declaración no se ejercita pretensión ninguna. Pero para que la objeción tuviera fuerza haría falta demostrar que mediante tal acción se ejercita el derecho de propiedad. El mismo Hellwig no afirma semejante cosa; bien por el contrario, para él ni siquiera la reivindicatoria o la negatoria implican ese ejercicio; éste consiste en la satisfacción del interés, y cualquier forma de deducción del derecho

(salvo en los derechos potestativos, donde ejercicio y deducción son un mismo acto) queda fuera de él. Pero entonces ¿cómo se explica que la acción que pide la entrega de la cosa interrumpe el plazo de la usucapión, mientras que la mera declaración de la relación jurídica, aún hecha frente al poseedor, no le afecta? Al menos —en nuestro derecho positivo— a la usucapión larga no necesitada de la buena fe. Si la demanda en que se pide la declaración de la propiedad informa al poseedor que el demandante es propietario, destruyendo así el requisito fijado para la prescripción adquisitiva más breve, es cuestión distinta del efecto establecido en el artículo 1.945 de nuestro Código civil. No sería interrupción civil de la posesión sino cese de la buena fe del poseedor.

Con la acción en que se pide la declaración de la relación jurídica, no se ejercita —ni tampoco se hace valer— derecho ni facultad ninguna que la relación albergue. Se ejercita un derecho distinto, e independiente, de naturaleza pública, a la declaración misma. La relación es presupuesto de este segundo derecho (y esto sólo en su modalidad positiva), pero no lo contiene. Un ordenamiento jurídico puede atribuir o excluir esta forma *general* de protección jurídica, condicionarla en el primer caso a unos u otros requisitos, sin que ello suponga variación ninguna en la estructura de los singulares derechos privados. No está dentro sino fuera de ellos. No es un medio de protección jurídica que el titular del singular derecho reciba en virtud de éste, por ejemplo, el propietario como tal, puesto que exactamente lo mismo, y condicionalmente a los mismos requisitos, lo tiene como sujeto de una relación del derecho de familia o de una relación obligacional. Supuesto el interés jurídico, puede corresponder incluso a quien no sea el sujeto de la relación.

Por tanto, cuál sea el efectivo contenido del derecho es indiferente. El propietario no pide al juez que declare ni el ámbito de su facultad de goce ni cuáles sean sus pretensiones eventuales. Le pide pura y simplemente que declare que la

cosa es suya — con arreglo a unos preceptos que, previamente a la determinación del contenido del derecho de propiedad, habían de establecer quién es el propietario.

Por lo demás, la deducción del derecho en el proceso implica siempre una «relativización». Aún tratándose de los derechos absolutos. En esto, la acción meramente declarativa se aproxima más a las pretensiones que a las facultades exclusivas. Ciertamente que en la demanda de A no se trata de una pretensión actual del demandado B (ni de la negativa, implícita en el deber de abstención general, ni de la positiva de entregar la cosa). Mas se trata de todos modos de una declaración que sólo puede tener efectos frente a B. Se es propietario *erga omnes*. Pero el juez no dice ni puede decir más sino que A es propietario en relación con B, exactamente como no podría hacer más al pronunciarse prejudicialmente sobre la relación en el proceso reivindicatorio. Por tanto, y sin perjuicio de los distingos que se han sentado, la acción meramente declarativa, a despecho de la objeción de Hellwig, antes apunta al derecho como protección que al derecho como haz de actividades protegidas.

He dicho