

EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ
PROFESOR E INVESTIGADOR EMÉRITO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ALGUNOS ASPECTOS
DE LA
DOCTRINA KELSENIANA

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

CONFERENCIAS DEL AUTOR
EN EL COLEGIO NACIONAL



EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO. 1978

EL DERECHO SUBJETIVO

Otro de los conceptos fundamentales implicados en el de regulación jurídica es el de derecho subjetivo.

Kelsen afirma que la definición tradicional de este concepto no satisface las exigencias metódicas de la teoría jurídica pura. La enseñanza clásica descansa en el supuesto de que

“derecho objetivo y subjetivo son dos fenómenos diferentes que no deben subsumirse bajo un término general común. La lengua inglesa favorece este dualismo por el hecho de tener dos palabras distintas: *law* y *right*, mientras el alemán y el francés tienen sólo una correspondiente a éstas: *Recht* y *droit*; y el derecho como conjunto de normas es distinguido del derecho como facultad jurídica por medio de las expresiones *objektives Recht* y *subjektives Recht*, *droit objectif* y *droit subjectif*.” (Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 91 de la trad. castellana.)

A lo dicho podríamos añadir que también en español y en italiano sólo existe una palabra para

designar los dos objetos, lo que ha creado la necesidad de unir a ese vocablo los adjetivos que hacen posible la distinción.

En las doctrinas alemana y francesa —prosigue Kelsen— el derecho objetivo es definido como *regla* o *norma*, en tanto que el subjetivo suele definirse como *interés* o *voluntad*.

“Es verdad que el subjetivo no es interpretado como interés o voluntad no calificados, sino como interés protegido por el orden jurídico o como voluntad que éste reconoce y hace efectiva. Pero el dualismo sigue manteniéndose, en cuanto el derecho subjetivo es considerado como lógica y temporalmente anterior al objetivo. En un principio únicamente había derechos subjetivos —en particular el prototipo de todos los de esta clase, a saber, el de propiedad (adquirida por ocupación)—, y sólo en una etapa posterior fue sobreañadido el derecho como orden estatal, con el propósito de sancionar y proteger derechos subjetivos que, independientemente de este orden, habían adquirido existencia.” (*Opus cit.*, pág. 91.)

Al decir que la teoría tradicional sobre el subjetivo define a éste como voluntad o interés, jurídicamente calificados, Kelsen piensa, de manera concreta, en las doctrinas de Windscheid y Jhering, y en la tesis ecléctica de su maestro Jellinek, mas no considera la posibilidad de otras definiciones menos discutibles. Al referirse a los fundamentos ofrecidos para justificar la dualidad *derecho objetivo-derecho subjetivo*, y la prioridad del segundo, sobre el primero, piensa en cambio en la opinión de Dernburg, de quien cita el siguiente pasaje:

“Históricamente los derechos subjetivos existieron mucho antes de que pareciera el Estado con un orden deliberadamente establecido. Tenían su base en la personalidad de un individuo y en el respeto que éste era capaz de obtener e imponer. El concepto de orden jurídico pudo lograrse a través de la consideración de los derechos subjetivos que ya existían y gracias a un proceso de gradual abstracción. Por ello es incorrecto, tanto lógica como históricamente, suponer que los subjetivos no son sino emanaciones del objetivo. El orden jurídico garantiza y configura los subjetivos, pero no los crea.”

Es claro que esta doctrina resulta insostenible cuando se advierte que los conceptos de que estamos tratando son *correlativos*. En los términos de esta especie la relación consiste —como dice García Morente— “en que no puede existir el uno sin el otro, ni el otro sin el uno”. Así ocurre en el caso: no hay derecho objetivo que no confiera derechos subjetivos, ni derechos subjetivos que no deriven de una norma. Pero también es obvio que la correlatividad de aquellas nociones no implica que sea incorrecto distinguirlas o, como dice Kelsen, que el subjetivo sea *el mismo derecho objetivo*, en una relación *sui generis* con un sujeto.

Kelsen argumenta de este modo contra la tesis de Dernburg:

“La prioridad de los derechos subjetivos es insostenible, tanto desde el punto de vista lógico como desde el psicológico. A través de los sentidos no se puede percibir el carácter jurídico de un fenómeno. El hecho de que un individuo tenga o no el derecho de poseer una cosa no puede ser visto, oído o tocado. El juicio de que tiene o no derecho a

poseer una cosa, es un juicio de valor que sólo es lógica y psicológicamente posible cuando el individuo que lo emite presupone la existencia, es decir, la validez de una norma general relativa a la posesión. Esta norma no es, ni lógica ni psicológicamente, resultado de una abstracción basada en un conjunto de percepciones singulares de derechos subjetivos, como el concepto general de árbol es resultado de una abstracción basada en una serie de percepciones semejantes; pues los derechos subjetivos no son perceptibles mediante la sensibilidad, como pueden serlo los árboles. Determinar de qué manera la idea de una regla general adquiere existencia, es problema que no nos corresponde tratar aquí. Únicamente necesitamos establecer cómo, sin presuponer una norma general reguladora de la conducta humana, cualquier juicio sobre existencia o inexistencia de derechos subjetivos resulta imposible." (*Opus cit.*, pág. 92.)

Después de distuir la tesis de Dernburg sobre la prioridad del derecho en sentido subjetivo, emprende Kelsen la crítica de la doctrina de Jhering.

Los argumentos que esgrime contra la definición del derecho subjetivo como "interés jurídicamente protegido", pueden resumirse así:

- 1) Es falso que sólo tengamos el derecho de exigir de alguien determinada forma de comportamiento, cuando estamos interesados en tal comportamiento.
- 2) Los derechos subjetivos subsisten aunque no queramos ejercitarlos.
- 3) Es posible ser titular de un derecho e ignorar su existencia, lo que hace imposible

la del interés, en el sentido psicológico del término.

- 4) Lo que interesa al facultado puede ser no el ejercicio, sino el no ejercicio del derecho, pese a lo cual éste subsiste.

Kelsen acepta que el legislador da por supuesto que los individuos tienen, en ciertas condiciones, determinados intereses, y trata de proteger algunos de éstos.

"Pero el derecho existe incluso en aquellos casos en que —contrariamente a lo que el legislador suponía— no existe realmente interés ninguno. El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no en el presunto interés, sino en la protección jurídica. La que el legislador da a un tipo de interés estriba en el establecimiento de normas jurídicas de cierta naturaleza. El derecho del acreedor es la norma jurídica por la cual el deudor es obligado a devolver lo que debe; el del propietario, la norma jurídica por la cual otros individuos son obligados a no interferir con el propietario en la disposición de su derecho. El subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo." (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 94 de la trad. castellana.)

Si aquél es, en realidad, el mismo derecho objetivo en determinada relación con una persona, habrá que preguntar cuándo puede decirse que el segundo se ha convertido en "mi" derecho o, planteada la cuestión en forma más amplia, qué razón hay para considerar el objetivo, el sistema de normas reguladoras del comportamiento humano, o

una norma de este sistema, como derecho de un sujeto.

La doctrina de que el subjetivo

“es una voluntad reconocida por el objetivo o un poder otorgado por éste, se encuentra más próxima a la solución de nuestro problema que la que hace de aquél un interés protegido por la ley. El poder que, de acuerdo con esta opinión, constituye la esencia del derecho subjetivo de un individuo, reside en el hecho de que el orden jurídico enlaza a la expresión de voluntad individual el resultado o efecto a que ésta se dirige. El orden jurídico concede realmente a los hombres semejante ‘poder’; por ejemplo, el de regular sus relaciones económicas por medio de transacciones jurídicas, especialmente contratos...” “Pero aun cuando cada uno de los contratantes tiene el ‘derecho’ de que el otro se conduzca en los términos convenidos, tal derecho no es, sin embargo, su voluntad, la que expresó al celebrar el negocio. No es su voluntad o la expresión de ésta, sino el acuerdo de voluntades, la expresión concordante de las de todas las partes, lo que de acuerdo con el orden jurídico crea las obligaciones de éstos. El individuo aislado no tiene el poder jurídico de obligar, por una expresión suya, a otro individuo.” (*Opus cit.*, pág. 95.)

La falla de las teorías de Windscheid y Jhering estriba, según Kelsen, en que conciben el derecho *subjetivo* como algo esencialmente diverso del *objetivo*. Esos autores se preocuparon sólo por indicar qué es lo que el segundo protege o reconoce, es decir, tomaron en cuenta el elemento sustancial y olvidaron, o relegaron a un plano secundario, el *formal*, que es el único jurídicamente relevante.

“El derecho es forma, no sustancia; la protección, no lo protegido.” (*Hauptprobleme*, pág. 618.)

Si esto es verdad en relación con el objetivo, debe serlo también en lo que concierne al subjetivo. Este último no es, ni puede ser, realidad distinta de la norma; es la norma misma, en relación *sui-generis* con un sujeto. ¿Cuál es esa relación?...

El objetivo se convierte en derecho subjetivo de una persona cuando hace depender de una declaración de voluntad de ésta la aplicación del acto sancionador.

Volviendo al caso del contrato:

“Uno de los contratantes tiene un derecho subjetivo contra el otro porque el orden jurídico hace depender la ejecución de la sanción no únicamente del hecho de la celebración del contrato y del incumplimiento de éste por una de las partes, sino también de la expresión de voluntad de la otra en el sentido de que la sanción se ejecute contra el infractor. La parte expresa tal voluntad mediante la presentación de una demanda contra el otro contratante. Al hacerlo así, el actor pone en movimiento la maquinaria coercitiva del derecho. Sólo en virtud de tal demanda puede iniciarse el procedimiento por el cual el acto antijurídico, es decir, el incumplimiento del contrato, es comprobado, y el tribunal aplica la sanción.” (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 96.)

Recordemos la fórmula estenográfica que exhibe la estructura de la regulación jurídica, de acuerdo con la tesis kelseniana: “Si *a* es, debe ser *b*; si *b* no es, debe ser *c*.”

Al realizarse el supuesto jurídico *a*, actualízase una primera consecuencia de derecho: la obligación de un sujeto *X* de observar la conducta *b*. Esta obligación de *X* está a su vez condicionada, de acuerdo con la misma doctrina, por la existencia de la norma que enlaza a la no ejecución de *b* el deber —impuesto a un órgano del Estado— de sancionar a *X*. La obligación de *X* es correlativa de un derecho de otro sujeto, a quien llamaremos *Y*. Pero así como el deber de *X* no deriva de la norma secundaria, aisladamente considerada, sino de la conexión de ésta con la primaria o sancionadora, el derecho de *Y* frente a *X* tampoco deriva simplemente de la primera de esas normas, porque, según la doctrina de Kelsen, *Y* sólo tiene un derecho subjetivo frente a *X* si la ley hace depender de una declaración de voluntad suya —contenida en una demanda judicial— la aplicación del acto coactivo prescrito por la norma primaria.

De este modo, las partes tienen la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de dicha norma, que se convierte en “su” derecho.

“Sólo cuando un individuo se encuentra en tal relación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es ‘su’ derecho subjetivo. Sólo entonces queda justificada la subjetivación del derecho objetivo implícita en el concepto de derecho subjetivo, o sea, la presentación de una norma jurídica objetiva como derecho subjetivo de un particular.” (*Teoría Gene-*

ral del Derecho y del Estado, pág. 96 de la trad. castellana.)

(Lo que acabamos de decir pone al descubierto una falla evidente de la fórmula empleada por Kelsen, ya que en ella no hay ningún símbolo referido a la conducta objeto del derecho subjetivo, ni al derecho subjetivo mismo, ni a su titular.)

Pero continuemos con la exposición de la doctrina. De acuerdo con las explicaciones precedentes, ese derecho debe definirse como “la norma jurídica en relación con el individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada”. (Aquí, como en el caso de la definición del deber, vuelve Kelsen a confundir el plano de la regulación jurídica de la conducta, o lógico-jurídico, con el de la conducta jurídicamente regulada, u ontológico-jurídico. Una cosa es la norma que confiere derechos e impone deberes a ciertas personas, y otra diversa los derechos y deberes concedidos o impuestos por aquélla.)

De la definición del derecho subjetivo deriva, desde luego, la siguiente consecuencia: si la persona frente a la cual un sujeto *X* tiene el deber de observar la conducta *b* no está facultada para lograr que un órgano del Estado sancione a *X* en caso de incumplimiento, no hay derecho subjetivo. Esto implica, lógicamente, la negación del carácter autónomo del derecho sustancial de *Y* a exigir la ejecución de la conducta *b*, ya que, para Kelsen, *Y* sólo tiene un derecho si la ley lo faculta para ejercitar una acción contra *X* en caso de que no ejecute la conducta prescrita.

Para entender mejor el sentido de la doctrina

kelseniana, confrontámosla con la enseñanza tradicional, siempre a la luz de un ejemplo.

Primus celebra con Secundus un contrato de mutuo, en virtud del cual éste recibe de aquél la suma de cien pesos, obligándose a devolverla en un plazo de ocho días. El primer supuesto jurídico es la celebración del contrato (hecho jurídico *a*) y sus consecuencias consisten en la obligación de Secundus de devolver el dinero al vencerse el término estipulado (conducta *b*) y la facultad de Primus de exigir el pago de aquella suma. Si se realiza el segundo supuesto, es decir, si Secundus no cumple con su deber (hecho jurídico no *b*), Primus tiene la facultad de pedir (mediante demanda presentada ante juez competente) que se condene al demandado a hacer el pago *y*, en caso necesario, se le constriña al cumplimiento. Según la tesis kelseniana, Primus tiene un derecho frente a Secundus sólo en cuanto la ley hace depender de una declaración de voluntad suya, formulada a través de una demanda, la aplicación del acto coactivo estatal.

De acuerdo con la doctrina clásica, en el caso hay que distinguir dos diferentes relaciones jurídicas *y*, por tanto, dos deberes jurídicos y dos derechos subjetivos diversos.

La primera deriva del contrato, y se da entre Primus (titular del derecho subjetivo a la devolución de lo prestado) y Secundus, a quien la norma que Kelsen llama secundaria impone el deber de hacer el pago, al llegar la fecha convenida por los contratantes. Tal relación, en el caso del ejemplo, es de carácter privado. El sujeto activo de la misma es Primus, titular de un derecho de crédito frente a Secundus, sujeto pasivo de la relación. El se-

gundo vínculo se da entre Primus (como titular del derecho de acción) y el órgano estatal a quien la norma primaria de que habla Kelsen impone el deber de sancionar al infractor de la otra norma.

Esta segunda relación, a diferencia de la primera, no es ya de derecho privado, sino público, puesto que en su aspecto pasivo se traduce en un deber que implica el desempeño de una función del Estado, la llamada jurisdiccional. De acuerdo con la *teoría de la autonomía de la acción*, defendida por ilustres procesalistas, el derecho que Primus tiene en la primera relación es de carácter *sustancial*, y recibe el nombre de *derecho a la prestación*, que lo distingue del de carácter *procesal*, o *de acción*. La teoría de la autonomía, citada anteriormente, consiste en sostener que el ejercicio del segundo derecho no está condicionado por la existencia del otro o, expresado en distinta forma: la *actio* puede existir, y ser ejercitada, aun cuando en el caso concreto sometido al conocimiento del órgano aplicador, no exista el derecho sustancial que el demandante se atribuye.

Kelsen niega de modo expreso que la facultad correlativa del deber derivado de la norma secundaria exista independientemente de la facultad de pedir la aplicación de la sanción. Sostiene que no se trata de dos derechos distintos, sino de *uno solo en dos relaciones diferentes*.

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

cho, ya que la voluntad de que la sanción se aplique no depende necesariamente de una acción. El deber jurídico es, por ende, una forma subjetiva necesaria del precepto, mientras que el derecho subjetivo es sólo una forma posible de manifestación de aquél."

(Esta doctrina, que ignora el carácter relacional y, por ende, la correlatividad de los conceptos de deber jurídico y derecho subjetivo, sólo puede entenderse tomando en cuenta la tesis kelseniana de que el tradicionalmente llamado derecho a la prescripción no es distinto del de acción, ni puede concebirse independientemente de él. Sólo así resulta posible declarar que hay casos en los cuales el deber jurídico de un sujeto no es correlativo de un derecho de otra persona.)

Hacer depender la ejecución de las sanciones de la declaración de voluntad de cierto individuo, o conceder "derechos subjetivos" en el sentido estricto de la expresión es, para Kelsen, un rasgo típico de la técnica del derecho civil. La aplicación de la norma jurídica se hace depender, en cada caso,

"de que el titular del derecho (o su representante) estén en realidad suficientemente interesados en la aplicación de la norma, para iniciar, por la presentación de una demanda, el procedimiento que ha de conducir a la ejecución de la sanción. Al hacer depender la aplicación de la norma jurídica de la declaración de voluntad de cierto individuo, el legislador considera decisivo el interés de éste. Con cierta frecuencia, sin embargo, la aplicación interesa a los demás o a la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, y no solamente a un individuo determinado. Que la san-

ción establecida por el orden jurídico se ejecute contra un deudor que no cumple sus obligaciones, interesa a todo aquel que pueda llegar a ser acreedor; es más, a todo aquel que desee el mantenimiento del orden jurídico. La comunidad tiene, como suele decirse, el interés de que todas las normas del derecho objetivo sean obedecidas y aplicadas. En un ordenamiento jurídico basado en los principios del capitalismo privado, la técnica del derecho civil está condicionada por la circunstancia de que el legislador deja de atender al interés colectivo en la aplicación de las normas y concede importancia real únicamente a los de los particulares. Por ello es que el proceso que culmina en la ejecución de la sanción se inicia y desenvuelve sólo como consecuencia de una declaración de voluntad hecha al efecto por una persona privada, el actor." (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 98 de la trad. castellana.)

(En nuestra terminología la misma idea se puede expresar diciendo que el derecho subjetivo público de acción no es de ejercicio *obligatorio*, sino *potestativo*. En otras palabras: el titular no está obligado a ejercitarlo y, por ende, además del de acción tiene otro *de libertad*, en uso del cual puede lícitamente escoger entre ejercitar y no ejercitar el primero.)

La técnica del derecho penal —prosigue Kelsen— es radicalmente diversa.

"Comúnmente es una autoridad pública, un órgano de la comunidad el facultado y, generalmente también, el obligado a ejercitar la acción indispensable. Como la sanción penal no depende de la demanda de un particular, ningún individuo

privado tiene el 'derecho subjetivo' de no ser robado o muerto o, en general, de no ser víctima de un delito. Pero como la ejecución de la sanción se hace depender del ejercicio de una acción por un órgano estatal competente, cabe hablar de un 'derecho subjetivo' del Estado, a saber, el de que los miembros de la comunidad se abstengan de realizar actos delictuosos. En esta esfera, en la cual tienen que ser protegidos intereses de importancia vital para la comunidad, el legislador coloca el colectivo por encima del privado. Sin embargo, el proceso penal tiene la misma forma o, al menos, la misma apariencia externa del civil; éste presenta la de una contienda entre dos particulares, demandante y demandado; el penal, la de una controversia entre la comunidad jurídica, es decir, el Estado, representado por uno de sus órganos, y un particular, el acusado." (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 99 de la trad. castellana.)

(Obsérvese a qué consecuencia puede llevar la idea de que la existencia del derecho subjetivo está condicionada por la facultad de pedir la aplicación de las medidas coactivas: ningún particular tiene, de acuerdo con ello, derecho a no ser robado o, en general, a no ser víctima de actos delictuosos de los demás. ¿Cómo entender, entonces, el derecho de legítima defensa?)

Hemos visto los argumentos que Kelsen esgrime en favor de su propia teoría; examinemos ahora cuáles pueden invocarse en apoyo de la que ve en la acción un derecho autónomo.

Los partidarios de la última doctrina fundan tal autonomía en las siguientes razones:

a) En primer término, hay casos en que existe

la *actio* y no encontramos un derecho material, o viceversa;

b) En segundo lugar, el de acción es correlativo de un deber del Estado, al que suele darse el nombre de obligación jurisdiccional;

c) Por último, y como consecuencia de lo que acabamos de decir, el de acción es siempre de carácter público, en tanto que el otro generalmente asume carácter privado.

Analicemos detenidamente cada uno de estos asertos.

Hay casos en que el derecho sustancial no está garantizado por el otro, como ocurre con las llamadas *obligaciones naturales*. Nö obstante lo dicho, las facultades correlativas son derechos subjetivos, porque el titular puede legalmente exigir el cumplimiento de los correspondientes deberes por medios distintos del recurso a los tribunales, con tal de que sean lícitos. Además, si el deudor paga, el pago está bien hecho, y no cabe ejercitar una acción en repetición de lo indebido. Aplicando al caso la terminología de Radbruch podría decirse que la diferencia entre obligaciones naturales y obligaciones éticas estriba en que las segundas son deberes, pura y simplemente, en tanto que las primeras tienen el carácter de una deuda para con el titular del derecho correlativo. El acreedor tiene sólo el derecho a la prestación, mas no por ello carece de ciertos medios para conseguir que el deudor cumpla. No hay en el caso una sanción política, pero sí de otra índole, en ocasiones más eficaz que el recurso a los tribunales. Se dirá que esa sanción no es jurídica, sino convencional. Pero, aun admitiendo este extremo, habría que aceptar que tiende a

lograr el cumplimiento de un deber jurídico, y sólo jurídicamente se justifica. Piénsese, verbigracia, en los medios de que el ganancioso dispone para conseguir el pago de una deuda de juego. Además, el que ha perdido no considera su obligación como un deber moral, ni ve en el pago una simple liberalidad para con el acreedor, sino la observancia de un deber jurídico. Sólo dentro del marco de una concepción positivista puede hacerse depender la existencia de un derecho de la posibilidad de emplear la coacción pública contra el deudor. No hay que confundir las facultades jurídico-normativas con los medios destinados a obtener un mejor cumplimiento de los correspondientes deberes. Los hombres que poseen un sentimiento jurídico no ofuscado por prejuicios, cumplen las exigencias legales por respeto a las facultades de sus acreedores, no para evitar la ejecución forzosa. Y esta presión del sentimiento jurídico es, también, una forma de garantía. Desconocer tal hecho, o declarar que se trata solamente de una presión moral, es jugar con las palabras. Pues esa presión indiscutible no puede justificarse por razones éticas. Moralmente, en efecto, no es concebible la observancia forzada de un deber. Y cuando el moral es acatado de manera espontánea, la acción pierde todo sentido ético. De aquí que el pago no voluntario de una deuda de juego no represente nunca el cumplimiento de obligaciones morales. En cambio, no hay dificultad ninguna en considerarlo como observancia de una obligación jurídica. Éste y no otro es el verdadero sentido de la coercibilidad del derecho. El error radica en creer que tal atributo puede únicamente manifestarse a través del ejercicio de una acción. Si así

fuera, repetimos, habría que admitir que dentro del régimen de la autodefensa nadie tuvo derechos subjetivos, ni siquiera el de defenderse.

Las razones que algunos juristas invocan para sostener que las obligaciones naturales no son jurídicas, nos parecen deleznable. El profesor Guillermo Moreira arguye que en este caso no hay un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, porque el primero no puede constreñir al segundo a que cumpla; y si la ley prohíbe la acción en repetición de lo indebido, es porque considera conveniente no destruir un hecho consumado. Las obligaciones naturales serían, según el mencionado autor, relaciones de hecho de las que derivan ciertas consecuencias de derecho, que en parte coinciden con las que implican las obligaciones civiles.

Si las naturales son relaciones de hecho de las que nacen consecuencias normativas, replica Dos Reis, no se entiende por qué se les niega el carácter de obligaciones jurídicas. Pues aun cuando indudablemente difieren de las civiles, también se distinguen de las puramente morales o de conciencia. Y si producen bilateralmente sus efectos, lógico es incluirlas entre las jurídicas, si bien como obligaciones imperfectas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ley sólo respeta los hechos consumados cuando ocurren en concordancia con el derecho. Y si se insiste en sostener que la coacción es esencial a éste, entonces hay que distinguir la coacción psicológica de la puramente física. "La coacción psicológica está representada por todos los motivos que pueden inducir a la voluntad a conformarse con una norma y a observarla, desde los elevados sentimientos de

solidaridad humana y las razones de concordancia con el precepto por su utilidad y justicia, hasta el temor a las sanciones que serán aplicadas en caso de inobservancia. La coacción física consiste en el uso de la fuerza material para asegurar la ejecución del precepto o para hacer sufrir al transgresor las consecuencias de su acto ilícito."

Hemos demostrado cómo el derecho a la prestación puede existir desligado del de acción. Examinemos ahora el caso en que ocurre lo contrario.

Tratándose de las llamadas acciones de simple apreciación, o declarativas, no encontramos el derecho a una prestación determinada, pero sí, indudablemente, la otra facultad jurídica. El actor no pretende en estos casos tener un derecho sustancial correlativo de una obligación del demandado, sino que recurre a los órganos jurisdiccionales para que pongan fin a una situación de incertidumbre, declarando si existe un determinado derecho; si el promovente tiene o no cierta obligación, o si en un título o hecho concurren tales o cuales requisitos de legalidad.

"La apreciación que se pide al juez puede ser positiva, que se declare, por ejemplo, que un título es auténtico —o negativa—, que se establezca, verbigracia, que el actor no está obligado a pagar determinada cantidad o que no es padre de un individuo que pretende ser su hijo." (Dos Reis.)

En todas estas hipótesis, el actor no afirma tener un derecho contra alguien; sólo pide una decla-

ración judicial, positiva o negativa. Hay, en consecuencia, acción, mas no derecho material.

La demostración más clara de la autonomía de aquel derecho, la encontramos en el caso de las acciones infundadas. Supongamos que una persona presta a otra cien pesos, y que el deudor paga, no obstante lo cual el mutuante presenta una demanda, pidiendo se condene al mutuario a la devolución del dinero. En tal hipótesis, estaríamos en presencia de una acción infundada. Demostrado por el deudor que ha cumplido con el contrato, tiene el juez que emitir un fallo absolutorio. El demandante ejercita indudablemente en este caso el derecho de acción, ya que pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales y logra de ellos la realización de la tarea que les es propia; mas no tiene, al demandar, derecho a prestación ninguna. Aquí se advierte con toda claridad la índole de la acción. Lo que en realidad se pide es el desempeño de la función jurisdiccional; y el deber correlativo queda cumplido cuando se resuelve que la acción es infundada o, lo que es lo mismo, que no existe el derecho sustancial invocado por el actor. Sostener que en tal supuesto el ejercicio de la acción no corresponde a ningún derecho, no es correcto, porque la presentación de la demanda actualiza el deber jurisdiccional. Esta obligación es incuestionablemente jurídica y, por ende, término de una relación que en su aspecto activo se traduce en una facultad normativa: el derecho de acción.

Descubrimos de esta suerte una tercera diferencia entre los dos tipos de derechos. El de acción es, en todo caso, correlativo del deber jurisdiccional y tiene, por tanto, índole pública. El otro, en cam-

bio, puede ser privado. En el caso del ejemplo del préstamo, el derecho del mutuante frente al mutuario es de carácter privado, mientras que el que ejerce el demandante es público. El sujeto pasivo de la primera relación es un particular; el de la segunda, el Estado.

Las ideas anteriores encuentran su confirmación —y robustecimiento— en la teoría de la acción como derecho abstracto, que han defendido en Alemania Degenkolb, en Italia Rocco, en Hungría Plosz, en Portugal Dos Reis, en México Vázquez del Mercado.

Resumamos brevemente, para concluir esta conferencia, la tesis de Hugo Rocco.

Para este autor, el derecho de acción presenta las siguientes características:

a) Es un derecho subjetivo público, porque es correlativo de una obligación impuesta a ciertos órganos del Estado. Tales órganos denominanse jurisdiccionales, y su actividad consiste en aplicar normas generales a casos concretos, para la satisfacción y tutela de los intereses que éstas protegen.

b) Es relativo, porque corresponde a una obligación especial de una persona individualmente determinada (es decir, el Estado, representado por sus órganos).

c) Es abstracto, pues puede ser ejercitado por cualquier persona, aun cuando ésta no tenga un derecho material que hacer valer. No se trata de un derecho frente al adversario, sino de una facultad correlativa de una obligación estatal.

Es posible, en consecuencia, el ejercicio del derecho de acción por quien afirme, indebidamente, ser titular de otro sustancial. Pues la acción no es

derecho a obtener una sentencia favorable, como afirma Wach, sino simplemente *derecho a sentencia* o, para expresarlo con mayor exactitud, a pedir la prestación de la función jurisdiccional. "Esto ocurre cabalmente en el proceso de declaración. Aquí el interés que constituye el contenido del derecho de acción consiste en obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho de un modo más bien que de otro. En la cadena de los fines perseguidos por el actor, el de obtener una sentencia favorable es el fin remoto que el derecho no toma en consideración en modo alguno; pero el fin próximo, o sea el interés que únicamente el derecho protege, es obtener una sentencia, es decir, la declaración sobre una relación incierta. Sólo de este modo se explica que la acción pueda corresponder también al que no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al proceso una base autónoma, independiente del derecho privado. La íntima razón de esa autonomía reside precisamente en la naturaleza secundaria y abstracta del interés que forma el contenido sustancial del derecho de acción."

Refirámonos ahora a la clasificación kelseniana de los derechos subjetivos.

"La conducta humana —escribe Kelsen— puede hallarse en triple relación con el orden jurídico. O bien el hombre está sometido a la norma, o bien la produce —es decir, participa en su creación de algún modo—, o bien es libre frente a la misma, esto es, no tiene con ella la menor relación. Sin embargo, se habla de libertad, en sentido amplio,

siempre que la relación con la norma no es de subordinación. En el primer caso, la relación del hombre con el orden jurídico es de *pasividad*; en el segundo, de *actividad*; en el tercero, de *negatividad*." (Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Legaz, pág. 197.)

Cuando la relación entre la conducta y los preceptos jurídicos es puramente *negativa*, dicese que el sujeto es libre frente a la norma o, para emplear la terminología tradicional (combatida por Kelsen), que tiene el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos no regulados de ningún modo por la ley. Si el hombre se encuentra en relación de *pasividad* frente al orden jurídico, su conducta no representa el ejercicio de un derecho, sino que se traduce en el cumplimiento o la violación de un deber, según que conguerde o no con las exigencias de ese orden. Por último, cuando la persona se halla en relación de *actividad* con el mismo, e interviene en la creación de nuevas normas, su comportamiento aparece como ejercicio de derechos subjetivos. La intervención en la formación de la voluntad del Estado puede manifestarse, ora en la creación de normas genéricas, ora en la de normas individualizadas. En el primer caso, el acto creador constituye el ejercicio de un derecho político. En cuanto a la creación de normas individualizadas (sentencia judicial, resolución administrativa, contrato, etc.), unas veces es realizada por el Estado; otras, por particulares, ya directa, ya indirectamente.

"En la creación de normas individuales, el hecho condicionante del deber (que es siempre una manifestación de voluntad con el fin de provocar

la conducta debida) puede contener o no la manifestación de voluntad del obligado, es decir, puede ser un acto bilateral o unilateral. El ejemplo típico de la segunda especie es el acto imperativo estatal, la sentencia judicial, la resolución administrativa. En realidad, el concepto de derecho subjetivo no tiene aplicación, en las teorías recientes, en este caso de creación de normas o de formación de la voluntad estatal. Se considera dicho acto más bien desde el punto de vista de la función orgánica que desde el punto de vista del derecho subjetivo (si bien aquí no existe ninguna antítesis, puesto que el lector es considerado tanto como órgano cuanto como sujeto de derecho); y la participación en la formación de la voluntad estatal —que es la definición oficial de los derechos políticos— tiene que ser necesariamente función orgánica. Es indudable que, en los casos de actos políticos individuales, realizados por regla general por órganos investidos de la calidad de funcionarios, el carácter funcionarista desplaza la orientación subjetiva que late en el concepto de facultad jurídica. En general, no se habla del "derecho" del órgano, sino de sus "facultades", de su competencia, entendiéndose por competencia no sólo el límite de su poder jurídico, sino ese mismo poder. Sin embargo, hay excepciones; así, por ejemplo, la competencia de los monarcas recibe generalmente la denominación de derecho."

"Un segundo caso de fundación unilateral de deberes existe por determinación de ciertas normas, las cuales hacen depender la realización del acto coactivo (así como la totalidad del procedimiento preparatorio del mismo) de una manifestación de voluntad del perjudicado, de la *actio*, demanda o

querella. Precisamente en este caso se habla de la existencia de derechos subjetivos propiamente dichos. Realmente, es entonces cuando el interés individual es particularmente atendido. Pero desde el momento en que el presunto titular de un interés tiene a su disposición el orden jurídico, participa en grado extraordinario en la formación de la voluntad estatal, traducida en el acto individual de la sentencia o el acto administrativo."

"El caso típico de la fundación bilateral de deberes constituye el negocio jurídico del contrato. Las normas generales permiten que, siendo dada la condición de la manifestación coincidente de la voluntad de dos hombres, ambos, o sólo uno de ellos, viene obligado a comportarse de acuerdo con lo pactado. Es el caso típico del derecho subjetivo privado, aunque también aquí el derecho subjetivo consiste en una participación en la formación de una voluntad estatal, en la creación del orden jurídico, pues en ese hecho, conocido con el nombre de 'autonomía privada', no existe otra cosa que una delegación de la ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales, es decir, para continuar el proceso de creación jurídica." (*Teoría General del Estado*, trad. Legaz Lacambra, pág. 200.)

Las ideas anteriores pueden resumirse en el siguiente cuadro:

a) Rel. de pasividad	Deber jurídico
b) " " negatividad	Libertad
c) " " actividad	Derechos subjetivos

I. Creación de normas generales:

Derechos políticos

II. Creación de normas individualizadas:

Unilateralmente: Derecho de acción

a) Por particulares

Bilateralmente:

Derechos privados
subjetivos

Sentencia judicial, resolución administrativa

b) Por órganos del Estado

(Competencia)

Uno de los aspectos más discutidos de la teoría kelseniana refiérese a la libertad y a los derechos reales. Éstos han sido tradicionalmente considerados como derechos a la propia conducta, en oposición a los derechos sobre la conducta ajena. La facultad de hacer aquello que no está ordenado ni prohibido, o la de disponer y disfrutar de los objetos que nos pertenecen, son simples *reflejos* de un deber general de respeto, impuesto por el derecho objetivo a todas las personas, mas no constituyen un verdadero derecho (en la acepción subjetiva del vocablo). Quienes afirman que el propietario puede hacer de sus propiedades el uso que le plazca, siendo lícito, o que cualquier persona está autorizada para realizar u omitir aquellas acciones que no implican una obligación, repiten en forma superficial el concepto del deber jurídico. Los derechos de propiedad o libertad, más que auténticos subjetivos, son el reverso o complemento de una obligación de no hacer, impuesta por la ley a todo el mundo.

“El derecho a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el derecho a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal derecho subjetivo, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en ‘mis’ cosas, las cuales se hacen ‘mías’ precisamente en virtud de ese deber; jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho de usar, disponer, etc. de las cosas. Pero cuando se afirma: yo tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario.” (*Teoría General del Estado*, pág. 74 de la trad. castellana.)

De acuerdo con el párrafo anterior, por ejemplo, *no tengo el derecho* de dar o no dar un paseo, porque hacer o no hacer tal cosa sólo implica el disfrute de una situación creada por el cumplimiento de un deber jurídico impuesto a todos los demás. ¿Pero cómo —de no existir tal derecho— podría justificarse la imposición del deber correlativo? ¿Si no estoy facultado para hacer lo que todos los demás tienen el deber de no impedir, por qué se obliga a éstos a no estorbar *lo que no tengo el derecho de hacer*? Se ha sostenido (Rojina) que lo único a que tenemos derecho, en relación con actos cuya ejecución u omisión no se nos ordena ni prohíbe, es a exigir que los demás no interfieran en nuestra conducta, si no hay una norma que expresamente autorice la interferencia. Según esto, tenemos el derecho de exigir que no se nos impida pa-

sear por un parque, pero no estamos facultados para dar el paseo, pese a la circunstancia de que todos los demás están obligados a no estorbar esa manifestación de nuestra actividad libre. Pero si no tengo el derecho de pasear por el parque, ¿cómo se me otorga la facultad de repudiar tal impedimento? Dícese que puedo jurídicamente exigir que no se me impida pasear porque los demás están obligados a no estorbarme que lo haga. De acuerdo con esta opinión, el derecho correlativo del deber que los otros tienen de no impedirme que pasee, no es el de pasear, sino el de exigir que ello no se me impida. *Esto equivale a declarar que tengo el derecho de exigir que otros se abstengan de impedirme que haga lo que no tengo el derecho de hacer*. A tan extraña conclusión sólo puede llegarse cuando se olvida que la facultad correlativa de la obligación universal es un derecho absoluto, y que éste puede ser ejercitado sin necesidad de exigir nada de los sujetos pasivos. Cuando alguno de los obligados falta al cumplimiento de una obligación, el titular de la facultad correlativa puede exigir la remoción del impedimento. La exigibilidad del deber de respeto depende de la comisión del acto violatorio; pero el citado deber existe desde un principio, y, en este sentido, el derecho correlativo aparece como *facultas exigendi*. Si, como enseña Del Vecchio, el destinatario final de la norma jurídica no es el obligado, sino el pretensor, resulta casi inexplicable que la posibilidad normativa de ejecutar u omitir un acto no ordenado ni prohibido se relegue a un espacio jurídicamente vacío, o sea visto como simple “reflejo” de un deber universal, al que no correspondería ningún derecho.

Llamar "reflejo" de un deber de respeto a la facultad correlativa es jugar con las palabras. Con igual razón podría decirse que el derecho subjetivo del acreedor es "reflejo" del deber jurídico del deudor, puesto que el primero sólo puede exigir al segundo que haga o se abstenga de hacer, en cuanto el segundo está obligado a realizar la prestación. De manera semejante, el dueño de una casa tiene el derecho de usarla y puede exigir que tal manifestación de su actividad no se le impida, porque la ley le confiere el *ius utendi* e impone a los demás el deber de respetarlo. Si el dueño no tuviese el derecho de usar lo que le pertenece, no se entendería por qué se impone a los demás la citada obligación. La única diferencia entre los dos ejemplos está en que el primero se refiere a un derecho relativo y el segundo a una facultad jurídica absoluta.

Derecho relativo, define Kelsen, es aquel "al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada; mientras que el absoluto implica deberes de un número indeterminado de personas".

En la obra de 1945, al menos por lo que respecta a los derechos reales, modifica Kelsen la tesis defendida por él algunos años antes, en su *Teoría General del Estado*:

"Derecho relativo típico —escribe— es el de crédito; el acreedor sólo puede exigir del deudor el pago de la cantidad prestada. La propiedad es un derecho absoluto: el propietario tiene el deber de todo el mundo que no se le moleste en el ejercicio de su propiedad. A un derecho subjetivo absoluto corresponde un deber jurídico absoluto; a

un derecho subjetivo relativo, un deber jurídico relativo. La distinción entre *ius in personam* y *ius in rem* tiene su antecedente en la de derecho relativo y absoluto. Pero el término *ius in rem* puede provocar equívocos. El *ius in rem* es, hablando estrictamente, un *ius in personam*, un derecho frente a las personas y no sobre las cosas, como el término parece sugerir. La bien conocida definición de la propiedad como dominio exclusivo de un individuo sobre una cosa, ignora el hecho esencial de que todas las personas, con excepción del propietario, quedan excluidas de la facultad de disponer del objeto. El derecho de propiedad es la facultad que un individuo tiene frente a todos los demás, de exigir a éstos que se conduzcan de cierto modo en relación con él, a saber, absteniéndose de cualquiera interferencia en la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho. Con excepción del propietario, todas las demás personas están jurídicamente obligadas a abstenerse de disponer en cualquier forma del objeto de la propiedad, y a no interferir con el dueño en el ejercicio de su derecho sobre la cosa." (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 100 de la trad. castellana.)

Como se ve, en el pasaje anterior Kelsen abandona, en lo que al derecho de propiedad atañe, la teoría de los "reflejos", puesto que admite que el deber de respeto impuesto a todo el mundo frente al propietario, corresponde a la facultad de éste de exigir de los demás el respeto a su derecho y, en caso necesario, la remoción de cualquier impedimento.

Ciertos autores juzgan que entre las dos facultades no hay diferencia esencial, porque las llamadas relativas tienen un lado o faceta absolutos, en

cuanto todo el mundo está obligado a no estorbar su ejercicio. De acuerdo con esta tesis tendríamos que decir, por ejemplo, que frente al derecho subjetivo del mutuante, de exigir de su deudor la devolución de lo prestado, no sólo existe el deber jurídico del mutuario, sino la obligación universal de no impedir al acreedor el ejercicio de la *facultas exigendi*. De modo análogo, frente al derecho subjetivo público de acción no solamente encontramos el deber jurisdiccional del juez, sino el que se impone a las demás personas de no impedir al demandante que recurra a los tribunales.

La existencia de los dos deberes es indiscutible, pero el error está en creer que la obligación universal de respeto es en ciertos casos correlativa de los derechos de acción o de crédito. Lo que sucede es que el titular de los relativos tiene, además, un derecho absoluto de libertad, que consiste en la posibilidad jurídica de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de aquéllos. El mutuante no sólo está facultado para cobrar lo que se le adeuda, sino que puede ejercitar o dejar de ejercitar sus derechos de crédito, y el actor no sólo puede acudir a los tribunales, sino que se le permite optar entre el ejercicio y el no ejercicio de tal derecho. Ahora bien, la *facultas optandi* que descansa en los derechos *independentes* (o no fundados en un deber del titular) es correlativa del deber impuesto a todo el mundo de no impedir al titular que ejercite tales derechos, si quiere ejercitarlos, ni exigirle que haga tal cosa, si no quiere hacerla. En vez de sostener que los relativos poseen un lado o faceta absolutos, debe, pues, decirse que son fundantes de un derecho de

libertad, el cual tiene siempre carácter absoluto, ya que existe *erga omnes*.

Aun cuando el ámbito de la libertad jurídica se pueda definir por exclusión, diciendo que comprende de todas las formas de conducta que el derecho objetivo no prohíbe ni ordena, esto no significa que la relación entre el orden jurídico y esas formas de comportamiento sea, como afirma Kelsen, puramente *negativa*. Erróneamente se piensa que las conductas que integran ese sector no están jurídicamente reguladas. Quienes participan de tal parecer olvidan dos cosas: 1) que el sector de lo potestativo no está exclusivamente integrado por esas formas de conducta que no son objeto de una regulación expresa; 2) que la circunstancia de que un acto no sea materia de regulación expresa, no lo priva de su carácter potestativo (en el supuesto, claro está, de que no se encuentre ordenado ni prohibido).

En relación con el primer punto, recordemos que las normas del derecho pueden conceder expresamente a una persona la facultad de realizar u omitir determinados actos, como ocurre, verbi gratia, en el caso del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual "todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes..."

En cuanto al segundo punto, conviene no olvidar que aun cuando ninguna norma confiera *expresamente* a un acto carácter potestativo, el acto tiene tal carácter (si no está ordenado ni prohibido) porque el orden jurídico concede en forma

presunta la facultad de hacer u omitir lo que sus normas no vedan ni ordenan. La prueba está en la prohibición de que ese sector de actividad libre sea atacado. La imposición del deber de respetar la zona de la actividad potestativa implica el tácito otorgamiento del derecho de ejecutar u omitir los actos comprendidos dentro de ese ámbito. Si tal derecho no existiese, ninguna necesidad habría de prohibir las interferencias. La norma que impone un deber jurídico a uno o más sujetos, correlativamente concede a otro u otros un derecho subjetivo. Si se limitase a imponer obligaciones, sin conceder las correspondientes facultades, no sería, en realidad, precepto de derecho.

Por otra parte, no es verdad, como lo creía Rocco, que la libertad jurídica sólo pueda definirse *negativamente*. También es posible definirla en forma *positiva*, como facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando éstos no se fundan en un deber jurídico del mismo titular.

La precedente definición demuestra que el derecho de que hablamos no es autónomo, sino dependiente o fundado. Más que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los subjetivos, es forma categorial de manifestación de todos los que no se fundan en un deber jurídico. Lejos de constituir un simple reflejo de una obligación negativa, el de libertad aparece ligado a todas las facultades independientes, que en él encuentran la indispensable condición de su existencia autónoma.

El nexa entre tal derecho y las facultades que lo sustentan puede expresarse diciendo que estas

últimas son de primer grado, en tanto que aquélas de segundo. La libertad, en sentido jurídico, es una *facultas optandi*, ya que consiste en el derecho, concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta.

Como se ejercita optando, el de libertad puede manifestarse tanto en el ejercicio como en el no ejercicio del derecho en que descansa. En el primer caso, el deber correlativo consiste en no impedir al titular el ejercicio de la facultad fundante; en el segundo, en no exigirle que la ejercite, si no quiere ejercitarla. La opción, en cuanto tal, es fenómeno interno; pero puede manifestarse exteriormente, ya a través del ejercicio, ya a través del no ejercicio del otro derecho. De aquí que se obligue a todo el mundo a respetar las dos formas de exteriorización del mismo fenómeno. Cuando la libertad jurídica se manifiesta en el ejercicio de la facultad fundante, aparece ante nosotros como *facultas agendi*; cuando se manifiesta en el no ejercicio, como *facultas omittendi*. Decir que el titular de la fundada tiene el derecho de optar entre el ejercicio o no ejercicio de la fundante, equivale a sostener que puede lícitamente hacer u omitir lo que constituye el objeto del derecho de primer grado. Esto no significa que en vez de uno haya tres derechos de libertad (*facultas optandi, facultas agendi, facultas omittendi*), porque la *optandi* (en que la libertad jurídica realmente consiste) sólo puede manifestarse a través de una acción o una omisión. Dicho de otro modo: la facultad de optar entre hacer y no hacer algo necesariamente implica la libertad de la acción y la omisión. Pues tanto la de hacer lo que se tiene el derecho de omitir, como

la de omitir lo que se tiene el derecho de hacer, presuponen la *facultas optandi*, que en ellas se refleja o traduce.

La relación en que el derecho de libertad se halla inserto es una relación fundada. Fundante de ella es la que existe entre el titular del derecho de primer grado y el sujeto pasible de la obligación correlativa.

El de libertad puede fundarse en un derecho absoluto o en un derecho relativo, pero siempre conserva su carácter absoluto. Pongamos un par de ejemplos: el propietario de un edificio no sólo tiene el derecho de venderlo, sino el de optar entre hacer y no hacer tal cosa. El comprador de un reloj tiene el derecho de exigir que éste se le entregue y, además, el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de la facultad fundante. En el primer caso el derecho independiente es absoluto; en el segundo, relativo. La facultad fundada es absoluta en ambos.

Cuando, a consecuencia de la realización de un solo supuesto jurídico, una persona adquiere varios derechos independientes, todos ellos son fundantes de otros tantos de segundo grado. Por ejemplo: el hecho jurídico que condiciona la adquisición del derecho de propiedad hace nacer, en favor del propietario, diversas facultades normativas; pero el legislador, basándose en la teoría de la "función social", puede, si lo desea, limitar la libertad jurídica del dueño, para lo cual le basta con suprimir algunas de esas facultades o hacer obligatorio el ejercicio de otras. Cuando tal cosa sucede, el propietario sólo es jurídicamente libre en relación con el ejercicio o no ejercicio de las que no se agotan en

la posibilidad normativa de cumplir su propio deber. La ley puede transformar un derecho de ejercicio libre en derecho de ejercicio obligatorio, mas no impedir que los de primer grado sean fundantes de la *facultas optandi*.

La violación del deber de respeto, correlativo de tal facultad, puede asumir dos formas distintas. Si la libertad jurídica se manifiesta como ejercicio del derecho de primer grado (esto es, como *facultas agendi*), el correspondiente deber consiste en no impedir el ejercicio de la facultad fundante; si se manifiesta en el no ejercicio (esto es, como *facultas omittendi*), el deber correlativo consiste en no exigir el ejercicio del derecho independiente.

Como el de libertad es de segundo grado, no puede reducirse a una serie más o menos grande de "libertades públicas", ya que no sólo éstas, sino todos los derechos no referidos a la observancia de nuestros deberes, son fundantes del de elegir entre el ejercicio y el no ejercicio.

Los subjetivos públicos reconocidos solemnemente por gran número de constituciones, desde la época en que se promulgaron las de los Estados que más tarde habrían de formar parte de la Unión Americana, son facultades jurídicas de primer grado, fundantes de otras tantas de libertad. Las libertades de conciencia, de pensamiento, de trabajo, de asociación o de tránsito, verbigracia, son independientes y, como tales, sirven de base a lo que realmente constituye la esencia de la libertad en sentido jurídico, esto es, la facultad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de aquéllas. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos me otorga el derecho de transitar libremente por

el país, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos. Pero es claro que no sólo tengo ese derecho, sino el de optar entre ejercitarlo y no ejercitarlo. No estoy únicamente facultado para ir, por ejemplo, de la ciudad de México a la de Monterrey, sino que puedo escoger entre hacer y no hacer tal cosa. De manera semejante, cabría afirmar que, además del derecho de asociarnos o reunirnos para cualquier objeto lícito, del de dedicarnos a la profesión, industria, comercio o trabajo que nos acomode, o del de escribir o publicar escritos sobre cualquier materia, tenemos el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de tales facultades.

La única diferencia entre estas manifestaciones de nuestra libertad jurídica y las referidas a otros derechos independientes estriba en que las primeras descansan en facultades que gozan de una protección *sui generis*, ya que, como es sabido, las leyes en que se fundan no pueden ser modificadas o derogadas en la misma forma que las ordinarias.

Sostiene Kelsen que los principios *iusnaturalistas* que han determinado el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales se desnaturalizan tan pronto como asumen la forma de prescripciones positivas. Estima, además, que las constituciones modernas no sufrirían ninguna alteración importante si se borrasen de ellas las disposiciones que consagran tales derechos. Estas disposiciones le parecen inútiles, por cuanto el Estado tiene en todo momento la facultad de modificarlas o suprimirlas, incluso cuando la supresión o la reforma sólo pueden hacerse de acuerdo con un procedimiento especial. El famoso jurista olvida que lo mismo po-

dría decirse de otros derechos subjetivos, ya que todos los que el orden jurídico confiere están igualmente expuestos a supresiones o cambios. Uno es el problema de la garantía de las facultades reconocidas por el ordenamiento en vigor, y otro diverso el que estriba en saber hasta dónde puede llegar la acción del poder público.

El punto en que Kelsen tiene indudablemente razón es el que se refiere a la imposibilidad —en sentido lógico-jurídico— de que el Estado acepte la existencia de normas que no encuentren en la suprema el fundamento último de su fuerza obligatoria. Pero esto no excluye la existencia de ciertos criterios ultrapositivos de valoración, que el sentimiento jurídico de los individuos y los pueblos empleará siempre como pauta, frente a las exigencias y mandatos de los detentadores del poder. Bien harán los órganos estatales en desconocer validez a esos criterios cuando entren en pugna con las prescripciones en vigor, ya que así lo exige la lógica interna de cada ordenamiento; pero su actitud, por congruente y justificada que sea, jamás logrará eliminar los antagonismos, porque, frente a la pauta formal de validez, única de que esos órganos pueden servirse, yérguese otra de carácter material, que no tiene su asiento en normas legales, sino en los fueros, insobornables y eternos, de la conciencia estimativa.