

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANALOGÍA DOCTRINARIA Y LEGAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES"  
TESIS DE GRADO

**CINDY LIZETH FRANCO FIGUEROA**  
CARNET 10409-08

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MAYO DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANALOGÍA DOCTRINARIA Y LEGAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES"  
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR  
**CINDY LIZETH FRANCO FIGUEROA**

PREVIO A CONFERÍRSELE  
LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MAYO DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS  
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN  
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS  
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA  
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

**NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**  
LIC. KARIN SORELLY GOMEZ GIRON

**TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**  
MGTR. CLAUDIA ANNABELLA ESTRADA VASQUEZ

Guatemala, 20 de Noviembre de 2013.

**Doctor**

**Enrique Sánchez Usera**

**DIRECTOR DE AREA DE EJES TRANSVERSALES**

**Universidad Rafael Landívar**

**Presente.**

**Estimado Doctor Sánchez:**

Por este medio me dirijo a Usted muy respetuosamente con el objeto de hacer de su conocimiento que fui nombrada como asesora del trabajo de Tesis II, titulada **“CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES: RELACION JURIDICA, DEBER JURIDICO Y DERECHO SUBJETIVO”** de la estudiante *Cindy Lizeth Franco Figueroa carne 1040908*. Al respecto informo que después de haber analizado y discutido ampliamente el contenido de la investigación realizada por la estudiante, se concluye que la misma fue elaborada llenando todos los requisitos establecidos para la misma, cumpliendo con las referencias y bibliografía adecuadas. En virtud de lo anterior, emito **DICTAMEN FAVORABLE** y recomiendo que se continúe con el trámite correspondiente para la revisión final.

Sin otro particular, me suscribo de Usted deferentemente.

Atentamente,

  
**M.A. Karin Sorelly Gómez Girón**

**ASESORA**

M.A. Claudia Annabella Estrada Vásquez  
Abogado y Notario

Guatemala, 10 de febrero de 2014.

Señores  
Miembros del Consejo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
**Universidad Rafael Landívar**  
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

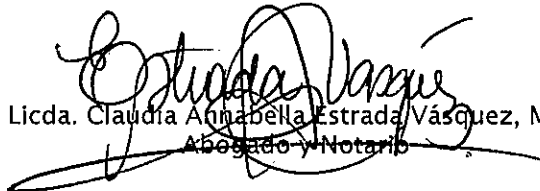
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como revisor de fondo y forma, del trabajo de tesis titulado **“Analogía Doctrinaria y Legal de los Conceptos Jurídicos Fundamentales”** elaborado por la estudiante **CINDY LIZETH FRANCO FIGUEROA** carnet 10409-08.

Luego de efectuada la revisión, se consideró que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por, **CINDY LIZETH FRANCO FIGUEROA** a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que a el autor se le confiera el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

  
Licda. Claudia Annabella Estrada Vásquez, M.A.  
Abogado y Notario



### Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante CINDY LIZETH FRANCO FIGUEROA, Carnet 10409-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07648-2014 de fecha 10 de febrero de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANALOGÍA DOCTRINARIA Y LEGAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 25 días del mes de mayo del año 2015.

  
MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar



## **DEDICATORIA**

**A DIOS:** Por acompañarme en cada momento de mi vida.

**A MI FAMILIA:** Por ser mi apoyo incondicional.

**RESPONSABILIDAD:** La autora es la única responsable por el contenido de la presente tesis.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>4</b>
<b>RELACIÓN JURÍDICA E INSTITUCIÓN JURÍDICA.....</b>	<b>4</b>
<b>1. GENERALIDADES DE LA ANALOGIA DOCTRINARIA Y LEGAL .....</b>	<b>4</b>
<b>2. LA RELACIÓN JURÍDICA .....</b>	<b>5</b>
2.1. Antecedentes.....	5
2.2. Definición.....	5
2.3. Estructura de la relación jurídica .....	8
2.4. Clasificación de las relaciones jurídicas .....	11
<b>3. INSTITUCIÓN JURIDICA.....</b>	<b>16</b>
3.1. Teoría institucional.....	17
3.2. Clasificación.....	18
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>22</b>
<b>DEBER JURÍDICO.....</b>	<b>22</b>
<b>4. EL DEBER JURÍDICO .....</b>	<b>22</b>
4.1. Antecedentes.....	22
4.2. Definición.....	29
4.3. Elementos.....	32
4.4. Relación entre el deber y el derecho .....	33
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>35</b>
<b>DERECHO SUBJETIVO .....</b>	<b>35</b>
<b>5. EL DERECHO SUBJETIVO.....</b>	<b>35</b>
5.1. Naturaleza .....	35
5.2. Definición.....	41
5.3. Categorías de derechos subjetivos.....	42
5.4. Estructura del derecho subjetivo .....	48

5.5.	La titularidad de los derechos. Sus tipos.....	55
5.6.	¿Existen derechos sin sujeto?.....	56
5.7.	Los llamados derechos sobre derechos.....	60
5.8.	La adquisición de los derechos subjetivos.....	61
5.9.	Situaciones jurídicas secundarias.....	
5.9.1.	Teoría general.....	73
5.9.2.	Clasificación.....	74
5.10.	Ejercicio, conservación y protección de los derechos subjetivos.....	76
5.10.1.	El ejercicio de los derechos subjetivos.....	76
5.10.1.1.	Definición y modalidades.....	77
5.11.	Conservación de los derechos.....	89
5.12.	Garantía o protección de los derechos.....	89
5.12.1.	Sus clases.....	89
5.12.2.	Defensa judicial. Teoría de la acción.....	90
5.12.3.	Acepciones y conceptos de la acción.....	93
5.12.4.	Naturaleza jurídica de la acción procesal.....	93
5.12.5.	Categorías de acción.....	95
5.13.	Modificación transmisión, extinción y pérdida de los derechos subjetivos.....	96
5.13.1.	Modificaciones del derecho subjetivo en relación con el sujeto.....	97
5.13.2.	Modificaciones del derecho subjetivo en relación con el contenido.....	97
5.14.	La transmisión y la sucesión de los derechos subjetivos.....	99
5.15.	La extinción y la pérdida de los derechos.....	100
5.16.	Teoría general de la renuncia de derechos.....	102
5.17.	El poder o facultad de disposición y las prohibiciones de enajenar.....	103
5.17.1.	La Disposición y el poder de disposición.....	103
5.17.2.	Efectos de los actos de disposición realizados sin poder de disposición.....	106
5.17.3.	Las prohibiciones de enajenar.....	107
<b>CAPÍTULO IV.....</b>		<b>108</b>
<b>PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>		<b>108</b>
1.	RELACIÓN JURÍDICA.....	109

2. EL DEBER JURÍDICO .....	115
3. DERECHO SUBJETIVO.....	118
3.1 TITULARIDAD DEL DERECHO.....	118
3.2 DERECHOS SIN SUJETO.....	120
3.3 ADQUISICIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS ...	123
3.4 MODIFICACIÓN, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	125
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>131</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>132</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>139</b>
ANEXO 1 .....	140
ANEXO 2 .....	163
Gaceta de la Corte Suprema de Justicia   Civil   300-2001 12/08/2002.....	163
ANEXO 3 .....	165
Gaceta de la Corte Suprema de Justicia   Amparo y Antejudio.....	165
913 -2004 01 / 0 7 / 2 0 0 5 .....	165
ANEXO 4 .....	167
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, España .....	167
ANEXO 5 .....	168
Acción de inconstitucionalidad 4/2004 proferida por la Suprema Corte de México .....	168
ANEXO 6 .....	169
Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito. Tomo XXXII, Diciembre de 2010. Pag. 1774. Tesis Aislada. México. ....	169
ANEXO 7 .....	170

## RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio, es un reflejo de lo que en el Derecho se ha denominado concepciones fundamentales, y que permiten establecer los parámetros principales para el desarrollo de cualquier tema que incumbe a la ciencia del Derecho en general. Con la mayor precisión posible se han tratado tres aspectos de suma importancia que a lo largo de la historia, la doctrina y las legislaciones se han dado a la tarea de establecer hasta su mínima expresión.

La presente investigación, no es la excepción, por lo que en la misma se ha realizado una recopilación de información de juristas de gran trascendencia, lo cual ha permitido establecer diferentes perspectivas acerca la estructura, características y clasificación de cada uno de los conceptos objeto análisis.

Para una comprensión más completa, la normativa jurídica y la jurisprudencia han servido como base para ejemplificar aquéllos puntos que no han quedado esclarecidos con la doctrina. Para el efecto los códigos civiles centroamericanos, y también el mexicano, argentino y español se han analizado y en consecuencia se ha extraído los artículos que han ilustrado las relaciones jurídicas, el deber jurídico y el derecho subjetivo en general pero también de manera sencilla, permitiendo con ello una mejor relación doctrinaria-jurídica.

Es preciso mencionar, que por tratarse de conceptos tan esenciales ninguna legislación los deja de contemplar, por el contrario es tan amplio el contenido de los mismos que ello permite demostrar de forma variada todos y cada uno de dichos conceptos, puesto que se pueden ejemplificar por medio de diferentes artículos dispersos en las diferentes legislaciones.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación forma parte del Manual de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Rafael Landívar, y conllevará al lector a una fácil comprensión de las concepciones fundamentales de la teoría general del Derecho, coadyuvando a la ampliación del conocimiento no sólo doctrinario sino también legal internacional. (Centroamérica, México, Argentina y España)

En el mundo de la ciencia del Derecho, existen conceptos jurídicos fundamentales los cuales sirven como base para la existencia y entendimiento del mismo. Al respecto el Diccionario de la Real Academia Española, define **concepto**, -del latín *conceptus*- como: *“la idea que concibe o forma el entendimiento”*, es decir que es la noción que se tiene de algo; mientras que **jurídico** que proviene -del latín *iuridicus*- se define como lo *“que atañe al derecho o se ajusta a él”*; por último **fundamental**, es definido como lo *“que es principal en algo”*. Teniendo ya, un análisis etimológico de los términos que conforman en un sentido general el presente estudio, es preciso recurrir a la doctrina para obtener una explicación más certera de lo que son teóricamente los conceptos jurídicos fundamentales.

Para ello, autores reconocidos como Eduardo García Máynez<sup>1</sup> entiende por tales a: *“las categorías o nociones irreductibles en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera”*. Por otro lado, Stammler<sup>2</sup> citado por Máynez emplea el método para determinar qué conceptos jurídicos son fundamentales. Dicho método consiste en llegar hasta los componentes elementales en cuya síntesis unitaria consiste el concepto mismo de Derecho, de manera tal, que a partir de la definición del derecho se derivan los conceptos jurídicos fundamentales o puros. Es por ello que **Rojina Villegas**

---

<sup>1</sup> Fernández Suarez, Jesús Aquilino. *“La filosofía jurídica de Eduardo Máynez.”* España. Servicios de publicaciones de la Universidad de Oviedo. 1990. Pág. 184

<sup>2</sup> *Loc. Cit*

citado por **Soto Álvarez** <sup>3</sup> señala, que: “*Los conceptos jurídicos fundamentales son aquellos que intervienen como elementos constantes y necesario en toda relación jurídica, es decir, en toda forma de conducta que se produce por la aplicación de la norma a los casos concretos*”.

No obstante lo anterior, es en relación con la teoría general del derecho, que se pueden desarrollar los conceptos antes descritos; a consecuencia de su naturaleza abstracta estos conceptos son igualmente utilizados en todas las ramas del derecho y su significación no varía, independientemente del contenido al que sean aplicados.

Una vez elaborada la teoría general del derecho como “orden normativo concreto”, se puede **definir el Derecho como:** *Un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas, integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.*

Plasmando a grandes rasgos, el contenido de la presente investigación debe señalarse como conceptos jurídicos fundamentales, las diversas concepciones a través de las cuales se consolida el concepto de derecho, puesto que ante la inexistencia de ellos no habría sustento para establecer la base teórica de aquél. Dichos conceptos son indispensables para tener una mejor percepción de las distintas ramas del derecho, ya que serán aplicables de modo constante en el desarrollo de las mismas.

Es por la relación sucinta, antes descrita que la presente publicación se fundamenta en la siguiente pregunta de investigación: ¿Podrá analizarse la analogía doctrinaria y legal, de los conceptos jurídicos fundamentales en la rama del Derecho Civil?

---

<sup>3</sup>Soto Álvarez, Clemente. *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*. México. 2005. Editorial Limusa, S.A. 3ª. Edición. Pág. 36

Para dar respuesta a lo anterior, se trazó como objetivo general: Analizar la analogía doctrinaria y legal de los conceptos jurídicos fundamentales en la rama del Derecho Civil.

Tomando como base el objetivo antes citado, se perfilaron como objetivos específicos, los siguientes: Realizar un análisis comparativo entre las legislaciones de Centroamérica, México, Argentina y España; estableciendo con ello las diferencias y similitudes existentes en dichas normativas. Así como destacar la importancia de los conceptos básicos del derecho, en torno a la relación e institución jurídica, deber jurídico y el derecho subjetivo.

Para alcanzar los mismos, el tema principal se ha desarrollado a lo largo de cuatro capítulos que desglosan uno a uno los cuatro conceptos jurídicos fundamentales, detallando en forma exhaustiva los aspectos relevantes que permitan una conceptualización integral de los mismos, relacionándolos con la temática jurídica de los países seleccionados para el efecto.

El tipo de investigación utilizado fue *histórico jurídico y jurídico comparativa*. El primero en virtud que lo que se pretende es indagar, sobre conceptos jurídicos fundamentales desde sus orígenes hasta las similitudes o diferencias que puedan surgir entre cada uno de ellos. El segundo porque para una mejor comprensión de los temas se realizó un contraste en las diferentes legislaciones de estudio.

Finalmente es preciso, hacer mención que el instrumento empleado fue el cuadro de cotejo titulado: “Cuadro comparativo de los Códigos Civiles centroamericanos, México, Argentina y España” en el cual se perfilaron los artículos de las legislaciones objeto de estudio, relacionados con los temas jurídicos fundamentales que son relación jurídica, institución jurídica, deber jurídico y derecho subjetivo y cómo éstos se relacionaron entre sí tomando en cuenta las características fundamentales de los mismos.

# CAPÍTULO I

## RELACIÓN JURÍDICA E INSTITUCIÓN JURÍDICA

### 1. GENERALIDADES DE LA ANALOGIA DOCTRINARIA Y LEGAL

Por “**analogía**”, debe entenderse<sup>4</sup>: La razón que existe entre las cosas, puesto que la misma se compone de dos voces griegas: **-ana-**, que significa entre, y **-logos-**, que equivale a razón. Es decir ese algo universal que las relaciona uniéndolas a las grandes leyes del sistema del mundo.

Pues bien en el mundo jurídico, el término es empleado con el objeto de establecer la existencia, no de una similitud cualquiera, sino una semejanza que sea relevante, es decir destacar la cualidad común a ambos casos. Señala **Bobbio**, citado por **Luis Maria Olaso, S.J. y Jesús Maria Casal**<sup>5</sup> que: “*esa semejanza relevante estriba en la **ratio legis**”* porque es la razón que tuvo el legislador para regular una conducta en determinado sentido.

Comúnmente, en el ámbito del derecho se habla de una analogía jurídica o legal. Al respecto la Corte Constitucional colombiana<sup>6</sup>, indica: “*La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas **expresamente** en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.*”

---

<sup>4</sup> Barcia, Roque. *Sinónimos Castellanos*. Colombia. 2010. Editorial Universidad del Rosario. Pág. 34

<sup>5</sup> Olaso S.J, Luis Maria y Jesús Maria Casal. *Curso de Introducción al derecho. Introducción a la Teoría General del Derecho*. Caracas Venezuela. Publicaciones Ucab, 2007. 4ª. Edición. Pg. 277

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8º de la ley 153 de 1887 Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Sentencia No. C-083/95 Expediente No. D-665 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-083-95.htm> Fecha de consulta 27 de Septiembre de 2013 (ANEXO 1)



En el presente estudio, se pretende dar la misma importancia a la analogía doctrinaria, es decir establecer la relación o aproximación que existe entre los diversos juristas y tratadistas del Derecho y la normativa jurídica en relación con los cuatro conceptos jurídicos fundamentales a desarrollar.

## 2. LA RELACIÓN JURÍDICA

### 2.1. Antecedentes

El término fue inmerso por primera vez en la doctrina por el ilustre **Savigny**, con el objeto de fijar los derechos y deberes en un marco más amplio de carácter organizado y así poderlos condicionar y limitar. Para **Savigny** citado por **Miguel Angel Larrosa Amante**<sup>7</sup>, existe una línea invisible que separa los límites a los cuales están sujetos los individuos que se relacionan entre sí, llamando derecho a la regla que fija tales límites y garantiza la libertad de los actos.<sup>8</sup> Es por lo anterior que cada relación de derecho, se refleja como una relación entre personas, determinada por una regla jurídica.

### 2.2. Definición

Para **Miguel Larrosa Amante**<sup>9</sup>, la relación jurídica no es más que un modo de ver reflejado los efectos jurídicos de la aplicación de la norma, a todos y cada uno de los sujetos del derecho. Así mismo considera que es un proceso que se constituye con el objeto de alcanzar un fin, y debe extinguirse con la obtención de ese fin, no obstante lo anterior, la relación no desaparece por completo del pensamiento jurídico, ya que seguirá teniendo importancia como fundamento o causa por la cual se originó la misma.

---

<sup>7</sup>Larrosa Amante, Miguel Ángel. Guía de Trabajo para los textos de apoyo del curso "Relación jurídica y derechos subjetivos. El Salvador. 2003. En página Web: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/RelacionJuridica/indice%20y%20presentacion.pdf>. Fecha de Consulta: 7 de Julio de 2013

<sup>8</sup> Ver Libro Tercero *Derechos Reales*. Título VI. *De las restricciones y límites de la propiedad*. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina. 1869.

<sup>9</sup>Loc. Cit

Al respecto es preciso mencionar lo establecido en ciertos artículos del **Código Civil Español**<sup>10</sup> por ejemplo el artículo 40.- regula que: *“Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*; se establece entonces al tenor de éste artículo que el domicilio marca la pauta para que una persona natural pueda ejercer derechos y obligaciones; por su parte el artículo 1095.- del mismo cuerpo legal indica que: *“El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.”* El artículo anterior no es más que un reflejo de los sujetos que intervienen en una relación jurídica como tal, y cómo ella inicia con la persecución de un fin y se extingue con la consecución del mismo.

En relación con lo anterior, para otros autores como **Francisco Serra Giménez**<sup>11</sup> y **Manuel Albaladejo**<sup>12</sup> la relación jurídica se origina en un hecho jurídico<sup>13</sup> protagonizado por sujetos de derechos y obligaciones. Mientras que **Arturo Alessandri R. y otros**<sup>14</sup> y **Rafael Rojna Villegas**<sup>15</sup> coinciden en establecer en que es una relación intersubjetiva tutelada jurídicamente, o como bien diría **Luis Legaz y Lacambra**<sup>16</sup> *“un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objetivo son ciertas prestaciones garantizadas, por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción.”*

---

<sup>10</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

<sup>11</sup> Serra Giménez, Francisco. Unidad Didáctica III. *Tema 11.- Derecho subjetivo y deber jurídico y Tema; 12.- Otros conceptos jurídicos fundamentales.* Cursos abiertos de la UNED: <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-12-otros-conceptos-juridicos-fundamentales>. Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013

<sup>12</sup> Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y parte general.* España. Librería Bosh S.L. Barcelona. Decimoquinta Edición. Pág. 437

<sup>13</sup> Para Albaladejo citado por Federico Arnau Moya, se entiende por hecho jurídico a: “todo suceso al que el ordenamiento atribuye la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, pérdida o la modificación de un derecho”.

<sup>14</sup> Arturo Alessandri R., y otros. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I.* Chile. Editorial Jurídica de Chile 1998. Pg. 293

<sup>15</sup> Rojna Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Persona y Familia.* México. 1979. Editorial Porrúa. Décima Sexta Edición Página 119

<sup>16</sup> Legaz y Lacambra, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* España. Bosch. 1943. Pág. 529

Preciso es entonces, citar como ejemplo de lo anterior, el contrato de compraventa que en el **Código Civil argentino**<sup>17</sup>, está contemplado en el artículo 1323.- *“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero”*.

Puntualizando más el concepto **Antonio Vodanovic H.**<sup>18</sup> señala que *“La relación jurídica es la relación entre el titular de un interés jurídicamente protegido (sujeto activo de la relación) y la persona o personas obligadas a realizar o respetar aquel interés, (sujeto pasivo de la relación)”*. Como ejemplo, de lo anterior indica que es jurídica la relación entre el acreedor de una suma de dinero y el obligado a pagarla.

Para ejemplificarlo, el artículo 496.- del **Código Civil argentino**<sup>19</sup> establece: *“El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda.”* Corresponde entonces a la norma jurídica, el velar por el nacimiento y la extinción de la relación jurídica, estableciendo previamente aquéllos lineamientos cuya observancia debe ser obligatoria para la correcta obtención del fin por el cual fue creada.

Aunado a lo anterior es importante mencionar como *requisitos básicos* para la existencia de una relación jurídica, de acuerdo con **Paloma Duran y Lalaguna**<sup>20</sup>: **Primero** una relación entre sujetos y **segundo** que esa relación se encuentre prevista en la normativa, generando con ello derechos y obligaciones para los intervinientes, como consecuencia produciendo la actividad judicial, que se circunscribirá a examinar a detalle y de conformidad con la norma aplicable, dichas relaciones.

---

<sup>17</sup>El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina.1869.

<sup>18</sup>Vodanovic H., Antonio. *Manual de derecho civil. Tomo I parte preliminar y general*. Chile Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 105-107

<sup>19</sup>El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina.1869.

<sup>20</sup> Duran y Lalaguna, Paloma. *Notas de Teoría del Derecho*. España. Universitat Jaume I de Castellón.1997. Pág. 221-226.

### 2.3. Estructura de la relación jurídica

Una vez establecido el concepto de lo que es la relación jurídica, es preciso determinar cómo se conforma, por lo que diferentes autores se refieren al tema, estableciendo que los elementos más importantes son: **el subjetivo y el objetivo o causal**. Pero no todos, se refieren a los elementos antes mencionados como los únicos, para **SerraGiménez**<sup>21</sup>, por ejemplo, los elementos de la relación jurídica son los siguientes: “**La norma jurídica** (ya que la relación está regulada por normas y esta regulación es constitutiva), **el objeto** (que puede consistir en la protección de bienes materiales o inmateriales) y **el contenido** (que consiste en realización de un hacer, un no hacer o un permitir).”.

Como ya se estableció el criterio anterior no concuerda del todo con la mayoría de autores, pero no por ello deja de ser importante mencionarlo, ya que en la realidad dichos elementos están implícitos en toda relación intersubjetiva y eso es lo que permite tener otra perspectiva de la composición doctrinaria que se le puede dar al tema en mención.

Por otro lado, el tratadista **García Garrido y Fernández Galiano** citados por **Lalaguna**<sup>22</sup>, establecen que los elementos que conforman la relación jurídica como tal, se dividen en: **intrínsecos** e **extrínsecos**.

- a) Los elementos **intrínsecos**, conformados por la *vinculación recíproca* existente entre los *sujetos (activo y pasivo)* intervinientes en la relación. Pudiendo ser dichas personas físicas (naturales) o personas jurídicas.
  
- b) Los elementos **extrínsecos**, los siguientes:
  - i. **Un hecho determinante o acto de voluntad**: En relación al primero García Garrido y Fernández Galiano, se refiere al hecho natural, que incluye todo acontecimiento no originado por el hombre, al que el derecho atribuye efectos jurídicos, tal es el caso del nacimiento que

---

<sup>21</sup> Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit*

<sup>22</sup> Duran y Lalaguna, Paloma. *Op. Cit.* Pg. 221-226.

conlleva a la relación paterno filial, o de la muerte provocando una relación de coherederos. El segundo no es más que aquella relación que nace porque así lo planifico el autor, como por ejemplo una transmisión de propiedad lo cual genera una relación de compraventa; pudiendo ser llevados a cabo estos actos de voluntad de forma lícita o ilícita.

- ii. **Entre sujetos de Derechos:** La relación jurídica debe generarse siempre entre personas físicas o jurídicas, puesto que son a quienes el derecho les reconoce capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones.
  
- iii. **Definido por las normas jurídicas:** Para que la relación jurídica exista debe estar previamente establecida en el ordenamiento jurídico, ya que es a través de él que se impone el carácter de autenticidad a la misma.
  
- iv. **Existencia de correlatividad de derechos y deberes:** Estableciéndose este elemento como el más característico de la relación jurídica, puesto que existe reciprocidad de facultades y deberes entre los sujetos de la relación.
  
- v. **El objeto son ciertas prestaciones:** Siendo el objeto de las facultades y deberes las prestaciones de dar, hacer o no hacer algo por parte de quien tiene el deber o por parte de quien tiene la posibilidad jurídica de exigir dichas prestaciones.
  
- vi. **Aplicación de una sanción o consecuencia coactiva:** Las prestaciones estarán garantizadas, por la sanción tipificada en el ordenamiento jurídico e implementada por los órganos jurisdiccionales correspondientes.

La explicación de los elementos antes citados, se puede resumir en el siguiente enunciado: *El hecho determinante o acto de voluntad que es en definitiva, el que origina la relación, entre sujetos de Derecho el cual es*

*definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción.*

De acuerdo a lo anterior es importante, resaltar que para **Rojna Villegas**<sup>23</sup>, son los elementos extrínsecos previamente citados y establecidos por García Garrido y Fernández Galiano, los que en su opinión, constituyen la relación jurídica.

A diferencia de lo anterior, parte de la doctrina se inclina por establecer como elementos constitutivos de la relación jurídica, los siguientes:

### **2.3.1. Elemento subjetivo**

Al referirse a este elemento básico de toda relación jurídica, la doctrina no difiere mucho en cuanto a los sujetos que en ella intervienen, limitándose a establecer como **sujeto activo** al que goza de la titularidad y de todas las facultades que la ley le confiera para poder reclamar los derechos que le asisten. Mientras que el **sujeto pasivo**, será aquel que lleve la carga de dar, hacer o abstenerse de ello, en relación con el sujeto activo. Para **Díez- Picazo y Gullón** citados por **Federico Arnau Moya**<sup>24</sup> la relación se polariza en dos términos personales, distinguiendo al **sujeto activo** *“como aquél a quien corresponden posiciones activas de poder jurídico, es decir derechos subjetivos y facultades”*; y el **sujeto pasivo** *“aquél a quien se le imponen cargas y deberes jurídicos y frente al mismo se dan los derechos o facultades del sujeto activo”*.

Como ejemplo de lo anterior, se puede citar lo establecido en el **artículo 2027.- del Código Civil mexicano**<sup>25</sup>, referente a las obligaciones de hacer o no hacer, el cual literalmente regula que: *“Si el obligado a prestar un hecho,*

---

<sup>23</sup>Rojna Villegas, Rafael. *Op. Cit.* Página 119

<sup>24</sup> Arnau Moya, Federico. “Tema 6. La relación jurídica y derecho subjetivo”. *Lecciones de derecho civil I*. Número 6. 2008-2009. España. Publicaciones de la Universitat Jaume I. Págs. 70-85

<sup>25</sup> Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión México. *Código Civil Federal de 1928 y sus reformas.*

*no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible...”*

Así mismo el **artículo 468.- del Código Civil guatemalteco**<sup>26</sup> reza: *“El propietario tiene derecho de defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado en ella, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.”*<sup>27</sup>

### **2.3.2. Elemento objetivo y/o causal**

En opinión de los autores Larrosa Amante, Duran y La Laguna y Arnau Moya concuerdan en que los elementos de la relación jurídica se limitan al elemento subjetivo y objetivo o causal, siendo éste último la causa o razón que dio origen a la relación, afectando los bienes e intereses a que esta se refiere.

### **2.4. Clasificación de las relaciones jurídicas**

En base a la clasificación de relaciones jurídicas existentes en la doctrina, puede establecerse que son varios los criterios que se entablan en relación a éste tema, ya que en el estudio del mismo no existe un criterio unificado que puede determinar con exactitud una sola clasificación, lo cual lo hace más interesante y completo porque es a través de la misma que se podrá conocer cómo y porque se puede entablar una relación intersubjetiva.

Tras un breve estudio realizado en la doctrina, se puede concluir que siendo un tema tan amplio, resulta importante establecer de la siguiente manera, la clasificación a la que hacen alusión algunos tratadistas:

En palabras de **Alessandri R.**<sup>28</sup> la relación jurídica puede presentarse en forma:

---

<sup>26</sup>Peralta Azurdia, Enrique. *Código Civil* Decreto Ley-106 y sus reformas. Emisión: 14/09/1963.

<sup>27</sup>El derecho de defensa se encuentra plasmado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y establece que: *“nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.”*

<sup>28</sup>Arturo Alessandri R. y otros. *Op. Cit.*Pg.293

### 2.4.1. Por su objeto:

#### 2.4.1.1. Simple o compleja

En las primeras, **las simples**, únicamente está presente un derecho y una obligación para el sujeto activo y pasivo respectivamente.

Por ejemplo, el **Código Civil costarricense**<sup>29</sup> en el **Artículo 260.-** señala: “*El derecho personal sólo puede reclamarse de persona cierta y que por un hecho suyo o por disposición de la ley haya contraído la obligación correlativa*”. Así mismo los artículos del **Código Civil de Nicaragua**<sup>30</sup> regulan: **Artículo 615.-** “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”; y **Artículo 616.-** “*Todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, por venta, donación, testamentos o cualquiera otro título legal...*”

De una manera más teórica, Herrero citado por **Duran y Lalaguna**<sup>31</sup> se refiere a la clasificación anterior, explicando que la misma se basa en relaciones que crean un solo vínculo de poder y recíprocamente de deber entre sujeto activo y sujeto pasivo.

En las segundas, **las complejas**, predomina la fusión de derechos y obligaciones complementándose unos con otros. Al respecto y de conformidad con el contenido de los **artículos 2810.- al 2825.-** del **Código Civil de Nicaragua**, en los cuales se encuentran estipuladas las disposiciones generales referentes al arrendamiento, contrato en el cual se plasma el tipo de relación jurídica compleja toda vez que se ven involucrados una serie de derechos y obligaciones de carácter vinculante para las partes que intervienen en la relación.

<sup>29</sup> Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. *Ley número XXX de 19 de abril de 1885 Código Civil.*

<sup>30</sup> Asamblea Nacional de Nicaragua. *Publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904. Código Civil de la República de Nicaragua.*

<sup>31</sup> Duran y Lalaguna, Paloma. *Op. Cit.* Pg. 221-226.



## 2.4.2. Por su contenido:

### 2.4.2.1. Finalidad

**Real y personal:** La diferencia radica en la naturaleza del ente hacia la cual se orienta directamente el poder del sujeto activo, es decir, si este va dirigido hacia una persona, será **relación personal** y si es sobre una cosa, entonces tendrá verificativo la **relación real**. Este tipo de relaciones pueden darse de forma independiente, sin embargo el autor plantea la siguiente situación: Ante la violación de una relación real, puede suscitarse una relación personal, como ejemplo de ello, cita la destrucción de cosa ajena, generando con ello dicha relación, entre destructor y la víctima.

En esta misma línea **Carlos Ducci Claro**<sup>32</sup> hace una explicación de lo que es una **relación real**, estableciendo que ésta resuelve un problema de “tener”, esto es un problema de atribución de bienes. Al respecto el **Decreto Ley 106, Código Civil guatemalteco** establece en el Libro II lo referente a los bienes de la propiedad y demás derechos reales.<sup>33</sup>

Mientras que en **las relaciones personales** se resuelve un problema de cooperación o de reparación. El derecho personal de conformidad con el **artículo 497.-del Código Civil argentino**<sup>34</sup> define que “*A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales.*”

Por lo anterior, considera que el derecho personal solo puede hacerse efectivo a través de la prestación ajena, por el contrario el derecho real tiene por objeto una atribución de bienes y, por consiguiente una apropiación, que es defendida contra eventuales injerencias o perturbaciones de terceros, el derecho personal tiene por objeto una prestación debida por un miembro social en el interés de otro.

---

<sup>32</sup>Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Chile. 2005 Editorial Jurídica de Chile. Pág.100

<sup>33</sup>**Gaceta de la Corte Suprema de Justicia | Civil | 300-2001 12/08/2002. (ANEXO DOS)**

<sup>34</sup>El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina.1869.

A manera de conclusión **Ducci Claro**, manifiesta que el objeto del derecho real no es un comportamiento propio o ajeno, sino la pertenencia de algo. El objeto del derecho personal es precisamente el comportamiento ajeno, en cuanto es la prestación del obligado la que conforma el contenido del derecho. El derecho real es el interés a una utilidad (derechos reales de goce) o el interés a un valor (derechos reales de disposición). El derecho personal es el interés a una prestación ajena. Es por esto que, en la relación de derecho real, el interés del titular se realiza por la actividad propia del mismo directamente y sin intermediarios.

En los derechos personales se acentúa el aspecto pasivo de la relación y se habla casi siempre de "obligaciones" y no de derechos personales. Siendo así, cuando se habla de obligaciones, se hace referencia a los derechos personales, destacando el factor pasivo de la relación jurídica.

Por otra parte, establece **Larrosa Amante**<sup>35</sup> que desde un punto de vista didáctico, la clasificación puede darse en base a los principios organizadores de las relaciones jurídicas o por las conexiones entre sí.

### 2.4.3. Principios organizadores

**Por sus principios organizadores**, las relaciones jurídicas pueden ser relaciones de **Derecho Privado y Derecho Público**, dividiéndose estas últimas en relaciones de **carácter familiar**, aquéllas que se generan por ser miembro de una misma familia; las de **carácter patrimonial** por la existencia de tráfico de bienes económicos, es decir contratos; y finalmente de **carácter social** las que se refieren a la asociación de individuos, como las sociedades o asociaciones.

De acuerdo a la clasificación antes mencionada, resulta importante señalar que para **Serra Giménez**<sup>36</sup>, las relaciones jurídicas también se clasifican atendiendo, a que si aquéllas se generan en el ámbito público o privado.

---

<sup>35</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. Op. Cit

<sup>36</sup> Serra Giménez, Francisco. Op. Cit

Estableciendo que se debe tomar en cuenta la posición de los sujetos en las relaciones jurídicas, pudiendo distinguir las mismas en relación a las normas que las establece, de esta manera se puede decir que **serán relaciones de derecho privado** las que se susciten entre particulares y estén reguladas por el mismo derecho privado. Mientras que en las de derecho público, interviene el Estado y los sujetos rigiendo dichas relaciones la legislación de carácter público.

#### **2.4.4. Por sus conexiones entre sí:**

##### **2.4.4.1. Independientes**

Señala **Larrosa Amante**<sup>37</sup> que: *“Cuando se da un fenómeno de conexión entre diversas relaciones puede hablarse de una relación principal y de una relación derivada, como por ejemplo, la relación de subarriendo entre subarrendador y subarrendatario es una relación derivada del arrendamiento entre arrendador y arrendatario subarrendador. Las relaciones que aparecen como derivadas de otra principal pueden ser o quedar subordinadas a aquéllas (relaciones subordinadas) o simplemente coexistir con ellas (relaciones coexistentes).”*

##### **2.4.4.2. Dependientes**

Por su parte **Rene Arturo Villegas Lara**,<sup>38</sup> señala que también es denominada relación jurídica accesoria, y cita como ejemplo un contrato de mutuo garantizado con hipoteca, la relación que nace del mutuo es principal, pero la que nace de la hipoteca, será accesoria. El mutuo puede subsistir sin la hipoteca; pero la hipoteca no puede existir si no hay mutuo.

---

<sup>37</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

<sup>38</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. Guatemala. Editorial Universitaria 2004. Pág. 169

### 3. INSTITUCIÓN JURIDICA

De acuerdo a **Rolando Tamayo y Salmorán**<sup>39</sup>, el termino *institución* proviene del vocablo latino: *institutionis*; *Institutio* deriva de *instituo*, que significa "*poner, establecer, regular, organizar o bien instituir, enseñar o educar*". No obstante en Roma, se entiende por instituciones los principios o fundamentos de la disciplina jurídica; los romanos llamaban instituciones a los libros que señalaban los fundamentos del derecho.

Fueron los juristas romanos quienes iniciaron una sistematización ordenada de las normas jurídicas en instituciones y el método que utilizaron ha seguido siendo empleado por gran parte de los científicos del Derecho y de ahí que se puede indicar que las instituciones jurídicas son construcciones de la dogmática jurídica. Los juristas, al estudiar las normas del Derecho, ordenan, tomando como referencia un núcleo temático común, un conjunto de normas que regulan determinadas relaciones jurídicas y construyen conceptualmente una institución. Así lo afirma **Francisco Serra Giménez**<sup>40</sup>

Actualmente se ha utilizado el término de instituciones en la teoría del derecho y de la sociología jurídica como el conjunto de reglas, normas, valores y costumbres que rigen un determinado comportamiento social.

En el derecho civil, señala **Lucerito Ludmila Flores Salgado**<sup>41</sup> se encuentran como instituciones fundamentales: "*Las personas, el matrimonio, la adopción, el parentesco, los bienes, las sucesiones, las obligaciones y los contratos*".

En general la institución jurídica ha sido catalogada, como uno de los conceptos fundamentales más importantes en el estudio del Derecho, por ello muchos de los tratadistas como **Albaladejo**.<sup>42</sup> y **Alessandri R.**<sup>43</sup>, por

---

<sup>39</sup>Tamayo y Salmorán, Rolando. *Diccionario jurídico mexicano*. México. Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1993. 6a.Edición. Pág. 1745-1747.

<sup>40</sup> Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit.*

<sup>41</sup> Flores Salgado, Lucerito Ludmila, *Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea*. México. 2012. En página web: Rev. IUS vol.6 no.29 Puebla ene./jun. 2012. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100004).Revista IUS. Fecha de Consulta: 29 de Octubre de 2013.

<sup>42</sup>Albaladejo, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 437

<sup>43</sup> Arturo Alessandri R. y otros. *Op. Cit.* Pág.293

mencionar algunos, coinciden en que se llama institución jurídica al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas en sí, pero añade **Alessandri R.**<sup>44</sup> que: “*Dichas relaciones presentan caracteres comunes, regulados por el derecho.*” Por ejemplo, cita a la propiedad como la institución más amplia de los derechos reales, y al testamento en la de la sucesión por causa de muerte.

### 3.1. Teoría institucional

El concepto institución, también ha sido concebido desde un punto de vista filosófico, dando lugar así a la famosa **teoría institucional**, presentando distintas corrientes doctrinales, así lo afirma **Lino Rodríguez-Arias Bustamante**<sup>45</sup>:

#### 3.1.1. La escuela francesa

Considera que no debe encerrarse al Derecho en torno a la figura jurídica del contrato, sino que debe fundarse en el equilibrio entre lo individual y lo social. Partiendo de ésta teoría, se establece que los hombres llevan una vida social, compelidos a agruparse y constituir entes colectivos llamados instituciones, sin perder cada uno de ellos, su personalidad individual. Por otro lado, el científico del derecho **Savigny**, expone que la institución jurídica no se funda en normas ni dogmáticas jurídicas, sino que desde la **realidad social**, teoría asumida posteriormente por Hauriou, quien dándole un toque diferente, caracteriza la institución jurídica por ser una “*idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en medio social.*”

#### 3.1.2. La escuela italiana

En ésta teoría, sus máximos propugnadores, (Santi Romano y a W. CesariniSforza) establecen que toda institución es jurídica por el solo hecho

---

<sup>44</sup> Loc. Cit.

<sup>45</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. *La teoría de la institución*. Revista de Información Legislativa. Brasil. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180579/000345170.pdf?sequence=1>. Fecha de Consulta: 29 de Octubre de 2013

de nacer, de tener existencia, debido a que en ella se produce una estructura interna a la que se someten sus miembros. El Derecho no es ya solo la norma que se impone, sino la entidad misma que la impone, o sea la institución. Y la objetividad de la norma es un mero reflejo del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura.

**Rodríguez-Arias Bustamante**,<sup>46</sup> indica que la institución jurídica comprende tipos jurídicos que no se reducen a una entidad personificada; es decir: *“abarca un conjunto de relaciones humanas entre personas o entre personas y cosas.”*

Por otro lado, y siguiendo la concepción de institución jurídica, afirma **Jean Dabin**<sup>47</sup> que las reglas de derecho constituyen unos conjuntos orgánicos que se denominan instituciones, haciendo la distinción, que *“institución-Estado es -cuerpo social-; mientras que la institución jurídica es -cuerpo de derecho-, cuyos elementos son reglas jurídicas, con existencia lógica.”*

Añade **Dabin**, que la institución jurídica debe concebirse de forma múltiple, ya que de lo contrario sería el derecho entero, es decir: *“la suma y la síntesis de las instituciones jurídicas particulares que componen el derecho total”*.

Lo que caracteriza a la institución jurídica, en relación con la regla de derecho, es la nota sistemática, por ejemplo: *“las instituciones jurídicas de matrimonio, de la tutela, de la emancipación, de la propiedad, de la prescripción, del contrato, del testamento, de las sociedades mercantiles, de las asociaciones, etc.”*

### 3.2. Clasificación

Como instituciones jurídicas, fundamentales pueden citarse las siguientes, que sin ser las únicas describen claramente lo que en doctrina se entiende por tal:

---

<sup>46</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. "Construcción de la obligación natural como deber jurídico" <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/9/dtr/dtr6.pdf>. Fecha de consulta: 14 de Julio de 2013

<sup>47</sup> Dabin, Jean. Teoría General del Derecho. España. Editorial Reus, S.A. 2010. Pg. 112

### 3.2.1. La persona

**Jorge Alfredo Domínguez Martínez**<sup>48</sup>, se refiere a éste concepto como *“todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos (seres) como a las personas morales (entes). Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.”*

La personalidad de la persona física se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres inherentes a ella, y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos la realidad, funcionalidad y eficacia jurídica de la personalidad de los sujetos.

Los atributos de la personalidad son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable, y precisamente su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad. Respecto de la capacidad existe la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y es esta última la que permite a las personas realizar actos jurídicos como contratar y ser objeto de obligaciones.

### 3.2.2. La familia

**Edgard Baqueiro Rojas, y Rosalía Buenrostro Báez**<sup>49</sup> conceptualizan a la familia como: [...] *“las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite”*. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia

---

<sup>48</sup>Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho civil. Parte general personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. México. Porrúa. 2008. 11a. Edición. Pág. 131.

<sup>49</sup>Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. *Derecho de familia*. México. Oxford University Press, Colección de Textos Jurídicos. 2009, 2a. Edición. Pág 5.

### 3.2.3. El Matrimonio

Respecto a la institución del matrimonio, **De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael**<sup>50</sup> consideran a ésta institución como: "*Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada*".

Contrario al matrimonio se sitúa, **el divorcio**, como "*la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad; es decir, consiste en el acto de separar legalmente, por medio de un juez competente, a personas unidas en matrimonio legítimo*". Pero por ejemplo en el Distrito Federal en la actualidad se encuentra regulado el divorcio unilateral. La reforma que consistió en la derogación del artículo 267 del Código Civil, y por ende de las causales del divorcio necesario, fue presentada en una iniciativa de proyecto, del 29 de noviembre de 2007, y fue el 3 de octubre de 2008 cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal determinó derogar las figuras de divorcio voluntario y necesario, reglamentando como única figura de disolución del vínculo matrimonial el divorcio unilateral;<sup>51</sup> ahora los estados necesitan regularlo, si lo consideran pertinente

### 3.2.4. Los bienes

Por bien se entiende toda "*cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial*"<sup>52</sup>. Jurídicamente existen muchas clasificaciones de los bienes, así tenemos a los bienes corpóreos o incorpóreos, bienes muebles o inmuebles, tangibles e intangibles, litigiosos y no litigiosos, etcétera.

---

<sup>50</sup>De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. México. Porrúa, 2003. 32a. Edición. Pág. 368.

<sup>51</sup>Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia a la Iniciativa con proyecto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal de la IV Legislatura, No. 1, Pág. 31-56.

<sup>52</sup>De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.* Pág.126.



### 3.2.5. El testamento

**Antonio de Ibarrola**<sup>53</sup> cita a Planiol, con el objeto de dar a conocer la definición de sucesión, estableciendo que es: *"la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas"*.

Mientras, que **De Pina y De Pina**<sup>54</sup> definen testamento como el: [...] *"acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre, solmene y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que hay de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, puede ordenar, de acuerdo con la ley"*.

### 3.2.6. El contrato

**Rojina Villegas**<sup>55</sup> considera al contrato como *"un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones"*; especie dentro del género de los convenios. En estricto sentido, **al contrato se le ha dejado con la función positiva**, es decir: acuerdo de voluntades para crear o transmitir obligaciones, y **al convenio se le deja la función negativa**: la de modificar o extinguir derechos. De acuerdo con la definición anterior, los contratos crean derechos reales o personales

---

<sup>53</sup>De Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*. México. Porrúa. 1986. Pág. 647.

<sup>54</sup>De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 473.

<sup>55</sup>Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil*, T. IV: Contratos. México. , Porrúa 1995. 23a. Edición.

## CAPÍTULO II DEBER JURÍDICO

### 4. EL DEBER JURÍDICO

#### 4.1. Antecedentes

En la historia, el deber jurídico como tal ha tenido trascendencia relevante, permitiendo con ello que varios tratadistas lo conviertan en un tema polémico no sólo por su origen de ámbito moral, ético y religioso sino también por cómo conceptualizar el mismo. Todo inicia con Cicerón, quien a través del tratado titulado *De Officiis*, permite involucrar en el Derecho moderno el concepto de deber.

Posteriormente en la Reforma protestante, se aplica una moral estricta, donde los preceptos referentes al comportamiento social, de la ley judía se convierten en norma. Pero como señala **Gregorio Peces-Barba Martínez**<sup>56</sup> el contenido de lo justo comienza a concordar con el cumplimiento del deber por el individuo, deber que se traduce en no dañar a nadie, no impedir a nadie conservarse, vestirse, enriquecerse, estar al servicio de los demás y también no robar y no faltar a la palabra, reparar el daño; al violentar esos deberes (reglas) es procedente implementar **un castigo**. Primer rasgo característico, que permite que el deber pase de la moral al Derecho. De estos deberes de los hombres surge el sistema de derechos natural y de derecho subjetivo.

Y es así como en el transcurso de la historia, del deber jurídico **Pufendorf** citado por **Peces-Barba Martínez**<sup>57</sup> establece que: *“Ya con el iusnaturalismo racionalista se llamará deber a una acción humana exactamente conforme a las Leyes que imponen la obligación y se desarrollarán los aspectos que generan ese vínculo de hacer o no hacer.”* La afirmación que los deberes jurídicos derivan de la existencia de una norma jurídica que los establece,

---

<sup>56</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. Los deberes fundamentales. España. E-archivo Universidad Carlos III de Madrid. [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8073/1/Deberes\\_Peces\\_D\\_1987.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8073/1/Deberes_Peces_D_1987.pdf). Fecha de consulta 14 de Abril de 2013

<sup>57</sup> *Loc. Cit.*

empezará a tomar cuerpo en el origen de la crisis del iusnaturalismo a finales del siglo XVIII y se consolidará a partir del siglo XIX.

Por el contrario **Bobbio** citado por **Peces-Barba**<sup>58</sup>, partiendo de términos más jurídicos, establece que es con Hobbes que el deber se traduce al *“cumplimiento del mandato de aquél cuyo mando se dirige a alguien previamente obligado a obedecer”*, por lo que corresponde al Derecho Natural<sup>59</sup> legitimar la obediencia al Derecho Positivo<sup>60</sup>.

Como bien se dijo con anterioridad, la polémica del deber jurídico se generó en el ámbito ético, entre otros, y al respecto **Kant** citado también, por **Peces-Barba**, funda las bases para la distinción de los deberes y los deberes jurídicos. Por eso se refiere a que *“la legislación que convierte una acción en obligatoria y que a su vez hace de esta obligación el motivo del obrar es ética. Cuando esto no es así, y el deber permite un motivo del obrar distinto de la obligación misma, estamos ante una obligación jurídica.”* Coincidiendo con la opinión antes mencionada **José Manuel Lastra Lastra**<sup>61</sup> establece que *“En principio, podemos afirmar que el fundamento del deber jurídico radica en la necesidad misma del derecho. Por tanto, el acto facultativo es el supuesto para la creación de una norma jurídica; se halla definido en la norma y debe a ésta su existencia, no tiene existencia propia.”*

Aunado a lo anterior, **Holmes** citado por **Peces-Barba Martínez**<sup>62</sup> manifiesta que obligación y deber jurídico no es sino: *“La predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir la sanción de un Tribunal de Justicia.”* Pero **Peces-Barba Martínez**, no concuerda del todo con lo anterior, debido a que en muchas ocasiones a pesar de ostentar una obligación ésta no se cumple y no por ello se sufre de alguna sanción, o también en ocasiones la persona se ve obligada bajo amenaza de un mal a realizar determinada acción.

---

<sup>58</sup> *Loc. Cit*

<sup>59</sup> Bustos Ismael, y otros. *Manual de Educación Cívica*. Chile. Editorial Andrés Bello. 1991. Sexta Edición. Pág. 60 establece que: **Por Derecho natural** se entiende comúnmente el conjunto de preceptos aplicables a la conducta del hombre en sociedad, que son revelados por la luz de la razón, preexistentes a toda legislación positiva, inmutables y universales, es decir, aplicables a siempre y en todas partes.

<sup>60</sup> *Ibid.* Pág. 60 **Derecho Positivo**: Puede entenderse el conjunto de reglas establecidas por el legislador y cuya observación puede ser obtenida en un país por medio de la coerción interna.

<sup>61</sup> Lastra Lastra, Jose Manuel. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México. Biblioteca Jurídica Virtual <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/116/25.pdf> Fecha de Consulta: 6 de Junio de 2013

<sup>62</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Op. Cit*

Por ello refiere, que tiene un deber jurídico y esta jurídicamente obligado el individuo que cometa con su conducta un acto ilícito, pudiendo así producir la sanción, y a su vez puede evitar la sanción realizando la conducta opuesta, que es el contenido de su deber.

El deber jurídico se basara en normas previas y en ese caso su desobediencia servirá no sólo para predecir la existencia de sanciones, sino que también servirá como la razón que legitima esa sanción.

Para identificar la existencia de normas que permitan fundar la obligación y consiguientemente enjuiciar el comportamiento del obligado se hace necesario dice **Hart**, citado por **Peces-Barba**<sup>63</sup> que la misma primero, otorgue competencia para la exigencia del cumplimiento del deber a los poderes públicos o dejar a un particular que pueda optar entre exigir o no el cumplimiento, esto será a través del derecho penal y civil respectivamente.

Y segundo, es imprescindible la existencia de normas que establezcan la competencia para determinar si se ha transgredido una norma primaria (es aquélla que tiene implícito al deber jurídico) y para aplicar en su caso una sanción.

Con lo anterior, pueden establecerse ciertos presupuestos que permitan establecer la existencia de deber jurídico:

**1º.** El deber jurídico existe con independencia que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral.

**2º.** Debe estar reconocido por una norma perteneciente al ordenamiento jurídico vigente, que se haya creado conforme lo que establecen los órganos competentes y bajo los procedimientos adecuados para crear dichas normas.

**3º.** Deben tener aparejada una sanción en caso de incumplimiento.

---

<sup>63</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Op. Cit*

En el ámbito doctrinal se han llevado a cabo esfuerzos orientados a poner de relieve las notas o rasgos diferenciadores del deber jurídico y la obligación jurídica, y el presente caso no es la excepción ya que postulando una idea general varios autores, se han manifestado en relación a lo que consideran deber jurídico, para el efecto inician señalando las diferencias que pueden surgir con el término *obligación*, con el cual puede tender a confundirse el concepto, y finalmente postulan la definición que doctrinariamente, es aplicable y aceptada.

Señala **Guillermo Borda**<sup>64</sup> que ante todo derecho subjetivo existe siempre un deber jurídico a cargo de la contraparte. Difiere de lo anterior **Ignacio Garfias Galindo**<sup>65</sup> explicando que *“suele distinguirse el deber jurídico de la obligación misma, en el sentido que en esta última se postula una relación entre uno o varios acreedores y uno o varios deudores. Mientras que el deber jurídico es fuente de obligaciones, se presenta la situación genérica de su cumplimiento, en cuanto es propiamente un mandato de la ley a cargo de todos los sujetos a ella sometidos.”* Dicho en otras palabras, el deber jurídico será aquél contemplado en la legislación y del cual emanan obligaciones que deberán ser cumplidas por las personas que la misma ley señala para el efecto.

Al respecto, **Luis Maria Olaso, S.J. y Jesús Maria Casal**<sup>66</sup> establecen diferencias similares, refiriéndose al deber jurídico en un sentido más amplio que al de obligación. *“El deber jurídico es la consecuencia de todo mandato normativo”*. La obligación se delimita comúnmente a la rama de derecho privado, designando el deber del sujeto pasivo frente al sujeto activo.

Opinión que es acogida también por el Doctor **Alberto Ballesteros Montoro**<sup>67</sup>, quien literalmente indica: *“En cualquier caso debemos advertir que la obligación jurídica, en cuanto categoría técnica propia de esta parte del Derecho Privado denominada Derecho de obligaciones, no sería más que una especie del género más amplio constituido por el deber jurídico.”*

---

<sup>64</sup> Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Argentina. EditoriaPerrot. 1999. Pág. 45

<sup>65</sup> Garfias Galindo, Ignacio. La naturaleza unitaria del derecho. *Revista de derecho privado*. Número 3. Año 2002. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. Pág. 23

<sup>66</sup> Olaso S.J, Luis Maria y JesusMaria Casal. *Op. Cit.* Pág. 277

<sup>67</sup> Ballesteros Montoro, Alberto. *Deber jurídico*. España. Ediciones de la Universidad de Murcia. 1993. Pág. 8

Añaden **Olaso, y Casal**<sup>68</sup>, en cuanto al tema en estudio, que la norma jurídica no solo impone a los **destinatarios jurídicos** una determinada **conducta externa**, sino que también prescribe una **sanción coactiva**. Criterio que es compartido por el tratadista **José Castan Tobeñas**.<sup>69</sup>

Como ejemplo, pueden citarse los siguientes artículos:

**Artículo 591.-del Código Civil de El Salvador**<sup>70</sup> que literalmente regula que: *“Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso estricto del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio.”* **Artículo 780.-** *“Si el usufructuario no rinde la caución a que es obligado dentro de un plazo equitativo, señalado por el Juez a instancia del propietario, se adjudicará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el Juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración.”*

Así mismo el **Código Civil de España**<sup>71</sup> en su **Artículo 43.-** indica: *“El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido...”*

El **Artículo 216.-** cuerpo legal antes referido, establece: *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial...”*

Del contenido de los artículos previamente citados, se deduce que el deber jurídico esta descrito en la norma y que el mismo está a cargo de una o varias personas, y que en algunos casos, establece la sanción a imponer en caso de incumplimiento.

---

<sup>68</sup>Olaso S.J, Luis Maria y JesusMaria Casal. *Op. Cit.* Pág. 277

<sup>69</sup>CastanTobeñas, Jose. *Derecho Civil Español Común y Foral Volumen I. Tomo II.* España. Reus. 2007. Pág. 20

<sup>70</sup>Barrios, Gerardo. Órgano ejecutivo. General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador. *Código Civil de 1859.*

<sup>71</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

Por último, y a modo de conclusión **Serra Giménez**<sup>72</sup>, regula que *“El Derecho, en tanto que es orden normativo, establece deberes y el contenido del deber jurídico es la obligación establecida en la norma jurídica. La primera y radical diferencia del deber jurídico respecto a otros deberes (que pudieran venir establecidos por la moral o por los usos sociales) es el origen de su obligación, pues presupone la existencia previa de la norma jurídica que lo establece, como exigencia de realizar una conducta o como prohibición de realizarla.”*

Una vez, contempladas las diferencias entre deber jurídico y obligación y haciendo alusión a lo que se dijo al inicio del presente tema, para llegar a una definición universalmente aceptada en el mundo del Derecho se hace necesario establecer las bases del concepto, en consecuencia **María Teresa Vizcaíno López y otros**<sup>73</sup> señala las tres tesis principales que sientan dichas bases:

**La primera** de ellas es la de **Kant**, quien enmarca **al deber jurídico como “obligación ética indirecta”** y explica que el sujeto obligado a cumplir lo ordenado en un precepto legal, lo hace desde una perspectiva moral y en uso de la autonomía de la voluntad que lo caracteriza, puede aceptar las órdenes del legislador y estar convencido de las mismas, conllevando con ello a cumplir con la ley, pero más aún a cumplir con la moral. Es decir “acatar la ley por razones morales”, porque al estar convencido que la observancia de la ley se convierte en contenido de un deber, sabe que el cumplimiento del deber es lo moralmente correcto.

**La segunda** desarrollada por **Laun** sostiene que **“la norma que establece el deber jurídico ha de derivar de la voluntad del obligado”**, ya que es él el llamado a resolver, si todo aquello que le ha ordenado la norma, es moral y jurídico a la vez, porque ambos son concebidos la misma cosa y no se pone en duda su unidad. En sí, ésta teoría rechaza que el derecho sea

---

<sup>72</sup> Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit.*

<sup>73</sup> Vizcaíno López, María Teresa y otros. *Introducción al Estudio del Derecho. Nº 1. Colección Manuales de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.* Michoacán, México. Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2009. Pág. 112

heterónimo, y aplica el carácter autónomo de la norma jurídica para que sea auténtica.

**Como tercera** teoría, **Kelsen** postula, por una parte **la autonomía del deber moral y por otro lado la autonomía del deber jurídico**. Kelsen indica que normar y obligar son una y la misma cosa. *“Pensar que el deber jurídico se halla vinculado al deber moral lleva al absurdo de negar aquel carácter a todas las conductas impuestas por las normas jurídicas mediante una sanción, por el solo hecho de no constituir el contenido de un deber moral.”* Y sin embargo, eso sucede; hay comportamientos impuestos por el ordenamiento jurídico que son indiferentes y aun contrarios para la moral, y son, desde luego, deberes jurídicos.

Por lo que se concluye, estableciendo que, el hombre cumplirá con lo ordenado en la norma independientemente si se siente vinculado o no a cumplirla, simplemente lo hará porque está jurídicamente obligado y nada tiene que ver el dominio psicológico del individuo.

Finalmente y **como cuarta** teoría el jurista **Gustavo Radbruch**, **separa también el deber moral y el jurídico** refiriéndose a que el primero no es exigible, mientras que el segundo, es decir el deber jurídico, existe siempre un pretensor, de ahí desprende dice el jurista la correlatividad de las nociones del deber jurídico y derecho subjetivo.

De la lectura de las teorías anteriores, puede concluirse que dos de ellas (**Kent y Laun**) concuerdan en que el deber jurídico y la moral deben ir de la mano para el cumplimiento de aquél, por lo que el sujeto pasivo debe estar plenamente convencido de actuar y de dar cumplimiento a lo ordenado en base a lo que establece el derecho y también a lo que establece la moral.

Contrario a lo que establecen las dos teorías restantes (**Kelsen y Radbruch**), en las cuales se refleja la plena independencia del deber jurídico y el deber moral. Lo importante es que el sujeto obligado cumpla, sin importar si está o



no convencido de lo ordenado, o si ese cumplimiento es moralmente válido o no.

Una vez establecidas las diferencias, y las teorías del deber jurídico, es preciso referirse a la definición del mismo, por lo que resulta importante realizar una síntesis de la definición de varios autores, para poder tener una mejor percepción del concepto.

## 4.2. Definición

Muy acertado **Eloy Emiliano Suárez**<sup>74</sup> perfila al deber jurídico como la obligación que se tiene frente al titular del derecho subjetivo, entendiendo esa obligación como una limitación a libertad jurídica del obligado, (que puede ser un sujeto determinado o todas las personas que integran la comunidad) *perdiendo así el derecho de omitir lo que se le obliga y de hacer lo que se le prohíbe.*

Para **Ballesteros Montoro**<sup>75</sup> y de forma más clara, explica que el deber jurídico en cuanto vinculo de la libertad de la personano es más que uno de los diversos modos de la función ordenadora del derecho, que se refiere a la observancia de determinados comportamientos del individuo, es decir, imponiendo deberes (deber ser en que consiste el Derecho). Pues, lo anterior no es más que la relación existente entre el Derecho como norma preceptiva y los sujetos llamados (obligados) a su cumplimiento. El Derecho, en cuanto formulación regulada de un deber ser, entraña la dimensión de la obligatoriedad, en virtud de la cual se exige a sus destinatarios ajustar su conducta a lo prescrito por sus normas.

La opinión anterior es compartida por **Kelsen**, citado por **Fausto Berron**<sup>76</sup> al referirse al deber jurídico como *“la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza una sanción.”*

---

<sup>74</sup>Suárez, Eloy Emiliano. *Introducción al derecho*. Argentina. Centro de Publicaciones, UNL. 2002. Pág. 100

<sup>75</sup>Ballesteros Montoro, Alberto. *Op. Cit.* Pág. 8

<sup>76</sup> Vallado Berron, Fausto. *Teoría General del Derecho*. México. Textos Universitarios. Universidad Autónoma de México.1972. Primera Edición. Pág. 124

O en otro sentido expresa **Kelsen** citado por **Íñigo Álvarez Gálvez**<sup>77</sup> “*En definitiva, existe el deber (jurídico) porque una norma jurídica sanciona el comportamiento*”.

Así mismo **Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón** citados ambos por los tratadistas **Arнау Moya**<sup>78</sup> y **Serra Giménez**<sup>79</sup>, concuerdan en que para el cumplimiento de un determinado deber jurídico es necesario observar cierto comportamiento por parte de las personas que intervienen en la relación, acción u omisión que esta previamente establecida por las normas enlazando con ello una responsabilidad (sanción) en caso de incumplimiento de aquél.

Unido al concepto de sanción, está el de la coacción, ya que si la sanción no se cumple, surge la coacción; dicho cumplimiento forzoso es conocido dice **Villegas**<sup>80</sup> como **coercibilidad del derecho**. Como ejemplo, pueden citarse artículos del **Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco**<sup>81</sup>, los cuales se refieren a:

**Artículo 240.- (Apercibimiento).** “*Si con los documentos acompañados por el actor a su demanda, se comprobare la relación jurídica afirmada por éste, el juez al emplazar al demandado deberá apercibirlo de que, si no se opone dentro del término de tres días de que dispone para contestar la demanda, se ordenará la desocupación sin más trámite. Si no hubiere oposición, el juez decretará la desocupación, fijando los siguientes plazos: [...]*”

**Artículo 241.- (Lanzamiento).** “*Vencidos los términos fijados para la desocupación sin haberse ésta efectuado, el juez ordenará el lanzamiento, a costa del arrendatario [...]*”

---

<sup>77</sup> Álvarez Gálvez, Íñigo. Sobre el concepto del deber jurídico en Hans Kelsen. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. No.16. 2000. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED. Pág.15-55

<sup>78</sup> Arnau Moya, Federico. *Op. Cit* Págs. 70-85

<sup>79</sup> Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit.*

<sup>80</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. *Op. Cit.* Pág. 201

<sup>81</sup> Peralta Azurdia, Enrique. *Código Procesal Civil y Mercantil* Decreto Ley-107. Emisión: 1/07/1964.

Esto último, es la coacción. Las sanciones deben agruparse en razón del fin que persigue y a su relación entre la conducta ordenada por la norma que se infringió y la que constituye el contenido de la sanción.

Al respecto el **artículo 1911.-** del **Código Civil de España** <sup>82</sup>*“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”* En consecuencia el **Artículo 1101.-** del mismo cuerpo normativo regula: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”*

El deber jurídico consiste pues en la exigencia que el Derecho dirige al destinatario de la norma imponiéndole la observancia de un determinado comportamiento, consistente en una acción u omisión, que de no cumplirse se impone una sanción previamente establecida por el ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior es importante señalar como característica de la sanción que una vez ésta se aplica a una persona como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico, esa sanción, a su vez, genera otro deber jurídico. Por ejemplo, si no se paga un impuesto en la fecha debida, se sanciona al responsable con el pago de recargos y multas. La conducta que debe observarse a consecuencia de la sanción puede ser la misma que dejó de observarse al incumplir una norma; pero como dice **García Maynez**, citado por **Villegas Lara** <sup>83</sup>*“proviene de diferente título.”*

Esta situación la explica con el ejemplo siguiente: Si se celebra un contrato de compraventa, el vendedor está obligado a entregar el objeto. Si no cumple con su deber contractual, obligación jurídica primaria, el juez puede sancionarlo condenándolo a entregar el objeto, creando así un deber, **consecuencia jurídica secundaria.**”

---

<sup>82</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

<sup>83</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. *Op. Cit.* Pág. 201

Por el contrario para García Máynez, citado **Vallado Beron**<sup>84</sup> establece que el deber jurídico no es más que “*La restricción de la libertad exterior*<sup>85</sup> *de una persona, derivada de la facultad concedida a otra y otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa.*”

### 4.3. Elementos

**Olaso**<sup>86</sup> y **Castan**<sup>87</sup>, concuerdan al indicar que los elementos del deber jurídico son:

**a. El sujeto dotado de voluntad y capacidad:** El sujeto pasivo ha de ser una persona distinta de la que sea sujeto del derecho, ya que nadie puede contraer una obligación consigo mismo; pero esto no impide que, en muchos casos, el deber vaya unido a un derecho conjunto: así, por ejemplo el padre tiene, a un mismo tiempo, derecho y obligación de proveer el cuidado de los hijos; el ciudadano en algunos regímenes políticos tiene el derecho y el deber de emitir el sufragio, etc. El sujeto de obligación ha de tener capacidad de obrar en el sentido estricto de la palabra.

**b.** La necesidad de observar el sujeto **una determinada conducta**, o lo que es igual, el mandato normativo que es la esencia del deber.

**c. El ordenamiento jurídico** que establece y tutela el deber.

**d. El interés que se protege, bien sea particular o general.** Caben, por virtud de ello, estas principales modalidades de los deberes jurídicos:

---

<sup>84</sup> Vallado Berron, Fausto. Pág. 124

<sup>85</sup> Montero Fernández, Jaime. *Educación de los Hijos*. Colombia. Editorial San Pablo. 1991. Segunda Edición. Pág. 74 “Entenderemos por libertad exterior la carencia de trabas que impidan la espontaneidad de un movimiento. Este concepto de libertad se puede aplicar a todas las realidades, pero en su dimensión puramente externa. Es así como cuando en un país, los ciudadanos pueden ejercer sus derechos políticos, decimos que ahí existe libertad civil; cuando en una sociedad se respeta la libertad de conciencias, por la cual cada persona puede definir sus creencias religiosas hablamos de libertad religiosa y así podemos seguir aplicando el mismo concepto a las diversas dimensiones de la vida humana, pero en su dimensión exterior. En forma de libertad no depende de la persona, sino de factores externos y, por lo mismo, no constituye un factor determinante de la dignidad humana. Se trata de algo puramente exterior a la persona. La libertad exterior, en cualquiera de sus manifestaciones –como libertad civil, religiosa, etc.- es parte integrante de la libertad, pero no lo más esencial. A un hombre se le puede quitar su libertad exterior si es condenado a ir a prisión, sin atentar, en nada contra su dignidad más profunda [...] Cuando hablamos de libertad interior, por el contrario, no estamos refiriendo a un atributo inherente a la persona misma y no a una circunstancia accidental. Esta forma de libertad, llamada también subjetiva, constituye lo más nombre la personalidad humana [...] nos estamos refiriendo a un estado permanente de la personalidad.

<sup>86</sup> Olaso S.J, Luis María y JesusMariaCasal. *Op. Cit* Pg. 277

<sup>87</sup> CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit*. Pág. 20

- i. **Deberes impuestos en favor de una persona determinada:** Que es el sujeto activo de la relación jurídica, o sea el titular del Derecho subjetivo correspondiente al deber: es el caso más general en el Derecho Privado.
  
- ii. **Deberes impuestos en beneficio de un tercero** que no es el titular del Derecho subjetivo correspondiente, por ejemplo en algunos modos o cargas de los negocios jurídicos lucrativos.
  
- iii. **Deberes impuestos en beneficio de la colectividad,** sin que exista ningún sujeto activo titular del Derecho subjetivo correspondientes, por ejemplo, el deber de observar la Ley de Transito. En este caso, el Estado tiene sus fiscales para exigir coactivamente el cumplimiento de las normas; pero como toda la comunidad resulta favorecida por el cumplimiento de las mismas, se habla, en estos casos, de ventajas o efectos reflejos del orden jurídico.

Es interesante observar aquí, cómo no corresponde un Derecho subjetivo a todo deber jurídico (casos b y c) en las personas cuyo bien o interés se protege por la norma.

**e. La garantía o sanción, que puede revestir formas diversas.** Así cuando la coacción directa es posible, el Derecho permite la ejecución forzosa, ya en forma personal, ya como es más corriente en Derecho privado en forma de responsabilidad patrimonial. Otras veces, la reacción jurídica se manifiesta en forma de anulación de los actos no ajustados al Derecho. En ocasiones, finalmente, a causa de que la ejecución coactiva y la anulación no siempre bastan para restaurar el orden jurídico perturbado, impone la ley, eventualmente consecuencias de otro género.

#### **4.4. Relación entre el deber y el derecho**

Las nociones de deber y derecho, forman una parte medular en todas las ramas que componen la ciencia de las leyes, y la definición que se da en la

doctrina de cada uno de ellos, es diferente pero no por ello se estudian y se aplican de forma aislada ya que al conocer a profundidad su esencia se pone de manifiesto que uno no puede existir sin el otro.

**Borda**<sup>88</sup> establece que *“Se comprende entonces así, derecho y deber jurídico son conceptos correlativos e inseparables”*; el uno no se puede concebir sin el otro y viceversa. No se trata, de que un mismo derecho y su correlativo deber, se confundan en una persona, pues entonces no habría un sujeto pretensor frente al obligado, sino instituciones jurídicas complejas, que incluyen derechos y deberes; pero los primeros suponen siempre la posibilidad de hacerlos valer frente a alguien, que es el obligado; y los segundos implican la obligación de cumplir frente a alguien, que es el acreedor.

Señala el tratadista en mención que la existencia de un deber jurídico, implica necesariamente la de un sujeto con poder de exigir su cumplimiento o, en su caso, imponer sanciones. Opinión que es compartida por **Cesáreo Rocha Ochoa**<sup>89</sup> indicando que *“al lado del poder de voluntad o aspecto activo de los derechos debemos colocar la noción del deber jurídico”*.

Se ha discutido mucho si ha de reconocerse prioridad y primacía al derecho o al deber; si aquél nace de éste o éste se deriva de aquél. De acuerdo a lo ya estudiado puede deducirse, que el deber jurídico no puede estar prescrito en la normativa si previamente el ser humano, a través de su interacción en la sociedad no genera relaciones que permitan generar facultades.

Por lo anterior, **Villegas Lara**<sup>90</sup> señala que *“el derecho es potestad de obrar para la consecución de una ventaja garantizada por la ley”*, es evidente que debe existir una obligación en otras personas de respetar aquella actividad, ante la falta de éste se pone de manifiesto la garantía de la autoridad social.

---

<sup>88</sup> Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil. Parte general*. Argentina. Editorial Perrot. 1999. Pág. 45

<sup>89</sup> Rocha Ochoa, Cesáreo. *Manual de Introducción al derecho*. Colombia. Editorial Universidad del Rosario. 2006. Pág. 225

<sup>90</sup> Villegas Lara, René Arturo. *Temas de Introducción al estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. Guatemala. Editorial Universitaria. 2004. Pág.203

## CAPÍTULO III DERECHO SUBJETIVO

### 5. EL DERECHO SUBJETIVO

#### 5.1. Naturaleza

Para instituir la verdadera naturaleza del derecho subjetivo, se hace necesario realizar una reseña sobre las diversas teorías que los juristas consideran, sirven de base para una mejor comprensión del concepto. En relación a lo anterior **Larrosa Amante**<sup>91</sup> y **Suárez**<sup>92</sup> concuerdan y difieren en ciertas teorías, señalando el mismo nombre, en ciertos casos, para referirse a la misma teoría, pero explicándola de diferente manera; por lo que a continuación se procederá a establecer cuáles son aquéllas en las que ambos juristas coinciden y posteriormente las que señalan cada uno.

MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE	ELOY EMILIANO SUÁREZ
<p><b>Teoría de la voluntad:</b> Para <b>Savigny</b>, citado por <b>Larrosa Amante</b> “el derecho, considerado en la vida real se nos aparece como un poder del individuo. Hasta los límites de ese poder reina la voluntad del mismo. A tal poder o facultad se le denomina derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo”. Los límites de ese poder son establecidos por la regla jurídica que marca la línea divisoria para hacer posible el desenvolvimiento de la voluntad de los demás. El poder o señorío de la voluntad puede dirigirse</p>	<p><b>Teoría de la Voluntad:</b> Para <b>Bernardo Windscheid</b>, citado por <b>Suárez</b> el derecho subjetivo es concebido como: “Un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamientos jurídico. La expresión “derecho subjetivo”, para este autor, puede emplearse en dos sentidos: <b>En primer término</b> como la facultad de una persona de exigir de otra un comportamiento. Determinado. Esta facultad</p>

<sup>91</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

<sup>92</sup>Suárez, Eloy Emiliano. *Op. Cit.* Pág. 97

hacia las cosas del mundo no libre (cosas materiales, etc.), o hacia otras personas, recayendo sobre un acto de éstas (el deudor debe cumplir la prestación, luego el creador tiene un poder de dominación sobre un acto suyo).

aparece cuando el ordenamiento jurídico impone ciertos deberes a un sujeto, poniendo a disposición de otro (el que tiene el derecho subjetivo) la prerrogativa o el poder de exigir el cumplimiento de ese deber. El derecho subjetivo depende, entonces, de la voluntad del sujeto de poner en marcha el mecanismo que el ordenamiento le otorga. **En segundo término**, se emplea como la facultad de una persona de crear, modificar, o extinguir derechos subjetivos. Vemos entonces que, en la teoría de Windscheid, la voluntad del sujeto (activo) es decisiva para la actuación del derecho y, por ende, también de la norma que lo regula.

**Teoría del interés:** Contra la concepción de **Savigny** que centraba el derecho subjetivo en un señorío de la voluntad, **Ihering** citado por Larrosa Amante observa que “los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta: sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y

**Teoría del Interés: Ihering**, citado por **Suárez**<sup>93</sup> afirma que: “los derecho son interese jurídicamente protegidos” Obviamente se estaba refiriendo a sino, solamente, la finalidad que ellos tiene o el propósito que para el sujeto tiene el ejercicio de un derecho en particular en una



conseguir sus fines”.

*“Se coloca así la sustancia del derecho subjetivo, el interés, que es la aspiración a satisfacer una necesidad espiritual o material y que el ordenamiento jurídico protege. La protección de ese interés es tarea que no se encomienda a un tercero. El titular es el que tiene esa misión, el que toma la iniciativa. De ahí que el derecho subjetivo no sea otra cosa que el interés jurídicamente protegido.”*

En suma, no basta con el interés. Es necesario que el sujeto pueda tomar la iniciativa en la protección, lo cual supone indefectiblemente la intervención de la voluntad humana, para protegerse ellos mismos en sus intereses.”

circunstancia determinada.

Porque ni siquiera se refiere a la finalidad común que tienen los derechos subjetivos, sino que habla de interés del sujeto que lo ejerce.

<p><b>Teoría de THON.-Thon</b> citado por <b>Larrosa Amante</b> hace descansar la noción del derecho subjetivo en: “la mecánica de toda norma jurídica, concretamente en la protección que ella dispensa a un sujeto. De una norma jurídica emana un derecho subjetivo cuando su transgresión funda la pretensión de un sujeto para que se realice coactivamente lo que estaba mandado por ella, o se remueva lo hecho contra ella. Hay, por tanto, una conducta que no se ajusta a lo que la propia norma</p>	<p><b>Teoría Ecléctica: Georg Jellinek</b> citado por <b>Suárez</b> realiza una conceptualización que combina rasgos de las doctrinas de la voluntad y del interés diciendo que: “el derecho subjetivo consiste en la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto esta dirigida a un bien o a un interés... todo lo que, considerado objetivamente,</p>
--	--

ha dispuesto, quedando en consecuencia aparecen como un bien, incumplida. El derecho subjetivo existirá subjetivamente se convierte en cuando el ordenamiento jurídico un interés” abandona la coercibilidad de las propias normas a la iniciativa de los interesados, porque ella protegen sus intereses y para eso emite las normas de conducta.”

**Teoría de Windscheid:Windscheid, Teoría Negativa: León Duguit**

citado por **Larrosa Amante** se sitúa dentro de la teoría de la voluntad, y defiende el derecho subjetivo como *“una potestad o un señorío de la voluntad impartido por el ordenamiento jurídico”*. citado por **Suárez** niega la existencia del derecho subjetivo afirmando que: *“el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene... Pero todo*

Del derecho como facultad, derecho en sentido subjetivo o derecho subjetivo, dice *individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esa función, de ejecutar esa tarea, porque de su abstención resultaría un desorden, o cuando menos un perjuicio social... Todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantizados”*

En primer lugar, como derecho a un determinado comportamiento, hecho u omisión, que han de observar en ciertas circunstancias las personas, o una determinada persona, frente al titular.

En segundo lugar, el derecho subjetivo puede entenderse partiendo de que el ordenamiento jurídico ha emitido un precepto que obliga a un determinado comportamiento, y ha puesto ese precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha emitido. Deja a él la libertad de valerse del mismo, de usarlo,

El derecho entonces no otorga facultades sino que confiere acción para reclamar el cumplimiento de los deberes

y, en particular, de actuar a través de los medios que proporciona contra el incumplidor (la sanción). La voluntad es así decisiva para la actuación del precepto jurídico emitido por el ordenamiento

jurídicos. Pero si lo único que tiene el hombre es una función de cumplir en la sociedad sin tener derechos, no podría realizarla ni siquiera por vía de acción para reclamar el cumplimiento de deberes, lo que a su vez constituiría un derecho.

El derecho subjetivo en la teoría pura del derecho.- **Kelsen**, citado por Larrosa Amante parte que: Para inducir a los hombres a comportarse de una determinada manera, el Derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la que permite evitarla es la prescrita u ordenada. Quiere acabar Kelsen con el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo. Un derecho de este ultimo tipo no es mas que: “la norma jurídica (derecho objetivo) en relación con aquel sujeto que debe expresar su voluntad para que la sanción sea ejecutada. Su voluntad se dirige hacia la imposición de la sanción prevista en la norma, constituye una condición de la sanción misma.”

**Teoría Normativista: Hans Kelsen**, citado por **Suárez**<sup>94</sup> “pretende encontrar la esencia del derecho subjetivo haciendo un análisis de su aspecto puramente normativo y formal llegando a la conclusión de que éste no difiere del derecho objetivo”

“Si llamamos al individuo a quien el orden jurídico concede la posibilidad de

presentar una demanda actor potencial, entonces habrá que admitir que este actor potencial es en todo caso sujeto del derecho. El orden jurídico confiere generalmente esta posibilidad al individuo en quien el legislador presupone cierto interés en la sanción. Este tiene entonces un derecho subjetivo, aun cuando, en un caso concreto, no exista tal interés y, por tanto, no quiera la ejecución de la sanción.”

El derecho subjetivo como situación jurídica.- [...] Duguit citado por Larrosa Amante critica la concepción del derecho subjetivo como señorío de la voluntad, poniendo de relieve que: “Ninguna voluntad posee una cualidad especial para imponerse a los demás por sí misma.

Para Duguit todo derecho es “derecho objetivo. La regla jurídica es común a gobernantes y gobernados, superior a ellos, todos han de obedecerla. Prescribe deberes y conductas a los hombres, guiadas por aquella solidaridad e interdependencia social. De ahí que se originen situaciones que pueden ser ventajosas pero no derechos subjetivos.”

Una vez citadas las diferentes teorías relativas al derecho subjetivo, se puede concluir que una de las más acertadas en la práctica, es la teoría de Windscheild citada por Larrosa, en la cual se explica que el derecho subjetivo depende del objetivo, visto el primero desde dos perspectivas, la primera a exigir el derecho de una acción u omisión frente a terceros o frente a una persona determinada; y en segundo término la observancia del ordenamiento jurídico, ya que es ahí donde se plasma aquel precepto que puede hacer valer el titular del derecho para proteger el mismo.

## 5.2. Definición

Tras una larga investigación acerca del concepto, se puede determinar que juristas reconocidos concuerdan en explicar al derecho subjetivo como una rama del derecho mediante la cual el “sujeto activo” se encuentra legítimamente facultado para exigir de otro llamado “sujeto pasivo” cierto comportamiento consistente en una acción u omisión, con el único fin de proteger sus intereses, de lo contrario el mismo ordenamiento jurídico prevé una sanción para el efectivo cumplimiento del deber.

Para la existencia del derecho subjetivo, se hace necesaria la existencia también del derecho objetivo, ya que es en este último, en el que se encuentra el interés (que se pretende proteger) determinado objetivamente por la norma positiva. Así lo establece **Rudolf Stammler**, citado por **Vallado Berron**<sup>95</sup>: *“Todo derecho subjetivo (o voluntad sujeta al Derecho) depende de un Derecho objetivo (o voluntad jurídicamente soberana), por lo que una facultad jurídica es la voluntad conforme a Derecho de un sujeto de Derecho.”* O bien como lo señala **Alessandri**<sup>96</sup> el derecho objetivo es *“la norma que da la facultad”*; opinión que es compartida por el jurista **Ducci Claro**<sup>97</sup> al manifestar que: *“Para que una facultad valga legítimamente, tiene que existir algo que la sancione, que le dé legitimidad, y ello es la norma jurídica.”* Por el

---

<sup>95</sup> Vallado Berron, Fausto. *Op. Cit.* 113-129

<sup>96</sup> Arturo Alessandri R., Arturo y otros. *Op. Cit.* Pg.293

<sup>97</sup> Ducci Claro, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 100

contrario en opinión de **Suárez**<sup>98</sup> “*el derecho no otorga facultades sino que confiere acción para reclamar el cumplimiento de los deberes jurídicos.*”

Pero no obstante lo anterior, y por ser general el criterio respecto a lo que se debe entender por derecho subjetivo queda más que claro que para la validez del mismo es indispensable que previamente, exista el derecho objetivo que lo catalogue como tal y le brinde la legitimidad necesaria, ya que esa es la función de la norma jurídica. Y es así pues como queda reflejada la esencia del derecho subjetivo, como una facultad o poder concedido al sujeto activo para el ejercicio de la protección del derecho que considera lesionado.

### **5.3. Categorías de derechos subjetivos**

#### **5.3.1. Públicos y privados**

Para referirse a esta primera categoría es preciso indicar que para algunos autores como **Alessandri R. y otros.**<sup>99</sup> y **De Ruggiero**<sup>100</sup> la misma puede establecerse con relación al objeto y contenido del derecho subjetivo, pero de acuerdo con **Serra**<sup>101</sup>, ésta categoría puede encuadrarse **con relación al ámbito de su ejercicio**, según se ejercite frente al Estado o entre particulares.

Serán **derechos subjetivos públicos**, aquéllos que pueden ejercitar los particulares frente al Estado, y viceversa.

Mientras que **derechos subjetivos privados** aquellos que se fundan en una norma de derecho privado, siendo éste último “*el que regula las relaciones entre particulares, ninguna de las parte actúa revestida de autoridad, por lo que todos se encuentran al mismo nivel, incluyéndose aquí aquéllas*

---

<sup>98</sup> Suárez, Eloy Emiliano *Op. Cit.* Pág. 98

<sup>99</sup> Arturo Alessandri R. , Arturo y otros. *Op. Cit.* Pág.315

<sup>100</sup> De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil.* Traducción por: Ramin Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. España. Editorial Reus. 1979. 4ª. Edición. Pág. 220

<sup>101</sup> Serra Giménez, Francisco. *Op. Cit*

*relaciones en que interviene el Estado pero sin su imperium, es decir, cuando actúa como un particular más”.*<sup>102</sup>

### 5.3.2. Absolutos y relativos

Puede encajar esta clasificación en ***relación con el sujeto pasivo y al alcance u extensión de exigir su cumplimiento.***

Coinciden distintos tratadistas como Ennecerus citado por **Larrosa Amante**<sup>103</sup>, **De Ruggiero**<sup>104</sup>, **Hernán Larrain Ríos**<sup>105</sup> y **Suárez**<sup>106</sup> en establecer que son ***derechos subjetivos absolutos***, aquéllos que el derecho objetivo reconoce a la persona para hacerlos valer frente a todos los demás individuos, son de carácter ***erga omnes***.

Y serán ***derechos subjetivos relativos***, aquéllos que el derecho objetivo reconoce a una persona para hacerlos valer frente a otra persona determinada, obligada a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer son de carácter ***intuito personae***.

### 5.3.3. Patrimoniales y extra patrimoniales

***Derechos subjetivos patrimoniales*** son todos aquéllos pecuniariamente estimables y que constituyen el patrimonio del sujeto, procurando la satisfacción de sus necesidades particulares; en contraposición los ***derechos subjetivos extrapatrimoniales*** son aquéllos que no aseguran una inmediata utilidad económica, no son por ello valubles en dinero. O como bien diría **Rojna Villegas**<sup>107</sup> “*cuyo ejercicio no produce beneficio pecuniario directo a quien lo ejerce*”.

---

<sup>102</sup> López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. España. Delta Publicaciones. 2006. Pág. 6

<sup>103</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. Op. Cit

<sup>104</sup> De Ruggiero, Roberto. Op. Cit. Pág. 219

<sup>105</sup> Larrain Ríos, Hernan. *Lecciones del derecho civil*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1994. Pág. 121

<sup>106</sup> Suárez, Eloy Emiliano. Op. Cit. Pág. 98

<sup>107</sup> Rojna Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Persona y Familia*. México. 1979. Editorial Porrúa. Décima Sexta Edición Página 119

Al respecto establece **De Ruggiero**<sup>108</sup>: “*Característica de ambos grupos de derechos es la transmisibilidad de los patrimoniales y la intransmisibilidad de los demás*”. Pero tampoco debe confundirse patrimonialidad con transmisibilidad, y mucho menos identificar ambos conceptos. Son, ciertamente, intransmisibles los derechos no patrimoniales, los inherentes a la persona, los poderes familiares. Pero entre estos hay algunos que no admiten el ser separados de las personas y otros que admiten la separación, pero con limitaciones. Así por ejemplo, el derecho de uso y de habitación es, indudablemente, patrimonial y, sin embargo no es transmisible.

#### **5.3.4. Reales y personales**

Son **derechos reales** los que conceden al titular, la facultad de actuar sobre la cosa, un señorío pleno o ilimitado que se ejerce en toda su extensión dentro de los márgenes legales, es más amplio o menos amplio según la especie de derecho de que se trate y, para la demás personas, el deber de abstenerse de perturbar ese ejercicio. Forman parte de los derechos reales de goce el de propiedad o dominio que es el más amplio de todos, y otros derechos más limitados en cuanto al poder de uso o disfrute: usufructo, uso, habitación, servidumbre activa. Mientras que los de garantía sólo facultan para utilizar la cosa como un medio, un instrumento de garantía de un crédito. Constituyen derechos reales de garantía la prenda y la hipoteca.

El **derecho personal** es aquél que nace de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) está en la necesidad de cumplir una determinada prestación (dar, hacer o no hacer algo) en favor de la otra (acreedor), que, por su parte está facultada para exigírsela.

En la estructura del derecho real se distinguen dos elementos: el titular o sujeto activo del derecho y la cosa sobre que recae. No hay intermediario alguno entre el sujeto y el objeto; las personas todas tienen solamente el deber de no perturbar al titular en el ejercicio de su derecho. La estructura del derecho personal, en cambio, está compuesta de tres elementos: el sujeto

---

<sup>108</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 223



activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y el objeto. Este lo alcanza el acreedor mediante la prestación a que es obligado el deudor.

El número de los derechos reales es cerrado, o sea, no hay más derechos reales que los que expresamente como tales consagran las leyes. Por el contrario el número de los derechos personales es abierto; son innumerables, tantos cuantos puedan crear las partes.

### 5.3.5. Originales y derivados

Son **derechos subjetivos originarios**, todos los que surgen en el titular independientemente que el realice una actividad determinada para adquirirlos, es decir todos los inherentes a la persona O bien, cuando la norma jurídica se lo otorga a la persona desde que le asigna la categoría de tal.

Por el contrario los **derechos subjetivos derivados** son los que surgen por efecto y consecuencia de hecho propio del sujeto, es decir por alguna actividad que haya realizado el titular, sin importar el elemento volitivo.

### 5.3.6. Transmisibles e intransmisibles

De Ruggiero<sup>109</sup> y Alessandri R.<sup>110</sup> coinciden en fijar como **derechos subjetivos transmisibles** o **derechos subjetivos intransmisibles** según admitan o no la posibilidad de traspasarse del titular a quien corresponden a otro sujeto. *“Cuando el traspaso del derecho se hace entre vivos, se habla de transferencia y cuando se efectúa por un acto de última voluntad, se habla de transmisión.”* Pero el último vocablo también se emplea en sentido genérico. La regla general es que todos los derechos puedan transferirse y transmitirse, pero hay algunos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no puede sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y por eso se llaman derechos personalísimos

---

<sup>109</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 219

<sup>110</sup>Arturo Alessandri R. , Arturo y otros. *Op Cit.*Pág.315

### 5.3.7. Puros, Simples y sujetos a modalidad

Indica **Alessandri R.**<sup>111</sup> que para comprender qué son los derechos puros y simples, los cuales constituyen la regla general, lo mejor es formarse previamente una idea acerca de las modalidades que a menudo afectan a los derechos. El término o plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción del derecho. Como ejemplo cita el siguiente: *“Juan compra a Pedro un caballo, estableciéndose que la entrega de esta se efectuara el primero de enero próximo, desde la celebración del contrato de compraventa, yo tengo un derecho, pero mientras no llegue la fecha indicada, mientras no transcurra el término, no se puede exigir la entrega del objeto, pues el plazo suspende el ejercicio del derecho”*.

La condición es un hecho futuro e incierto, del cual dependen el nacimiento o la extinción de un derecho. Citando para ello un ejemplo: Luis le regalara una casa a Regina cuando llegue el barco a Chile Valparaíso. El derecho de Regina de exigir la casa solo nacerá cuando el buque llegue a ese puerto. Si jamás arriba, nunca tendrá el derecho mencionado.

Agrega **Vodanovic H.**<sup>112</sup> *“Modo es la carga impuesta al titular de un derecho que consiste en una manera determinada de usar éste. Por ejemplo, te dono una casa con la obligación de que la destines a una escuela para pobres. El modo es propio de los derechos que se atribuyen a título gratuito.”*

La definición de derecho a plazo y de derechos condicionales, siendo los primeros los que se hallan sujetos a un término o plazo y los segundos, a una condición.

Derechos puros y simples son los que no están sujetos a modalidad alguna

---

<sup>111</sup> *Loc. Cit.*

<sup>112</sup> Vodanovic H., Antonio. *Op. Cit* Pág. 125-132

### 5.3.8. Eventuales y condicionales

Señala **Alessandri** que existen derechos cuyos supuestos se van cumpliendo en forma progresiva. Se dice entonces que existe una esperanza o simple o mera expectativa de hecho de que nazca el derecho subjetivo.

En los derechos de formación progresiva el supuesto que falta para el nacimiento del derecho puede ser uno del acto o contrato generador del derecho; en esta hipótesis hay un hecho futuro e incierto, el que falta para la perfección del acto o contrato, y se llama eventualidad, y el derecho cuya existencia depende de ésta, **derecho eventual**.

Si el elemento que falta para el nacimiento del derecho es uno relativo al derecho mismo y no al acto o contrato, se habla de condición, y el derecho que de ella depende, **derecho condicional**.

Ejemplo del primero sería pues el derecho del vendedor a reclamar el precio, pero ese derecho no nace porque el contrato que lo puede generar tampoco ha nacido, lo cual sólo podrá ocurrir si el comprador declara que le agrada la cosa de que se trata; la declaración del comprador de gustarle la cosa, hecho futuro e incierto que es la eventualidad, impide la formación del contrato hasta que ella no se haga y, consecuentemente, el nacimiento del derecho que de éste puede surgir.

Mientras que un claro ejemplo del derecho condicional, es el que respecta a que si se vende una casa, estableciéndose que el precio se pagará si dentro del próximo año el hijo del comprador retorna al país, dejándose sin efecto el contrato si esto no sucede, el contrato de compraventa existe, supuesto que se hayan llenado todos los requisitos del mismo; lo que aún no existe son los derechos y obligaciones dimanantes de aquel contrato: ellos sólo nacerán si la condición se cumple, la vuelta al país del ausente dentro del plazo señalado.

La protección de los derechos eventuales, y también la de los condicionales, se realiza por medidas tendientes a asegurar el nacimiento del derecho eventual o condicional. El derecho preliminar es provisorio, puro y simple, desaparece cuando surge el derecho definitivo, que es el que para su nacimiento estaba sujeto a la eventualidad o condición.

La doctrina francesa clásica del derecho eventual contrapone éste al condicional, porque el último opera con retroactividad, o sea, el derecho se reputa existir desde el día en que se celebró el acto o contrato, y no sólo a partir de la fecha en que se cumple la condición; tal fenómeno no se da en el derecho eventual, que empieza a existir desde que se cumple la eventualidad y no antes, es decir, el derecho nace en el momento en que se perfecciona el acto o contrato que lo engendra. Pero a juicio de la doctrina francesa moderna del derecho eventual, el derecho condicional no pasa de ser una especie de aquél.

#### **5.4. Estructura del derecho subjetivo**

Al hablar de la estructura del derecho subjetivo, se está refiriendo a la composición del mismo, es decir a los elementos que lo constituyen y que permiten darle relevancia jurídica, en el mundo del Derecho. Pues para algunos autores como **Vodanovic H.**<sup>113</sup> y tomando como base la definición, el derecho subjetivo tiene como elementos característicos *“el interés, la voluntad y el contenido que está formado por las facultades que encierra y concede.”*

##### **5.4.1. Teorías**

No obstante, las teorías mencionadas los elementos estructurales del derecho subjetivo se dividen, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, de la siguiente manera: **Arnau**<sup>114</sup> *“por un sujeto al que pertenece, un objeto sobre el que*

---

<sup>113</sup> *Loc. Cit.*

<sup>114</sup> Arnau Moya, Federico. *Op. Cit.* Pág. 74

recae y un contenido que encierra al derecho subjetivo como tal"; elementos estructurales que también lo son para el jurista **Castan**<sup>115</sup>.

#### **5.4.1.1. Teoría de la voluntad**

Esta teoría explica que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la voluntad del sujeto un poder, prescribiendo para el efecto una norma que establezca una determinada conducta, proporcionándole los medios suficientes para obligar a los demás a la observancia de lo prescrito.

#### **5.4.1.2. Teoría del interés**

Radica la importancia de ésta teoría, en el interés que o fin que el titular desea alcanzar o satisfacer, por ello mucho se ha dicho que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido.

#### **5.4.1.3. Teoría de la voluntad y del interés combinados**

*“La estructura del derecho subjetivo no se base ni en un puro acto de voluntad ni tan solo en un interés que la ley protege, sino en ambos elementos conjuntamente: voluntad e interés. La primera sirva para concretar el derecho subjetivo; el segundo constituye su contenido.”*

### **5.4.2. Elementos estructurales**

#### **5.4.2.1. Sujeto**

Persona a la que se le confía o se atribuye el poder jurídico, en que tal derecho consiste. Su existencia siempre se presupone ya sea persona física o jurídica. Esa pertenencia del derecho subjetivo a una determinada persona, se conoce con el nombre de *titularidad*.

---

<sup>115</sup>CastánTobeñas, José. *Op. Cit.* Pág. 35

Para el jurista **Arnau Moya** el sujeto puede estar indeterminado pero no de forma permanente, debe siempre estar presente un titular interino. Y cita como ejemplo los derechos del concebido y no nacido; la herencia yacente, es decir todavía no aceptada por los futuros herederos o un supuesto de cotitularidad lo constituye la copropiedad de varias personas sobre una misma cosa.

#### **5.4.2.2. Objeto**

El elemento objetivo está constituido por *“todas aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular, o para satisfacer intereses suyos”*, es decir, el objeto del derecho subjetivo entendiéndolo éste como elemento está formado por la conducta de otras personas o el patrimonio (propio o ajeno) sobre el cual el titular puede ejercer su derecho.

Así lo establecen **Díez-Picazo y Gullón** citados por **Arnau Moya**<sup>116</sup>, señalando: **1º** Las cosas materiales como una finca, un automóvil o un cuadro; **2º** Los bienes inmateriales o creaciones intelectuales del hombre, como las obras literarias y artísticas, los inventos industriales, los signos distintivos de una empresa o de las mercaderías por ella producidas (marcas de fábrica, nombres comerciales, etc.); **3º** Las energías de la naturaleza (la electricidad); **4º** La conducta o comportamiento de otras personas, en la medida en que en sí misma considerada o en los resultados a los que puede dar lugar, es susceptible de producir una satisfacción o utilidad a aquel sujeto en cuyo favor se preste.”

#### **5.4.2.3. Contenido**

El contenido hace referencia a *“el poder o conjunto de poderes que pertenecen al titular”*. Pero **Díez-Picazo y Gullón** citados por Arnau explica que en éste último elemento, tiene dos clases:

---

<sup>116</sup> Arnau Moya, Federico. *Op. Ci.* Pág. 74

#### 5.4.2.3.1. Abstracto

Por lo cual suele llamarse **derechos subjetivos de contenido abstracto**; los cuales están conformados por un conjunto de:

a) **Facultades o atribuciones**: Constituyen el elemento activo y primordial del derecho subjetivo. Citan **Díez-Picazo y Gullón** como ejemplo, la clásica definición del llamado **derecho de propiedad**, haciendo la salvedad que por lo menos en el código civil español el **artículo 348.-** establece una terminología confusa al referirse a: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”

Pero tras un recorrido por legislaciones civiles de otros países se pudo constatar que la terminología utilizada es similar, por ejemplo la definición de dominio o propiedad en el **Código Civil hondureño**<sup>117</sup> no es más que: **Artículo 613.-** “*el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad*”

En el **decreto ley 106 Código Civil de Guatemala**, el **artículo 464.-** regula: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes*”

Pues bien, en conclusión y con relación a la doctrina el **derecho subjetivo será la propiedad**<sup>118</sup> mientras que, el uso, goce y disposición serán las facultades sobre aquél derecho llamado **propiedad**.

---

<sup>117</sup>Poder Judicial de Honduras. *Código Civil de la República de Honduras de 1904*.

<sup>118</sup> Ochoa G., Oscar E. *Derecho Civil: Bienes y derechos reales*. Venezuela. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. 2008. Pág. 117, sobre la propiedad establece que es: “La plena y perfecta propiedad, confiere u otorga al dueño de una cosa un derecho de dominio en virtud del cual esta cosa es suya de una manera absoluta, con excepción de las limitaciones legales, y exclusivas. Este derecho de *dominium* no es sino el conjunto de todos los derechos reales que pueden existir sobre una cosa, por lo cual la noción general de la naturaleza del derecho de propiedad está vinculada, en cuanto a derecho subjetivo que es, a la distinción entre los derechos reales y los

**b) El deber y carga:** En primer lugar **el deber** constituirá el elemento pasivo, y se traduce al respeto que deben brindar terceras personas a la situación del titular del derecho, o a deberes de conducta que deben tomarse en cuenta en relación con el titular y lo que lo rodea.

El deber por lo general, citan **Díez-Picazo y Gullón** está a cargo de terceras personas, no obstante existen casos en que corresponderá al propio titular del derecho, cumplir con ese deber por ejemplo el **Artículo 389.- del Código Civil español**<sup>119</sup> establece “*Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo.*”

El artículo antes referido, hace alusión a las amenazas que puede generar algún muro o construcción, por lo que ante tal riesgo corresponderá al dueño tomar las medidas necesarias para que no se cause ningún inconveniente, caso contrario será la autoridad la llamada e impedir cualquier estrago.

**Artículo 1906.-** *El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.*

**Artículo 1907.-** *El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.*

---

derechos personales o de crédito. La propiedad es un derecho subjetivo aun cuando como derecho social constitucional tiene una función social que puede ser limitada por un interés social ya que, según el mencionado artículo nuestra constitución si el titular tiene las condiciones para usar y disfrutar su propiedad, las mismas permitirán no solo el progreso individual sino también el progreso en beneficio de toda la sociedad guatemalteca. Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala en su **Artículo 39.** -regula- **Propiedad privada.** *Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. “Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos”.*

<sup>119</sup> Congreso de los Diputados. Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.



**Artículo 1908.-** *Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1º) Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2º) Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3º) Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4º) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.*

Los artículos **1906.- a 1908.-** se refieren a supuestos de responsabilidad extracontractual por parte del dueño de heredades de caza por los daños causados en las fincas vecinas; de la responsabilidad del dueño de una casa por los daños que cause la ruina de esta; finalmente también se contempla el caso de responsabilidad de los dueños por los daños que causen los humos, explosiones, caídas de árboles, emanaciones nocivas, etc., que tengan su origen en sus fincas.

En segundo lugar, **la carga** corresponde al titular del derecho subjetivo, ya que es a él a quien corresponde cumplir ciertos requisitos, formalidades o asumir determinadas actitudes con el único objeto de satisfacer sus propios intereses.

Con lo anterior, es posible que pueda surgir confusión entre el deber que corresponde cumplir al titular del derecho subjetivo y la “carga” que también corresponde a él cumplirla. Pero la diferencia entre una y otra radica básicamente en que la primera, el titular lo hará con el objeto de contribuir a velar por la situación en que se encuentra o a proteger su patrimonio; mientras tanto en la segunda, es decir la carga, el titular es el único que puede promover todas las acciones y mecanismos que permitan la satisfacción de sus propios intereses.

**c) Mecanismos de protección jurídica o medios de defensa:** Acciones o excepciones que se conceden para proteger la facultad que le ha sido concedida. Dicha protección consiste en la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que este actúe en defensa del interés que se considera lesionado.

Los mecanismos antes referidos no serán más que todas aquellas alternativas de las cuales se puede hacer valer, el titular del derecho subjetivo para la consecución de sus fines, es decir la protección de sus intereses.

Como ejemplo de lo anterior pueden citarse los siguientes artículos del **Código Civil mexicano**<sup>120</sup>: **Artículo 218.-** *“El marido responde a la mujer y ésta a aquél, de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia”*. **Artículo 453.-** *“El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado”*.

#### **5.4.2.3.2. Específico**

Para encontrar el contenido concreto de los derechos, es necesario acudir a la legislación, ya que es ahí donde se encontrará lo referente a cada derecho en particular. En el entendido que dicha búsqueda deberá realizarse en una serie de normas, para obtener la panorámica del contenido de un derecho.

Podemos referirnos entonces a lo establecido en el **Código Civil argentino**<sup>121</sup> que específicamente en el Libro Segundo establece: *-De los Derechos Personales en las relaciones civiles-* el cual regula la extinción de las obligaciones, dentro de las cuales menciona el **artículo 877.-** *“Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado”*.

---

<sup>120</sup> Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión México. *Código Civil Federal de 1928 y sus reformas*.

<sup>121</sup> El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina. 1869.

Del artículo anterior se puede deducir claramente lo que se entiende por remisión, primero se infiere que es un derecho personal del acreedor, pues a él es a quien la legislación le confiere el derecho de exigir o no el derecho que le asiste; segundo puede decirse que es un modo en la que la obligación que el deudor tiene se pueda terminar a través de la recepción por parte del acreedor, del título original en el que consta la deuda.

Estableciendo así, el **contenido específico** de un derecho subjetivo como lo es la remisión.

### 5.5. La titularidad de los derechos. Sus tipos

De acuerdo al **Diccionario de Derecho Canónico**<sup>122</sup> el termino titularidad, no es más que: “*una cualidad que el derecho natural o positivo confiere a una persona para ser sujeto de una relación jurídica*”.

Siendo que el tema principal del capítulo en estudio es considerado en la doctrina como un poder jurídico que se atribuye a un sujeto para que pueda satisfacer sus intereses y necesidades, es importante resaltar que más que un poder es una **legitimación** para actuar que procede del ordenamiento que otorga eficacia a dicho poder, así lo afirma **M. del Carmen Gete-Alonso y Calera**<sup>123</sup>.

Cita el autor en mención que el poder se le atribuye a un sujeto, y dicha atribución se denomina **titularidad**. La persona a quien se le confiere, puede ser persona física o jurídica (existente, determinada o al menos determinable); y si se hace hacia una sola persona la **titularidad es individual**; mientras que si se atribuye a varias personas habrá **cotitularidad**.

Se puede distinguir, señala **De Castro** citado por **Castan Tobeñas**<sup>124</sup> como principales tipos de titularidad, que a su vez, marcan el alcance de los

---

<sup>122</sup> Corral Salvador, Carlos y otros. *Diccionario de Derecho Canónico*. España. Editorial Tecnos. 2000. Pág. 89

<sup>123</sup> Gete-Alonso y Calera, M. del Carmen y otros. *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña (relaciones laborales)*. España. Servei de Publicacions. Primera Edición. 2003. Pág.42

<sup>124</sup> CastanTobeñas, José. *Op. Cit.* Pág. 36

distintos derechos subjetivos y de las facultades que nazcan de la relación jurídica los siguientes:

- a) La titularidad básica e independiente (llamada titularidad en propiedad) que puede revestir múltiples formas tales como la titularidad dominical sobre las cosa, la titularidad sobre conjuntos patrimoniales
- b) La titularidad subordinada (titularidad usufructuaria)
- c) La titularidad compartida (cotitularidad) en los diversos tipos de pluralidad de sujetos
- d) La titularidad de mera posesión
- e) La titularidad aparente del titular con titula nulo o impugnabile

## 5.6. ¿Existen derechos sin sujeto?

Al referirse a sí, existen derechos sin sujeto, se hace referencia a una teoría que se funda en la concepción de **la inexistencia del sujeto que pueda ejercer un derecho**. Pero en su mayoría, los autores concuerdan que no es más que una figura aparente, o como bien diría **Larrosa Amante** “*supuestos de indeterminación transitoria del titular*”, toda vez que en la realidad puede darse que el sujeto no esté plenamente determinado pero el derecho siempre existirá para todo aquél que demuestre que efectivamente le asiste.

Para aclarar un poco más el tema, **Larrosa Amante**<sup>125</sup>, sostiene que: *“Históricamente surgió el problema por la contemplación de dos fenómenos: el caso de los derechos destinados a un concebido y no nacido y el de la herencia yacente. En el primero de ellos, como la personalidad no se adquiere hasta el nacimiento, se piensa que los bienes destinados al concebido para el caso de que nazca son derechos sin sujeto.*

---

<sup>125</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

*En el segundo caso, los derechos han dejado de tener sujeto desde que el titular fallece y, por lo menos en la tradición romanista, no son adquiridos por los herederos sino cuando éstos manifiestan su voluntad de aceptar la herencia, por lo cual, en el interregno entre la muerte del causante y la aceptación del heredero, se dice que la herencia está yacente y que los derechos que la componen son derechos sin sujeto”. Aunado a lo anterior **Puig Peña** citado por **Villegas Lara**<sup>126</sup> cita como tercer ejemplo de esta posibilidad “El de los títulos de crédito creados “al portador”, que se extravían y no llegan al apoderamiento de ninguna persona”.*

Otro caso que puede ser encuadrado dentro de la teoría de los derechos sin sujeto, es el de la ausencia, concepto que para efectos legales el **Código civil guatemalteco**<sup>127</sup> contempla en sus **artículos 42.- y 43.-** los cuales establecen:

**Artículo 42.-***Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.*

**Artículo 43.-***Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte.*

Los dos artículos precedentes, dan una opción más para aquel caso en que existe un derecho, más no el sujeto titular que lo ejercite, al menos no aquel sujeto a quien la ley le faculta para ejercitarlo.

---

<sup>126</sup>Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Persona y Familia*. México. 1979. Editorial Porrúa. Décima Sexta Edición. Página 119

<sup>127</sup>Gaceta de la Corte Suprema de Justicia | Amparo y Antejuicio | 913 -2004 01 / 0 7 / 2 0 0 5. Parte conducente de la acción de amparo. (ANEXO TRES)

Por eso dice **Ochoa G.**,<sup>128</sup> que para la teoría de los derechos sin sujeto, la persona (propietario) cambia, pero el derecho siempre permanece, siendo así la persona un elemento accidental, mientras que los derechos son sustanciales.

Así mismo **Nicolás Coviello**<sup>129</sup> cita a **Bernardo Windscheid**, quien fue el primero en señalar la posibilidad de la existencia de derechos sin sujetos estableciendo que *“Es un hecho que existen derechos, los cuales no se encuentran ligados a un hombre como sujeto”*

Por lo anterior **Ochoa**,<sup>130</sup> deduce que existen derechos sin sujeto, pero estos siempre poseerán un fin. Para el efecto **Brinz** y **Windscheid** son del criterio que la finalidad establecida o el objetivo determinado, es el “patrimonio de afectación” o patrimonios objetivos, que *“no requieren su vinculación con persona alguna. Podrían existir patrimonios sin dueño basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que forman parte de ellos.”* Brinz profundiza esta perspectiva para el caso de las personas jurídicas, mientras que Windscheid logra descender la misma propuesta en la institución de la herencia yacente.

Continúa manifestando **Brinz** citado por **Ochoa G.**,<sup>131</sup> que al lado de la persona natural no existe una personalidad, sino una especie de patrimonio. *“La esencia de éste (patrimonio) está en tener o pertenecer, a una invisible relación jurídica entre persona y bienes. Pero esta conexión puede subsistir aún entre fines y bienes, sustituyendo a la persona en fin determinado.”*

Este planteamiento considera que para que el patrimonio adquiera autonomía en función del vínculo jurídico económico al cual se destinan los bienes se necesitan tres requisitos; primero, que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones; segundo, que este conjunto de bienes, derechos y obligaciones esté destinado a la realización de un fin; y por último, que el

---

<sup>128</sup>Ochoa G., Oscar E. *Op. Cit.* Pág. 270

<sup>129</sup>Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México. Editorial Hispano-Americana. 1849. Pág. 279.

<sup>130</sup>Ochoa G., Oscar E. *Op. Cit.* Pág. 270

<sup>131</sup>*Loc. Cit.*

Ordenamiento positivo organice con fisonomía propia y, por tanto, con autonomía todas las relaciones jurídicas (activas y pasivas) que vinculan a acreedores y deudores en función de la masa independiente de bienes, derechos y obligaciones.

Esto significa, que para Windscheid y Brinz lo importante será *el patrimonio y la finalidad*. Brinz consideraba que el patrimonio puede ser de dos clases: **Patrimonio Personal**: Que es aquel constituido por una serie de derechos y obligaciones que tienen como sujeto una persona y coincide con lo que se llama corrientemente “*el patrimonio de una persona*”; y **Patrimonio Impersonal** o dicho para la dogmática alemana patrimonio de destino. Estos últimos, si bien carecen de un dueño determinado, se encuentran adscritos al logro de una finalidad programada, garantizada por el sistema jurídico donde se presente.

No obstante que en la doctrina diversos autores que coinciden con la teoría de la existencia de derechos sin sujeto, también lo es que para otros autores, se inclinan por la negativa tales como el jurista **Castan Tobeñas** no comparte la tesis de que exista derechos sin sujeto; y que en cualquier situación real que se presente, la inexistencia es aparente, estableciendo que: **a)** Puede ser que el sujeto no este determinado, pero es determinable por criterios estrictamente jurídicos; y **b)** Habrá casos en que el sujeto no tiene existencia actual o existente ha llegado a faltar. Es estos casos, según el jurista en mención, es donde aparece la figura anómala de los derechos sin sujetos, pero el derecho sólo provisionalmente esta privado de sujeto y existe en estado de dependencia, porque no se conocen casos en que el derecho subjetivo subsista ilimitadamente sin un sujeto titular.

También **Ennerccerus** indica que no hay derechos subjetivos; lo cual no impide que pueda haber lugar a una aplicación por analogía, de las normas relativas a los derechos subjetivos. De todos modos, tanto el nacimiento la adquisición dependen de un elemento que lo fundamenta, el titulo (llamado también por los antiguos, causa) que es: “*Aquéel hecho o conjunto de hechos que da lugar al nacimiento o adquisición de un derecho*”.

## 5.7. Los llamados derechos sobre derechos

**Larrosa Amante**<sup>132</sup> sostiene que el Derecho positivo conoce indudablemente en determinados supuestos la figura de los derechos sobre derechos. La regulación del derecho de usufructo o de las servidumbres en cuanto límite al derecho de propiedad o sobre los derechos de crédito o personales son ejemplos de esta figura.

No obstante, de la normativa de las especiales figuras de derechos sobre derechos, que no es en modo alguno homogénea, se deduce que, excepto en la hipoteca de derechos reales, lo que existe en la base es la cesión de la titularidad del derecho de crédito con fines de goce (usufructo) o de garantía (prenda) sobre lo satisfecho por el deudor. No hay, pues, un auténtico derecho de usufructo sobre un crédito o una prenda sobre el mismo, subsistiendo ambos derechos paralelamente. Se da un cambio de titularidad para los precitados fines.”

Por otro lado **Castan Tobeñas**<sup>133</sup> establece que sin duda, a nivel jurídico se ha generado una gran polémica, acerca que si un derecho puede ser, a su vez, objeto de otro derecho. Para el efecto cita como ejemplo del **usufructo sobre un crédito** el **Artículo 475.-**; o en general **sobre cualquier derecho**, el **Artículo 469.-** ambos del **Código Civil español**<sup>134</sup> **la prenda sobre derechos, la hipoteca sobre derechos reales enajenables**, el **Artículos 1874.-** del cuerpo legal antes citado; por último el **Artículo 108.-** de la **Ley Hipotecaria**<sup>135</sup> **de España**, entre otros. Pero la cuestión es las fórmulas de que se trata implican la existencia de los derechos sobre derechos como una verdadera categoría técnica, como una realidad lógica y jurídica, o son, por el contrario, expresiones lingüísticas figuradas, que encubren un fenómeno jurídico más complejo.

---

<sup>132</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op Cit.*

<sup>133</sup> Castan Tobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 38

<sup>134</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

<sup>135</sup> Congreso de los Diputados. *Decreto 8 de Febrero de 1946. Ley de Hipotecas y sus reformas*



Así mismo, manifiesta el autor en mención que los propugnadores de la concepción de los derechos sobre derechos estiman que nada impide que los derechos puedan ser objetivados, viniendo a ser una cosa (una categoría de las cosas incorpóreas) sometida a otro derecho.

Los impugnadores, por el contrario, aducen el contrasentido que significa que el derecho, que es un poder, sin perder sus condición; y llegan a la conclusión –que no parece más razonable– de que los pretendidos derechos no son tales, sino derechos derivados, que nacen de un derecho originario y que tienen el propio objeto de este último. El derecho de usufructuario o el del acreedor pignoraticio sobre un crédito -escribe von Thur- consiste, esencialmente, en un crédito contra el deudor, derivado (por sucesión constitutiva) del crédito dado en usufructo o en prenda.

## **5.8. La adquisición de los derechos subjetivos**

### **5.8.1. Teoría general. Nacimiento**

Corresponde ahora, analizar cómo aparece en el mundo jurídico el ejercicio y defensa del derecho subjetivo, así como el fenómeno de la extinción y pérdida del mismo. En otras palabras procederemos a estudiar lo que puede ser conocido como la vida del derecho subjetivo, desde sus inicios hasta su fin.

De acuerdo a varios autores, el nacimiento y la adquisición aunque en un principio no pueda diferenciarse a grandes rasgos una de la otra, establecen que básicamente su distinción radica en que para que nazca un derecho a la vida, previo debe haberse establecido una relación jurídica y como en cada relación jurídica existencia un sujeto, entonces la unión del Derecho a la persona, se traducirá (en términos muy generales) a la adquisición.

En una forma más doctrinaria **Vodanovic H**<sup>136</sup> señala que a pesar de ser conceptos muy relacionados del derecho subjetivo, no son idénticos para el efecto sostiene que se entenderá por **nacimiento**: *“Aquel momento en que éste adquiere una existencia concreta, por concurrir todos los elementos a los*

---

<sup>136</sup>Vodanovic H., Antonio. *Loc. Cit.* Pág.122

*cuales el ordenamiento jurídico lo condiciona”;* y por **adquisición:** *“El fenómeno que se produce en virtud de la unión del derecho con el sujeto que va a ser su titular”*

Por el momento conviene detenernos un momento y establecer a que se refiere cuando se habla *“todos los elementos a los cuales el ordenamiento jurídico lo condiciona”* como requisito para el nacimiento de un derecho, por lo que **Larrosa Amante**<sup>137</sup> sostiene que se puede observar que en un buen número de casos es *“un simple hecho jurídico, es decir, un acontecimiento independiente de la voluntad humana que origina efectos jurídicos”*.

Así, por ejemplo, el nacimiento determina la adquisición del derecho al nombre, la muerte de una persona determina para otra la adquisición de un derecho a sucederla o heredarla. En otras ocasiones, en cambio, el nacimiento del derecho se liga no a un simple **hecho jurídico**, sino a un **acto jurídico**, o sea, a un acontecimiento que depende de la voluntad humana.

Puede ser un acto ilícito (*el acto negligente por el que se causa un daño a otro da lugar al nacimiento del ser indemnizado*), o puede ser realizado precisamente con el propósito de crear el derecho, en otras palabras, por un negocio jurídico (el acreedor adquiere el derecho a exigir una prestación del deudor como consecuencia del contrato celebrado con éste; préstamo, compraventa, etc.).

Coinciden **De Ruggiero**<sup>138</sup> y **Vodanovic H.**<sup>139</sup> en explicar que: *“Nace un Derecho cuando viene a la vida una relación jurídica y puesto que toda relación cualquier que sea su naturaleza, tiene un sujeto al que debe referirse, así a todo nacimiento corresponderá una adquisición, es decir, la unión del Derecho a la persona”*.

---

<sup>137</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

<sup>138</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 250

<sup>139</sup>Vodanovic H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 133

Debe tenerse en cuenta que los conceptos de nacimiento y de adquisición de un derecho, no coinciden necesariamente entre sí, porque así como puede ocurrir que **el derecho se adquiriera en el mismo instante en que nace**(ocupación de un res nullius, constitución de una servidumbre), así también puede darse la **adquisición de un derecho ya nacido o adquisición sin nacimiento** (venta de una cosa, cesión de un crédito) y excepcionalmente puede ocurrir también **el nacimiento de un derecho, sin adquisición actual por una persona** (herencia destinada a un -concepturus- (al concebido y no nacido).

En conclusión todo nacimiento importa una adquisición, y por eso todo derecho es adquirido; pero no toda adquisición entraña un nacimiento del derecho, porque puede que éste preexista, que se encuentre ya nacido, y que sólo cambie de sujeto por causa del hecho adquisitivo. El nacimiento del derecho supone, como el nacimiento de los seres, la incorporación al mundo jurídico de una relación que antes no existía.

Como consecuencia de lo anterior **Larrosa Amante**<sup>140</sup>, es preciso al indicar que, la adquisición puede ser **legal o ex lege** de los derechos, en todos los supuestos en que un derecho se adquiere como consecuencia de un hecho o de un acto donde no interviene la voluntad realizado con el fin que el mismo se adquiriera; y será **negocial** cuando el derecho es adquirido como consecuencia de un negocio jurídico celebrado con esa finalidad. O como bien dirían **De Ruggiero**,<sup>141</sup> y **Diéz De Velásco**<sup>142</sup> adquisición originaria y derivativa, refiriéndose, éste último a la **adquisición originaria** como “*la que realiza el titular de un derecho subjetivo que nace en el mismo momento de la adquisición*”; mientras que la **derivativa** será: “*la adquisición de un derecho ya existente que se transmite de un titular a otro.*” Definiciones a las cuales nos referiremos más adelante, de manera más específica.

---

<sup>140</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

<sup>141</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit* Pág. 250

<sup>142</sup>Diéz de Velásco, Manuel. *Liberamicorum: Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. JosePerezMonetero*. España. Universidad de Oviedo.1988. Pág. 1109

Concuerdan **Llamas Pombo** y **González Porras**<sup>143</sup> al explicar que el nacimiento y la adquisición de los derechos subjetivos, son dos sucesos que emanan de la relación jurídica cuando ese proceso (de nacimiento y adquisición) se desarrolla de tal manera que los derechos subjetivos tienen una existencia real y plena y se adquieren de forma definitiva por quien deba ser su titular, podrá calificarse dicho acontecimiento como una **situación primaria o común**.

Por el contrario, cuando la eficacia de la relación jurídica en cuanto al nacimiento y adquisición de los derechos subjetivo está sometida a requisitos, situaciones de hecho o Derecho o a las llamadas *condictio iuris* o presupuestos legales, nos encontramos ante la categoría que *De Castro* denominó **situaciones secundarias**.

Citan también estos autores que en la doctrina se pretende distinguir y caracterizar las figuras intermedias entre la posibilidad o probabilidad de un derecho y su existencia como estructura perfecta, configurándose **la teoría de la situación interina y la teoría de la expectativa de derecho**.

**Larrain**<sup>144</sup> “*La teoría de las situaciones jurídicas interinas se presentan en aquéllos casos en que el titular definitivo de un derecho subjetivo se encuentra todavía in determinado debe organizarse una situación provisional o interina (situación de pendency) con objeto de no dejar abandonados unos bienes, ni indefensos unos derechos.*”

La organización de la situación interina se realiza reconociendo unas titularidades eventuales, éstas titularidades dice **De Castro** citado por **LarrainRios**<sup>145</sup> son de dos tipos. Cabe, **en primer lugar**, hablar de una titularidad interina, que es aquella que se confiere a la persona a quien se encomienda la representación y defensa de la situación, otorgándole la ley poderes que normalmente son de administración y gestión sobre la masa

---

<sup>143</sup> Eugenio Llamas Pombo y José Manuel, González Porras. *Estudios de derecho de obligaciones*. España. 2006. La Ley Actualidad. Pág.52

<sup>144</sup> LarrainRios, Hernan. *Op. Cit.* Pág. 126

<sup>145</sup> *Loc. Cit.*

patrimonial o bienes. En el caso, por ejemplo, el heredero instituido bajo condición suspensiva, puede encargarse un tercero de la administración de la herencia hasta que se cumpla la condición a que ha sido llamado.

En **segundo lugar** existen unas titularidades preventivas, que se dan a las personas que tienen posibilidad de llegar a ser titulares definitivos. La titularidad preventiva se concreta en un derecho eventual, que, por una parte permite a su titular adoptar o pedir la adopción de medidas de garantía para la conservación del derecho subjetivo y, por otra, significa ya un valor patrimonial que ingresa en su patrimonio, y puede ser objeto de actos de disposición y de agresión por la acción de los acreedores. Un heredero instituido bajo condición suspensiva es evidente que tiene un valor en su patrimonio, por la expectativa de llegar a ser titular definitivo de los bienes hereditarios, perfectamente transmisible a terceros, si bien bajo la misma condición a que él estaba sujeto.

Por último cita el autor en mención que la situación interina concluye cuando se produce el evento del que dependía la adquisición final del derecho (cumplimiento de la condición suspensiva, nacimiento del concebido). La terminación de la situación de interinidad implica que uno de los titulares preventivos se convierta en titular definitivo y que se extingan los derechos eventuales y las titularidades interinas. El titular interino debe entregar los bienes y rendir cuentas al titular definitivo. Lo hecho por éste durante la situación de interinidad en la que sólo tenía un derecho eventual queda consolidado (por ejemplo, si el heredero vendió la herencia, el comprador la adquiere en firme). En cambio, si no llega a adquirir la titularidad definitiva, queda ineficaz.

Siguiendo a **De Castro** la **teoría de la expectativa** tiene su origen en la doctrina alemana y sostiene que el nacimiento de un derecho puede exigir la reunión de varios requisitos sucesivos que actúan de forma que con el cumplimiento o realización de cada una de ellos se va alcanzando un grado de desarrollo del derecho subjetivo.

Cuanto mayor sea el conjunto de requisitos o fases cumplidas, mayor será el desarrollo del derechos, hasta lo que se puede denominar su -existencia total- y mientras tanto, se va configurando el derecho subjetivo produciendo algunos efectos previos con carácter provisional, y conformando en esas etapas intermedias una expectativa de derecho que el ordenamiento jurídico ha de proteger en el orden a la producción plena de sus efectos partiendo ya de una primera manifestación constatable para las parte, y sobre todo, frente a terceros.

Lo que ocurre es que la mera expectativa debe diferenciarse netamente de una expectativa jurídica, y la principal cuestión radica en la protección ofrecida por el la valoración Derecho. Mientras que la mera expectativa o *spes vana* implica únicamente una valoración subjetivista de los intereses que el titular futuro pretende alcanzar, son que exista medio específico de tutela, la expectativa en sentido propio incorpora dicha protección en el grado que a cada caso corresponda, lo que en muchos supuestos dependerá del interés general que condiciones el contenido del derecho subjetivo de que se trate.

Dentro de las situaciones secundarias ya referidas, deben identificarse las *situaciones jurídicas de pendencia*, a las que podemos definir como las creadas respecto a una más patrimonial o de un derecho subjetivo, mientras dura la indeterminación de su titular.

La finalidad de las situaciones jurídicas de pendencia, como reguladoras de un estado intermedio en la configuración definitiva del derecho subjetivo, se concreta para **De Castro** en:

- a) Proteger los intereses del titular y tutelar su patrimonio.
- b) Mantener la situación jurídica de los posibles beneficiarios mientras se constituyan en titulares definitivos.

La relación jurídica generadora de una situación jurídica de pendencia carece de un titular definitivo, y en consecuencia el Derecho arbitra la existencia de un titular interino o preventivo.

Respecto a lo anterior establecen **Llamas Pombo y González Porras**<sup>146</sup> que se denomina titular interino a quien provisionalmente ejerce el contenido del derecho subjetivo, sea o no posteriormente el titular definitivo, una vez realizado el derecho en su integridad, pudiendo desempeñar tal función incluso un tercero a quien se confíe la custodia y defensa del interés como administrador, defensor o representante.

Mientras que titular preventivo al que desarrollo idéntica función, pero que de resolverse íntegramente los requisitos exigidos por el ordenamiento, terminará siendo titular definitivo, y en su concepto se incluyen no solo personas con actual capacidad jurídica, sino también el *nasciturus* o el *concepturus* en los caso en que deba admitirse su titularidad.”

El proceso se completa cuando la transitoriedad desaparece, lo que provoca la terminación de la situación jurídica de pendencia como situación secundaria extinguiéndose los derechos eventuales.

**Llamas y González**<sup>147</sup> explican que ello supone que el contenido íntegro del derecho subjetivo es atribuido a su titular, pero produciendo efectos retroactivos, ya que a todos los efectos el actual titular ha de considerarse que lo fue durante el periodo anterior e intermedio. Sin embargo esta retroacción podría entenderse de diferentes modos en cuanto a la producción de sus consecuencias, pues todo dependerá de si consideramos que la retroacción sea o no un efecto propio de la situación jurídica de pendencia.

Así mismo los referidos autores señalanque: “*El efecto retroactivo no solo es natural en la operatividad de las situaciones jurídicas de pendencia, sino que le confiere verdadera significación jurídica*”. Todo lo que el titular preventivo o

---

<sup>146</sup> Eugenio Llamas Pombo y José Manuel, González Porras. *Op. Cit.* Pág.52

<sup>147</sup> *Loc. Cit.*

interino haya realizado en el ámbito de su capacidad será válido y comprometerá al titular definitivo, especialmente si se trata de una título como sucedería preventiva, por la identidad de personas.

## 5.8.2. Clases

En general la doctrina únicamente reconoce dos maneras en las que se puede adquirir un derecho, éstas son:

### 5.8.2.1. Adquisición originaria y derivativa

**Larrain<sup>148</sup>, De Ruggiero<sup>149</sup> y Vodanovic<sup>150</sup>** coinciden en establecer que **la adquisición originaria o también llamada “a título originario” por Olaso, S.J. y Casal<sup>151</sup>** será aquella en la que el derecho del adquirente no se funda en uno anterior preexistente de otra persona sino que por virtud del supuesto de hecho contemplado en la norma nace *ex novo* para el adquirente.

Es decir cuando el derecho que se une al sujeto surge en éste directamente y de un modo autónomo, independientemente de una relación jurídica con una determinada persona (por ejemplo, adquisición de la propiedad por la ocupación de una cosa nullius, adquisición de un derecho de propiedad por crear el adquirente una obra literaria o artística). **Castan<sup>152</sup>** dice cabe igualmente que la adquisición de un derecho sea originaria cuando, existiendo un derecho de idéntico contenido, se extingue al nacer el nuevo (la usucapion, por ejemplo, da nacimiento a un nuevo derecho de propiedad, ante el cual desaparece el anterior).

---

<sup>148</sup>LarrainRios, Hernan. *Op Cit.* Pág 237

<sup>149</sup>Vodanovic H., Antonio. Pág.134

<sup>150</sup>*Loc. Cit.*

<sup>151</sup>Olaso S.J, Luis Maria y JesusMariaCasal. *Op. Cit.* Pág. 277

<sup>152</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 53



Mientras que **De Ruggiero citado por Vodanovic H.**<sup>153</sup>, **Vodanovic H.**<sup>154</sup> y **Castan**<sup>155</sup> son autores que concuerdan en definir la adquisición derivativa como aquélla que en la que el derecho resulta de una relación con otro de la cual deriva en favor del nuevo titular, ya sea que se traspase de uno a otro el derecho mismo e íntegro que antes correspondía al primero (transferencia del dominio de una cosa, adquisición de una herencia), ya sea que sobre el derecho del primero se constituya en favor del adquirente un derecho nuevo que no existía en otro como tal, sino que era en él solamente el supuesto indispensable para la constitución del derecho nuevo (constitución de prenda o usufructo).

En otros términos, en este último caso se adquiere un derecho nuevo que precedentemente no tenía existencia por sí, sino que presupone la existencia de otro derecho (la propiedad, en los ejemplos señalados) en el cual se funda.

El titular de quien se recibe el derecho se llama predecesor o causante (actor iuris) y el adquirente, causahabiente (sucesor).

A las adquisiciones derivativas, y como una consecuencia de la naturaleza de las mismas, se aplica la regla fundamental de que **nadie puede transmitir a otros más derechos que los que él tiene** (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*) Así, el derecho del enajenante se transmite al adquirente con todas las ventajas y defectos con que lo tuviera el primero (pasan, por ejemplo, las defensas, la posibilidad de futuros incrementos, las mismas cargas y limitaciones, las causas de impugnación). Si consiguientemente el derecho del predecesor es precario y resoluble, precario y resoluble será el derecho del causahabiente.

Señalan también los citados autores, en señalar que las modalidades de dicha adquisición, son:

---

<sup>153</sup>Vodanovic H., Antonio. *Op. Cit.* Pág.134

<sup>154</sup>*Loc. Cit.*

<sup>155</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit* Pág. 54

### 5.8.2.2. Adquisición traslativa y constitutiva

**Traslativa**, en la que es el mismo derecho el que se traspasa. (Una compraventa, una donación o de la sucesión “mortis causa”), y

**Constitutiva**, en que sobre la base de un derecho preexistente (derecho matriz) se crea en otro un derecho nuevo, es decir, otro cualitativamente distinto y de menor entidad (derecho filial), derivándole o constituyéndole en otro sujeto. Supone la previa creación de un derecho nuevo por segregación de uno preexistente y su posterior transferencia a un tercero (el propietario constituye un usufructo sobre su derecho de propiedad y lo transmite a un tercero).

En la adquisición derivativa de una u otra especie es precisa para la existencia y el contenido del derecho adquirido, el derecho preexistente; el derecho del adquirente se halla condicionado por el del transmitente o constituyente.

Por el contrario para **LarrainRios**<sup>156</sup> la adquisición es derivativa si preexiste el derecho de un titular anterior, y aquélla deriva casualmente del anterior derecho. Hay una relación jurídica entre ambos titulares, una conexión entre el título del anterior titular (transmitente) y el título del nuevo (adquirente).

De la relación causal antes expuesta se deducen algunos principios generales aplicables a la adquisición derivativa, como los siguientes:

- 1º. Si el título del transmitente es ineficaz, el adquirente realiza una adquisición ineficaz.
- 2º. El derecho se adquiere con las mismas limitaciones que tenía en manos del transmitente.
- 3º. Nadie puede transferir a otro, más derechos que los que él mismo tiene.

---

<sup>156</sup>LarrainRios, Hernan. *Op. Cit.* 121

La adquisición derivativa puede ser, según **Ríos**:

- a) **Adquisición traslativa** (por ejemplo, el propietario transmite su dominio a otra persona);
- b) **Adquisición constitutiva** (por ejemplo, el propietario, conservando su derecho de propiedad, constituye en favor de otra persona un derecho de usufructo sobre su finca).
- c) **Adquisición instantánea**: El supuesto de hecho de la norma jurídica, al cual ésta liga el nacimiento y la adquisición del derecho subjetivo, puede ser un hecho simple de producción instantánea (por ejemplo: muerte, producción de un daño). En estos casos, la adquisición es instantánea también.
- d) **Adquisición sucesiva**: Sin embargo, en ocasiones, el supuesto determinante del nacimiento y de la adquisición del derecho puede ser un supuesto complejo de formación sucesiva compuesto de varios hechos singulares.

En ciertos casos, resulta claro que la plena adquisición del derecho depende de la sucesiva formación de un supuesto de hecho complejo. ¿Qué ocurre entonces cuando han aparecido algunos de los elementos del supuesto de hecho, pero no todos? ¿Qué explicación se debe dar de este fenómeno? La doctrina tradicional admitía la existencia de grados diversos en el desarrollo o en la producción del derecho:

- 1º. Simple esperanza, sin consecuencia jurídica especial. Por ejemplo, la situación de heredero cuando el testamento ha sido otorgado, pero el testador no ha fallecido todavía.
- 2º. Expectativa de derecho, cuando el hecho adquirido se ha realizado ya en parte y existe la probabilidad, aunque incierta aún, de que el derecho será adquirido. La expectativa no es todavía un derecho, pero

es un *iusin fieri*. La teoría de las expectativas ha sido muy criticada. Entre el derecho y el no derecho no caben grados intermedios. Cuando el interés de una persona recibe una protección jurídica puede ya hablarse de un derecho, aunque éste sea un derecho provisional (derecho eventual).

Además señala **Vodanovic H.**<sup>157</sup> que es de suma importancia distinguir entre **adquisición originaria** y **adquisición derivativa**. Porque tratándose de la primera basta examinar únicamente el título del adquirente para comprobar la eficacia y amplitud del derecho. En cambio si la adquisición es derivativa, menester es examinar el derecho del titular anterior, pues éste condiciona el derecho del adquirente o titular actual.

**Castan**<sup>158</sup> No depende esta distinción de que se adquiriera un derecho nuevo que antes no existiese o un derecho ya existente, sino más bien de que la adquisición sea independiente de toda relación anterior, o por el contrario, mantenga vínculos de derivación y dependencia con un derecho preexistente.

Para una ejemplificación jurídica, el **Código Civil español**<sup>159</sup> cita en sus artículos **467.- y 468.-** lo siguiente:

**Artículo 467.-** El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.

**Artículo 468.-** El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción.

Así mismo el **Código Civil de la República de El Salvador**<sup>160</sup> regula en su artículo **769.- y 771.-** lo siguiente:

---

<sup>157</sup>Vodanovic H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 134

<sup>158</sup>CastanTobeñas, José. *OpCit* .Pág. 54

<sup>159</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

**Artículo 769.-** El derecho de usufructo es un derecho real<sup>161</sup> que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño.

**Artículo 771.-** El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: 1º Por la ley, como el del padre o madre de familia, sobre ciertos bienes del hijo; 2º Por testamento; 3º Por donación, venta u otro acto entre vivos; 4º Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

Del contenido de los artículos previamente citados, se puede determinar que existen elementos que la norma positiva requiere para la existencia del usufructo, es decir para el nacimiento del mismo. Además establece los modos en los cuales se puede constituir el tal derecho. Una vez éste se encuentre constituido se presume la existencia del acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes. La adquisición del usufructo, será viable cuando el usufructuante y usufructuario efectivamente estén en el pleno uso, goce y disfrute del derecho.

## **5.9. Situaciones jurídicas secundarias**

### **5.9.1. Teoría general**

**De Catrocitado por CastánTobeñas**<sup>162</sup> señala que no obstante que la relación jurídica se constituye por el derecho subjetivo, existen otras situaciones que las califica como secundarias, debido a la temporalidad, la incertidumbre o simplemente por la insuficiencia de protección, es decir que la que éstas situaciones no se desarrolla de manera tan intensa la y fundamental la protección jurídica.

---

<sup>160</sup>Barrios, Gerardo. Órgano ejecutivo. General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador. *Código Civil de 1859*.

<sup>161</sup> López Díaz, Elvira. *Op. Cit.* Pág. 289: Los derechos reales son aquellos que recaen sobre las cosas otorgando a su titular un poder directo e inmediato sobre las mismas que puede ser total (derecho de propiedad) o bien limitado o parcial (derechos reales limitados en cosa ajena), para la satisfacción de sus propios intereses.

<sup>162</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 53

## **5.9.2. Clasificación**

### **5.9.2.1. Los efectos reflejos de las normas**

Es por medio de los cuales la Administración o el poder público, se encarga de la protección de determinadas situaciones, ya el particular está vedado de ese derecho es decir, de hacer valer por sí mismo, el cumplimiento del contenido normativo. Pudiendo el particular denunciar la infracción de la norma ante los poderes públicos, y actuar como coadyuvante, pero sin la legitimación para exigir su cumplimiento ante los tribunales de justicia

### **5.9.2.2. Las facultades jurídicas**

**De Castro**, citado por **CastanTobeñas**<sup>163</sup> con mayor precisión, caracteriza las facultades jurídicas por la dependencia en que se encuentran con respecto a una situación principal cuya suerte siguen Solo pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas junto con la situación de que dependen, salvo que se separen para constituir un nuevo derecho subjetivo. En otras palabras, serán la posibilidad de actuar concedida a una persona por el simple hecho de formar parte de una relacione jurídica

- i. Constituir un ámbito de actuación libre concedido y garantizado por el Derecho;
- ii. Carecer de independencia, por estar siempre basadas en unidas a una situación jurídica principal no se independizan formando nuevo derecho subjetivo<sup>164</sup>
- iii. Pueden formar parte del contenido de cualquier relación jurídica.

### **5.9.2.3. Los llamados derechos potestativos o de formación o modificación jurídica**

Se trata de casos en los que determinadas personas tienen facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica (es decir, el nacimiento, la

---

<sup>163</sup>Loc. Cit.

<sup>164</sup>Loc. Cit.

extinción o al modificación de derechos subjetivos) en la esfera jurídica de un tercero, de tal modo que, el efecto que se produzca es independiente de la voluntad y de la actividad de ésta.

**Rodríguez-Arias** citado por **CastánTobeñas**<sup>165</sup> define el derecho potestativo como *“facultad individual y potestativa-libre o reglada- patrimonial y concreta de operar la adquisición, cambio extinción de una relación jurídica, sin constricción o sujeto.”*

Los casos de referencia ofrecen variados tipos. Todos tienen de común la tendencia a producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otros; pero esta puede tener lugar:

- a) **Negativa:** Haciendo cesar un preexistente estado de derecho (es el caso de los derechos de impugnación, rescisión y resolución de relaciones contractuales, revocación de donaciones etc. Como ejemplo puede citarse, *poder de impugnar la eficacia de un negocio.*
  
- b) **Modificativa:** Modificando una relación jurídica existente, sin suprimirla (derechos de determinación) de elección en las obligaciones alternativas etc. Ejemplo: *El derecho de elegir en la obligación alternativa o de constituir en mora al deudor.*
  
- c) **Adquisitiva:** Creando una nueva relación jurídica (caso de los llamados derecho de apropiación, que autoriza para adquirir, por un acto unilateral, la propiedad de una cosa nullius o ajena, caza, pesca minas, etc.) Ejemplo de lo anterior sería, *derecho de aceptar una oferta o de exigir la constitución de una servidumbre de paso*
  
- d) **Extintiva:** Permiten dar por terminada una relación preexistente; pe: derecho de pedir la división de la cosa común o la disolución de la sociedad. Puede citarse como ejemplo: *El derecho de pedir la división de la cosa común o la disolución de la sociedad*

---

<sup>165</sup>Loc. Cit.

## 5.10. Ejercicio, conservación y protección de los derechos subjetivos

### 5.10.1. El ejercicio de los derechos subjetivos

#### 5.10.1.1. Definición y modalidades

El ejercicio del derecho es la finalidad básica de todo derecho subjetivo y por medio de él, el sujeto puede usar o no, su derecho. Por lo que la pretensión se concreta en la facultad del titular de un derecho subjetivo para exigir a otro, determinada conducta.

Para **Larrosa**<sup>166</sup> el ejercicio del derecho subjetivo, no es más que el poder concedido por el ordenamiento jurídico al titular del derecho, para que realice actividades que permitan el correcto desarrollo de aquél derecho. La normativa únicamente será como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de la tutela jurídica, *“El obrar en el ejercicio de un derecho determina el carácter lícito y justo del acto que la persona realiza, naturalmente siempre que el acto de ejercicio sea correcto y no abusivo.”*

Para ejercitar el derecho, puede emplearse la vía **judicial**, es decir, acudir al órgano jurisdiccional correspondiente, reclamando una decisión o la adopción de medidas para la protección o satisfacción de sus intereses; o bien puede reclamarse dicha protección a través de un acto privado por medio de la vía **extrajudicial**. Por ejemplo cuando el titular se dirige contra otra persona reclamando frente a ella la adopción de una determinada conducta (pretensión) por ejemplo un hacer o un no hacer o la aceptación de unos determinados resultados.

El ejercicio de un derecho subjetivo en ocasiones puede determinar la consumación del derecho que una vez realizado se extingue. Por ejemplo, el derecho de crédito queda consumido y extinguido una vez que el acreedor cobra aquello que se le debe. En otras ocasiones, en cambio, el acto de ejercicio, en lugar de agotar y consumir el derecho, lo consolida y prorroga.

---

<sup>166</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*



Por ejemplo, el goce de la propiedad determina la continuación del derecho - y excluye la prescripción del mismo.

Por el contrario **CastanTobeñas**<sup>167</sup> contempla el ejercicio de un derecho subjetivo como la *actuación de su contenido*. Entendiendo al ejercicio, -en su sentido más amplio- como el goce, la conservación, la seguridad o garantía y la defensa del derecho. Pudiendo revestir de ésta manera **tres modalidades**:

**1º. En relación con la voluntad del titular**, refiriéndose a que hay derechos de ejercicio facultativo y otros de ejercicio obligatorio. Al respecto hace una breve explicación de los mismos, por lo que inicia señalando como una regla general, que el ejercicio del derecho es una facultad cuyo uso depende del libre arbitrio de quien la ostenta. Mas por excepción, es obligatorio el ejercicio de ciertos derechos (por ejemplo, el de patria potestad o el de autoridad marital o tutelar) que se conceden a su titular en provecho de otras personas, y en los que se entrecruzan el aspecto de derecho y el de deber. Ejemplo de ello puede ser el contenido de los artículos del **Código Civil guatemalteco**<sup>168</sup>, los cuales establecen:

**Artículo 282.-** *“No es renunciable ni transmisible a un tercero, ni embargable<sup>169</sup>, el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista debe al que ha de prestarlos. Podrán, sin embargo, compensarse, embargarse, renunciarse y enajenarse las pensiones alimenticias atrasadas”.*

---

<sup>167</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 53

<sup>168</sup>Peralta Azurdia, Enrique. *Código Civil Decreto Ley-106 y sus reformas*. Emisión: 14/09/1963. Guatemala

<sup>169</sup> Peralta Azurdia, Enrique *Código Procesal Civil y Mercantil*. Decreto Ley 107. Emisión 01/07/1964. Al respecto, el artículo 306.- del citado código, regula: No podrán ser objeto de embargo los siguientes bienes: **1o.** Los ejidos de los pueblos y las parcelas concedidas por la administración pública a los particulares, si la concesión lo prohíbe; **2o.** Las sumas debida, a los contratistas de obras públicas. con excepción de las reclamaciones de los trabajadores de la obra o de los que hayan suministrado materiales para ella; pero sí podrá embargarse la suma que deba pagarse al contratista después de concluida la obra; **3o.** La totalidad de salarios o sueldos y de honorarios, salvo sobre los porcentajes autorizados por leyes especiales y. en su defecto por el Código de Trabajo; **4o.** Las pensiones alimenticias presentes y futuras; **5o.** Los muebles y los vestidos del deudor y de su familia, si no fueren superfluos u objetos de lujo, a juicio del juez; ni las provisiones para la subsistencia durante un mes; **6o.** Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión. arte u oficio a que el deudor esté dedicado; **7o.** Los derechos cuyo ejercicio es meramente personal, como los de uso, habitación y usufructo, pero no los frutos de éste; **8o.** Las pensiones, montepíos o jubilaciones menores de cien quetzales al mes que el Estado acuerde y las pensiones o indemnizaciones en favor de inválidos; **9o.** Los derechos que se originen de los seguros de vida, o de daños y accidentes en las personas; **10o** Los sepulcros o mausoleos; y **11o.** Los bienes exceptuados por leyes especiales. Para los casos en que sea aplicable, pueden ser embargados los bienes a que se refieren los incisos anteriores, cuando la ejecución provenga de la adquisición de ellos.

**Artículo 283.-** “Están obligados recíprocamente a darse alimentos, los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos. Cuando el padre, por sus circunstancias personales y pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos, y la madre tampoco pudiese hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la Imposibilidad del padre de éstos”.

Por otra parte, aunque los derechos sean de uso facultativo, la falta de ejercicio de los mismos durante un cierto tiempo suele llevar consigo su pérdida (decadencia, prescripción de derecho y acciones), por razones de utilidad social.

**2º. En relación con sus duración o continuidad,** hay derechos susceptibles de ejercicio reiterado y duradero, como son, por ejemplo, los derecho de familia y los derecho reales; así , el propietario o el titular de una servidumbre puede hacer uso continuamente o indefinido número de veces de su derecho, sin que este resulte por ello disminuido o destruido. (Se suele señalar alguna excepción a esta regla, como la del derecho real de hipoteca que, teniendo por objeto el pago del crédito garantizado mediante la enajenación del inmueble gravado, se agota con el ejercicio). Citando nuevamente la legislación guatemalteca, el Decreto Ley 106 se refiere en su **Artículo 705.-** “El usufructo puede constituirse por tiempo fijo, vitalicio,<sup>170</sup> puramente o bajo condición, pero no a perpetuidad, y sobre toda especie de bienes muebles e inmuebles”.

**3º. En relación con los sujetos,** puede el ejercicio del derecho ser **directo**, si lo practica el titular en persona, e **indirecto**, si lo hace por medio de otro. Como dice **Coviello**, citado por **Castan**<sup>171</sup> “No es necesario que se trate siempre de verdadera y representación jurídica:

---

<sup>170</sup> Peralta Azurdia, Enrique *Código Civil*. Decreto Ley 106. Emisión 14/9/1964. Nota número 288 al pido página del Código Civil Anotado y Concordado de la Universidad Rafael Landívar: Usufructo vitalicio: Aquel que se constituye para toda la vida del usufructuario, el usufructuario puro no es condicionado, a excepción del bajo condición en donde el usufructuante (nudo propietario) pone una o más condiciones para el goce de este derecho.

<sup>171</sup> CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 56

*puede bastar a tal fin la llamada representación económica o de intereses.”* La verdadera representación la jurídica no se requiere más que para la conclusión de negocios jurídicos, no para los hechos económicos que constituyen el ejercicio de un derecho, como sería el uso material de la cosa, la realización de labores agrícolas. Hay derechos que no admiten la posibilidad de ejercicio por medio de otro: Tal sucede con el derecho de testar, los derecho de familia en tesis general, etc.

Desde otro punto de vista, señala **CastanTobeñas**<sup>172</sup> que los derechos pueden ser ejercidos no solo por el titular o sus representantes, sino aun por quien no es titular y no cuenta con la autorización de este. Hay pues dos modalidades del ejercicio de los derechos: Ejercicio del derecho que en realidad existe a favor del agente, y ejercicio del contenido de un derecho sin que este efectivamente exista o independientemente de que exista o no. En este último caso sólo hay una apariencia o exterioridad del derecho, que es, sin embargo, protegido en ocasiones por la ley, porque el hecho ha de ser respetado en tanto no se demuestre la existencia del derecho contrario.”

La institución jurídica que ordena este ejercicio del derecho *per se*, independientemente de toda indagación acerca de la existencia real del derecho, toma el nombre de posesión, que, en el sentido que aquí nos interesa, es, según dice **Chironi**, citado por **Castan**<sup>173</sup> “*el ejercicio (manifestación, apariencia, exterioridad) del derecho, independientemente de su existencia, y que alguien actúa por sí o por medio de otro que lo tenga en su nombre*”.

Todos los derechos son en este sentido, susceptibles de posesión, y encontramos aplicaciones de las mismas en los derechos de obligaciones y en los derechos de familia. Pero la posesión en sentido técnico, que, como dice Coviello, citado por **Castan**<sup>174</sup>, “*no es solo el ejercicio de hecho de un derecho, sino el ejercicio de hecho tutelado por la ley, independientemente de*

---

<sup>172</sup> *Ibid.* Pág. 57

<sup>173</sup> *Loc. Cit.*

<sup>174</sup> *Loc. Cit*

*la prueba de la existencia del derecho que se ejercita, no tiene aplicación a todos los órdenes del Derechos y es casi nada más en los derechos reales donde alcanza importancia y relieve verdadero”.*

## **5.10.2. Extensión y límites del ejercicio de los derechos**

### **5.10.2.1. Clasificación**

**Díez-Picazo y Gullón** citados por **Arnau**<sup>175</sup>, **Larrosa**<sup>176</sup>, y **Castan**<sup>177</sup> concuerdan en clasificar los límites del ejercicio del derecho subjetivo de la en: *Naturales, colisión de derechos, la buena fe y el abuso del derecho, límites temporales*:

Aunque para el último autor y para **Soto**<sup>178</sup> la clasificación a aplicar es la siguiente: **Límites intrínsecos**, la cual se encuentra subdividida en: *la buena fe y el abuso del derecho* y como **límites extrínsecos** la *colisión de derechos*.

En el presente estudio se pretenden condensar las clasificaciones antes descritas, de manera que el lector pueda percibir de manera integral las mismas:

#### **5.10.2.1.1. Naturales**

Son llamados así, ya que son límites que derivan de la propia naturaleza del derecho y de la manera de como este está conformado, a través de la función económica o social que por medio de él se pretende realizar. El derecho aparece definido en la ley en virtud de esta naturaleza y la definición legal implica ya el establecimiento de sus linderos o confines.

Al respecto, podemos mencionar, lo establecido en el **artículo 1397.- del Código Civil Costarricense**<sup>179</sup>, específicamente en su segundo párrafo:

---

<sup>175</sup> Arnau Moya, Federico. *Op. Cit.* Pág. 78

<sup>176</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit*

<sup>177</sup> CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 57-72

<sup>178</sup> Díez Soto, Carlos Manuel. *Op. Cit.* Establece que el acto realizado en el ejercicio de un derecho es, por principio, un acto lícito y justo». “De este modo fue elevado a la categoría de dogma la regla de que «el que usa su derecho no causa daño a nadie» (*nemimenlaeditquisuo iure utitur*). No hay daño porque no hay lesión injusta. El hecho de actuar en el ejercicio de un derecho excluye el carácter ilícito del acto.

*“...La donación verbal sólo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes muebles cuyo valor no pase de doscientos cincuenta colones. **La de muebles cuyo valor exceda de esa suma y la de inmuebles debe hacerse en escritura pública; faltando ese requisito, la donación es absolutamente nula.**”*

También puede citarse como ejemplo, lo regulado en el **artículo 1373.**-del mismo cuerpo legal, en virtud del cual: *“Sólo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos”.*

Puede señalarse también lo regulado en el **artículo 1145.**-: *“El arrendatario puede ceder el arrendamiento o subarrendar, a no ser que esta facultad le esté prohibida por una cláusula expresa del contrato o por disposición de la ley.”*

Por último el **Código Civil español**<sup>180</sup>, nos permite citar como ejemplo el **artículo 1767.**- *“El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios”;* y el **artículo 1768.**- *“Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia”.*

#### **5.10.2.1.2. Colisión de derechos**

No es otra cosa que el hecho que el derecho entre en conflicto con el derecho perteneciente a una persona. O en palabras de **Castan**<sup>181</sup> *“Hay concurrencia o colisión de derechos cuando existen varios derechos correspondientes a personas diversas sobre un mismo objeto, sin que admitan ejercicio simultáneo. A veces esos derechos están entres sí en relación de subordinación, por no tener fuerza igual, ya por la diversidad de su naturaleza,*

---

<sup>179</sup> Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. Ley número XXX de 19 de abril de 1885 Código Civil.

<sup>180</sup> Congreso de los Diputados. Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.

<sup>181</sup> CastanTobeñas, Jose. Op. Cit. Pág. 57-72

ya por la fecha de su adquisición, y en este caso la colisión se resuelve en preferencia de derechos. Otras veces, no existiendo jerarquía ninguna ni orden de preferencia, se da el conflicto o colisión de derechos en sentido propio y estricto”.

**i. Preferencia de derechos:** Generalmente, el derecho real prevalece sobre el derecho personal con respecto a una misma cosa. Los derechos reales se subordinan entre sí, dado el carácter exclusivista que los domina, por el principio de *prioridad (prior tempore portior iure)*. Los derechos personales, por no excluirse entre sí, no tiene ordinariamente subordinación. Es libre, en principio, el ejercicio de uno de ellos, aunque tenga por consecuencia impedir la efectividad de otros (así un acreedor al cobrar puede agotar el patrimonio del deudor). Por excepción en los casos de concurso o quiebra establece la ley reglas de graduación y preferencia de los créditos, teniendo en cuenta, más que la antigüedad, la naturaleza y causa de los mismos.

**ii. Colisión de los derechos en sentido estricto:** Las leyes no suelen establecer una norma general y absoluta para dirimir estas discordias, y se limitan a regular algunos supuestos aislados. Así, en caso de colisión entre los derechos de administración los copropietarios, decide el acuerdo de la mayoría a la resolución judicial según fuero de equidad (**Artículo 398.- Código civil español**) y en caso de retracto legal, hay reglas para decidir la colisión entre retrayentes (**Artículos 1522.- al 1524.- del Código en mención**)

No obstante lo anterior, el jurista Larrosa, establece que la colisión entre varios derechos subjetivos se resuelve por el legislador de maneras muy distintas, que en cada caso se encuentran condicionadas por razones de política jurídica. Cabe señalar los siguientes supuestos:

- 1º. Los titulares de dos hipotecas sobre la misma finca pretenden al mismo tiempo realizar el valor de la finca para satisfacer el crédito garantizado por ella;

- 2º. Dos personas son al mismo tiempo titulares de un derecho de retracto<sup>182</sup> sobre la misma cosa (por ejemplo, un arrendatario y un colindante)
- 3º. Dos personas son al mismo tiempo titulares de un derecho a la entrega o a la adquisición de la propiedad de una misma cosa (por ejemplo, doble venta).

Ante estos supuestos se plantean las siguientes soluciones:

a) El ordenamiento jurídico establece un rango o una jerarquización entre los diversos derechos en colisión, prefiriendo al derecho de superior tamaño y sacrificando al de rango menor. La distinción a estos efectos de los derechos por su rango puede hacerse por:

i. La mayor antigüedad del derecho: el derecho más antiguo es preferido al más moderno (*Principio primero en tiempo primero en derecho= prior tempore potior iure*)

ii. Circunstancias relacionadas con la causa o con la naturaleza del derecho. Así, la prelación de créditos prevista en el Código Civil español<sup>183</sup> (Título XVII de la concurrencia y prelación de créditos Capítulo I Disposiciones Generales Artículos 1911.- al 1924.-) que han de hacerse efectivos sobre un patrimonio para su cobro con preferencia frente a otros.

---

<sup>182</sup> López Díaz, Elvira. *Op. Cit.* Pág. 360,361. Establece que: "El retracto es un derecho que, al contrario de lo que ocurre en el tanteo, se ejercita una vez que se ha realizado la venta de la cosa, y lo define el artículo 1521 del Código Civil Español *El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.* El retracto es pues, el derecho preferente que tiene una persona para adquirir una cosa cuando esta ya ha sido transmitida onerosamente a un tercero. Consiste en una subrogación en la íntegra situación jurídica del comprador, de modo que quien ejercite ese derecho acepta la adquisición de los bienes comprados en idénticas condiciones a las pactadas con el comprador, sin que pueda variarlas. Por ejemplo, si en el arrendamiento, el arrendador vende el piso a un tercero sin respetar el derecho de tanteo que tiene el arrendatario, éste podrá ejercitar su derecho de retracto legal, recuperando el piso vendido, al subrogarse en el lugar del tercero comprador y con las mismas condiciones estipuladas en el contrato que celebró con el arrendador. Es decir, que el tanteo y el retracto tiene idéntica función pero se distinguen por el momento temporal en que estos derechos deben ser ejercitados: En el tanteo, el derecho de preferencia para adquirir el bien ha de ser ejercitado "antes" de la venta del mismo a un tercero y en el retracto este derecho se ejercita "después" de la venta del bien entre el propietario y el tercero.

<sup>183</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

b) El ordenamiento jurídico protege al que se haya adelantado en el ejercicio del derecho subjetivo frente a quien no haya sido tan diligente. Por ejemplo el **artículo 1473.-** del mismo cuerpo legal establece: *“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.”* El precepto legal anterior protege al primer poseedor de buena fe de la cosa, en el supuesto de la doble venta.

El ordenamiento jurídico establece igual condición de todos los derechos en colisión de tal manera que esta impone un parcial y proporcional sacrificio de todos ellos. Si varios acreedores por ejemplo, concurren sobre el patrimonio del deudor y éste es insuficiente para cubrir todos los créditos, los acreedores que no tengan una preferencia cobran a prorrata (Principio de igualdad de los acreedores= *par conditio creditorum*).

#### **5.10.2.1.3. La buena fe y el abuso del derecho**

Considerados como límites genéricos, se fundamentan en la idea de convicciones éticas imperantes en la comunidad y de la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido al particular. En otras palabras, la primera consideración lleva implícita la exigencia de que el ejercicio de un derecho subjetivo se ajuste a los dictados de la buena fe; mientras que la segunda impone la prohibición del abuso del derecho.

En este contexto, **la buena fe** hace referencia al modo de conducta, socialmente aceptable y exigible conforme a un imperativo ético dado. El ejercer un derecho subjetivo, será contrario a la buena fe cuando, éste se ejercite de manera desleal, según las reglas que la conducta social imponga al tráfico jurídico.



Dicho en palabras de **Cossio** citado por **Larrosa**<sup>184</sup>: El principio de la buena fe, busca conseguir que “*el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto.*”

Fuera de ello, el ejercicio de un derecho subjetivo se torna inadmisibles y antijurídico, provocando con ello emplear medios de defensa, aunque no únicos *per exceptionem*, que legitiman para retener la pretensión del titular del derecho, medios a los que se puede llamar *exceptiodoli*.<sup>185</sup>

El **artículo 7.1** del Título Preliminar del **Código Civil español** preceptúa que: “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. En el mismo sentido el **Código Civil de El Salvador** prevé la buena fe como elemento integrante del ordenamiento jurídico.

Con relación a lo anterior, y tomando en consideración, los derechos subjetivos que nacen en una relación obligatoria **Larenz** citado por **Larrosa**<sup>186</sup> señala que: “*es inadmisibles todo ejercicio que contravenga a cada caso concreto las consideraciones que cada parte está obligada a adoptar respecto de la otra.*”

Por otro lado, **el abuso del derecho** como idea general se plasma, que actuar en el ejercicio de un derecho es por principio lícito y justo, causa suficiente de justificación y por consiguiente de exclusión de responsabilidad. Por eso desde tiempos antiguos, dice Miguel Ángel Larrosa, se elevó a la

---

<sup>184</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit*

<sup>185</sup> Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. *Primera edición electrónica*. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales->. Fecha de consulta: 16 de Agosto de 2013. En Roma, defensa procesal introducida por el pretor, en tiempos de la república, para que tanto en los juicios de derechos quiritarario como en las acciones de buena fe, el demandado pudiera oponerse válidamente a la pretensión del demandante, aduciendo el empleo por éste del dolo, en la concertación del negocio jurídico o en exigencia de cumplimiento inequitativo

<sup>186</sup> Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit*.

categoría de dogma que, el que usa su derecho no causa daño a nadie *neminem laedit quisuo iure utitur*; y no hay daño porque no hay lesión injusta.

Pero en la realidad puede ejercitarse el derecho con el ánimo de dañar *animus nocendi*, y a dicha intención va aparejada, la de obtener una ventaja. Por eso apunta **Georges Cornil**, citado por **Larrosa**<sup>187</sup>: “*Si el derecho subjetivo, es un, poder que se concede a la persona para lograr la satisfacción de sus necesidades o intereses o, en general para cumplir los fines que el Derecho objetivo pretende, no es admisible un ejercicio que esté en contra de la finalidad para la que le es concedido o, en su formulación más radical, un ejercicio en forma antisocial*”<sup>188</sup>

El **artículo 7.2** del Título Preliminar del **Código Civil español** regula: “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

Del artículo anterior se infiere, pues, implícitamente que hay un ejercicio normal y otro anormal de los derechos subjetivos, y es este último el que debe reprimirse. Es anormal cuando traspasa los límites normales del ejercicio, por lo que legitima a todo aquel que tenga un interés, aunque no sufra un daño actual, para que el órgano judicial correspondiente deje sin protección al titular del derecho en el acto concreto de ejercicio.

El abuso del derecho, no solo conlleva a una indemnización por parte de quien se considera afectado y así ha sido declarado, sino también provoca que pueda plantearse una acción de nulidad del acto o contrato que dio origen a aquél.

---

<sup>187</sup> *Loc. Cit.*

<sup>188</sup> **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, España (ANEXO CUATRO).**

Por lo anterior, **Borda**<sup>189</sup> establece que: “*Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades de los hombres; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros*”.

Además de la clasificación a la que se ha hecho referencia, **Díez-Picazo y Gullón** citados por **Arnau**<sup>190</sup>, añaden una categoría más, siendo éstos los **límites temporales**, que se imponen a través de dos figuras: La prescripción y la caducidad.

#### 5.10.2.1.4. Límites temporales

*“Los derechos subjetivos están con frecuencia sometidos a un límite temporal que puede afectar a su existencia o bien a la admisibilidad de los actos de ejercicio del derecho”.*

- a) Prescripción:** *“Forma de extinción de los derechos y las acciones derivada de la falta de ejercicio por su titular durante el plazo de tiempo señalado por la ley”.*

El autor **Nicolás**,<sup>191</sup> considera a la prescripción como *“un medio por el cual a causa de la inactividad del titular del derecho prolongado por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo.”*

En doctrina se conocen dos tipos de prescripción siendo la primera **adquisitivo usucapion** (Artículos: 642.- al 654.- Código Civil guatemalteco y 1930 del Código Civil español) que tiene su sede natural en el ámbito de los derechos reales o de cosas, mientras que la segunda es decir la **extintiva o simple prescripción** está ubicada en las obligaciones y contratos (Artículos: 1501 al 1516 Código Civil guatemalteco y 1961.- a 1.975.- del Código Civil español).

---

<sup>189</sup> Borda, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 48

<sup>190</sup> Arnau Moya, Federico. *Op. Cit.* Págs. 81

<sup>191</sup> Coviello, Nicolás. *Op. Cit.* Pág. 491.

El efecto principal de la prescripción será, que una vez transcurrido el plazo establecido en la ley para el ejercicio del derecho, ya no se le puede exigir al sujeto pasivo la conducta activa o pasiva por parte del titular.

En conclusión la prescripción pretende evitar el ejercicio extemporáneo de un derecho.

- b) Caducidad:** El autor **Ernesto Gutiérrez y González**<sup>192</sup>, se refiere a la caducidad como: *“La sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntariamente y conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso.”*

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no puede ser interrumpida. Ejemplo de ello es el **artículo 1524.- del Código Civil Español**<sup>193</sup> que establece un plazo (que es de caducidad) de nueve días para ejercer el derecho de retracto. El titular del derecho no podrá interrumpir este plazo ni siquiera interponiendo una demanda judicial. No hay forma posible de detener el transcurso del plazo de caducidad.

La caducidad puede ser declarada de oficio por el juez aunque el interesado no la alegue, la prescripción solo puede ser declarada a instancia de parte.

Los plazos de caducidad generalmente suelen ser mucho más cortos que los de prescripción.

---

<sup>192</sup>Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Puebla, México, Editorial Cajica. 1978. 5ª Edición. Pág 798.

<sup>193</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas*.

## 5.11. Conservación de los derechos

Al respecto **Castan**<sup>194</sup> cita dos medios indispensables para conservar los derechos subjetivos, el primero de ellos es ***el que permite hacer constar un hecho cuya inexistencia puede afectar el derecho***. Ejemplo de ello son las notificaciones de los hechos o resoluciones en el ámbito judicial, así como los requerimientos que pueden hacerse por esa vía.

Como segundo medio, establece *“aquel que manifiesta la voluntad de conservar un derecho frente a una situación que podría hacer presumir desistimiento o renuncia del mismo.”* Refiriéndose así a **la protesta y a la reserva**.

*“La protesta consiste en una manifestación de voluntad hecha para evitar que a un determinado acto de quien la hace, o de otra persona, se le de una interpretación o se le atribuya efectos que perjudicarían al primero.”*

*“La reserva es una especie de protesta hecha para manifestar la intención de conservar derechos, que podrían considerarse comprendidos en una renuncia, transacción, novación, etc., de otros derechos.”*

## 5.12. Garantía o protección de los derechos

### 5.12.1. Sus clases

Para proteger los derechos subjetivos, es necesario hacer valer dos clases de medidas:

- a) **Medidas preventivas:** Hacen referencia a las ya aludidas, es decir la protesta y la reserva, que se invocan con el objeto de prevenir efectos desfavorables para el derecho subjetivo que se pretende proteger y que se puede atribuir a una acción u omisión propia o ajena.

---

<sup>194</sup>CastanTobeñas, *Op. Cit* Pág. 72-73

**b) Medidas represivas:** De acuerdo a **CastanTobeñas**<sup>195</sup>son las que *“tienen por objetivo reaccionar contra la violación actual del derecho, y que pueden revestir la forma de defensa privada o de defensa judicial.”*

**c) Medidas preventivas:** Hacen referencia a las ya aludidas, es decir la protesta y la reserva, que se invocan con el objeto de prevenir efectos desfavorables para el derecho subjetivo que se pretende proteger y que se puede atribuir a una acción u omisión propia o ajena.

**d) Medidas represivas:** De acuerdo a **CastanTobeñas**<sup>196</sup>son las que *“tienen por objetivo reaccionar contra la violación actual del derecho, y que pueden revestir la forma de defensa privada o de defensa judicial.”*

### 5.12.2. Defensa judicial. Teoría de la acción

La defensa judicial permite proteger a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes el derecho que esta por lesionarse o bien se encuentra lesionado, en la teoría moderna se le ha denominado **el derecho a la protección jurídica**, o como bien diría **Begoña Vidal Fernández**<sup>197</sup> derecho a una **“tutela judicial efectiva”**.

En fin esta clase de protección se puede ejercitar únicamente, cuando ésta es solicitada por el titular del derecho, es decir aquella persona que ostenta un interés legítimo, idea que es compartida por el jurista **CastanTobeñas**<sup>198</sup> quien a su vez añade que: *“La facultad o poder de obtener la protección de la justicia para el reconocimiento y actuación del propio derecho, se llama derecho de acción o simplemente acción”*.

De acuerdo a varios sectores de la doctrina, las teorías fundamentales de la acción son:

---

<sup>195</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 73

<sup>196</sup>*Loc. Cit.*

<sup>197</sup> Vidal Fernández, Begoña. *Introducción al derecho procesal Curso 2011-12.* España. 2012. En página web: [https://www5.uva.es/guia\\_docente/uploads/2011/436/41450/1/Documento4.pdf](https://www5.uva.es/guia_docente/uploads/2011/436/41450/1/Documento4.pdf). Fecha: 13 de Octubre de 2013. Pág 9

<sup>198</sup>CastanTobeñas, Jose. *Derecho Civil Español Común y Foral Volumen I. Tomo II.* España. Reus. 2007. Pág. 77

### a) Teoría monista o clásica respecto de la acción<sup>199</sup>

Esta teoría plantea la coincidencia entre derecho de acción y derecho subjetivo, esto antes que surja el derecho procesal como tal. Históricamente la acción ha sido estudiada desde la perspectiva del derecho privado, entendiéndose como como una más de las facultades o poderes que integraban el contenido del derecho, concretamente el poder de exigirlo en juicio.

La base en que se fundamenta esta teoría, es que el Derecho Civil permite el accionar de los derechos mientras que la ley procesal pone al alcance del titular las formas para poder ejercer judicialmente aquél derecho incumplido o lesionado. Al respecto **Vidal Fernández**<sup>200</sup> señala que *“A cada categoría de derechos ha de corresponder una determinada categoría de acciones. Y el objeto de cada proceso ha de ser el mismo derecho subjetivo del particular (lo que se nos debe), dirigido al particular obligado. Estas doctrinas proceden de una particular interpretación de la “actio” del DR clásico”*.<sup>201</sup>

En conclusión, esta teoría determina que no hay acción sin derecho, lo cual resulta inadmisibles por cuanto no explica diversas situaciones que se presentan, como son las obligaciones naturales o las demandas rechazadas en sentencia definitiva (acción sin derecho). Esta teoría aparece hoy universalmente desechada.

---

<sup>199</sup> Bernaldes Rojas, Gerardo. *Tema 3 la acción, la pretensión, la defensa y la contrapretensión*. Chile. 2008. En página web: <http://derecho.utalca.cl/pgs/alumnos/procesal/t3.pdf>. Fecha: 12 de Octubre de 2013

<sup>200</sup> Vidal Fernández, Begoña. *Op. Cit.* Pág 2

<sup>201</sup> Loc. Cit. *“El DR clásico era un “sistema de acciones”: no había leyes que reconocieran derechos subjetivos abstractos sino fórmulas para defenderlos. El Ius Civile ofrecía un catálogo de “acciones judiciales” (formas para reclamar), de modo que el derecho nacía de la acción en el iudicium (era derecho porque lo decía el pretor, no al revés. El magistrado romano estaba por encima del derecho, no estaba sujeto a él). En Roma las fuentes del derecho no son las leyes (no existen como expresión de la voluntad general), sino la jurisprudencia y el Edicto del Pretor. Esta concepción persiste en el S.XIX pero entendida erróneamente: invirtiendo el orden (ya existen leyes escritas), primero es el derecho y luego la acción. La distinción entre derecho objetivo (conjunto de normas jurídicas generales y coercibles) y los derechos subjetivos (situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas) surge cuando la ley aparece como fuente del Derecho y enumera los derechos subjetivos”*

## **b) Teorías dualistas o modernas respecto de la acción**

Contrario a la teoría anterior, ésta sostiene la diferencia entre el derecho de acción y el derecho subjetivo. **Bernal Rojas**<sup>202</sup> indica que la teoría dualista ha sustentado tres variables:

- 1º. Teorías concretas de la acción:** Sustentadas por Chiovenda, Calamandrei y Redenti, todos citados, por el referido autor conciben la acción como un derecho a obtener una sentencia de contenido determinado, de carácter favorable para el titular, el cual tiene derecho a tal contenido, precisamente por la titularidad de la acción de la cual disfruta.
- 2º. Teorías abstractas de la acción:** Sustentada por autores como Carnelutti, y Couture, conciben la acción no como poder de reclamar un fallo de contenido más o menos concreto, sino un fallo sin más, ya se subordine o no este derecho a requisitos distintos como el de buena fe del accionante.
- 3º. Teorías abstractas atenuadas de la acción:** Sus partidarios (Guasp y Betti, entre otros) establecen que el derecho de accionar no exige ser titular de un derecho, sino sólo afirmar la existencia de un hecho o de determinados requisitos. Desde este punto de vista, Guasp define la acción como: *“El poder concebido por el Estado de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones”*.

Tras el estudio de la composición de la segunda teoría, es decir, de la que sostiene la oposición a que el derecho de acción y derecho subjetivo son uno mismo, se puede concluir que: ***“tener una pretensión significa estar facultado por derecho para exigir algo; mientras que tener acción significa poder solicitar la asistencia judicial para algo que se reclama”***.

---

<sup>202</sup>Bernales Rojas, Gerardo. *Op. Cit.*



### 5.12.3. Acepciones y conceptos de la acción

Indica **CastanTobeñas**<sup>203</sup> que la palabra acción se usa en el lenguaje jurídico en diversas acepciones. Usualmente se habla de acción en sentido sustantivo, como sinónimo de derechos o facultad para exigir o pretender del obligado la prestación o abstención correspondiente. Otras veces se habla de ellas como instancia procesal o medio de hacer valer el derecho en juicio.

No obstante lo anterior, los civilistas más modernos y autorizados recogen ambas ideas y separan la acción en el sentido del derecho privado (llamada también pretensión o exigencia) que se dirige contra el supuesto obligado, y la acción en el sentido del Derecho público (acción procesal o acción propiamente dicha), que se dirige contra el Estado para obtener de él la protección jurídica.

Por el contrario para **Bernales Rojas**<sup>204</sup> establece las tres acepciones básicas que se contemplan en el orden procesal, siendo las mismas, las siguientes:

- i. Como sinónimo de derecho, como cuando se dice “el actor carece de acción para...”
- ii. Como similar a pretensión, hablándose de “acción fundada o infundada...”, “acción real o personal”, etcétera.

En el sentido de “potencia o posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional”, que es el sentido procesal auténtico de la palabra

### 5.12.4. Naturaleza jurídica de la acción procesal

No obstante de ser un tema trascendental en cualquier clase de concepto jurídico, en la ciencia procesal ha sido objeto de uno de los problemas más debatidos, pero aun así **Castan Tobeñas**<sup>205</sup> y **Olaso S.J**<sup>206</sup> convienen en

---

<sup>203</sup>CastanTobeñas, Jose. *Derecho Civil Español Común y Foral Volumen I. Tomo II.* España. Reus. 2007. Pág. 77

<sup>204</sup>Bernales Rojas, Gerardo. *Op. Cit.*

<sup>205</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 78

<sup>206</sup>Olaso S.J, Luis Maria y JesusMaria Casal. *Op. Cit.* Pg. 318

establecer las siguientes teorías que plasman de una manera más exacta la naturaleza jurídica de la acción:

#### **a) Teoría Clásica o de la confusión entre la acción y el derecho**

Esta teoría, señala la coincidencia existente entre acción y derecho subjetivo, considerándolo como un anexo del mismo, o bien, un elemento, parte integrante o atributo del derecho mismo, del cual no se puede separar.

#### **b) Teorías nuevas**

En estas nuevas teorías la doctrina alemana tuvo gran injerencia puesto que se inicia a delimitar los conceptos entre derecho subjetivo y acción indicando como parte fundamental que el sujeto pasivo correspondiente al derecho subjetivo es el deudor; mientras que el sujeto pasivo para la acción es el Juez. Señala **Castan Tobeñas**<sup>207</sup> que las nuevas teorías acerca del concepto y naturaleza de la acción procesal convienen en considerar la acción como un derecho de propia existencia o, lo que es igual, en separar la acción del derecho protegido por ella.

#### **c) Teoría de la acción como un derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano frente al Estado para obtener de este la protección jurídica.**

**Wach, Chiovenda y Ferrara** citados por **CastanTobeñas**<sup>208</sup> señalan que la acción es un derecho que se dirige al mismo tiempo contra el Estado y con el adversario; otros como un derecho que se dirige solo hacia el Estado; *“a esta teoría corresponde el mérito de haber hecho resaltar la autonomía de la acción y particularmente de las acciones de declaración, pudiéndola considerar como el punto de partida de la moderna ciencia procesal.”*

---

<sup>207</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cito* Pág. 78

<sup>208</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 79

La acción corre entre ciudadano y Estado; el derecho subjetivo, entre el titular y el obligado. La acción se encamina a la obtención de una sentencia favorable o de una caución procesal o ejecución forzada; el derecho privado, al cumplimiento de un deber legal. La una tiene naturaleza pública, el otro privada.

#### 5.12.5. Categorías de acción

Para **Bernales Rojas**<sup>209</sup> la acción puede ser clasificada en:

- a) De acuerdo a la pretensión:
  - a. Acciones civiles
  - b. Acciones penales.
  
- b) De acuerdo al objeto que se persigue a través de la pretensión civil:
  - a. Acciones muebles
  - b. Acciones inmuebles, y
  
- c) De acuerdo con el contenido de la pretensión:
  - a. Acciones civiles petitorias, cuando el bien protegido es el dominio de un bien u otro derecho real; y
  - b. Acciones civiles posesorias, cuando lo que se pretende es la protección de la posesión respecto de inmuebles.

En opinión de **Olaso S.J.**<sup>210</sup> la clasificación de las acciones, según la doctrina tradicional se traduce en base a lo siguiente:

- a) Según la clase de derecho sustancia que se hace valer en juicio:
  - a. Personales, reales y mixtas
  - b. Mobiliarias e inmobiliarias

---

<sup>209</sup>Bernales Rojas, Gerardo. *Op. Cit.*

<sup>210</sup>Olaso S.J., Luis María y Jesús María Casal. *Op. Cit.* Pg. 318

b) Según el tipo de fallo que se pretende, en:

- a. Declarativas
- b. Constitutivas
- c. De condena

Indicando que la primera clasificación, se refiere más que a la acción a la pretensión; y la segunda a las sentencias.

No obstante, lo ya indicado el autor concluye que en la actualidad la doctrina moderna sostiene la preferencia por no clasificar las acciones, toda vez que ésta siempre es y será *“el derecho subjetivo público procesal de las partes, cuyo sujeto pasivo es el Juez”*<sup>211</sup>

### **5.13. Modificación transmisión, extinción y pérdida de los derechos subjetivos**

Cuando nos referimos al término modificación, hablamos de un cambio o transformación que sufre en este caso, el derecho subjetivo en sus características, más no así en su esencia. En doctrina, básicamente se conocen dos tipos de alteraciones que puede sufrir los derechos subjetivos

#### **5.13.1. Modificaciones del derecho subjetivo en relación con el sujeto**

Este tipo de modificación se genera en orden a la persona de su titular, en razón de ello **Castan Tobeñas**<sup>212</sup> cita cuatro modificaciones **principales**:

---

<sup>211</sup> *Loc. Cit* **La acción**: “Es el derecho subjetivo público procesal de las partes. Se dirige al Juez y el interés que constituye su contenido es un interés colectivo, común a las dos parte y a todos los ciudadanos, a saber la composición de la litis. **La pretensión**: “No es un derecho sino un acto, una declaración de voluntad de un sujeto que afirma la existencia de un derecho subjetivo sustancia propio que se dice vulnerado; el interés que constituye su contenido es un interés privado. Tal pretensión esta fundada cuando el derecho y su violación se comprueban ciertos, en caso contrario se dice -infundada-; **La demanda**: No es un derecho sino un acto procesal por el cual el actor o demandante incoa el proceso civil

<sup>212</sup> CastanTobeñas, *Op. Cit* Pág. 86-87

- a) En la sustitución del antiguo titular por un nuevo, subsistiendo inalterado el contenido del derecho (sucesión en su sentido más propio, adquisición traslativa, transmisión, enajenación en sentido estricto).
- b) En la constitución de un derecho nuevo sobre la base de otro preexistente, que puede tener dos variedades, pues puede consistir: a) En la creación de un derecho de menor entidad (derecho filial, filiación de derechos) como en el caso de la constitución de un usufructo, de una servidumbre, de una prenda o de una hipoteca; o b) en la creación de un derecho igual al originario, como en el caso del subarriendo.
- c) En la dejación del derecho por su titular, sin transmitirlo a otra persona (renuncia abdicativa o renuncia propiamente dicha)
- d) En el cambio de número de titulares, que puede revestir dos modalidades, siendo éstas: 1°. Conversión de sujeto único en múltiple, como en los casos de enajenación de una cuota de dominio, creación de un condominio, sucesión habiendo varios herederos, cesión de un crédito a varias personas; y 2°. Conversión de sujeto múltiple en único.

### 5.13.2. Modificaciones del derecho subjetivo en relación con el contenido

Este tipo de modificación en cambio, se refiere a la transformación que sufre el derecho subjetivo en el *“haz de facultades que el derecho contiene”*, así lo establece **Larrosa**<sup>213</sup>.

No obstante lo anterior **De Ruggiero**,<sup>214</sup> y **Castan**<sup>215</sup> convienen en señalar que las modificaciones objetivas, o sea, las que se refieren al contenido del derecho, pueden ser cuantitativas o cualitativas. Para Tobeñas, la definición de cada una de ellas, es la siguiente:

---

<sup>213</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit*

<sup>214</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit* Pág. 241

<sup>215</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit*. Pág. 86-87

- a) **Las modificaciones cuantitativas** son aquellas en que el objeto o elemento real del derecho se incrementa (en los casos de accesión o en las de crédito a los que se incorporan los intereses), o por el contrario, disminuye (el crédito en los casos de concurso o quiebra)
- b) **Las modificaciones cualitativas**, son aquellas en que el derecho se transforma, experimentando un cambio en su naturaleza, en su objeto o en su eficacia. Así, las variedades de las mismas son muy numerosas. Cabe citar:
- i. El cambio en la naturaleza del derecho (derecho de crédito insatisfecho, que se convierte en derecho al resarcimiento del daño).
  - ii. El cambio del objeto del derecho (casos de novación y subrogación real<sup>216</sup>)
  - iii. La debilitación de derecho, que tiene lugar en aquellos casos en que disminuye su eficacia.
  - iv. La yasencia, quiescencia o quietud, que se produce cuando sobreviene una circunstancia que quita al derecho su actual vigor, dejando su eficacia en potencia y su vida como en suspenso, en espera de que tal circunstancia desaparezca y pueda de nuevo desplegar el derecho sus eficacia.”

---

<sup>216</sup> Loc. Cit. **La subrogación real:** Se llama así a la sustitución jurídica un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de tal modo que el bien nuevo, ya sea una cosa mueble o inmueble, un crédito o una indemnización ocupe el lugar del bien antiguo para ser sometido a su mismo régimen. Presupone, pues, la subrogación real: a) Un cambio de cosas o elementos patrimoniales; b) La persistencia, continuidad o identidad de la misma situación jurídica, a pesar del cambio de cosas operado.

## 5.14. La transmisión y la sucesión de los derechos subjetivos

### 5.14.1. Transmisión y sucesión

La transmisión y sucesión, explican **Larrosa Amante**<sup>217</sup> y **Castan Tobeñas**<sup>218</sup> que son términos que tienden a confusión pero en realidad son sinónimos, puesto que simplemente se refieren al traspaso de un derecho de una persona a otra, adquiriendo el nombre de autor o causante quien lo transfiere, y el de causahabiente el nuevo titular u adquirente. Señala **Larrain Rios**<sup>219</sup> que *“la transmisión o sucesión de los derechos subjetivos no modifica ni el contenido, ni la extensión de los derechos que comprende”*. Añade que *“en principio todos los derechos son susceptible de transmisión y de transferencia, a excepción de aquéllos derechos denominados personalísimos.”*

Por su parte **Tobeñas**<sup>220</sup>, indica que **transmisión** es *“el traspaso de un derecho de una persona a otra, permaneciendo el derecho uno y el mismo”*; mientras que **sucesión** *“será la sustitución de una persona por otra, en su calidad de sujeto de una misma relación jurídica”*. Señalando, que esta última a su vez se clasifica en:

- a) **Sucesión onerosa:** Cuando la adquisición del derecho se compensa con una contraposición.
- b) **Sucesión lucrativa:** Cuando no media ninguna contraprestación).
- c) **Sucesión gratuita:** Se caracterizan por no tener la solidez jurídica de las otras, y exigir por lo general, mayores requisitos de capacidad y forma.

---

<sup>217</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. Guía de Trabajo para los textos de apoyo del curso “Relación jurídica y derechos subjetivos. El Salvador. 2003. En página Web: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/RelacionJuridica/indice%20y%20presentacion.pdf> . Fecha: 7 de Julio de 2013

<sup>218</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 92

<sup>219</sup>LarrainRios, Hernan.*Op. Cit.* Pág. 126

<sup>220</sup>CastanTobeñas, *Op. Cit.* Pág. 92

Las formas en que se puede dar este tipo de cesión o sustitución (transmisión y sucesión), es a **título personal** y a **título universal**, por eso **LarrainRios**<sup>221</sup> lo explica de la siguiente manera:

*Se realiza a título singular cuando solo comprende uno o más derechos perfectamente determinados. Recibiendo el nombre específico de **transferencia**, y puede efectuarse por acto entre vivos o por causa de muerte, es decir, a virtud de la muerte del primitivo titular del derecho.*

*Se realiza a título universal cuando comprende la totalidad o una cuota de los derechos y obligaciones del primitivo titular, o sea todo el patrimonio de éste.*

*Recibiendo el nombre **de transmisión** únicamente puede efectuarse por causa de muerte, es decir, en virtud de la muerte del primitivo titular de los derechos y obligaciones transmitidos.*

#### **5.14.2. Transmisión y enajenación**

Para **Ruggiero** citado por **CastanTobeñas**<sup>222</sup>, lo esencial de la enajenación es “*la separación de un derecho de la persona de su titular y la atribución de este a otro por voluntad del primero, que se despoja del derecho en favor del segundo aliumfacere, independientemente del resultado económico final*”; no son, por tanto, enajenaciones el abandono de un derecho.

#### **5.15. La extinción y la pérdida de los derechos**

##### **5.15.1. Su concepto y formas**

Cita **De Ruggiero**,<sup>223</sup> que en contraposición de los conceptos de nacimiento y de adquisición se encuentran los de extinción y pérdida. Siendo el primero de ellos, es decir la **extinción** “*la destrucción o consunción de un derecho que*

---

<sup>221</sup>LarrainRios, Hernan. Pág. 126

<sup>222</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 92

<sup>223</sup>De Ruggiero, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 237



*deja de existir para el titular y que tampoco puede existir ya para persona alguna”.*

Por otro lado, **pérdida** es la “*separación del derecho de su actual titular, a la que puede seguir la adquisición por otro, sea derivativamente (transferencia de la propiedad de una cosa), sea originariamente (ocupación de una cosa abandonada)*”. O como diría **Tobeñas**<sup>224</sup>, “*unadesaparición relativa o meramente subjetiva*”.

Como ejemplo, el referido autor, señala varios supuestos en los cuales la extinción y la pérdida se ven reflejados:

- a) Por la voluntad del titular, ya meramente abdicativa.
- b) Por acto ilícito del titular que lleve como sanción la pérdida del derecho (pena, confiscación, comiso).
- c) Por hecho involuntario o natural (muerte que produce la extinción del derecho, si este es personalísimo, o la sucesión en otro caso).
- d) Por la voluntad de un tercero, dotado de un derecho potestativo extintivo (derecho de rescisión, revocación, de impugnación).
- e) Por la destrucción física o legal, de su objeto o al transformación sustancial de este que le haga inhábil para sostener la relación jurídica.

Por las causas derivadas de la relación misma, como son: el cumplimiento del derecho; la caducidad derivada de la condición resolutive o el plazo; el influjo del tiempo sin ejercitar el derecho que produce la prescripción.

---

<sup>224</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.*Pág. 96

## 5.16. Teoría general de la renuncia de derechos

### 5.16.1. Concepto y naturaleza de la renuncia

Para **Antonio Vodanovic H.** la renuncia, no es más que: “la realización de una declaración por parte del titular del derecho, de manera tal, que se despoja jurídicamente de aquél”

Al respecto Larrosa Amante indica que el efecto principal de la renuncia es “la producción sustancial de modificación en la situación jurídica preexistente”.

Éste efecto, indica el autor únicamente se logra a través del ejercicio de la facultad de disposición, ya que la renuncia es un negocio jurídico unilateral, es decir, por medio de la declaración de voluntad tácita y expresa del titular del derecho.

Otro carácter del negocio jurídico de renuncia es la ausencia de receptividad. La renuncia no debe ser notificada, ni a aquéllos a quienes beneficie indirectamente, para que surta sus efectos extintivos, ya que son automáticos.

Aunque la buena fe obliga en determinadas ocasiones a la notificación, no para su eficacia, sino para liberarse de responsabilidades el renunciante.

### 5.16.2. Formas de renuncia

Por lo anterior, **Messineo** citado por **Antonio Vodanovic H.**<sup>225</sup> indica: La renuncia puede manifestarse a través de una declaración de voluntad expresa o tácita. Hay **declaración expresa** “cuando el modo de manifestación es usado con el conocimiento y el propósito de dar a conocer a los demás la propia voluntad”. La **declaración es tácita** “cuando la voluntad se deduce del comportamiento del sujeto, esto es de un hecho positivo, concluyente y unívoco”.

---

<sup>225</sup>Vodanovic H., Antonio. *Op. Cit.* Pág. 123

### 5.16.3. Requisitos

Dentro de los requerimientos que se hacen necesarios para considerar válida la renuncia, se encuentra primero que el renunciante sea el titular del derecho, y segundo que tenga la libre disposición sobre ese derecho.

### 5.16.4. **Ámbito de la renuncia. Derechos renunciables e irrenunciable**

Según el **artículo 6.2 del Código Civil español**<sup>226</sup> *“la renuncia a los derechos reconocidos por la ley solo será válido cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros”*.

Se refiere el contenido del artículo anterior a derechos como los de estado civil, posiciones familiares y tutelares, atributos y bienes de la personalidad, la propia capacidad, libertades fundamentales, etc. cuya dejación puede contrariar a la ética comúnmente aceptada o a las concepciones políticas básicas **-Artículo 184.-**<sup>227</sup>. Y evidentemente, no cabe la renuncia de unos derechos cuando la ley lo prohíbe, como sucede con los alimentos, la herencia o la legítima futuros, o derecho a la estabilidad en los arrendamientos de vivienda, locales de negocio y rústicas regulados por leyes especiales.

## 5.17. El poder o facultad de disposición y las prohibiciones de enajenar

### 5.17.1. La Disposición y el poder de disposición

Es una modalidad que su sentido estricto, se refiere a la pérdida o modificación del derecho basada en la voluntad de una persona y por tanto en un negocio jurídico.

---

<sup>226</sup> Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.*

<sup>227</sup> *LocCit. Artículo 1814: No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.*

**Enneccerus** citado por **CastanTobeñas**<sup>228</sup>, establece que se puede definir de la siguiente manera: “*La enajenación, el gravamen, o sea la constitución de un derecho real sobre una cosa a favor de persona distinta del propietario de la misma; y la renuncia*”.

En términos generales el término disposición, significa la capacidad o facultad que tiene una persona para hacer uso de una cosa o respecto a una u otra acción; aunque también puede ser interpretado como -acción de mando-; pero para el derecho civil, es un término de gran trascendencia que puede encuadrarse dentro del concepto de propiedad y específicamente dentro las facultades de dominio, siendo éstas últimos aquellos derecho que se pueden ejercer sobre los derechos reales. En palabras de **José Luis La Cruz Berdejo**<sup>229</sup> la propiedad *stricto sensu* se refleja en dos extremos, el interno y el externo del aprovechamiento de un derecho, en términos jurídicos en el **goce y la disposición** respectivamente.

Refiriéndose, el autor en mención, que el -goce- comprende: “*todas las posibilidades de obtener utilidad de la cosa o aun de dominarla materialmente. El goce implica el desarrollo del valor en uso de la cosa*” Teniendo como limitación las leyes y la función social de la propiedad. No por ello el dueño pierde la facultad de disponer de la cosa, es decir la facultad de enajenar, o de renunciar al dominio, por el contrario tiene derecho de aprovechar y gobernar la cosa sin más limitaciones que la normativa y la sociedad le impongan.

Señala **Fernández De Villavicencio** citado por **La Cruz Berdejo** que la facultad de disponer es “*una facultad externa común a todos los derechos subjetivos patrimoniales, mero reflejo en ellos de la general libertad de disponer*”.

---

<sup>228</sup>CastanTobeñas, Jose. *Op. Cit.* Pág. 97

<sup>229</sup>LacruzBerdejo, José Luis y otros. *III. Derechos Reales*. España. DYKINSON.2003. Segunda Edición. Pág. 254-258

En contraposición **Ochoa G.**,<sup>230</sup> indica que el poder de disposición es “*facultad de actuar como dueño sobre la cosa que es el objeto del derecho*”. Se refleja entonces una libertad de actuar y de elegir entre hacer y abstenerse de hacer.

Así mismo, expone que es importante tener en cuenta que al no existir la posibilidad material de disponer, el dominio permanece con la posibilidad moral de disponer, por ello no debe entenderse al dominio no supone la realización de actos de disposición.

Opinión que concuerda con la de **José Luis Aguilar Gorrondona**<sup>231</sup> ya que el citado autor expone que no es posible representar exhaustivamente el poder de disposición, pero este puede manifestarse material o moralmente indicando que: “*En razón del poder de disposición material, el propietario tiene derecho a destruir o consumir la cosa y en razón de su poder de disposición jurídica, puede decidir que no subsista su propiedad sobre la cosa (abandonándola), que su propiedad se transfiera a otra persona o que su propiedad quede gravada en virtud de que consiente en constituir derechos reales sobre la cosas en favor de otras personas*”.

Sin embargo, en ocasiones, señala **Larrosa Amante**<sup>232</sup> que “*la titularidad del derecho puede pertenecer a una persona y a otra la facultad dispositiva*”. Por ejemplo, la propiedad pertenece a un menor y el poder dispositivo lo tiene su representante legal. [...] Según unos, el poder de disposición no es más que una de las facultades que se integran en el contenido del derecho subjetivo. Según otros, se trata de un fenómeno distinto, separado y autónomo, que unos identifican con la capacidad de obrar y que otros califican como derecho o potestad autónomos (el derecho a disponer del derecho).

---

<sup>230</sup>Ochoa G., Oscar E. *Op. Cit.* Pág. 95

<sup>231</sup> Aguilar Gorrondona, José Luis. *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil II.* Venezuela. UCAB. Novena edición. 2008. Pág. 229

<sup>232</sup>Larrosa Amante Miguel Ángel. *Op. Cit.*

### 5.17.2. Efectos de los actos de disposición realizados sin poder de disposición

En teoría el precepto anterior, no se podría aplicar a la realidad toda vez que resulta incompatible ejercer un derecho, sin ser el titular del mismo. Pero de acuerdo con **Larrosa Amante**<sup>233</sup> “*la titularidad del derecho puede pertenecer a una persona, y a otra la facultad dispositiva*”, citando para ello el ejemplo que en la cotidianeidad puede resultar, uno de los más frecuentes: “*La propiedad pertenece a un menor y el poder dispositivo lo tiene su representante legal*”.

Para que los actos de disposición como tal, obtengan los resultados de ejercer la disposición sin “poder” para hacerlos, **Perez y Alguer** citados por **CastanTobeñas**<sup>234</sup> establecen que la eficacia del negocio puede surtir efectos por medio de dos excepciones:

#### a) La ratificación

Jurídicamente, lo anteriormente expuesto lo contempla el **Código Civil español**<sup>235</sup> en sus artículos **463.-; 1259.- segundo párrafo y 1727.- segundo párrafo**. Haciendo alusión a que la ratificación será válida, si ésta la da quien efectivamente pueda darla.

#### b) La buena fe

En segundo lugar, se da una protección de la buena fe, que se regula diversamente según los distintos supuestos. Como referencia jurídica el **artículo 1160 del Código Civil español**<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Loc. Cit

<sup>234</sup> CastanTobeñas, Jose. Op. Cit. Pág. 104

<sup>235</sup> Congreso de los Diputados. Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas.

<sup>236</sup> Loc. Cit.

### 5.17.3. Las prohibiciones de enajenar

Establece **CastanTobeñas**<sup>237</sup> que: *“Puede haber prohibiciones de enajenar impuestas por la ley, por los Jueces o Tribunales o por los particulares en virtud de negocio jurídico.”*

No hay en el código civil español reglas generales acerca de las prohibiciones de enajenar. Las contenidas en testamentos están sujetas a las limitaciones que resultan de los artículos 781.-, 782.- y 785.- número 2°. Para las convencionales o contractuales no hay más que alguna alusión, como la del artículo 112.-, que admite la intransmisibilidad de los derecho adquiridos en virtud de una obligación, siempre que así se pacte, y la norma general, que veda establecer condiciones contractuales contrarias a las leyes, a la moral o al orden público Artículo 255.-. Pero estas prohibiciones convencionales sólo pueden tener una eficacia meramente obligatoria e inter partes.

---

<sup>237</sup>CastanTobeñas, *Op. Cit.* Pág. 104

## **CAPÍTULO IV**

### **PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Corresponde en el presente capítulo realizar una relación sucinta del derecho comparado, al que se ha hecho referencia en el desarrollo de la presente investigación, respecto a los temas y subtemas principales contenidos en cada uno de los capítulos antes descritos. Para el efecto se empleará el cuadro de cotejo (anexo) en el cual se establecen cada uno de los indicadores que de una manera más eficiente, permiten un mejor análisis y comprensión para el lector.

respaldarse con la legislación civil con la que cada uno de los países, tales como Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, México, Argentina y España cuenta, en especial los Códigos en dicha materia; y de ser necesario normativas adicionales y jurisprudencia que permitan establecer la estructura jurídica de los temas en estudio de forma más completa.

Siendo que el título del presente trabajo se refiere a cuatro de los conceptos jurídicos fundamentales en el derecho civil y tras una breve revisión de las distintas legislaciones, se tratará de hacer una relación de los artículos más relevantes, y que ejemplifiquen cada uno de los temas principales y subtemas a tratar.

Es preciso entonces iniciar, con uno de los conceptos jurídicos fundamentales en la rama de derecho civil y que corresponde al primer capítulo titulado:



# 1. RELACIÓN JURÍDICA

En la doctrina clásica se entiende por relación jurídica, la interacción de una o varias personas en la sociedad, que tengan legitimación activa y pasiva, es decir que esa interacción surja entre sujetos de derechos y obligaciones. Define **Gete-Alonso**<sup>238</sup> la relación jurídica como: *“La relación social que es tomada en cuenta por el derecho que da razón jurídica de los intereses que existen entre las personas”*

Como referencia pueden citarse los siguientes artículos:

Código Civil guatemalteco<sup>239</sup>: **Artículo 1686.-** *“Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios.”*

Código Civil salvadoreño<sup>240</sup>: **Artículo 1699.-** *“El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario.”*

Código Civil hondureño<sup>241</sup> **Artículo 256.-** *“Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre autorice o ratifique por escrito, obligan directamente al padre y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que este hubiere reportado redichos actos o contratos.”*

Código Civil nicaragüense<sup>242</sup> **Artículo 2145.-** *“El fiador no sólo puede compensar la obligación que le nace de la fianza con lo que el acreedor le deba, sino que también puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal para causar la compensación o el pago de la obligación. Pero el deudor principal no puede invocar como compensable su obligación, con la*

---

<sup>238</sup> Gete-Alonso y Calera, M. del Carmen y otros. *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña (relaciones laborales)*. España. Servei de Publicacions. Primera Edición. 2003. Pág. 42

<sup>239</sup> Peralta Azurdia, Enrique. *Código Civil* Decreto Ley-106 y sus reformas. Emisión: 14-09-1963

<sup>240</sup> Barrios, Gerardo. Órgano ejecutivo. General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador. *Código Civil de 1859*.

<sup>241</sup> Poder Judicial de Honduras. *Código Civil de la República de Honduras de 1904*.

<sup>242</sup> Asamblea Nacional de Nicaragua. *Publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904. Código Civil de la República de Nicaragua*.

*deuda del acreedor al fiador.” (Ver Artículos 2141 inc. 2º, 2196, 3695 del mismo Código).*

Código Civil costarricense<sup>243</sup> **Artículo 1022.-** *“Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.”*

Código Civil mexicano<sup>244</sup> **Artículo 768.-** *“Los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles. Pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley; pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas.”*

Código Civil argentino **Artículo 1496.-** *“Los derechos y obligaciones que nacen del contrato de locación, pasan a los herederos del locador y del locatario.”*

Código civil español **Artículo 10 numeral 5.-** *“Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato...”*

De los artículos antes referidos, se puede determinar los diferentes casos en los que claramente se puede apreciar una relación jurídica, aunque no necesariamente cada uno de ellos contenga en su epígrafe el término “relación jurídica”, pero lo cierto es que del contenido de los mismos se ejemplifica cómo las legislaciones protegen de una u otra manera los provechos de cada una de las partes que intervienen en la misma.

---

<sup>243</sup> Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. *Ley número XXX de 19 de abril de 1885 Código Civil.*

<sup>244</sup> Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión México. *Código Civil Federal de 1928 y sus reformas*

Al mencionar el contenido de los mismos no significa que sean los únicos, pero sí, son artículos que permiten fijar la estructura de éste concepto jurídico fundamental.

Por ejemplo y de acuerdo al indicador respectivo (Anexo 1) una de las teorías más completas según lo compilado en el Capítulo I del presente estudio es a la que se refieren **García Garrido y Fernández Galiano** citados por **Lalaguna**<sup>245</sup>, en la que establecen como elementos estructurales los intrínsecos<sup>246</sup> es decir los que conforman lo esencial de la relación como tal, siendo los sujetos y el vínculo existente entre éstos. Los segundos, los extrínsecos<sup>247</sup> siguiendo siempre la línea de García y Fernández se distinguen, en hechos jurídicos relevantes para el ordenamiento jurídico y previamente previstos por éste, en los que se ven involucradas personas, físicas o jurídicas que tienen establecido la reciprocidad de facultades y obligaciones consistentes ambas en un dar, hacer o no hacer algo respectivamente y aplicación de una sanción ante el incumplimiento de una de ellas.<sup>248</sup>

Al respecto, puede citarse la resolución de fecha uno de octubre de dos mil trece emitida por el órgano Audiencia Provincial de A Coruña, sección tres, que en apelación de sentencia, toma en consideración lo siguiente: [...] *“Fundamento de Derecho: ... SEGUNDO. - Para resolver la cuestión litigiosa planteada ha de determinarse, si el actor ha cumplido con su obligación que es el punto de partida para poder exigir a su vez el cumplimiento a la parte demandada, esto es, la denominada **"exceptio non riteadimpleticontractus"**. Esta excepción tiene su fundamento en las obligaciones recíprocas y consiste en que no se puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte cuando no se cumple las propias, excepción que aunque no está explícita en nuestro Derecho, sin embargo tiene su fundamento en el artículo 1124, y en el artículo 1100 del Código Civil*

---

<sup>245</sup> Duran y Lalaguna, Paloma. *Op. Cit.* Pg. 221-226.

<sup>246</sup> Intrínseco: adj. Íntimo, esencial. Diccionario de la Real Academia Española.2001. Edición 22ª.

<sup>247</sup> Extrínseco: adj. Externo, no esencial. *Loc. Cit*

<sup>248</sup> Consejo General del Poder Judicial. Poder Judicial. Buscador Jurisprudencia. España. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6861182&links=nacimiento&optimize=20131018&publicinterface=true>. Fecha de Consulta: 19 de Octubre de 2013

, y que ampliamente ha admitido la jurisprudencia, considerando que está perfectamente justificado el incumplimiento por una de las partes si fue motivado por el incumplimiento de la otra, es decir, que los contratos dejan de ser obligatorio para una de las partes, cuando la otra falta a lo convenido, el que incumple la obligación que se impuso, no puede exigir el cumplimiento de la obligación a la otra parte.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-91 nos dice: "La excepción de incumplimiento contractual, **"exceptio non adimpleticontractus"**, en su modalidad de cumplimiento defectuoso, **"exceptio non riteadimpleticontractus"**, recogida, entre otras muchas, en las SSTs 18 de abril 1979, 14 de junio 1980 y 13 de mayo 1985, de esa Sala 1ª". Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada **"non adimpleticontractus"**, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo, denominada **"exceptio non riteadimpleticontractus"**, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionados por la jurisprudencia."

No obstante que la anterior jurisprudencia, tiende a inclinarse en gran parte a las obligaciones contractuales, se infiere que también reconoce diferentes excepciones que pueden fundamentar las mismas y por ende los derechos que se pueden generar en las diferentes relaciones jurídicas.

Finalmente, y en base a la categorización de las relaciones intersubjetivas, la doctrina mayoritaria se ha inclinado en realizar cuatro clasificaciones, fundamentales, la primera de ellas es la que encausa un solo derecho y una obligación a los sujetos intervinientes, denominándose **relación jurídica simple**, el **Artículo 48.- del Código Civil mexicano** regula: "Toda persona puede pedir testimonio de las actas del Registro Civil, así como de los apuntes y documentos con ellas relacionados, y los Jueces Registradores estarán obligados a darlo."

De una manera más extensa, el **Artículo 55.-** del cuerpo legal antesreferido establece: *“Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél. Los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna. Si el nacimiento tuviere lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación a que se refiere el párrafo anterior, estará a cargo del Director o de la persona encargada de la administración. Recibido el aviso, el Juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas.”*

Mientras que, relación jurídica compleja, es aquélla en la que verdaderamente existe diversidad de derechos y obligaciones para cada una de las partes, ejemplo de ello sería lo estipulado en el Código Civil guatemalteco: **Artículo 1675.-***La promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral.* **Artículo 1679.-***La promesa bilateral de contrato obliga a ambas partes y les da derecho a exigir la celebración del contrato prometido de entero acuerdo con lo estipulado.*

Como segunda clasificación, se encuentra la **relación jurídica real**, la que se puede definir en base a lo que el **artículo 624.-** del código civil salvadoreño, estipula: *“La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.*

También se deriva, de ésta segunda clasificación la **relación jurídica personal**, por ejemplo el código civil español señala *“Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida”,* específicamente el **Artículo 1485.-** *“El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase”.*

Es decir que la primera de las anteriores, se genera por un modo de adquirir la propiedad, pero como bien explica **Alessandri R.** <sup>249</sup>no quiere significarse que en un caso las relaciones se establezcan entre personas y cosas y, en otro puramente entre personas. Las relaciones jurídicas siempre tienen en sus extremos a sujetos. Pero las relaciones jurídico reales se basan en la tenencia o apropiación de los bienes, tienen como rasgo característico la propiedad en cuya virtud una persona goza de una capacidad decisoria sobre el uso y aprovechamiento de cualquier bien que el ordenamiento garantiza frente a los demás miembros de la colectividad.

La tercera clasificación, concuerda en base a los principios organizadores que rigen a los sujetos que en ella intervienen es decir si son sujetos derecho privado o público (cuando interviene el Estado). Ejemplo de la primera podría ser una de las más usuales, es decir, la relación jurídico tributaria <sup>250</sup>; y para la segunda cualquier tipo relación que se establezca entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Como cuarta y última clasificación se encuentra la referente a las conexiones entre sí, pudiendo ser una relación principal o derivada. Ejemplo de la primera lo consigna el código civil argentino en su **Artículo 583.-** *“Todos los frutos percibidos, naturales o civiles, antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; más los frutos pendientes el día de la tradición pertenecen al acreedor.”*

Como ejemplo de relación jurídica derivada, puede citarse el contrato de subarrendamiento estipulado en el **Artículo 1890.-** del código civil guatemalteco: *El arrendatario podrá subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada si no le ha sido prohibido expresamente, pero no puede ceder el contrato sin expreso consentimiento del arrendador. El subarriendo total o parcial no menoscaba los derechos ni las obligaciones que respectivamente corresponden al arrendador y al arrendatario, ni altera las garantías constituidas para seguridad del contrato de arrendamiento.*

---

<sup>249</sup>Arturo Alessandri R., Arturo y otros. *OpCit.*.Pg.295

<sup>250</sup> Bravo Arteaga, Juan Rafael. *Nociones fundamentales de derecho tributario*. Colombia. Ediciones Rosaristas. 2ª. Edición. 1997. Pág. 187: Relación jurídico tributaria: La obligación tributaria entendida como una relación jurídica, nacida de la ley y que consiste en una prestación de dar, a favor del Estado y a cargo de un particular con el fin de atender a las cargas públicas [...]

Corresponde, ahora referirse al segundo capítulo, titulado:

## 2. EL DEBER JURÍDICO

**López Álvarez y Ortega Giménez**<sup>251</sup> señalan que: *“Existe un deber jurídico cuando concurre una razón inexcusable para actuar o no actuar en un determinado sentido con vistas a un fin [...] Y así, siempre que otro tenga un derecho o que la ley prescriba determinada conducta existe en principio una razón suficiente para que alguien tenga el deber de respetar ese derecho o de cumplir esa prescripción”*

Tras una definición bastante clara, nada complicado resulta verificar en las legislaciones, situaciones en las que se vea reflejado el deber jurídico como tal, independientemente que éste corresponda al Estado, a una persona individual o jurídica.

Pues bien, en principio **La Ley de Adopciones guatemalteca**<sup>252</sup> en su **Artículo 5.-** establece *“Cuando una persona o una familia extranjera inicie trámite de adopción de un niño guatemalteco, la Autoridad Central deberá asegurarse que el niño adoptado gozará de los mismos derechos que un niño dado en adopción nacional en ese país.”*

Así mismo el **Artículo 821.- del Código Civil salvadoreño** *“Los derechos de uso y de habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse. Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho. Pero bien pueden enajenar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.”*

---

<sup>251</sup> López Álvarez, Antonio y Alfonso Ortega Giménez (Coordinadores) *Glosario Jurídico Básico*. España. Editorial Club Universitario. 2010. Pág.420

<sup>252</sup> Berger Perdomo. Oscar. Ley de Adopciones. Decreto 77-2007. Emisión: 20 de Diciembre de 2007

Cabe destacar que no obstante que en ninguna de las legislaciones se encuentra definido los elementos del deber jurídico, los mismos se encuentran inmersos en el contenido de los artículos referentes a cualquier tipo de relación jurídica. Para ejemplificar de una mejor manera, se citan los elementos que constituyen al deber jurídico:

El primer elemento consiste en la **voluntad y capacidad**, es decir que el obligado a cumplir la conducta debida u ordenada, debe tener legitimación pasiva para cumplir lo que le corresponde. Cita el código civil nicaragüense en el **Artículo 2660.-** lo relativo a que: *“La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido.”*<sup>253</sup>

El segundo elemento citado por la doctrina es optar por **una determinada conducta**, al respecto el código civil hondureño regula **Artículo 771.-** *“El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer las personas que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo.”*

**Artículo 772 inciso 9** *“El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si lo hubiese prohibido el constituyente, a menos que el propietario le releve de la prohibición. El usufructuario que contraviniera a esta disposición perderá el derecho de usufructo.”*

Puede observarse cómo de los artículos anteriores se desprende claramente algunas de las actitudes que debe tomar el usufructuario en relación al

---

<sup>253</sup> Asamblea Nacional de Nicaragua. Publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904. Código Civil de la República de Nicaragua. Ver TITULO XXXIV DE LA POSESION -Del pago-: TITULO XXXIV 2006, 2007; 2025, 2030, 2536, 2537, 2593 C.



usufructo. Actitudes que conllevan el deber jurídico de hacer o no hacer, y ante el incumplimiento una sanción previamente establecida.<sup>254</sup>

**El ordenamiento jurídico**, categorizado como una tercera clasificación del concepto en estudio, engloba a toda la normativa jurídica que desarrolla los deberes jurídicos y los sujetos obligados a cumplir tales deberes.

**El interés que se protege, bien sea particular o general**, se perfila como una cuarta clasificación, que se puede fácilmente distinguir en el siguiente artículo 293.- del código civil costarricense: *“El propietario puede ser obligado a enajenar su propiedad para el cumplimiento de obligaciones contraídas o por motivo de utilidad pública. Los casos en que es permitida la expropiación por motivos de utilidad pública, y la manera de llevarse a efecto, serán regulados por ley especial.”*

Así también, el **Artículo 295.-** del mismo cuerpo legal regula: *“El propietario tiene derecho a gozar de su cosa, con exclusión de cualquiera otra persona, y a emplear para ese fin todos los medios que las leyes no vedan.*

**Artículo 296.-** *“El propietario, el usufructuario, el usuario y cualquiera que posea como dueño tienen el derecho de obligar a los dueños de los predios confinantes a que concurran a la demarcación de linderos entre su predio y los de ellos, haciéndose la demarcación y amojonamiento a expensas comunes.”*

En los artículos antes citados, se determina el interés particular o general que se pretende proteger, por medio de la imposición de un deber jurídico determinado.

---

<sup>254</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octavo Tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Libro XVII. Febrero de 2013. Tomo 2 Pág. 1341 Tesis Aislada (Civil) [117](http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78800000000&Apendice=1000000000000&Expresion=deber&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=41&Epp=20&desde=100&Hasta=100&Index=0&ID=2002735&Hit=2&IDs=2003845,2002735,2002500,2002052,20020,2001473,160800,161829,162811,163182,163166,163164,163592,163899,164987,165375,166907,168308,169322,169165 (ANEXO CINCO)</a></p></div><div data-bbox=)

Como última y quinta categoría está **la garantía o sanción**, para una mayor comprensión el código civil argentino, regula los siguientes:

**Artículo 519.-** *“Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo.”*

**Artículo 520.-** *“En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.”*

**Artículo 521.-** *“Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.”*

**Artículo 522.-** *“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”*

### **3. DERECHO SUBJETIVO**

Siendo que el tema a tratar es tan amplio, el mismo se enfoca en los puntos más importantes del mismo

#### **3.1 TITULARIDAD DEL DERECHO<sup>255</sup>**

En lo referente a este tema, (un asunto que no es estudiado a profundidad en la doctrina) es en realidad un punto esencial dentro del derecho subjetivo, puesto que es la titularidad la que faculta al sujeto para ejercer los derechos que ostenta en las relaciones jurídicas.

---

<sup>255</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito. Tomo XXXII, Diciembre de 2010. Pag. 1774. Tesis Aislada (Común) <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2>. (ANEXO SEIS)

Partiendo de esa idea, resulta un tanto complicado indicar aquéllos artículos a los que las legislaciones se refieren en ese punto en especial, o bien si una u otra legislación lo regulan de igual o distinta forma, puesto que la titularidad del derecho se encuentra dispersa en la normativa, corresponde entonces hacer mención de aquéllos, por medio de los cuales se puede ejemplificar de una mejor manera el tema:

Reza el código civil costarricense en su **Artículo 337.-** *El usufructuario tiene derecho de gozar de todos los frutos ordinarios, sean naturales, industriales o civiles, que produzca la cosa cuyo usufructo le pertenezca.*

**Artículo 338.-** *Los frutos naturales e industriales pendientes al tiempo en que empieza el usufructo, pertenecen al usufructuario; y los pendientes al tiempo de extinguirse, corresponden al propietario. Los frutos civiles pertenecen al usufructuario, día por día, y por el tiempo que dure el usufructo.*

El contenido de los artículos citados, permite establecer que el propietario tendrá derecho de percibir los frutos naturales e industriales cuando estos estén al tiempo de extinguirse el usufructo, **siempre que se acredite tal propiedad**, mientras que corresponderán al usufructuario, los que estén pendientes al tiempo en que empieza el usufructo, una vez goce de la titularidad de usufructuario.

Otro ejemplo acerca de la titularidad del derecho corresponde al **Artículo 315.-** del código civil mexicano que expone: *“Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos: a) El acreedor alimentario; b) El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad; c) El tutor; d) Los hermanos, y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado; e) El Ministerio Público.*

El **Artículo 316.-** del mismo cuerpo legal establece: *“Si las personas a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo anterior no pueden representarlo en el juicio en que se pida el aseguramiento de los alimentos, se nombrará por el juez un tutor interino.*

Por su parte, el código civil salvadoreño indica, **Artículo 845.-** *“El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.”*

Asímismo el código civil hondureño regula en su **Artículo 1293.-** *“Los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella en conformidad al párrafo primero del artículo precedente, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; más aún entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga el total de sus créditos.”*

Los artículos previamente citados, permiten determinar que la titularidad de los derechos no se limita a estar regulada en un título o capítulo de las legislaciones en estudio, sino por el contrario se puede ejemplificar la misma por medio de diversidad de ellos, que claramente definen la facultad que ostenta el sujeto para ejercer el derecho que le corresponde.

### **3.2 DERECHOS SIN SUJETO**

Respecto a ésta tesis, un sector mayoritario de la doctrina concuerda en establecer que no es más que una figura aparente, puesto que en las relaciones sociales con carácter jurídico lo que cambia es el sujeto titular del derecho, pero éste último siempre permanece, a la espera de ser ejercitado por un sujeto con legitimación activa para ello.

Al desarrollar éste tema, en páginas anteriores si citaron ejemplos que se vinculan de gran manera sobre la existencia del derecho sin sujeto, corresponde ahora identificar otros patrones referentes a la figura en mención:

Puede referirse el caso de las personas en estado de interdicción, siendo o no declaradas por resolución judicial en dicho estado, lo importante es que sus

derechos quedan vacantes, es decir sin sujeto alguno que los ejercite, mientras no se nombre tutor que lo represente.

Cita el Código Civil guatemalteco en su **Artículo 9.-** *“...“La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.”*

En el mismo sentido, el **artículo510.-** del código civil hondureño regula: *“El mayor de edad que se halle en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa.”*

El código civil nicaragüense establece en su **Artículo 373.-***Ejecutoriada la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Representante del Ministerio Público, pedirá inmediatamente el nombramiento de guardador. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.*

Así mismo el **Artículo 475.-** del Código Civil argentino regula: *“Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces.”*

Por último el código civil español preceptúa en su **Artículo 124.-** *“La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido”*

**Artículo 443.-** *“Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.”*

Otro caso que puede representar la existencia de los derechos sin sujeto es la denominada *usucapión* o prescripción adquisitiva que en la doctrina ha sido catalogada como una forma de adquirir la propiedad, pues es a través de ella que se pone fin a un estado de incertidumbre de derechos.

España regula en su Código Civil en el **Artículo 537.**-“*Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años.*”

Por otro lado Argentina también que regula en el Código Civil, éste modo de adquirir la propiedad, conforme a lo estipulado en el **Artículo 3947.**- “*Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo.*”

El código civil mexicano y nicaragüense coinciden en regular: **Artículo 1135.**- “*Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley*”; y **Artículo 868.**- “*La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una carga u obligación, por el lapso y bajo las condiciones determinadas por la ley.*”; respectivamente.

Por último, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Guatemala regulan en sus Códigos Civiles:

**Artículo 587.**- “*Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes salvadoreñas, o por el Derecho Internacional.*”

**Artículo 814.**- “*El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, se limita: 1.- En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido, por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas; la prescripción en este caso será de diez años, contados como para la adquisición del dominio, y correrá desde que se hayan*

*construido obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior.”*

**Artículo 853.-** *“Por prescripción positiva se adquiere la propiedad de una cosa. Para la prescripción positiva se requieren las condiciones siguientes: Título traslativo de dominio; Buena fe; Posesión.”*

**Artículo 642.-** *“Pueden adquirir la propiedad por usucapión, todas las personas capaces para adquirir por cualquier otro título”*

### **3.3 ADQUISICIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

Los términos antes referidos, reflejan el orden de etapas que contemplan la vida de todo derecho subjetivo; tras una larga descripción doctrinaria para cada uno ellos, corresponde verificar su existencia en la normativa jurídica, de la siguiente manera:

Ya se dijo, que todo derecho subjetivo parte de un nacimiento y posterior adquisición, haciendo la diferencia que el primero es la existencia concreta del derecho en una relación jurídica; mientras que el segundo, es la unión del derecho al sujeto titular de aquél.

La adquisición, puede ser:

**Originaria** cuando el derecho adquirido no depende de otro, o de alguna relación jurídica previa. Ejemplo de ello en las legislaciones, fue la ya mencionada usucapión o prescripción adquisitiva. También puede hacerse mención de lo establecido en el código civil salvadoreño **Artículo 606.-** *“El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo”*

Por el contrario la **adquisición derivada**, es cuando el derecho adquirido depende de otro, o de una relación jurídica preexistente.

En las diferentes normativas jurídicas, se refleja **la adquisición y ejercicio** del derecho subjetivo a través del **derecho de posesión** que permite abarcar de manera estricta, tanto las dos etapas de vida del derecho y al mismo tiempo las dos clases en las que la adquisición como tal se divide:

Se inicia citando lo preceptuado en el Código Civil mexicano en el **Artículo 791.-** ya que es la única legislación que delimita las dos divisiones antes mencionadas, estableciendo que: *“Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. **El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada.**”*

Por el contrario, las legislaciones restantes, únicamente establecen la definición de derecho de posesión y cómo éste se puede adquirir, con la salvedad que tal derecho lo ejercite el dueño u otra persona que represente a aquél. Si se configura el primer caso, se entenderá que la posesión es originaria, mientras que cuando la posesión la ejerza el representante u otra persona ajena al dueño será una posesión derivada.

Otros ejemplos que pueden encuadrar en la segunda clasificación es decir, la **adquisición derivada** es el tema de la herencia y el de la donación.

El tema del ejercicio del derecho, también debe circunscribirse al derecho de posesión, toda vez que éste es el poder concedido por el ordenamiento jurídico al titular del derecho, para que realice actividades que permitan el correcto desarrollo de aquél derecho.



### 3.4 MODIFICACIÓN, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

#### MODIFICACIÓN

La doctrina, se ha inclinado por establecer que **la modificación** únicamente puede darse en relación al sujeto o en relación al contenido del derecho:

En relación al sujeto, pueden presentarse cuatro modificaciones, y las legislaciones en estudio lo prescriben en los siguientes contratos:

- i. **Sustitución del antiguo titular:** El contrato de compraventa
- ii. **Constitución de un derecho nuevo sobre la base de otro:** El contrato de subarrendamiento, contrato de servidumbre y contrato de usufructo, entre otros.
- iii. **Dejación del derecho por su titular:** Renuncia, en sentido estricto
- iv. **Cambio de número de titulares:** Sucesión en la que se encuentre varios herederos, o también el régimen de copropiedad.

#### TRANSMISIÓN

Respecto a la **transmisión o sucesión**, doctrinariamente ya se estableció con anterioridad que estos términos no son sino lo mismo, refiriéndose el primero al cambio de derecho; mientras el segundo es el cambio en el sujeto que ostenta el derecho. Pues bien de acuerdo a las legislaciones se pueden citar como ejemplo los siguientes artículos:

### **Código Civil hondureño<sup>256</sup>:**

**Artículo 930.-** *“Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta fanegas de trigo”.*

**Artículo 931.-** *“Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley intestada o ab intestado...”*

### **Código Civil costarricense<sup>257</sup>:**

**Artículo 1404.-** *“La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada.”*

### **Código Civil salvadoreño<sup>258</sup>:**

**Artículo 665.-** *“La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:*

- 1º. Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente, o entregándosela realmente;*
- 2º. Mostrándosela;*
- 3º. Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guarda la cosa;*

---

<sup>256</sup> Poder Judicial de Honduras. *Código Civil de la República de Honduras de 1904*

<sup>257</sup> Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. Ley número XXX de 19 de abril de 1885 Código Civil.

<sup>258</sup> Barrios, Gerardo. Órgano ejecutivo. General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador. *Código Civil de 1859.*

4º. *Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.*

5º. *Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”*

Es preciso, hacer mención que al igual que en el Código Civil salvadoreño, en las legislaciones de Honduras y Argentina sí se hace mención de la tradición, específicamente en título de los libros que conforman dichos Códigos. Por el contrario, en las legislaciones restantes se limita a hacer uso de ese término en el contenido de ciertos artículos:

**Código Civil de Guatemala 1638.**-*“Son títulos al portador los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula "al portador". Estos títulos se transmiten por la simple tradición”.*

**Código Civil de Nicaragua, Artículo 3936.**-*“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces, lo mismo que el de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad”.*

**Código Civil de Costa Rica, Artículo 482.**- *“La tradición se realiza desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa”.*

**Código Civil de México, Artículo 2014.**- *“En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público”.*

**Código Civil de España, Artículo 609.**- *“La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren*

*por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.*

## **EXTINCIÓN Y PÉRDIDA**

Los modos que se contraponen al nacimiento y adquisición de los derechos subjetivos, son los de **extinción y pérdida** y como ya se explicó con anterioridad el primero responde a la desaparición por completo del derecho; y el segundo únicamente conlleva a la separación del derecho de su actual titular.

Pues bien, tras un breve estudio de las legislaciones respectivas, es un hecho que solo el Código Civil argentino, destina en su sección segunda, del Libro Segundo lo siguiente: “**De los hechos y actos jurídicos que producen la Adquisición, modificación, transferencia o extinción de los Derechos y obligaciones”**”; mientras el resto de legislaciones regulan la extinción en el contenido de diferentes artículos<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> **CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO:EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ARTÍCULO 555.**El régimen de propiedad horizontal puede extinguirse por resolución expresa de los dueños de unidades singulares del edificio, tomada con el voto de las dos terceras partes del total de propietarios. Sin embargo, la minoría inconforme con esta determinación puede adquirir las unidades singulares de los que hayan votado por la extinción del régimen, a efecto de mantenerlo.

**CÓDIGO CIVIL SALVADOREÑO:ARTÍCULO 887.-** Las servidumbres se extinguen: 1º Por la resolución del derecho del que las ha constituido; 2º Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos; 3º Por la confusión o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño. Así, cuando el dueño de uno de ellos compra al otro, perece la servidumbre, y si por nueva venta se separan, no revive; salvo el caso del artículo 883; 4º Por la renuncia del dueño del predio dominante; 5º Por haberse dejado de gozar durante diez años, contados de la manera prevenida en el artículo 2247.

**CÓDIGO CIVIL HONDUREÑO:ARTÍCULO 2097.-;** Se extingue el derecho de prenda: 1o.- Por la extinción de la obligación principal a que accede.2o.- Por la destrucción completa de la cosa empeñada. 3o.- Cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título; 4o.- Cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero el acreedor de buena fe tendrá contra su deudor el derecho que le reconoce el Artículo 207.

**CÓDIGO CIVIL NICARAGÜENSE:DE LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO. ARTÍCULO 1529.-** El usufructo se extingue: 1º Por muerte del usufructuario. (Ver artículos relacionados del mismo código:1476-1481-1482-1533-1541) 2º Por expirar el plazo porque se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. (Ver artículos relacionados del mismo código: 950 y sigts.-1094-1098-1099-1475-1579 N° 81-1890 C); 3º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. (Ver artículo relacionado del mismo código: 1579); 4º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.(Ver artículos relacionados del mismo código: 1509 inc. 3º 2164-2165-2174-2941-2942); 5º Por la resolución del derecho del constituyente.6º Per prescripción. (Ver artículo relacionado del mismo código1480); 7º Por renuncia del usufructuario. (Ver artículo relacionado del mismo código: 1579 N° 3 C); Los acreedores de éste podrán sin embargo hacer que se anule la renuncia hecha en perjuicio suyo. (Ver artículos relacionados del mismo código:1477-1557-2229). 8º También se extingue por la revocación del usufructo solicitada por los acreedores del dueño del fundo, y por la revocación directa de su constitución. (Ver artículos relacionados del mismo código: 1885-2004-2226-2232-2233-2793-3870 C. B.J. 12830 (129)

Señalan **Olaso y Casal**<sup>260</sup> que “tanto la extinción como la pérdida de los derechos subjetivos se producen en virtud de hechos jurídicos diversos, unas veces voluntariamente (actos jurídicos) y otros involuntarios. Entre los casos más interesantes se encuentra el de **la renuncia y la disposición**”.

Por su parte los Códigos Civiles salvadoreño, hondureño, costarricense, mexicano, argentino y el español hacen una especial mención a la renuncia de los derechos en general estipulándolo en diferentes artículos.<sup>261</sup>

Mientras que la disposición, como ya se dijo puede manifestarse a través del gravamen, o enajenación y se encuentra regulada de forma distinta, en el contenido de dichas legislaciones, pueden citarse como ejemplo los siguientes:

En Guatemala, por ejemplo el procedimiento para la disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes se encuentra regulado en los artículos: 420.- al 423.- del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>262</sup> si se tramita en sede judicial, pero sí se opta por sede notarial, se tiene que tener presente

---

**CÓDIGO CIVIL COSTA RICA: ARTÍCULO 358.-** El usufructo concluye: 1. Por dejar de existir el usufructuario. 2. Por el no uso de la cosa usufructuada durante el tiempo necesario; para prescribir; 3. Por pérdida total de la cosa en que recae el derecho.

**Código Civil Mexicano: ARTÍCULO 606.-** La tutela se extingue: I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad; II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

**Código Civil español: ARTÍCULO 169.-** La patria potestad se acaba: 1º) Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2º) Por la emancipación. 3º) Por la adopción del hijo.

<sup>260</sup>Olaso S.J, Luis María y Jesús María Casal. *Op. Cit.* Pág. 320

<sup>261</sup>**Código Civil de El Salvador Artículo 12.-** “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

**Código Civil de Honduras Artículo 11.-** Las Leyes que interesan al orden Público y a las buenas costumbres, no podrán eludirse ni modificarse por convenciones de los particulares; pero podrán renunciarse los derechos Conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

**Código Civil de Costa Rica Artículo 18.-** La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

**Código Civil de México Artículo 6.-** La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

**Código Civil de Argentina Artículo 19.-** La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

**Código Civil de España Artículo 6.2.** La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

<sup>262</sup>Peralta Azurdia, Enrique. *Código Procesal Civil y Mercantil*. Decreto Ley-107. Emisión: 01-07-1964

lo dispuesto en los artículos del 11.- al 13.- de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.<sup>263</sup>

**El Código civil salvadoreño**, regula en su **artículo 822.-** *“Servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.*

**El Código civil hondureño**, estipula el **artículo 275.-** *“El menor habilitado de edad no podrá enajenar o hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor o curador, sin previa autorización judicial; ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa. La enajenación de dichos bienes raíces, autorizada por el Juez, se hará en pública subasta”.*

**El Código Civil costarricense** regula en el **artículo 292.-** *“Los derechos de transformación y enajenación son inherentes a la propiedad y ningún propietario puede ser obligado a transformar o no transformar, a enajenar o no enajenar, sino en los casos y en la forma que la ley lo disponga...”*

No obstante la constante enunciación de normativas contenidas en los códigos civiles en estudio, es preciso establecer que por ser el tema principal conceptos jurídicos fundamentales, como se hizo alusión al inicio de éste capítulo no se encuentran regulados en un apartado específico de las referidas legislaciones y por ende resulta casi imposible encuadrarlos en un apartado específico que determine su aplicación en el ámbito jurídico, para uno o varios casos en particular.

Por lo anterior la consolidación de información doctrinaria y su relación con la legislación vigente en los países citados a lo largo del presente exposición, permite ofrecer un modelo de análisis comparativo que evidencia características, diferencias entre algunos de los conceptos básicos del derecho, fortaleciendo la comprensión de dicho contenido desde una perspectiva teórica-jurídica.

---

<sup>263</sup>Laugerud García, Kiell Eugenio. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto Ley 54-77. Emisión 9/11/1977

## CONCLUSIONES

1. La analogía es un término utilizado, para referirse a la relación o aproximación existente entre una y otra cosa, en estudio. Un procedimiento lógico que tiene efectos jurídicos con el objeto de que quien interpreta y aplica el derecho puede superar las insuficiencias legislativas.
2. Los conceptos jurídicos fundamentales, en doctrina constituyen un fuerte cimiento respecto al estudio general del Derecho Civil, toda vez que al estudiar la misma, se constató que tanto teórica como normativamente, los mismos están contemplados, en ambos extremos.
3. Se estableció que al referirse a la institución jurídica, la misma se caracteriza por ser regulada por un conjunto de normas que norman un conjunto de relaciones jurídicas que contienen un elemento formal y estructural, lo cual le permite nacer a la vida jurídica.
4. El deber jurídico, es de suma importancia ya éste hace referencia a las obligaciones que tiene uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica de cumplir con lo regulado por las partes.
5. El derecho subjetivo considerado como aquélla facultad concedida al sujeto de derechos y obligaciones, de hacer valer lo previamente establecido en el ordenamiento objetivo y su naturaleza básicamente radica en la “voluntad”, por lo que todo sujeto de derechos y obligaciones (no incapacitado) puede ejercer tal derecho.
6. Tras un exhaustivo estudio de los Códigos Civiles descritos con anterioridad, se establece que en los mismos se encuentran regulados todos y cada uno de los conceptos objeto de la presente monografía, no obstante no estar contemplados en las diferentes secciones en las que se dividen los mismos, su contenido se encuentra disperso en el desarrollo de la normativa.

## BIBLIOGRAFÍA

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **Aguilar Gorrondona, José Luis.** *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil II.* Venezuela. UCAB. Novena edición. 2008. Pág. 229
2. **Albaladejo, Manuel.** *Derecho Civil I. Introducción y parte general.* España. Librería Bosh S.L. Barcelona. 2002. Decimoquinta Edición. Pág. 437
3. **Álvarez Gálvez, Íñigo.** *Sobre el concepto del deber jurídico en Hans Kelsen. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.* No.16. 2000. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED. Pág.15-55
4. **Arturo Alessandri R., y otros.** *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I.* Chile. Editorial Jurídica de Chile 1998. Pág. 293
5. **Ballesteros Montoro, Alberto.** *Deber jurídico.* España. Ediciones de la Universidad de Murcia. 1993. Pág. 8
6. **Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía.** *Derecho de familia.* México. Oxford University Press, Colección de Textos Jurídicos. 2009, 2a. Edición. Pág 5
7. **Borda, Guillermo** *Tratado de derecho civil. Parte general.* Argentina. Editorial Perrot. 1999.
8. **Bustos Ismael, y otros.** *Manual de Educación Cívica.* Chile. Editorial Andrés Bello. 1991. 6ª. Edición. Pág. 60



- 9. Castan Tobeñas, José.** *Derecho Civil Español Común y Foral Volumen I. Tomo II.* España. Reus. 2007. Pág. 20
- 10. Coviello, Nicolás.** *Doctrina General del Derecho Civil.* México. Editorial Hispano-Americana. 1849. Pág. 279
- 11. Corral Salvador, Carlos y otros.** *Diccionario de Derecho Canónico.* España. Editorial Tecnos. 2000. Pág. 89
- 12. Dabin, Jean.** *Teoría General del Derecho.* España. Editorial Reus, S.A. 2010. Pág. 112
- 13. De Ibarrola, Antonio.** *Cosas y sucesiones.* México. Porrúa. 1986. Pág. 647.
- 14. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael.** *Diccionario de derecho.* México. Porrúa, 2003. 32a. Edición. Pág. 368.
- 15. De Ruggiero, Roberto.** *Instituciones de derecho civil.* Traducción por: Ramin Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. España. Editorial Reus. 1979. 4ª. Edición. Pág. 220
- 16. Díez de Velásco, Manuel.** *Liber amicorum: Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. Jose Perez Monetero.* España. Universidad de Oviedo. 1988. Pág. 1109
- 17. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo.** *Derecho civil. Parte general personas, cosas, negocio jurídico e invalidez.* México. Porrúa. 2008. 11a. Edición. Pág. 131.
- 18. Ducci Claro, Carlos.** *Derecho Civil. Parte General.* Chile. 2005 Editorial Jurídica de Chile. Pág. 100

- 19. Duran y Lalaguna, Paloma.** *Notas de Teoría del Derecho.* España. Universitat Jaume I de Castellón. 1997. Pág. 221
- 20. Eugenio Llamas Pombo y José Manuel, González Porras.** *Estudios de derecho de obligaciones.* España. La Ley Actualidad. 2006. Pág. 52
- 21. Gete-Alonso y Calera, M. del Carmen y otros.** *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña (relaciones laborales).* España. Servei de Publicacions. Primera Edición. 2003. Pág. 42
- 22. Gutiérrez y González, Ernesto.** *Derecho de las Obligaciones.* Puebla, México, Editorial Cajica. 1978. 5ª Edición. Pág 798.
- 23. LarrainRios, Hernan.** *Lecciones del derecho civil.* Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1994. Pág. 121
- 24. Legaz y Lacambra, Luis.** *Introducción a la Ciencia del Derecho.* España. Bosch. 1943. Pág. 529
- 25. López Díaz, Elvira.** *Iniciación al Derecho.* España. Delta Publicaciones. 2006. Pág. 6
- 26. Ochoa G., Oscar E.** *Derecho Civil: Bienes y derechos reales.* Venezuela. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. 2008. Pág. 270
- 27. Olaso S.J, Luis Maria y Jesus Maria Casal.** *Curso de Introducción al derecho. Introducción a la Teoría Gneral del Derecho.* Caracas Venezuela. Publicaciones Ucab, 2007. 4ª. Edición. Pág. 277
- 28. Rocha Ochoa, Cesáreo.** *Manual de Introducción al derecho.* Colombia. Editorial Universidad del Rosario. 2006. Pág. 225

- 29. Rojna Villegas, Rafael.** *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Persona y Familia.* México. Editorial Porrúa. 1979. 16ª. Edición. Pág. 119.
- 30. Rojna Villegas, Rafael.** *Compendio de derecho civil, T. IV: Contratos.* México. Porrúa 1995. 23a. Edición. Pág.50
- 31. Soto Álvarez, Clemente.** *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.* México. 2005. Editorial Limusa, S.A. 3ª. Edición. Pág. 36
- 32. Suárez, Eloy Emiliano.** *Introducción al derecho.* Argentina. Centro de Publicaciones, UNL. 2002. Pág.100
- 33. Tamayo y Salmorán, Rolando.** *Diccionario jurídico mexicano.* México. Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1993. 6a.Edición. Pág. 1745-1747
- 34. Vallado Berron, Fausto.** *Teoría General del Derecho.* México. Textos Universitarios. Universidad Autónoma de México.1972. 1ª. Edición. Pág.124
- 35. Villegas Lara, Rene Arturo.** *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho.* Guatemala. Editorial Universitaria 2004. Pág. 201
- 36. Vizcaíno López, María Teresa y otros.** *Introducción al Estudio del Derecho. N° 1. Colección Manuales de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.* Michoacán, México. Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2009. Pág.112.
- 37. Vodanovic H., Antonio.** *Manual de derecho civil. Tomo I parte preliminar y general.* Chile Editrial Juridica de Chile. 1998. Pág. 105

## **REFERENCIAS NORMATIVAS**

1. Peralta Azurdia, Enrique. *Código Civil* Decreto Ley-106 y sus reformas. Emisión: 14/09/1963. (Guatemala)
2. Barrios, Gerardo. Órgano ejecutivo. General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador. *Código Civil de 1859*.
3. Poder Judicial de Honduras. *Código Civil de la República de Honduras de 1904*.
4. Asamblea Nacional de Nicaragua. *Publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904. Código Civil de la República de Nicaragua*.
5. Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. *Ley número XXX de 19 de abril de 1885 Código Civil*.
6. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión México. *Código Civil Federal de 1928 y sus reformas*.
7. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Código Civil*. Sanción Ley 340. Argentina.1869.
8. Congreso de los Diputados. *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español y sus reformas*.
9. Congreso de los Diputados. *Decreto 8 de Febrero de 1946. Ley de Hipotecas y sus reformas*

## REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

1. **Bernales Rojas, Gerardo.** *Tema 3 la acción, la pretensión, la defensa y la contrapretensión.* Chile.2008. En página web: <http://derecho.otalca.cl/pgs/alumnos/procesal/t3.pdf>. Fecha: 12 de Octubre de 2013
2. **Díez Soto, Carlovs Manuel.** *Lecciones de introducción al derecho civil.* Venezuela. 2008 Universidad Politécnica de Cartagena: [http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/8419/mod\\_resource/content/1/LECCION-04.pdf](http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/8419/mod_resource/content/1/LECCION-04.pdf) Fecha de Consulta: 23 de Junio de 2013
3. **Flores Salgado, Lucerito Ludmila.** *Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea.* México. 2012. En página web: Rev. IUS vol.6 no.29 Puebla ene./jun. 2012. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100004](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100004).Revista IUS. Fecha de Consulta: 29 de Octubre de 2013.
4. **Larrosa Amante Miguel Ángel.** *Guía de Trabajo para los textos de apoyo del curso "Relación jurídica y derechos subjetivos.* El Salvador. 2003. En página Web:<http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/RelacionJuridica/indice%20y%20presentacion.pdf>. Fecha de Consulta: 7 de Julio de 2013
5. **Lastra Lastra, Jose Manuel.** *Conceptos Jurídicos Fundamentales.* México. Biblioteca Jurídica Virtual. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/116/25.pdf> Fecha de Consulta: 6 de Junio de 2013
6. **Peces-Barba Martinez, Gregorio.** *Los deberes fundamentales.* España. E-archivo Universidad Carlos III de Madrid. <http://e->

[archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8073/1/Deberes\\_Peces\\_D\\_1987.pdf](http://archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8073/1/Deberes_Peces_D_1987.pdf).

Fecha de consulta 14 de Abril de 2013

7. **Rodríguez-Arias Bustamante, Lino.** "Construcción de la obligación natural como deber jurídico." <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/9/dtr/dtr6.pdf>. Fecha de consulta: 14 de Julio de 2013
8. **Serra Giménez, Francisco.** Unidad Didáctica III. *Tema 11.- Derecho subjetivo y deber jurídico y Tema; 12.- Otros conceptos jurídicos fundamentales.* Cursos abiertos de la UNED: <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-12-otros-conceptos-juridicos-fundamentales>. Fecha de consulta: 29 de Mayo de 2013
9. **Vidal Fernández, Begoña.** *Introducción al derecho procesal Curso 2011-12.* España. 2012. En página web: [https://www5.uva.es/guia\\_docente/uploads/2011/436/41450/1/Documento4.pdf](https://www5.uva.es/guia_docente/uploads/2011/436/41450/1/Documento4.pdf). Fecha: 13 de Octubre de 2013. Pág 9

## **OTRAS REFERENCIAS**

1. **Arnau Moya, Federico.** "Tema 6. La relación jurídica y derecho subjetivo". *Lecciones de derecho civil I.* Número 6. 2008-2009. España. Publicaciones de la Universitat Jaume I. Págs. 70-85
2. **Garfias Galindo, Ignacio.** La naturaleza unitaria del derecho. *Revista de derecho privado.* Número 3. Año 2002. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

## **ANEXOS**

## ANEXO 1

Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887 Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

**Sentencia No. C-083/95**

**Expediente No. D-665**

**Sentencia No. C-083/95**

### ANALOGIA

*La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.*

### DOCTRINA CONSTITUCIONAL/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL- Criterio Auxiliar

*Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.*



## **ANALOGIA LEGIS/ANALOGIA IURIS**

*Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogia legis, y se la contrasta con la analogia iuris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.*

## **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO-Determinación/REGLAS GENERALES DEL DERECHO/REGLA DE RECONOCIMIENTO**

*El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento.*

## **PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS/PRINCIPIO "NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA"/PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

*¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.*

## **COSTUMBRE PRAETER LEGEM/FUENTES DEL DERECHO**

*Podría discutirse, en teoría, si el artículo 13 de la Ley 153/87 resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla inaplicable. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre praeterlegem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.*

## **PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO/ARBITRIO JUDICIAL**

*¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial".*

## **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

*Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la*

*jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.*

Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

## **1. ANTECEDENTES**

El ciudadano PABLO ANTONIO BUSTOS SANCHEZ en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexecutable los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, por infringir el artículo 230 del Estatuto Superior.

Dado que sobre el artículo 13, materia de impugnación, esta Corporación ya había emitido pronunciamiento en el sentido de declararlo executable, como consta en la sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, el magistrado sustanciador rechazó la demanda contra esa disposición por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, y admitió la dirigida contra el artículo 8o., razón por la cual en el presente fallo únicamente se hará referencia a este último precepto.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales estatuidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

## **2. NORMA ACUSADA**

El texto del precepto legal que se demanda, es el siguiente:

*"artículo 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".*

## **3. LA DEMANDA.**

Manifiesta el demandante, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, los jueces en sus providencias, sólo están sometidos a la ley, y para efectos de su interpretación cuentan con estos criterios auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Por consiguiente, no les es posible "acudir a las normas que regulan casos o materias semejantes, vale decir a la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, en la forma expresada en el artículo 8° de la ley 153 de 1887, sino directamente bajo la forma supralegal que impone el invocar la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, dado que las normas que regulan casos o materias semejantes, no se hallan actualmente consagradas como criterios auxiliares de la actividad judicial, por lo que

acudir a la analogía hoy por hoy equivale a pretermitir los alcances de la prenombrada disposición constitucional vigente."

Y agrega, que de ese hecho se deriva otro problema jurídico, pues "en defecto de la analogía, tampoco se podría acudir, después de la Constitución del 91, a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho, o si lo fueran lo serían no de manera aislada, sino que también se debería acudir a la equidad, y a la jurisprudencia, para dirimir el caso concreto donde no existe norma exactamente aplicable".

Por otra parte, señala que la norma constitucional que se estima vulnerada no es clara, porque "si se da un conflicto entre los diversos criterios auxiliares de la actividad judicial, que de paso sea dicho se refieren a fuentes del derecho ampliamente reconocidas, como la jurisprudencia, y la doctrina, incluye como fuentes formales igualmente a la equidad y los principios generales del derecho, y decimos fuentes formales porque se hallan como se dejó visto expresamente consagradas por el constituyente delegado por vía nada menos que de la ley de leyes". Por lo que se pregunta: "cómo resolver los eventuales conflictos entre la equidad, y la jurisprudencia, y a su turno los que se presenten entre estos y los principios generales del derecho, y los de la doctrina en general, puesto que la norma no habla ya de doctrina constitucional, sino de doctrina en general?".

Según el demandante, el Constituyente de 1991 "desembarazó nuestro sistema jurídico, de la analogía, abriendo un horizonte nuevo y distinto donde fuera posible reconciliar la práctica judicial al menos cuando faltara norma exactamente aplicable, con la equidad, donde pareja con ésta se sumara el desarrollo de la jurisdicción por vía de sus pronunciamientos hasta erigirse en precedentes, en una verdadera fuente del derecho colombiano inspiradora de soluciones probadas, en cuya ausencia debería acudirse a los principios generales del derecho, y a la doctrina en general".

No obstante lo anterior, el demandante afirma que el inciso segundo del artículo 230 de la Carta derogó la norma acusada, pero considera que ello "no impide de manera alguna que el juez en su normal quehacer acuda a tales fuentes, inc. 2o. art. 230, cuando interpreta y aplica la ley de cara al caso concreto, ni que involucre los vastos aportes de terrenos tan sanos para ver y construir el nuevo derecho con ojos de futuro".

Para finalizar, manifiesta que "el art. 230 C.P. en su inciso segundo expresa los contenidos y alcances del principio de integración a la luz del nuevo derecho colombiano, los cuales repugnan con los estrechos marcos de las disposiciones atacadas", además de "contravenir la cláusula general de integración válida para todas las ramas del sistema de derecho colombiano y que de suyo permean el concepto de sistema constitucional, ausente del ordenamiento constitucional precedente, y que obliga a asignar las consecuencias jurídicas al supuesto jurídico en cuestión. Interpretación contraria equivaldría a dejar como letra muerta, el inc, 2o. del art. 230 de la C.P., en la medida que la vuelta por la analogía y en su

defecto por la costumbre a falta de norma expresa, revotaría (sic) contra lo que equivale a una norma general de la actividad judicial, que por ser aplicable ante el ejercicio hermenéutico propiamente, cuando existe norma aplicable, con mayor fuerza y razón lo sería en su ausencia por el principio de la universalidad del derecho, y su integración".

#### **4. INTERVENCION CIUDADANA**

El Ministro de Justicia y del Derecho, actuando por medio de apoderado, presentó un escrito en el cual expone las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad de lo demandado, las cuales se resumen a continuación:

- Colombia es un Estado Social de Derecho en el que "prima el derecho positivo y el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico por los poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas, para que el poder judicial no deje sin solución ningún asunto sometido a su estudio, pues su deber primordial en todo conflicto de intereses es restablecer el equilibrio jurídico, garantizando real y efectivamente el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229, porque los jueces de un país jamás pueden rehusar la administración de justicia pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley".

- Y agrega, que por más perfectas que traten de ser las leyes, siempre quedarán vacíos, pues el legislador no puede regular absolutamente todas las situaciones que se pueden presentar, y ante esta circunstancia y la prohibición de rehusarse a administrar justicia, "el juez tiene que encontrar por sí mismo la norma para la decisión"; y es aquí donde la analogía se constituye en el medio principal para lograr resolver el conflicto planteado. Claro está que en materia penal el problema de la analogía cambia totalmente porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta, el fundamento de la acción estatal es la propia ley, de ahí el principio "nullum crimen nullapoena sine lege".

- Para concluir, anota que "la analogía no es mas que el desarrollo de los principios generales del derecho tales como 'la igualdad jurídica', 'las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas sanciones jurídicas', y 'donde exista la misma razón, debe ser la misma regla de derecho'. Siendo la ley una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho; la ley a su turno admite y autoriza la analogía y la costumbre; entonces, cuando el juez las aplica no se está saliendo del imperio de la ley".

## 5. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 507 del 29 de septiembre de 1994, en el que solicita a la Corte declarar exequible el artículo 8° de la ley 153 de 1887, en forma parcial, sin indicar a que aparte de la norma se refiere. Son estos los argumentos en que se fundamenta el citado funcionario:

- En primer término, considera que son dos los aspectos que han de dilucidarse para resolver la demanda, a saber: el principio de la integración normativa en relación con la analogía; y la no inclusión de la analogía dentro de los criterios auxiliares de la actividad judicial.

- En relación con el primer punto, señala que el legislador al regular las diversas situaciones que le plantea la compleja realidad social, económica, política e institucional, no está en capacidad de prever todos aquellos eventos que se pueden presentar; además de que "la función reguladora no consiste en resolver casuísticamente la totalidad de tales situaciones sino en el establecimiento de preceptos de carácter general. No obstante lo anterior, toda controversia sometida a la decisión del juez debe ser resuelta jurídicamente. Los vacíos que la ley deja deben ser llenados por el juez, por supuesto que no en forma arbitraria, sino mediante la aplicación de principios jurídicos".

- Y citando a García Maynez sostiene, que "si bien es posible que en la ley se encuentren lagunas, el derecho no puede tenerlas. Y es aquí en donde el principio de la integración normativa, cumple su tarea, justamente integradora, en el campo del derecho".

- En cuanto a la forma como debe proceder el juez para colmar los vacíos frente a las fuentes formales del derecho, dice que lo usual es que sea la ley, la norma que prevea recursos y caminos para llenarlos; de ahí que el primer paso del juez es apelar a ella, para ver si existen o no reglas de integración. Si existen, el juez debe acudir a esas reglas y, es aquí en donde la analogía surge como uno de los métodos de integración más importante del derecho. En consecuencia, no se infringe el artículo 230 de la Carta, cuando en la norma acusada se alude a la analogía como método de integración principal de los textos normativos; "método que junto con la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho, conforman los criterios auxiliares de la actividad judicial, destinados a que el juez cumpla con su misión esencial en el marco del ordenamiento jurídico imperante".

- La enumeración de los criterios auxiliares de la actividad del juez consagrados en el artículo 230 de la Carta, "no tiene sentido taxativo. En efecto, cuando el Constituyente señaló a la jurisprudencia, a la equidad, a los principios generales del derecho y a la doctrina, con ello indicó que tales criterios eran válidos constitucionalmente como auxiliares del juez en su actividad profesional, pero con tal indicación no excluyó necesariamente a otros, los cuales tanto para la doctrina, como arriba se demostró, como

para la tradición jurídica colombiana, constituyen opciones para el juez en su tarea de administrar justicia, cuando la ley ha dejado un vacío en su regulación. La norma constitucional reza en su texto que los allí enunciados son criterios auxiliares del juez, pero no dice, en ningún momento, que sólo ellos lo son".

- En cuanto a la no inclusión en el artículo 230 de la Constitución, de la analogía, estima el Procurador que son aplicables al presente caso los mismos argumentos que esta Corporación expuso en la sentencia C-486/94, sobre la costumbre como fuente del derecho, la cual tampoco se encontraba dentro de la enumeración allí contenida. En esa oportunidad expresó la Corte, que dicho canon constitucional "no excluye en modo alguno otros criterios que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquellas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como auxiliares y, por esta vía despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales".

- Por otro lado, dice el Procurador que "resultaría extraño al mismo texto constitucional, que establece categóricamente la exclusiva sujeción de los jueces a la ley, con miras a garantizar su independencia y por tanto su imparcialidad, que se descartara la analogía *legis*, cuando ese mismo texto ha escogido esa forma más amplia de la analogía, como es la analogía *juris*, al determinar como uno de los criterios auxiliares, los principios generales del derecho".

- Y para terminar, expresa que "postular, en nombre de la seguridad jurídica, el monopolio de la ley, en cuanto tenida por unívoca, como fuente formal del derecho, puede conducir el derecho todo, paradójicamente, hacia la mayor de las inseguridades. Negarse a reconocer la polisemia y con ella, la posibilidad y la necesidad de la aplicación analógica del lenguaje legal, es dejar jurídicamente desamparadas, con excesiva facilidad, muchas de las situaciones tenidas por no reguladas, abandonándolas al arbitrio y en último término, al capricho de los jueces".

## **6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

### **6.1. Competencia**

Por dirigirse la acusación contra un precepto que forma parte de una Ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-4 del Estatuto Superior.

## 6.2. Análisis jurídico del asunto.

### 6.2.1. Los modos de creación del derecho.

Dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre. Es el tema que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de "las fuentes formales". Con sus habituales claridad y tino, Eduardo García Maynez<sup>[1]</sup> las ha definido como "procesos de creación de las normas jurídicas", distinguiendo con acierto la fase generadora, del producto que de ella resulta. Así, el proceso legislativo, tras la reflexión y deliberación que él comporta, da lugar a la ley; y el proceso consuetudinario, prolongado, espontáneo y anónimo, produce la costumbre, donde a ella se le reconoce virtualidad normativa con fuerza de derecho. Mediante esos métodos (caminos) se establecen (es decir se ponen) las normas jurídicas que se llaman entonces derecho positivo.

Que uno y otro sean aptos para el mencionado propósito y en qué medida; que las reglas creadas mediante uno de esos mecanismos preponderen sobre las que derivan del otro, o que la validez de algunas de ellas esté condicionada por la autorización que les confieran las otras, son asuntos contingentes que cada ordenamiento jurídico resuelve soberanamente.

### 6.2.2. El problema en el derecho colombiano.

El sometimiento de las personas al imperio del derecho, es un supuesto que ni siquiera tiene que estar explícito en el ordenamiento. La Constitución colombiana lo consagra en el artículo 6°, del siguiente modo:

*"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".*

Por leyes, parece razonable entender -en ese contexto- todas las normas jurídicas válidamente creadas, sujetas a la Constitución. Y el artículo 230 de la Carta, dispone:

*"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.  
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".*



Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:

*"Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho"* (Subraya fuera del texto).

*"Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".*

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, "a falta de legislación positiva". Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeterlegem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación *sub judice* y aquélla sí lo hace.

### **6.2.3. La plenitud del orden jurídico.**

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio<sup>[2]</sup>, quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen<sup>[3]</sup> en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se

encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

*"Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".*

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

#### **6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.**

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, inescapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

#### **6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.**

El artículo 230 de la Carta establece:

*"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".*  
(Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe absolverse es ésta: ¿derogó la "norma de normas", mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?.

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8°. Vuelve a reproducirse su tenor:

*"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".* (Subrayas de la Corte).

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada que discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8°.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquéllas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La

tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento *per analogiam* no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen<sup>[4]</sup> al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

*"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ..."* (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso *sub judice* no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

*"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes"* (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

*"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"* (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

**c. Las reglas generales de derecho.** Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogia legis*, y se la contrasta con la *analogia juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo<sup>[5]</sup> en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés<sup>[6]</sup> al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió<sup>[7]</sup>, al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "...No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos<sup>[8]</sup>, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemo auditur ..." que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

Sin duda alguna hay lógica en la ley 153 de 1887, pues sólo agotada la fuente principal autoriza para acudir a la subsidiaria. Por eso el artículo 13 dispuso:



*"La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana constituye derecho, a falta de legislación positiva".*

Podría discutirse, en teoría, si tal disposición resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla exequible en la citada sentencia C-224 de mayo de 1994. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.

**6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos.** Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él" Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento - agrega la Corte- por disposición del legislador.

Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Si un juez, en la situación límite antes descrita, recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso *sub judice* su concepción de lo que es la justicia, construyendo a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado. Los artículos 4° y 5° de la ley 153 de 1887 resultan, así, corroborados por la nueva Carta.

Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.

Así, pues, habrá de declararse la exequibilidad de la norma acusada.

Por lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### **RESUELVE:**

Declarar exequible el artículo 8° de la ley 153 de 1887.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

**JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO**

**Presidente**

**JORGE ARANGO MEJIA**

**Magistrado**

**ANTONIO BARRERA CARBONELL**

**Magistrado**

**EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**

**Magistrado**

**CARLOS GAVIRIA DIAZ**

**Magistrado**

**HERNANDO HERRERA VERGARA**

**Magistrado**

**ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO**

**Magistrado**

**FABIO MORON DIAZ**

**Magistrado**

**VLADIMIRO NARANJO MESA**

**Magistrado**

**MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO**

**Secretaria General**

**Aclaración de voto a la Sentencia No. C-083/95**

**ORDENAMIENTO JURIDICO-Plenitud hermética (Aclaración de voto)**

*La plenitud hermética del ordenamiento jurídico es una tesis que podría aceptarse únicamente en términos relativos. La "plenitud" o el "vacío", por ser términos relacionales, no pueden tratarse como cualidades o defectos absolutos del sistema. El recurso al juez para garantizar la resolución jurídica de las controversias desplaza la pregunta por las características del orden jurídico al problema de su aplicación y, concretamente, al deber de administrar justicia.*

**JUEZ-Criterios auxiliares (Aclaración de voto)**

*Interpretado el artículo 230 de la C.P. como una unidad, los jueces no sólo deben atender a la ley o derecho positivo sino precisar su significado en cada situación concreta con apoyo en los criterios auxiliares de su actividad. La solución adecuada que el juez debe encontrar en el ordenamiento jurídico, unido a la sabida complejidad y peculiaridad de la realidad social y de cada situación concreta, exigen permanentemente del derecho y de sus operadores la utilización de criterios valorativos y de ponderación. Sólo así, el mencionado precepto, adquiere relevancia plena como eslabón esencial del propósito constitucional, confiado a los jueces, de realizar sus contenidos sustanciales.*

#### **DOCTRINA CONSTITUCIONAL** (Aclaración de voto)

*El sentido del término "doctrina constitucional" fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a "norma constitucional" y a "cualificación adicional" efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es "ley", esto es, tiene carácter normativo, o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades.*

**Ref.: Expediente D-665  
Demanda de inconstitucionalidad  
contra el artículo 8º de la ley 153 de  
1887**

**Demandante: PABLO ANTONIO  
BUSTOS SANCHEZ**

**Magistrado Ponente: Dr. CARLOS  
GAVIRIA DIAZ**

Suscribo la sentencia, previas las siguientes precisiones, que con todo respeto, me permito consignar:

1. La plenitud hermética del ordenamiento jurídico es una tesis que podría aceptarse únicamente en términos relativos. La "plenitud" o el "vacío", por ser términos relacionales, no pueden tratarse como cualidades o defectos absolutos del sistema. El recurso al juez para garantizar la resolución jurídica de las controversias desplaza la pregunta por las características del orden jurídico al problema de su aplicación y, concretamente, al deber de administrar justicia.

2. Entre otros aspectos valiosos de la sentencia, es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de la aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. En este sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado (p.18), es una exigencia que no cabe predicar sólo en el ámbito extrasistemático - cuando el juez ha agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo - sino que rige igualmente en el plano sistemático o intrapositivo.

Considero que el artículo 230 de la C.P., en su sentido más profundo, persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual sólo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular.

Interpretado el artículo 230 de la C.P. como una unidad, los jueces no sólo deben atender a la ley o derecho positivo sino precisar su significado en cada situación concreta con apoyo en los criterios auxiliares de su actividad. La solución adecuada que el juez debe encontrar en el ordenamiento jurídico, unido a la sabida complejidad y peculiaridad de la realidad social y de cada situación concreta, exigen permanentemente del derecho y de sus operadores la utilización de criterios valorativos y de ponderación. Sólo así, el mencionado precepto, adquiere relevancia plena como eslabón esencial del propósito constitucional, confiado a los jueces, de realizar sus contenidos sustanciales.

3. Importante es, igualmente, el reconocimiento de las sentencias de la Corte Constitucional que hacen tránsito a cosa juzgada como fuentes formales del derecho.

Estimo necesario, no obstante, advertir sobre la correcta interpretación del siguiente aparte del fallo: "Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo".

Una lectura descontextualizada y parcial del aparte transcrito podría llevar a la conclusión equivocada de que sólo a falta de ley, el aplicador del derecho estaría obligado a acudir a las normas constitucionales y a la elaboración doctrinaria de la Corte para resolver el caso controvertido. Esta interpretación no es admisible, porque desconoce el valor normativo de la Constitución. En efecto, en ocasiones - piénsese en los derechos de aplicación inmediata (CP art. 85) - la Constitución opera de manera

principal y no subsidiaria. Su observancia es, por principio, independiente de la existencia o ausencia de ley. La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta.

El sentido del término "doctrina constitucional" fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a "norma constitucional" y a "cualificación adicional" efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es "ley", esto es, tiene carácter normativo (CP art. 4), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades (CP art. 243).

Fecha ut supra,

**EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**

**Magistrado**

## ANEXO 2

### Gaceta de la Corte Suprema de Justicia | Civil | 300-2001 12/08/2002

Parte conducente del Recurso de Casación: "...el recurrente compareció en su calidad de copropietario de la mencionada finca a reivindicar su derecho de propiedad que sobre la parte alícuota de la misma ostenta; sin embargo, la Sala sentenciadora afirma que en ningún momento demostró tener autorización para la administración del bien común, error que la llevó a aplicar indebidamente la hipótesis contenida en el artículo 490 del Código Civil, puesto que la administración y el derecho a reivindicar lo que es propio, son cuestiones distintas. Este artículo manda que para ordenar y organizar la copropiedad, son obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes; y la Sala al estimar que el copropietario, para reivindicar su derecho, tenía también que demostrar la facultad para administrar el bien común, porque de lo contrario estaría haciendo valer un derecho ajeno, se confundió en precisar las circunstancias de hecho que le fueron puestas a su conocimiento, lo que la llevó a cometer un error en el momento de escoger la norma aplicable. No obstante, esta Cámara no puede admitir este submotivo porque el recurrente no cumplió con indicar cuál era la norma que en todo caso si (SIC) era la aplicable, deficiencia en el planteamiento que como se ha sostenido en distintos fallos, por el carácter extraordinario del recurso de casación no puede subsanarse de oficio...el recurrente también invocó el submotivo de violación de ley, con base en que la Sala no aplicó el artículo 491 del Código Civil, sosteniendo que esta norma lo faculta para ejercer derechos de propiedad sobre la parte alícuota que le corresponde. El titular del derecho de propiedad puede ser una persona o una pluralidad de personas determinadas. En el primer caso tenemos el dominio "strictu sensu" o propiedad en su forma típica, y en el segundo, a la copropiedad o condominio. De tal forma que la copropiedad no es un derecho real distinto a la propiedad, sino una modalidad de la misma y en ese sentido es como nuestro Código Civil lo regula, pues como dice el licenciado Federico Ojeda Salazar en la exposición de motivos de dicho cuerpo legal "La comunidad de bienes estaba contemplada como un cuasi contrato resultante de un hecho que produce una obligación en virtud de un consentimiento presunto fundado en la equidad, pero en el nuevo Código la copropiedad, considerada por varios autores como una especie de

*comunidad, se desarrolla en el título de la propiedad como una modalidad de la misma".*



### ANEXO 3

#### Gaceta de la Corte Suprema de Justicia | Amparo y Antejucio

| 913 -2004 01 / 0 7 / 2 0 0 5|

Parte conducente de la acción de amparo: Esta cámara al realizar el estudio respectivo de los antecedentes y los alegatos de las partes establece, que la acción intentada es procedente, por cuanto la autoridad impugnada al emitir su fallo, que constituye el acto reclamado y que confirmó el recurso planteado en cuanto a que no proceden las diligencias voluntarias de declaración de ausente, no tomó en consideración la aplicación de los dos supuestos diferentes invocados en el artículo 42 del Código Civil que indica: *"Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio fuera de ella. Se considera también ausente para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora"*; para el presente caso, se aplica el primer supuesto del artículo indicado, ya que se establece que mediante el mandato otorgado por el presunto ausente en la ciudad de Los Ángeles, con fecha veintiocho de mayo del año de mil novecientos noventa y uno, que el mismo se encuentra radicando fuera de la República, por lo que se considera que tal situación encuadra en el primer párrafo de la norma citada que imperativamente establece los supuestos de hallarse fuera de la República y tiene o ha tenido domicilio en ella, ya que en el mismo documento consistente en un poder especial otorgado por Julio Rene Elias Blanco, con fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y uno en la ciudad de Los Ángeles, Estado de California, Estados Unidos de América, otorgado para administrar una casa y para ejercer la tutoría de dos menores de edad, se indica que el domicilio del presunto ausente se encuentra ubicado en "1257 S. Greenwood Ave. #24, Montebello, California 90640". Adicionalmente, presentó como prueba la declaración de testigos y la declaración jurada de la amparista. A criterio de esta Cámara la Sala violó el derecho al debido proceso de la amparista al aplicar el segundo supuesto del artículo 42 del Código Civil, referente a la persona que ha "desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora" y no el supuesto invocado por la amparista y que indica que: "es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella". Por otro lado, es correcto el

criterio emitido por la autoridad impugnada en cuanto a que la sentencia emitida en primera instancia usó como base un argumento ineficaz, por cuanto el mandato indicado no tenía valor jurídico para poderse ejercitar en un tribunal, ya que se comprobó que no es un mandato judicial, sino un poder especial otorgado para administrar una casa y para ejercer la tutoría de dos menores de edad que no tiene relación con la amparista y cuyo plazo de vigencia ya había vencido. En efecto, el artículo 43 del Código Civil establece: "Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausenta de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte". Por lo anteriormente considerado, esta Cámara estima que en el presente caso existe violación a los derechos enunciados por la amparista por aplicación de ley, por cuanto se estima que la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, no hizo aplicación correcta de la norma en los supuestos aludidos de la ley de la materia, violando el debido proceso de la amparista al requerirle que cumpla con los requisitos de un supuesto de la ley que no es aplicable en el caso concreto; por lo que se considera que la autoridad impugnada debe emitir resolución tomando como referencia las consideraciones hechas por esta Cámara debiendo resolver lo que en derecho corresponde y efectuarse las demás declaraciones que correspondan.

## ANEXO 4

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, España**

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944. El supuesto de hecho fue el siguiente: El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión en exclusiva para extraer arenas de las playas del litoral de dicha ciudad. La sociedad demandante poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós, situada junto a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el Consorcio comenzó la extracción de arenas, en uso de su derecho.: **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, España.** [...] El Alto Tribunal, siguiendo fundamentalmente lo expuesto por CALVO SOTELLO en su tesis doctoral sobre el abuso del derecho, declaró que los derechos subjetivos aparte de sus límites legales con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral teleológico y social y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad». A continuación el Tribunal Supremo recoge los siguientes requisitos que, dados conjuntamente, tipifican un abuso del derecho: 1º.- Uso de un derecho objetivo o externamente legal. El Consorcio, en el caso litigioso, usaba al extraer la arena de la playa de un derecho concedido por la Administración; 2º.- Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. Evidentemente la sociedad propietaria de la central no tenía ningún derecho sobre la playa que protegía naturalmente la instalación, sólo un interés, ni jurídicamente protegido de forma expresa, a que no desapareciese; 3º.- Inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

## **ANEXO 5**

### **Acción de inconstitucionalidad 4/2004 proferida por la Suprema Corte de México**

Conforme a lo resuelto por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 4/2004, la actividad irregular del Estado a la que se refiere el artículo 113 de la Constitución General, se configura cuando la función administrativa se realiza de manera defectuosa, esto es, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros establecidos en la ley o en los reglamentos administrativos. En tal sentido, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño a los bienes y derechos de los particulares, por haberse actuado irregularmente, se configura la responsabilidad del Estado de resarcir el daño y, por otro lado, se genera el derecho de los afectados a que sus daños sean reparados. Así, debe entenderse que la actividad administrativa irregular del Estado, comprende también la prestación de un servicio público deficiente. En el caso de la prestación deficiente de los servicios de salud, la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes

## ANEXO 6

**Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primer tribunal colegiado en materia civil del cuarto circuito. Tomo XXXII, Diciembre de 2010. Pag. 1774. Tesis Aislada. México.**

*INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. ALCANCES DE LA VALORACIÓN DEL DOCUMENTO QUE SE EXHIBA PARA ACREDITAR LA TITULARIDAD DEL DERECHO QUE SE ESTIMA TRANSGREDIDO, TRATÁNDOSE DE TERCEROS EXTRAÑOS.* La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para acreditar el interés jurídico en el juicio de amparo, tratándose de terceros extraños a juicio, basta con demostrar la titularidad del derecho conculcado por el acto de autoridad; en tal contexto, la valoración del documento que se exhiba con ese propósito, debe ser exclusivamente para determinar la procedencia del juicio constitucional, es decir, no implica un pronunciamiento sobre la titularidad del derecho que se defiende, o la validez del acto jurídico que le dio origen, sino únicamente en cuanto a su existencia con anterioridad al acto reclamado, pues en la medida en que se acredite la existencia del acto que le dio origen, se demuestra el derecho que se estima transgredido. Amparo en revisión 34/2010. Tomás Cantú Garza. 7 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Pérez. Secretaria: Abigail Cháidez Madrigal.

**ANEXO 7**  
**Cuadro Comparativo de los Códigos Civiles centroamericanos, México Argentina y España**

	Guatemala	El Salvador	Honduras	Nicaragua	Costa Rica	México	Argentina	España
<b>Relación Jurídica</b>	Artículo 1686.-	Artículo 1699.-	Artículo 256.-	Artículo 2145.-	Artículo 22.-	Artículo 768.-	Artículo 1496.-	Artículo 10 numeral 5
<b>Institución Jurídica</b>								
• <b>Persona</b>	Libro I, Título I	Libro I del Código Civil	Libro I	Libro I, Título I. Capítulo I	Libro I, Título I. Capítulo I	Libro I	Libro I Sección primera	Libro I, Título I
• <b>Familia</b>	Libro I, Título II	Código de Familia, Libro I, Título I, Capítulo I	Código de Familia Dto. 76-84	Libro I, Título II	Código de familia, Ley N° 5476	Libro I, Título VI	Libro I, Título XI, Sección Segunda	Artículo 67.-
• <b>Matrimonio</b>	Artículo 78.-	Código de Familia Título Preliminar	Libro I, Título V	Libro I, Título II, Capítulo I	Código de familia, Ley N° 5476	Libro I Título IV y Título V	Libro I, Título XI, Sección Segunda, Título I	Libro I, Título IV, Artículo 9.-
• <b>Bienes</b>	Libro II, Título I	Libro II, Título I	Libro II, Título I	Libro II, Título I, Capítulo Único	Libro II, Título I, Capítulo I	Libro II, Título I	Libro III, Título V	Libro II, Título I
• <b>Testamento</b>	Libro III, Título II	Libro III, Título III, Capítulo I	Libro III, Título III, Capítulo I	Libro II, Título VI, Capítulo I	Título XIII, Capítulo I	Libro III, Título II, Capítulo I	Libro IV, Título XII	Libro III, Capítulo IV, Título III
• <b>Contrato</b>	Libro V, Segunda Parte	Libro IV	Libro IV, Sección Sexta, Título II	Libro IV, Título VII, Capítulo I	Libro IV, Título I, Capítulo I	Libro IV Primera parte Título primero Capítulo I	Libro II, Sección Tercera, Título I	Libro IV

<b>Deber Jurídico</b>	Ley de Adopciones Decreto Ley 77-2007	Artículo 821.-	Artículo 771.-	Artículo 2660.-	Artículo 293.-	Artículo 303	Artículos 519.- al 522.-	Artículo 1097.-
<b>Derecho Subjetivo</b>								
• <b>¿Existen Derechos sin Sujeto?</b>	Artículos 9.-, 642.-	Artículo 587.-	Artículos 510.-, 814.-	Artículos 373.- 868.-	Artículos 853	Artículo 1135.-	Artículos 475.-, 3947.-	Artículos 124.- 443.-, 537.-
• <b>Transmisión y Sucesión</b>	Artículo 1638  Libro III De la sucesión hereditaria  Título I De la sucesión general	Artículos 665.- 963.-	Libro II Título VI  Libro III, Título I  Artículos 930.-, 931.-	Artículo 3936.-	Artículos 482.-, 1404.-	Artículo 2014.-	Libro III, Título II  Libro IV Título preliminar Sección primera Título I De las sucesiones	Artículo 609.-
• <b>Extinción y Perdida</b>	Artículos 503.- 1331.-	Artículos 952.-, 1569.-, 768.-, 1381.-, 1540.-	Artículos 1421.-, 742.-, 1460.-	Artículos 1877.-, 692.-, 693.-, 694.-	Artículos 830, 831, 804	Artículos 2185.-; 799.-	Libro II Artículos 724.-, 789.-, 890.-	Artículos 10.10.-, 1156.-, 1182.-