

## EL DERECHO SUBJETIVO EN LA ACCION DE PLENA JURISDICCION

OSCAR TIRADO CADAVID

El Estado de Derecho se caracteriza por el sometimiento de la actividad estatal, en sus múltiples manifestaciones a un conjunto de normas jurídicas, que garantizan los Derechos del particular frente a la actuación gubernamental.

Esta garantía no sólo se extiende a la existencia de ese orden jurídico regulador del aparato estatal, ella comprende además un sistema de control jurisdiccional; control al cual acudirá el particular al ser lesionado en sus derechos por el complejo gubernamental.

De acuerdo con nuestra organización constitucional, y con base en el principio de la Separación de los Poderes, este control se ejerce, con respecto a la actuación de la función administrativa, a través de la propia administración, por medio de la revocación directa del acto administrativo, de los recursos administrativos, pero especialmente a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con sus dos (2) clásicas acciones: la de nulidad, o contencioso objetivo, y la de plena jurisdicción, o contencioso subjetivo.

Por medio de la primera, acción pública o de nulidad, se solicita ante dicha jurisdicción (Consejo de Estado y Tribunales Contencioso-Administrativos) la nulidad del respectivo acto administrativo, por

infringir el ordenamiento objetivo. Dicho contencioso puede entablar-se en cualquier tiempo y por cualquier persona.

Por medio del contencioso de plena jurisdicción, además de la finalidad de hacer desaparecer el acto que viola el orden jurídico, se persigue restablecer un derecho desconocido por el acto y también, con base en el decreto 528 de 1964, por la ejecución de un hecho material.

La expresión "plena jurisdicción", alude a los plenos poderes que tiene el juez administrativo, en esta vía, pues no sólo se limita a declarar la nulidad del acto; su misión va más allá: a restablecer el derecho del pretensor. Al respecto, el artículo 67 del Código Contencioso administrativo establece: "La persona que se cree lesionada en un Derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho...".

De acuerdo con el texto de este artículo, y así lo reconocen nuestros administrativistas, esta acción es la destinada a la defensa de los derechos subjetivos, de las situaciones jurídicas subjetivas, del administrado, frente a la administración pública. Siendo ello así, uno de los requisitos fundamentales para entablar este contencioso, es la titularidad de un Derecho Subjetivo, de índole civil o administrativo. Por tanto me referiré brevemente al Derecho Subjetivo tal como se exige en esta vía jurisdiccional.

El Ilustre tratadista Italiano GUIDO ZANOBINI al analizar este presupuesto del Derecho Subjetivo en la acción de plena jurisdicción, parte de la concepción de IHERING sobre el Derecho Subjetivo, afirmando en su "Curso de Derecho Administrativo", que en sustancia, el concepto del Interés protegido es lo que constituye la esencia del Derecho Subjetivo; sin embargo, agrega, como la protección que el Derecho acuerda a los intereses, puede asumir diversas formas, entre las cuales el Derecho Subjetivo es solo la forma más típica y perfecta, conviene buscar la diferencia particular por la cual ese interés protegido que constituye el Derecho Subjetivo, se distingue de otras clases de intereses igualmente protegidos y titulados de alguna manera por el ordenamiento jurídico.

Y al efecto, el distinguido administrativista distingue los intereses que son titulados de una manera directa por la norma y los que únicamente protege de un modo indirecto. Dice que la característica, del Derecho Subjetivo, al menos la que lo distingue del interés sólo ocasionalmente protegido, debe buscarse en la relación particular que se manifiesta entre la norma y el interés que forma el contenido. Habrá una

relación inmediata si la norma tiene como fin proteger ese interés por sí mismo, de manera directa e inmediata. Esto sólo sucede cuando la ley reconoce que el interés de que se trata es exclusivamente propio de un sujeto determinado, que con la tutela deviene sujeto activo de la relación jurídica. Dicha situación se verifica típicamente en la mayoría de los intereses garantizados por normas privadas. La misma situación puede verificarse, afirma ZANOBINI, en el campo del Derecho Público, cuando el interés se presente distinto y autónomo frente al interés general y eventualmente opuesto. Así por ejemplo, en materia de Derechos de la Libertad. Con todo en el Derecho Público, y así lo reconoce el autor, la mayoría de las veces esta autonomía falta y el interés individual se presenta íntimamente relacionado con el interés general. Pese a tal vinculación puede ocurrir que el legislador considere el interés individual separado del interés público, como exclusivamente propio de su titular, y lo tutele directamente en carácter de Derecho Subjetivo. ZANOBINI cita como ejemplos que tienen este origen, los Derechos de los electores, las inmunidades de los parlamentarios, las garantías de los magistrados etc.

De acuerdo con estas observaciones, el eminente jurista considera que el elemento diferencial debe buscarse únicamente en el sentido de la norma del Derecho Objetivo, de la cual deriva la protección respectiva. Si la norma toma en consideración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición del Derecho Subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea, un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, éste último queda en la categoría de los intereses sólo indirectamente protegidos. Entendiendo por tales, aquellos intereses individuales estrictamente vinculados a un interés público y protegidos por el ordenamiento, solo mediante la tutela jurídica de estos últimos intereses.

Entonces, siguiendo la lógica del autor, el interés que debe acreditar el particular al promover la acción de plena jurisdicción es aquel que esté protegido de una manera directa e inmediata por la norma jurídica, la que además debe invocar en la respectiva demanda.

Nos parece equivocada la concepción del ilustre tratadista sobre el Derecho Subjetivo, planteada en los párrafos anteriores, y que en síntesis concretiza en la siguiente definición: El Derecho Subjetivo

es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio del titular y como tal protegido de un modo directo e inmediato.

Suficientemente conocidos son los argumentos que de una tesis y otra esgrimen contra la teoría del Interés en el Derecho Subjetivo, pero los más indiscutibles y de mayor solidez científica son los del célebre maestro VIENES, HANS KELSEN, para quien el considerar el Derecho Subjetivo como interés jurídicamente protegido, es adoptar un criterio manifiestamente equivocado, pues la facultad que el ordenamiento confiere a un hombre y el interés individual de éste pueden no coincidir e incluso marchar en sentido contrario. Se tiene un derecho a la devolución del préstamo, por ejemplo, aun cuando no se tenga el menor interés en ello e incluso se tenga interés en la no devolución; un asunto completamente distinto es, si se quiere o no hacer "USO" del Derecho. Este existe a pesar de todo. De allí infiere que solo la norma puede darnos cuenta del Derecho Subjetivo y que en ese campo el interés no desempeña función alguna.

Ampliando la argumentación KELSENIANA, distinguidos juristas opinan, que hay intereses jurídicamente protegidos que no son derechos para todos los sujetos interesados. Todos estamos interesados en la defensa nacional, en la integridad de las fronteras y este interés está protegido; a pesar de lo cual no hay para cada uno un derecho Subjetivo de obtener que el interés se realice; lo mismo ocurre con el interés general en la punición de los delitos. El Derecho Subjetivo de propiedad es correlativo al deber de todos los demás de respetar lo ajeno, si alguien roba, viola el deber de respeto, delinque. Hay interés en los demás en que el reato sea castigado y sin embargo no tienen ningún derecho. Antes bien, tienen el deber de denunciar el delito y cooperar en su investigación.

Concluimos con el maestro Kelsen, en que solo puede aceptarse el Derecho Subjetivo como una facultad coercible derivada de la norma, de hacer o exigir algo no impedito por otro.

Es decir, el Derecho Subjetivo solo existe en la medida en que la norma consagra un acto violatorio de él como condicionante de la sanción.

Nos parece además inútil la distinción que hace ZANOBINI entre interés protegido de manera directa y el tutelado indirectamente para afirmar que sólo en el primer caso, se tiene titularidad para promover el contencioso de plena jurisdicción; basta, consideramos, con que el particular sea titular de un derecho subjetivo reconocido por el orde-

namiento jurídico, y que haya sido lesionado por un acto o actuación material administrativa, para ser admitido en el contencioso subjetivo; sin necesidad de acudir a nociones metajurídicas.

Es preciso, repito, que en este contencioso, se tenga muy presente, que uno de los presupuestos básicos, es la titularidad de un auténtico Derecho Subjetivo; ésto lo decimos, porque existe una categoría de Derechos Subjetivos, como juiciosamente apunta Argañarás, cuyo vigor se encuentra supeditado al interés general, interés que prevalece bajo determinadas circunstancias, y que por ello comportan un debilitamiento del Derecho Subjetivo, una disminución, como explícitamente afirma ZANOBINI. Por ello nos referiremos brevemente a dicha institución.

## DERECHOS SUBJETIVOS CONDICIONADOS

Es una categoría de Derecho Subjetivo de consistencia diferente. No se debe a la circunstancia de que el Estado sea fuente del Derecho, sino exclusivamente a la vinculación constante que media en el derecho Público entre el Derecho Individual y el interés general. En ciertas materias, esta conexión se resuelve en una subordinación parcial, que importa para numerosos derechos Subjetivos, la pérdida eventual de esa forma de protección jurídica cuando se hallen en oposición con un interés general. Se trata de Derechos Subjetivos individuales, cuya subsistencia está condicionada a su compatibilidad con el interés público.

Desapareciendo ésta, el derecho cae. Carece de importancia que la Ley establezca la compensación o no del sacrificio, mediante una indemnización o sea la compensación de su equivalente en dinero; así por ejemplo: El empleado tiene derecho a la conservación del puesto, pero si éste se suprime por razones administrativas su derecho debe ceder. Lo propio puede decirse del concesionario de un servicio público, cuyo derecho puede ser sacrificado cuando se verifica una razón de interés público que aconseje la revocación de la concesión. El mismo derecho de propiedad puede perder su consistencia hacia la administración pública, cuando razones de utilidad social exijan la expropiación de la cosa y la transferencia de la propiedad a otro sujeto.

Todos estos derechos, hasta cuando no se verifique la condición que impone su sacrificio, se comportan como derechos subjetivos en sentido estricto. Pero dada la posibilidad de su sacrificio, de su resolución, son designados generalmente como "DERECHOS CONDICIONADOS". Verificada la condición de que hemos hablado, el Derecho Subjetivo, no deja de ser reconocido y protegido de algún modo. Su titular

tiene medios para controlar que la exigencia del interés público subsista realmente, que se verifique conforme a la Ley, que el acto de Cesación del derecho se sancione en las formas prescritas. Ya que esos derechos Subjetivos tienen también una protección jurídica; tratándose del Derecho de propiedad por ejemplo, consistirá esa protección en la indemnización al particular por el paso del bien al dominio público, y el lleno de las demás formalidades constitucionales y legales etc. La Doctrina para evidenciar esta calidad de Derechos Subjetivos, suele distinguirlos de los demás con la expresión "DERECHOS DEBILITADOS", tal como afirma ZANOBINI en su Curso de Derecho Administrativo. Son los llamados por DABIN, en su obra "DERECHOS SUBJETIVOS", *derechos función*, definidos por él como aquellos derechos generales que se atribuyen a su titular pero que están encargados de una función, y en este sentido, al servicio de otros, tomando esta palabra *otros*, en el más amplio sentido, y éste es el mismo concepto de DUGUIT, al hablar de la propiedad como función social.

Nos parece importante también, mencionar así sea brevemente, la institución de los llamados por JELLINEK: "DERECHOS REFLEJOS"; para diferenciarlos de los Derechos Subjetivos y afirmar rotundamente, que aquellos, no dan acción ante lo contencioso administrativo.

#### DERECHOS REFLEJOS

JELLINEK afirma que en todo el campo del Derecho se presentan los reflejos del Derecho Objetivo, a los que es preciso separar de los derechos Subjetivos. La Ley, dice el Autor, en el interés común ordena a los órganos del Estado una acción o una abstención. El resultado de esta acción o de esta abstención puede aprovechar a individuos determinados, sin que el orden jurídico haya tenido la intención de ampliar su esfera jurídica, de darles derechos subjetivos. Como criterio formal para distinguir los casos en que haya realmente derechos subjetivos, de aquellos en que solo se hallan reflejos de lo objetivo, JELLINEK establece, que donde no exista la posibilidad de poner una vía de Derecho en movimiento, hay solamente derecho objetivo con simples reflejos.

#### ACTUALIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO VULNERADO

ARGAÑARAS, en su TRATADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, dice al respecto: Debe ser un derecho existente en su plenitud: Un derecho adquirido, y no un derecho en expectativa: un

derecho en vigor y no un derecho extinguido por caducidad o prescripción; un derecho preexistente, y no un derecho sobreviniente al Acto Administrativo impugnado, y esto puede ser, ya por haberse completado después del proceso generador del derecho invocado o ya por ley Administrativa posterior que venga a reconocerlo y ampararlo. Un derecho establecido *anteriormente* en favor del demandante, adverbio con el cual se pone de manifiesto la calidad de actual del Derecho Subjetivo, para que pueda ser desconocido por el acto de la Administración.

#### COMO PUEDE OCURRIR LA VULNERACION

Según ARGAÑARAS, puede serlo:

a) Cuando al conocer directamente por vía Jerárquica de la reclamación del particular interesado, la autoridad administrativa le hubiese denegado en todo o en parte el derecho que hace valer.

b) Cuando la autoridad Administrativa hubiese hecho aplicación de una disposición de carácter general, afectando el derecho subjetivo de un particular.

c) Cuando procediendo ex-officio, la autoridad hubiese afectado o lesionado el derecho individual; como el caso del concesionario o contratista cuya situación individual ha sido desconocida por la administración, al declarar la caducidad sin causa legal.

d) Cuando haya afectado el patrimonio del contribuyente, por errónea aplicación de las leyes fiscales, de las Ordenanzas o acuerdos que crean contribuciones.

e) Cuando, después de acordado o reconocido por un acto administrativo el derecho subjetivo peticionado por el particular, por resolución posterior la autoridad Administrativa revocare el acto anterior.

#### EL DERECHO SUBJETIVO VIOLADO PUEDE SER DE CARACTER CIVIL O ADMINISTRATIVO

Conforme a la ley 130 de 1913, nuestro primer estatuto legal sobre lo contencioso administrativo, sólo había acción para recurrir cuando se lesionaban los Derechos Subjetivos Civiles y no administrativos.

Hoy, conforme al estatuto que nos rige: Ley 167 de 1941, se protegen también los Derechos Subjetivos de carácter Administrativo. Al respecto apunta el eminente Dr. Carlos H. Pareja: "Se amparan ahora además los derechos administrativos; la ampliación es importante: por ej., bajo la vieja legislación la violación de un derecho como el del su-

*Tratado de lo contencioso Administrativo.* Manuel J. Argañarás. Edición 1955 - Buenos Aires, págs. 56 a 63.

*Derecho Administrativo.* Carlos H. Pareja - Última Edición. Bogotá - Colombia.

*Notas Tomadas al Profesor en Clase.* Dr. Jairo Duque Pérez - 1967 Curso 4º de Derecho. U. de A.

*Derecho Procesal Administrativo.* Eustorgio Sarria - Editorial Temis, Bogotá. 1957.

*Código Administrativo Colombiano.* Oscar Peña Alzate - 2ª Edición 1965 - Editorial Bedout - Medellín.

*Derecho Subjetivo.* J. Dabín - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid 1965. Págs. 271 a 273.

*Separata de la Revista "ESTUDIOS DE DERECHO".* Nº 60 - Homenaje a Hans Kelsen. Págs. 374 a 375.

## EL CODIGO CIVIL DE PORTUGAL

Dr. JUAN LARREA HOLGUIN

Miembro de la Comisión para la  
Reforma del Código Civil Ecuatoriano.

La República Portuguesa ha promulgado el más moderno Código Civil actualmente en vigencia. Comenzó a regir únicamente en Julio del año de 1967, y aún algunas de sus disposiciones, solamente en Diciembre de este mismo año. Se trata de aquellas reglas jurídicas que suponen una innovación más profunda respecto del Código anterior de Portugal, por lo cual, el legislador ha juzgado prudente conceder un plazo de vacancia más extenso para que comiencen a regir estas normas de singular importancia.

Pero el interés de esta reciente codificación no radica solamente en su novedad, sino en su intrínseco y muy notable valor. Efectivamente, este Código nuevo ha sido elaborado con mucha prudencia, haciendo acopio de estudios y coordinando con notable tino las disposiciones tradicionales, más o menos comunes al derecho civil universal, con modernas disposiciones que obedecen a los más recientes estudios y orientaciones de la doctrina jurídica.

Se trata de un Código que pretende, sin duda, y alcanza en buena parte, responder a la mentalidad, al desarrollo, al alma del pueblo portugués. Se destaca como una característica notable, por ejemplo, el sentido de respeto a la libertad de las conciencias. No se encontrará en el Código Portugués ningún género de privilegios ni de discriminaciones peyorativas para nadie, tampoco ha querido el legislador pasar por alto realidades sociales tan profundas como el hecho religioso de la población portuguesa que en su inmensa mayoría es católica. Por el contrario, el nuevo Código toma en consideración este valiosísimo factor social y legisla con gran altura y sentido de modernidad, sin discriminaciones