EL DERECHO SUBJETIVO: ¿REALIDAD UNIVERSAL O HISTÓRICA?

(Consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)

> *"¡Muy bien Sócrates! Y si continúas no preocupándote demasiado en cuestión de nombres, más rico en sabiduría aparecerás camino de tu vejez".*
>
> PLATÓN, *El Político*, 361 E 6.

I. EL PROBLEMA

Aunque nos cueste decirlo, no pueden caber dudas acerca de que en la gran mayoría de las publicaciones más al alcance de estudiantes y estudiosos del derecho, el tema del llamado "derecho subjetivo", de su naturaleza e implicancias, es tratado conforme a esquemas estereotipados y reiterativos. Por lo general, la exposición del problema comienza con la síntesis de algunas de las doctrinas elaboradas en el siglo pasado para explicarlo; aquí, Savigny y Ihering son los autores preferidos. Sigue luego una breve exposición de algunos de los intentos de negar su existencia, fundamentalmente los de Duguit y Kelsen y concluye con una síntesis ecléctica a cargo del autor.[1]

Pero desde que Duguit y Kelsen publicaron sus anatemas al "derecho subjetivo", ha corrido mucha agua bajo los puentes. Los positivistas de la escuela escandinava han realizado su aporte[2] y numerosos sostenedores del iusnaturalismo realista han dedicado al tema trabajos profundos y de ponderable interés. Entre estos últimos se destacan, sobre todo por su versación histórica y su tono polémico, los muy numerosos elaborados por el profesor de París, Michel Villey, cuyas tesis son compartidas por sus numerosos discípulos: El Shakankiri, Guy Augé y Alejandro Guzmán Brito, entre varios otros. A su vez, la doctrina de Villey sobre este punto ha recibido varias críticas, algunas de parte de filósofos del derecho que comparten con él los postulados filosóficos de base, o los tienen muy próximos a los del maestro de París.

Es a esta última controversia a la que vamos a referirnos en las páginas que siguen, en un intento de precisar el estatuto ontológico del denominado "derecho subjetivo"; lo haremos desde la perspectiva de la filosofía realista: declaramos hacerlo a partir de los cánones de esta postura filosófica, en razón

---

[1] Vgr. AFTALIÓN, ENRIQUE y otros, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, C. D. C. S., 1972, pp. 246 ss.; KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1968, p. 112 ss.

[2] Ver OLIVECRONA, KARL, *El derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980, p. 139 ss., y ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 164 ss.

de que preferimos hacer explícito lo que muchos iusfilosófos se complacen en ocultar: los supuestos metafísicos, lógicos, gnoseológicos, etc. a partir de los que construyen su meditación sobre el derecho.[3] Pensamos que el manifestarlo expresamente es una exigencia de honestidad intelectual, evita malos entendidos y hace posible el diálogo franco con quienes parten de otras posiciones filosóficas generales, ya que una de las condiciones básicas de la fecundidad de este diálogo, radica en el recíproco conocimiento de las premisas de que parte el discurso de cada uno de los interlocutores.

Esta búsqueda de los supuestos, naturaleza y consecuencias de la noción de "derecho subjetivo" nos obligarán necesariamente a referirnos a ciertos temas conexos, el principal de ellos, el de los llamados "derechos humanos" o "derechos del hombre"; en consideración del uso excesivo, equívoco y polémico que se da en la literatura contemporánea a estas expresiones, incluiremos en nuestro estudio una breve reflexión sobre ese tema, con el objeto de echar alguna luz sobre su auténtico sentido, el alcance de sus consecuencias en el ámbito de lo jurídico-político y, de ese modo, advertir acerca de los abusos que se siguen de una visión deformada y deformante de los "derechos humanos".

II. La tesis "historicista"

Michel Villey y su discípulo chileno Alejandro Guzmán Brito, aparecen como los más típicos representantes de la concepción que denominaremos "historicista" y que puede resumirse en las siguientes proposiciones: el "derecho subjetivo" no constituye una realidad que integre necesariamente el ámbito de lo jurídico; no es un elemento que exista siempre y donde se dé el derecho, que integre inexcusablemente esa compleja realidad; por el contrario, la locución mencionada no designa sino una construcción ideal, fruto de un determinado modo de pensamiento, aparecida en una etapa precisa de la historia jurídica de Occidente y, por lo tanto, no designa sino un "concepto histórico", que puede esfumarse en el futuro, del mismo modo como apareció en un cierto momento del desarrollo del pensamiento jurídico.

Ante todo, expondremos los textos del maestro. "La teoría romana —escribe Villey— omite completamente decirnos que *ius* pueda significar "derecho subjetivo". Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el Digesto, relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales) y después un pequeño número de sentidos derivados (el arte de lo justo, el lugar donde se pronuncia lo justo, accesoriamente, el vínculo de parentesco)".[4] "Si el *ius* es aquello que es justo objetivamente —continúa más adelante— hay algo justo de cada cosa y de cada persona: precisamente el estatuto jurídico,

---

[3] Ver sobre este punto, nuestro trabajo "Necesidad y sentido, para el jurista, del estudio de la Filosofía del Derecho", en: *Revista de la Universidad de Mendoza*, nº 2, Mendoza, Idearium, 1980, pp. 7-24.

[4] Villey, Michel, "Les origines de la notion de droit subjectif", en: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 229.

el lugar preciso que, en el orden general, la justicia da a cada uno, el cual no consiste en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros denominamos derecho".[5] Descartada la presencia de la noción de "derecho subjetivo" en el Derecho Romano Clásico y en sus continuadores medievales, Villey afirma concretamente: "Para ser más preciso, sostendré que la cuna del derecho subjetivo fue la Orden Franciscana (...). Y entre los monjes franciscanos de comienzos del siglo XIV, Guillermo de Occam, fundador del nominalismo, es decir de una filosofía individualista (...), es quien podría ser llamado el padre del derecho subjetivo".[6]

De los textos de Villey arriba citados, se desprende la afirmación inequívoca del carácter meramente histórico de la noción de "derecho subjetivo": desconocida en la antigüedad greco-romana y en la cristiandad medieval, sólo a fines de este último período habría surgido la luz, de la mano polemista y rebelde del *venerabilis inceptor*, tal como se denominaba a Occam. Pero esta afirmación se hace explícita y tajante en uno de los más destacados discípulos del profesor de París: el chileno Alejandro Guzmán Brito. "Todo cuanto veníamos diciendo —escribe— se reconduce a esto: el derecho subjetivo, ¿es una noción metafísica o histórica? Sólo que yo no deseo tratar ahora este problema, aunque *el carácter histórico del derecho subjetivo, no sólo de su noción, es algo que tengo para mí como muy firme*".[7] Y a la pregunta acerca de "si la idea de derecho subjetivo, lejos de ser *a priori*, es una idea histórica, contingente, que un día fue y que, por tanto, podría de nuevo llegar a dejar de ser", responde inequívocamente: "La indagación acerca del carácter histórico del derecho subjetivo, que llegue a negar su naturaleza apriorística, no desconoce que la subjetividad es un dato inherente a la existencia del hombre como sujeto (...). Pero no es a esto a lo que se apunta cuando se hace la crítica de los derechos subjetivos, porque no da lo mismo la subjetividad, que es un dato, que el derecho subjetivo y el subjetivismo jurídico, que son construcciones".[8]

De los párrafos citados —y de otros muchos concordantes con ellos— se desprende una doctrina acerca de la noción de "derecho subjetivo" que puede condensarse en estos puntos: a) el derecho subjetivo no forma parte necesaria, universal, de la realidad jurídica; b) no se trata, en su caso, de una realidad sino de una construcción intelectual o recurso técnico; c) esta creación intelectual es característica de un modo específico de visualizar el derecho: el "moderno", careciendo por tanto de sentido para quienes no comparten esta perspectiva.

---

5 VILLEY, MICHEL, ob. cit., p. 233.

6 VILLEY MICHEL, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 98 y *passim*. Un resumen se encuentra en: VILLEY, MICHEL, *Précis de Philosophie du Droit-I*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 153 ss.

7 GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "Para la historia del derecho subjetivo", en: *Anuario de Derecho Administrativo*, nº 1, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1975, 76, pp. 51/52 (La bastardilla es nuestra).

8 GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Presentación de los "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo" de Michel Villey*, Valparaíso, Ed. Universitaria, 1976, pp. 13-15-16 y *passim*. En el mismo sentido, ver BENDER, LUDOVICUS, *Philosophia Iuris*, Romae, 1947, p. 53 y YURRE, GREGORIO R., *Ética*, Vitoria, Eset, 1969, p. 399.

Expuesta sucintamente la doctrina negatoria de la realidad necesaria del "derecho subjetivo", es preciso someterla a un detenido análisis, con el objeto de verificar su adecuación —o no— a los datos de una experiencia jurídica entendida de modo integral. Pero, además, si la verificación de la doctrina no aparece como posible, será indispensable explicitar su contraria, es decir, por qué razones el llamado "derecho subjetivo" es parte integrante necesaria de la realidad jurídica. Sin esta última tarea, nuestro trabajo quedaría reducido a una mera crítica sin perspectivas, lo que no es nuestra intención, ni tampoco la auténtica actitud filosófica.

III. La respuesta de Kalinowski

El filósofo del derecho y lógico franco-polaco Georges Kalinowski, ha dedicado al tema un trabajo titulado "Lógica y Filosofía del derecho subjetivo", en el que intenta establecer el carácter necesario e insoslayable del "derecho subjetivo" entre los elementos de la realidad jurídica. Kalinowski, como la mayoría de los filósofos de inspiración realista, parte de la afirmación del carácter analógico del concepto —y del término— "derecho".[9] Luego de sostener que la acepción primera de "derecho" es la que lo concibe como un "acto",[10] afirma que también resulta ser "derecho", en alguna medida, la regla que lo establece. "Las reglas jurídicas que reciben por metonimia el nombre de derecho —escribe— se dividen en reglas imperativas (que ordenan el cumplimiento de un acto, de un *facere*), reglas prohibitivas y reglas permisivas (reglas que contienen un permiso de hacer o de no hacer, permisión bilateral). Pero en un cierto sentido, las reglas imperativas y las leyes prohibitivas son también permisivas, porque aquel que tiene el deber de actuar, también tiene el permiso de actuar (...) y aquel que tiene el deber de no hacer, tiene también el permiso de no hacer, permiso —en uno y otro caso— "unilateral". Encaradas desde este ángulo, todas las reglas jurídicas, abstracción hecha de los deberes que ellas establecen directa o indirectamente, dan autorización para actuar y/o para no actuar. Proviniendo del "derecho" (derecho = regla jurídica), estos permisos son llamados por metonimia "derechos". A fin de distinguirlos del derecho = reglas de conducta, se los denomina "derechos subjetivos".[11] En otras palabras, todo derecho = obra humana, supone una regla que lo establece y lo impera, prohíbe o permite; a su vez, esta regla determina, directa o indirectamente, la posibilidad de esa conducta; es a esta posibilidad de actuar, a esta facultad de obrar, a la que, en el lenguaje jurídico habitual, denominamos "derecho subjetivo". Por lo tanto, si la regla es esencial al "derecho" y la permisión o "derecho subjetivo" se sigue siempre de la regla, resulta que el mencionado "derecho subjetivo" es algo necesariamente vinculado al "derecho" en su sentido original.

---

9 Ver: Kalinowski, Georges, "La pluralité ontique en philosophie du droit", en: *Revue Philosophique de Louvain*, t. 64, Louvain, 1966, *passim*.

10 Kalinowski, Georges, "Lex et ius", en: *Archives de Philosophie du Droit*. nº VIII, Paris, Sirey, 1963, p. 286.

11 Kalinowski, Georges, "*La pluralité...*", cit. p. 279.

Luego de haber demostrado en un trabajo anterior la necesidad y función de las normas respecto del derecho = conducta humana,[12] el filósofo polaco concluye afirmando que "si la existencia de este tipo de normas (imperativas, prohibitivas y permisivas) es un hecho, también lo es la existencia de derechos subjetivos. Este hecho exige de parte de la Ciencia y la Filosofía del derecho la misma consideración que cualquier otro hecho de cualquier otra rama de la Ciencia y de la Filosofía; es necesario reconocerlo. Es posible describirlo, analizarlo, definir su naturaleza, intentar explicarlo; pero no es posible negarlo ni desconocerlo".[13] Esta afirmación significa, lisa y llanamente, negar carácter contingente o "histórico" a la noción –y a la realidad– del derecho subjetivo; en la medida en que exista derecho, existirán también permisiones, facultades, posibilidades de obrar en la vida social y si a esas realidades se ha convenido en llamarlas "derecho subjetivo", será preciso aceptar su existencia, más allá de la corrección o incorrección del término usado para denominarlas.

IV. La respuesta de Dabin

La respuesta del profesor de Lovaina, Jean Dabin, a la doctrina elaborada por Michel Villey acerca del "derecho subjetivo", no es indirecta como la de Kalinowski, sino que se le enfrenta expresamente, sosteniendo que se apoya sobre un malentendido. "Según la interpretación endurecida y excesiva que se nos propone –escribe– el derecho subjetivo no sería nada más que el derecho del individuo pensado fuera de toda vida social, o mejor, de toda relación social" [14]; sostiene Dabin que esta interpretación de la noción "moderna" del "derecho subjetivo", es falsa por excesiva, como lo es también la que realiza Villey acerca del sentido del vocablo *ius* en el Derecho Romano. Para el profesor de Lovaina, es preciso no confundir al subjetivismo e individualismo jurídico con la noción genérica de "derecho subjetivo"; aceptar esta última noción "no significa tomar partido en favor de una concepción subjetivista, individualista, del derecho. Considerada en ella misma, la noción de derecho subjetivo, como muchas otras categorías jurídicas, es una forma neutra: todo dependerá del contenido sobre el que versará el derecho subjetivo..."; "no existe –concluye– entre la noción de derecho subjetivo y una filosofía individualista, una ligazón orgánica esencial".[15] Ello es así porque –para Dabin– "si bien *la teoría (del derecho subjetivo) es reciente, con los caracteres de generalización y sistematización propios de toda teoría, la realidad que ella expresa es tan antigua como el derecho* y la justicia mismos, ya que es inconcebible un derecho objetivo que no reconozca, en beneficio de unos o de otros, estas prerrogativas –de función, objeto y contenido diverso– que se denominan derechos subjetivos".[16]

---

12 Kalinowski, Georges, "Essai sur le caractère ontique du droit - Contribution à l'etude de l'être intentionnel et à l'ontologie du droit", en: *Revue de l'Université de Otawa*, t. V, nº 34, 1964, pp. 92 ss.

13 Kalinowski, Georges, "Logique et Philosophie du droit subjectif", en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 39.

14 Dabin, Jean, "Droit subjectif et subjectivisme juridique", en: *Archives de Philosophie du Droit*, nº IX, Paris, Sirey, 1964, p. 20.

15 Dabin, Jean, ob. cit., pp. 26-35. Ver en el mismo sentido: Coing, Helmut, "Signification de la notion de droit subjectif", en: *Archives...*, cit. p. 15.

16 Dabin, Jean, ob. cit., p. 34. (La bastardilla es nuestra).

El fundamento de estas afirmaciones del pensador belga se encuentra en su concepción de la naturaleza del derecho subjetivo, la que puede resumirse brevemente en las proposiciones que siguen: a) el derecho subjetivo consiste en una relación de pertenencia, de *habere*, entre un sujeto de derecho y una cosa o un acto de otro;[17] b) esta relación es establecida por las normas jurídicas, a las que Dabin llama "derecho objetivo"; c) "el objeto del derecho subjetivo es la *res* (un elemento de la personalidad, o una cosa exterior, material o inmaterial o, en el caso de la obligación, una cierta operación o abstención de parte del deudor), sobre la cual el titular ha recibido (de la norma) un poder más o menos extenso y que es la materia del derecho (subjetivo) de que se trata";[18] d) "la relación de justicia comporta un doble aspecto: del lado del deudor, lo debido, la deuda; del lado del acreedor, la *res* o la cosa suya, que tiene lugar o punto de vinculación en el sujeto y que constituye el objeto del *ius* a restituir";[19] e) de la relación de pertenencia en que el derecho subjetivo consiste, se desprenden las notas de inviolabilidad, exigibilidad y el derecho subjetivo de acción, notas que no deben ser confundidas con el derecho subjetivo mismo. De estas afirmaciones se desprende con evidencia que todo derecho supone la presencia de un "derecho subjetivo", por lo cual éste vendría a revestir carácter universal y no "histórico", tal como lo afirman Villey y sus discípulos.

V. Nuestra respuesta

1. *La analogía de "derecho"*

Llegado el momento de precisar cuál es, para nosotros, la naturaleza del derecho subjetivo, en otras palabras, de establecer cuál es su estatuto ontológico, creemos necesario recurrir a tres nociones fundamentales: en primer lugar, la de *permisión o licitud*, que tomaremos de las consideraciones de Kalinowski; luego, el concepto de *pertenencia*, propio de la doctrina de Dabin; por último, la noción de *título jurídico*, desarrollada principalmente por Lachance y Soaje Ramos. Pero antes de analizarlas y por razones de orden expositivo, comenzaremos por ubicar al derecho subjetivo en el cuadro de la concepción realista del derecho.

Tal como lo hemos desarrollado *in extenso* en otro lugar,[20] el realismo jurídico parte de la evidencia del carácter analógico del concepto de derecho; en otras palabras, el de "derecho" no es un concepto unívoco, que se atribuya sólo a realidades idénticas y en un mismo sentido, sino que se trata de una noción multívoca, que se refiere a realidades en sí distintas, pero bajo un cierto aspecto o relación, idénticas. "La esfera jurídica —escribe Kalinowski— se caracteriza por un encadenamiento inhabitual de *analogías* de toda especie. Esto se explica por la pluralidad de los entes jurídicos: entes que tienen sig-

---

17 Dabin, Jean, *El derecho subjetivo*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 100 ss.

18 Dabin, Jean, "Droit...", cit. p. 31.

19 Dabin, Jean, "Droit...", cit. p. 21.

20 Ver: Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, Ensayo I.

nificaciones normativas, reglas, sus signos, partes de bienes que ellas determinan, permisos para actuar y/o no actuar que ellas confieren, actos conformes a esas reglas, hombres que cumplen esos actos... y por las numerosas relaciones de causalidad, de similitud de funciones y de similitud de relaciones que existen entre ellas".[21] De las mencionadas en este texto de Kalinowski, es preciso desarrollar dos nociones: la de analogía y la de relación.

Comenzando por la de analogía, es preciso recordar que "análoga es la noción que se predica de varias cosas de un modo en parte igual y en parte diverso. La analogía por la cual una noción es llamada análoga, puede ser: a) *de atribución*, si aquello que es significado con el nombre se da intrínsecamente en una sola realidad (esto es, en el analogado principal), y extrínsecamente en las otras (esto es, en los analogados secundarios), por una cierta relación que guardan con el primero".[22] El concepto de derecho es análogo —tal como se expresa en el párrafo de Kalinowski citado más arriba— en virtud de la pluralidad de realidades a que se aplica, con un sentido similar o parcialmente idéntico; y es análogo con analogía *de atribución*, porque no se aplica del mismo modo y con idéntica propiedad a la suma de los múltiples elementos de la realidad jurídica.[23] En efecto, no son "derecho", en un mismo e idéntico sentido, un obrar humano, una norma, una cosa corporal o una posibilidad o poder de obrar. En primer lugar, "derecho" es aquel obrar humano que tiene la cualidad de ser objetivamente justo y que, por ello, se opone al "entuerto" u obrar "torcido";[24] derivativamente, por metonimia o extensión del lenguaje, se llama también "derecho" a todas aquellas realidades que se encuentran en vinculación, más o menos directa, con la conducta justa: normas que la determinan, mandatos que la imperan, saberes que la estudian, posibilidades o poderes de realizarla o exigirla, cosas corporales que son su materia, lugares donde se la precisa en caso de controversia, etc. Un párrafo del ya varias veces citado Kalinowski, referente al pensamiento de Aristóteles y de Santo Tomás, precisará aún más la cuestión: "Todas las consideraciones del Filósofo —escribe— concernientes a lo justo, se encuentran sintetizadas por el autor de la *Suma Teológica* en esta definición, tan lapidaria como rigurosa: «*Ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*» (el derecho, es decir, lo justo, es una cierta obra adecuada a otro, según algún modo de igualdad)". Es importante destacar que tanto para Aristóteles como para Santo Tomás, lo justo es una *obra (opus)* en el sentido de *acción*, tal como lo indica esta frase tomada precisamente del lugar de la *Ética Nicomaquea* donde el Estagirita determina aquello que es justo: "Si el hombre injusto es el inigual, y si, por otra parte, la noción de injusto corresponde a la de inigual, salta a la vista que existe también un

---

21 KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 56.

22 GIANNINI, GIORGIO, *Tesi di ontologia tomista*, Roma, Cittá Nuova Editrice, 1980, p. 122.

23 Sobre este punto, ver SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho - Examen de algunos términos pertinentes*, Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, *passim*.

24 Ver: SOAJE RAMOS, GUIDO, "Sobre derecho y derecho natural. Algunas consideraciones epistemo-metodológicas", en: *Ethos*, 6/7, Buenos Aires, I. F. I. P., 1980; también nuestro trabajo: "La categorización metafísica del derecho según Santo Tomás", en: *Sapientia*, nº 143, Buenos Aires, U. C. A., 1982, pp. 11-20.

cierto medio con referencia a lo inigual, que es precisamente lo igual, ya que en toda *acción* donde hay algo de más o de menos hay también algo igual". Como se ve, hablando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás no piensan en una *cosa*, en un *objeto* considerado en sí mismo, sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro sujeto".[25]

2. *Las relaciones jurídicas*

Visto ya que la acepción propia y primera del término —y del concepto— "derecho" corresponde a la conducta justa, queda por ver cuál es la razón que da fundamento a su aplicación analógica a otras realidades diversas. De lo que se ha dicho hasta ahora, pero sobre todo de la observación atenta y desprejuiciada de la realidad jurídica, aparece evidente que esa atribución analógica tiene su fundamento en las múltiples *relaciones* que vinculan a aquellas realidades con la original y primera. "Todos los nombres que analógicamente se aplican a muchos —escribe Santo Tomás— necesariamente se les aplican en virtud de alguna relación que tienen con una misma cosa".[26] Por ello, el derecho, en toda su extensión analógica, se constituye como un conjunto de realidades diversas, vinculadas entre sí por una serie de relaciones de variado orden. A los efectos de situar al "derecho subjetivo" en el ámbito de esta realidad múltiple y relacionada, realizaremos un breve estudio del tipo y naturaleza de estos vínculos que la unifican y hacen posible y lícita la aplicación, a toda ella, del término "derecho".

En primer lugar, examinaremos *la relación* que, evidentemente, existe entre *la conducta jurídica y la norma*. "El problema —escribe Kalinowski— se centra en saber cuáles actos son justos. En ciertos casos, es la naturaleza de las cosas la que allí decide: hablamos del derecho natural. Pero en otros, lo justo está determinado, sea por una convención privada, sea por un ordenamiento público; se relaciona en este último caso con el derecho positivo. En las dos categorías de situaciones el derecho es indicado por una regla preexistente".[27] Esta "indicación" del obrar justo por la norma, adopta la forma de lo que en filosofía realista se denomina "causa ejemplar". Para indicar brevemente en qué consiste, recurriremos a un párrafo de Joseph de Finance: "Llamamos ejemplar —escribe— a aquello a cuya semejanza el agente (intelectual) produce su efecto (...). ¿En qué consiste, propiamente hablando, la causalidad del ejemplar? Así como la del fin consiste en el ser-deseado, la de la *idea* ejemplar consiste en el ser-imitado, porque solamente cuando el agente actúa adecuándose a ella, dicha causa determina el efecto".[28] La determinación, pues, de la conducta jurídica por la norma, se produce cuando aquella se adecua, *se ajusta* a los términos de ésta; cuando la formalidad propia del obrar, aquella

---

[25] KALINOWSKI, GEORGES, "Sur l'emploi metonymique du terme «ius» par Thomas d' Aquin et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote", en: *A. P. D.*, nº 18, París, Sirey, 1973, pp. 334-35.

[26] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 13, a.6, c.

[27] KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto...*, cit., p. 20.

[28] FINANCE, JOSEPH DE, *Conocimiento del Ser*. Madrid, Gredos, 1971, pp. 436-438.

que la hace ser justa y no otra cosa, se estructura a semejanza de la formalidad intencionalmente propuesta por la norma.

"La conducta real —escribe a este respecto Ferrer Arellano— *debe* ajustarse al plan o modelo ejemplar previsto en el juicio normativo. Su rectitud jurídica dependerá, como es obvio, del ajuste al modelo ejemplar de la norma; o, dicho con terminología propia de la Escuela: será efecto de la causalidad ejemplar o formal extrínseca que la norma desempeña"; entre la norma y la conducta se establece *"una relación trascendental,* constitutiva, concretamente, de la *intrínseca juridicidad* de la conducta social y —en consecuencia— del orden jurídico que surge existencialmente por la posición de aquellas relaciones de alteridad *normalmente* ajustadas al *modelo* preexistente de la ley".[29]

Pero además de esta relación trascendental[30] de ejemplaridad, existe entre la norma y la conducta una relación del orden de la causalidad eficiente; en efecto, la norma jurídica no sólo determina cómo ha de ser la conducta, no sólo la especifica desde fuera precisando su formalidad, sino que también la *impera.* Por ello nos vemos frente a una relación de mando, impulsiva del obrar humano dentro de los cánones determinados por la misma norma en su función modélica. "La ley es un principio de obligación —escribe Lachance—; ella constriñe al obrar individual para que se conforme a sus prescripciones; manda a las voluntades producir actos y producirlos según las condiciones que requiere la solidaridad. Ella mueve moralmente a la ejecución de ciertos actos que, concretamente, se tornan derecho. Como principio formal, hace que el obrar lleve tal o cual determinación; como principio eficiente, la ley, hace que el derecho se realice".[31]

---

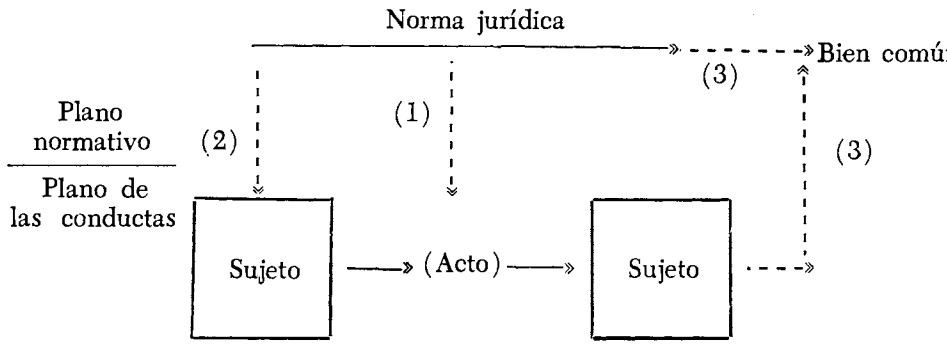
[29] FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía de las relaciones jurídicas,* Pamplona, EUNSA, 1963, p. 338.

[30] Acerca de la noción de *relación trascendental,* existe una fuerte controversia entre los autores: Fabro, González Alvarez, Krempel y varios más, la niegan; por el contrario, Philippe, Lotz, Gredt, de Finance, de Raeymaker, Marc, Ferrer Arellano y otros la defienden. Dice sobre este punto Juan Cruz Cruz: "La relación trascendental traspasa los límites de todas las categorías, volviendo a caer precisamente por ello en la constitución de las mismas (...) La relación trascendental pertenece prevalentemente —aunque no de modo exclusivo— a la constitución interna de los singulares; mientras que la relación predicamental supone la constitución interna de los mismos (...). Relación esencial constitutiva (trascendental) es también la del ser a la esencia, la de la causa eficiente a sus posibles efectos; lo mismo se dice del efecto en cuanto tal a su causa"; *Filosofía de la estructura,* Pamplona, EUNSA, 1967, pp. 288-293. Ferrer Arellano, por su parte, escribe a este respecto: "También estos dos principios constitutivos de cada ente finito subsistente (*essentia* y *esse*), se constituyen, decíamos, en virtud de su mutua referencia, como —a su vez— todos los otros principios constitutivos que forman la estructura esencial del mismo (la materia y la forma, la sustancia y los accidentes, las facultades y su actividad correspondiente, etc.); la misma respectividad de cada ente subsistente a todos los demás que integran el orden de la participación en el ser, debía ser declarada, recuérdese, radicalmente constitutiva, no meramente consecutiva al ser subsistente. Tales realidades, íntegramente penetradas de una respectividad por la que se constituyen en su misma entidad, han recibido tradicionalmente el nombre de *relaciones trascendentales", Filosofía...,* cit., p. 212.

[31] LACHANCE, LUIS, *El concepto de derecho,* Buenos Aires, S. F., 1953, p. 191.

Las relaciones entre la norma y la conducta pueden esquematizarse en el siguiente cuadro:

CUADRO Nº 1



(1) Relación de causalidad ejemplar
(2) Relación de causalidad eficiente moral
(3) Relación de causalidad final del bien común.

Ante todo, debemos aclarar que en el cuadro precedente aparece una relación de la que aún no hemos hablado: la que existe entre la norma y la conducta por ella configurada y el bien común. El vínculo esencial entre la norma jurídica general y el bien común ha sido puesto en evidencia por Santo Tomás cuando elaboró su conocida definición: "La ley no es más que una ordenación racional al bien común, que quien tiene el cuidado de la comuidad ha promulgado".[32] En lo que respecta a la conducta jurídica, es evidente que si lo justo es determinado por la ley y la ley se ordena al bien común, también la conducta informada por ella habrá de ordenarse a ese bien. "Si la justicia conmutativa —escribe Olgiati— inmediatamente nos ordena al "bien de otra persona particular", mediatamente, en cambio, nos ordena al "bien común". El que roba a otro, no sólo daña a una persona particular, sino que perjudica también a la vida social (...); el derecho, expresa mediata o inmediatamente, una ordenación al *bonum commune*, es decir, posee una orientación finalística intrínseca hacia la *societas perfecta*".[33] Esta relación es también de carácter trascendental, como lo es toda relación del efecto a su causa.[34]

3. *Las relaciones jurídicas* (2)

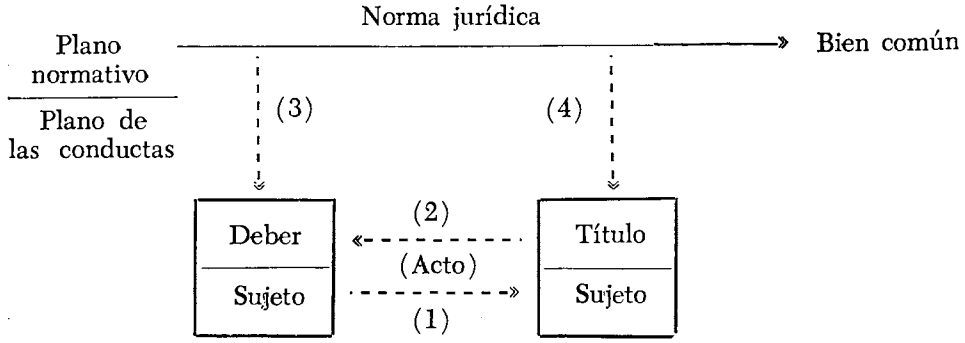
Pero es evidente que no sólo en las que acabamos de enumerar se agota el número de las relaciones de derecho; además de las relaciones verticales"[35]

---

[32] ST, I-II, q. 90, a. 1, c.
[33] OLGIATI, FRANCISCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, pp. 237-240.
[34] Cfr. FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía...*, cit., p. 218.
[35] Cfr. FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía...*, cit., p. 336.

mencionadas, existe necesariamente una cierta relación "horizontal" de un sujeto jurídico a otro, del acreedor al deudor, del depositante al depositario, del locador al locatario, etc. Siendo la conducta jurídica conducta en alteridad,[36] referida a otro sujeto jurídico, supone una relación real predicamental[37] a ese sujeto. "Esta conducta es también —escribe el ya citado Ferrer Arellano—, a su vez, relativa: consta de un entramado de actos humanos *referidos* a otras personas, bien inmediatamente a una o más personas físicas o jurídicas a las que son aquéllos debidos —y mediatamente a la sociedad—, bien —si la norma señala deberes de justicia general o social— directamente referidos al bien común de la comunidad (...). La vida jurídica misma consta de un conjunto de tales relaciones de alteridad: de aquellas, tan sólo, que han obtenido una positiva influencia derivada de la eficacia constitutiva del derecho normativo y, en definitiva, de los fines jurídicos a que él se endereza".[38] Realizaremos un nuevo esquema de este tipo de relaciones, para luego desarrollar brevemente aquellos elementos que en él aparecen; es el siguiente:

CUADRO Nº 2



(1) Relación de obligación
(2) Relación de poder jurídico o "derecho subjetivo"
(3) Imposición del deber jurídico.
(4) Atribución del título jurídico

En el cuadro Nº 1 vimos que la norma jurídica ejercía una cierta causalidad eficiente sobre el obrar humano; esta causalidad aparece especificada ahora como "imposición de un deber jurídico", ya que la causalidad mencionada es ejercida por la norma a través del deber; no se trata, en este caso, de una eficiencia de tipo "físico", sino de tipo "moral", ejercida a través de

---

36 Para las notas determinantes de la conducta jurídica, ver SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho; La conducta jurídica*. Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, *passim*.

37 Ver, sobre la relación predicamental: FABRO, CORNELIO, *Curso de Metafísica*, Buenos Aires, U.C.A., S.F., pp. 163-172.

38 FERRER ARELLANO, JOAQUÍN, *Filosofía*..., cit., pp. 345 ss.

un deber u obligación.[39] Pero además de esta función "impositiva" y como consecuencia de la alteridad propia del obrar jurídico, surge de la norma —explícitamente— la "atribución" al otro sujeto jurídico, de un "título". "La regulación jurídica —escribe García Máynez— a diferencia de la creada por normas de otra especie, no es simplemente imperativa, sino imperativo-atributiva. Mientras las reglas convencionales y los preceptos de la moral obligan, pero no facultan, aquella regulación faculta y obliga a un tiempo, por lo que certeramente se ha dicho que los deberes que de ella dimanan no sólo son deberes, sino deudas".[40] Y son deudas porque existe, en otro sujeto jurídico, un "título" en virtud del cual algo le es debido. Soaje Ramos lo define como "la razón o fundamento de que una conducta jurídica debida corresponda (o sea debida) con respecto a otro".[41] Lachance, por su parte, lo conceptualiza como "la razón precisa, objetiva, formal, en virtud de la que alguien es constituido actualmente en beneficiario de un débito".[42]

Pondremos un ejemplo para ilustrar lo afirmado: el de la relación de depósito: el artículo 2210 del Código Civil Argentino establece que "el depositario *debe* restituir la misma cosa depositada, en su estado anterior, etc.". Este artículo contiene la parte "impositiva" de la norma, la que establece, para el depositario, la obligación de restituir; en otras palabras, prescribe una conducta relacional del depositario hacia el depositante y que consiste en el reintegro de la cosa depositada. Aparece así una *relación de obligación*, de un sujeto jurídico para con el otro, que tiene su fundamento en el deber jurídico impuesto por la norma; una relación normativa da, por lo tanto, origen a una relación de alteridad, que en el cuadro Nº 2 hemos denominado "de obligación".

Si pasamos ahora al depositante, vemos que el artículo 2197 establece que "el depósito *no puede* ser hecho sino por *el propietario* de la cosa o por otro con su consentimiento expreso o tácito"; en esta parte de la norma se establece cuál es el título en virtud del cual el depositario está obligado a devolver la cosa depositada a otro sujeto jurídico: tal título radica en la condición de propietario de este último: esta condición es el fundamento o razón de que la restitución le sea debida. Pero también en este caso, como en el ya estudiado del deber jurídico, el título deriva de la norma jurídica, supone una relación a ella que hemos denominado "de atribución".

4. *El "derecho subjetivo"*

Por último, surge de lo afirmado que el titular —por la misma razón de ser titular— se encuentra en una *relación de pertenencia* respecto de la conducta jurídica debida; esta relación, que denominamos "poder jurídico" o "derecho subjetivo", también deriva de la norma, a través del título jurídico y consiste en la posibilidad de reclamar o exigir el cumplimiento del obrar

---

39 Ver KALINOWSKI, GEORGES, *Initiation à la philosophie morale*, París, S. E. I., 1966, p. 145 ss.

40 GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, Méjico, Porrúa, 1977, pp. 245-46.

41 SOAJE RAMOS, GUIDO, *El concepto de derecho — El título — El poder jurídico*, Buenos Aires, Cuadernos del I.F.I.P., 1977, p. 1.

42 LACHANCE, LUIS, ob. cit., p. 294.

que es el objeto del deber jurídico. "Dondequiera que haya un sujeto jurídico (individual o colectivo) y haya un título en el sentido fijado —escribe Soaje Ramos—, es decir, un título que funde que a aquél le pertenezca un determinado poder jurídico, habrá un derecho subjetivo del que ese sujeto será titular".[43] Por lo tanto, lo que llamamos *"derecho subjetivo" consiste en un poder deóntico o moral, en relación de posibilidad o de* habere, *frente a otro u otros sujetos jurídicos, establecida por la norma.*

Respecto de lo apuntado, escribe Kalinowski que "contrariamente a lo que podríamos estar tentados de creer si tomáramos como prototipo de derecho subjetivo al derecho de propiedad, el derecho subjetivo, tal como aparece al término de nuestros análisis lógicos, no consiste en una relación (...) entre un *sujeto de derecho* y un *objeto de derecho,* sino entre un *sujeto de acción* y una *acción*; no es sino la posibilidad jurídica de cumplir con una acción. Esta posibilidad puede ser simple (unilateral) o doble (bilateral). Esto debe ser recalcado, ya que nos abre una vía de acceso a la filosofía del derecho subjetivo, al descubrimiento de su fundamento metafísico. Existen acciones que el hombre puede (siempre en el sentido de posibilidad jurídica) cumplir porque *debe* cumplirlas y acciones que el hombre *puede* cumplir o no cumplir, precisamente porque no está obligado a ello".[44] Esto significa, evidentemente, que para Kalinowski, la relación en que el derecho subjetivo consiste, es una relación de posibilidad deóntica.

Por nuestra parte, consideramos que es necesario realizar a este respecto una distinción: a) aquellos derechos subjetivos que en el lenguaje vulgar se expresan diciendo: "tengo derecho *de*" hacer o realizar tal o cual cosa; en este caso, se trata de una posibilidad de obrar del sujeto del derecho subjetivo, caso para el cual resulta adecuada la doctrina de Kalinowski en el sentido de que se trata de una relación de permisión establecida por la ley; podrían ser llamados "derechos de libertad"; b) aquellos derechos subjetivos que en el lenguaje vulgar se expresan diciendo "tengo derecho *a*" tal cosa o tal prestación.[45] Aquí aparece como apropiada la doctrina de Dabin, en el sentido de que "todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de *pertenencia,* consagrado por otra parte por el derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es *suyo* (...). Diversas son, en efecto, las *cosas* susceptibles de pertenencia, así como los modos de esa pertenencia. De una parte, los bienes o valores que se pueden tener como *suyos* no se limitan a las cosas exteriores (...); también comprenden, y de modo más próximo, los bienes o valores inherentes a la persona, física o moral, del sujeto (...). Por otra parte, ese *haber,* constitutivo del derecho, puede consistir en prestaciones de cualquier clase: positivas o negativas, pecuniarias o no pecuniarias, en relación con las cuales una persona está obligada respecto de otra. La pertenencia es entonces indi-

---

43 SOAJE RAMOS, GUIDO, *El poder jurídico,* cit., p. 10.

44 KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto...,* cit., pp. 31-32.

45 La distinción se encuentra en MOURGEON, JACQUES, *Les droits de l'homme,* París, P.U.F., 1981, p. 10.

recta, en el sentido de que la prestación debida al acreedor sólo le llegará mediante la obligación del deudor".[46]

Por supuesto que la distinción expuesta no es tajante: antes bien, en todo derecho subjetivo hay un elemento de permisión y otro de pertenencia: si no hubiese permisión de la ley, no podría hablarse de "derecho", pues se trataría de un acto antijurídico o no jurídico; por otra parte, siempre que hay derecho subjetivo puede hablarse de pertenencia, ya que, en cierto sentido, aún la propia actividad lícita "pertenece" al sujeto; se trataría, por lo tanto, de dos aspectos de una única realidad.

Concluyendo acerca de lo dicho hasta ahora, podemos considerar establecidos los siguientes puntos: a) El derecho subjetivo consiste en una relación de permisión o pertenencia; b) esta relación tiene como fundamento inmediato un título jurídico, en el sentido ya expuesto; c) el fundamento remoto, pero primero, del derecho subjetivo se encuentra en una norma, que atribuye el título a un sujeto jurídico; d) la relación de derecho subjetivo se tiene frente a otro sujeto jurídico, considerado en su deber jurídico, el que, a su vez, le ha sido impuesto por la norma.

VI. Las objeciones de Ferrer Arellano

El filósofo-jurista español Joaquín Ferrer Arellano, en un valiosísimo libro sobre las relaciones jurídicas, que ya hemos tenido oportunidad de citar, sostiene que en el caso del derecho subjetivo no puede hablarse de relación, al menos de relación real; para él, "no tiene el derecho subjetivo otra realidad que la que compete a una *valoración normativa* de una conducta desde el punto de vista de la licitud";[47] afirma que "en cuanto a la naturaleza de la *relación mental* que compete al juicio de licitud(...), se trata de un juicio que relaciona al titular con una actividad posible —ejercida por él mismo o por un representante— de una manera arbitraria".[48]

Por nuestra parte, consideramos desacertada esta afirmación, toda vez que la relación entre el sujeto jurídico y su actividad permitida o debida —y por tanto también permitida— no puede reducirse a una simple relación de razón; tampoco puede hacerse esa reducción con la relación de pertenencia entre una prestación debida y el sujeto titular, por la cual el objeto de la prestación se convierte en *"suyo"* de ese sujeto; en ambos casos, mal puede decirse que la existencia de dicha relación *"dependa únicamente de las operaciones del espíritu"*,[49] tal como cuando decimos que una casa es más grande que otra, sin que exista entre dichas casas vinculación real ninguna. Por el contrario, en este caso, tanto el sujeto (el titular del derecho subjetivo) de la relación, como su término (el otro sujeto, considerado en su deber jurídico), son entes reales;[50]

---

[46] Dabin, Jean, *El derecho subjetivo*, cit., pp. 102-104.
[47] Ferrer Arellano, Joaquín, ob. cit., p. 364.
[48] Ferrer Arellano, Joaquín, ob. cit., p. 366.
[49] Ver González, Álvarez, Ángel, *Tratado de Metafísica, Ontología*. Madrid, Gredos, 1967, p. 346.
[50] Cfr. Gardeil, H. D., *Initiation a la philosophie de Saint Thomas d'Aquin; IV-Metaphysique*, París, ed. Du Cerf., 1966, p. 105.

además, se trata de una relación real porque "tiene en el sujeto un título de su realidad, un *esse in subjecto* por inherencia",[51] ya que no puede negarse que el "derecho subjetivo" radica en el titular y, en cierto modo, lo determina, le agrega una realidad nueva que antes de ser titular no tenía; es evidente que el sujeto de un derecho subjetivo posee algo que quien no es su titular no tiene; que, en un cierto aspecto, se enriquece, adquiriendo una formalidad nueva: la de titular de tal o cual derecho. Por todo ello, no puede negarse a la relación de "derecho subjetivo" el carácter de una relación real predicamental, derivada de la relación normativa, por la que un sujeto jurídico adquiere, frente a otro u otros, la "pertenencia" de un bien jurídico o la "permisión" de obrar en determinado sentido. Esta relación se sigue invariablemente de la existencia de una norma jurídica, es decir, de una norma que regula conductas en alteridad, por lo que esa relación se constituye en un elemento necesario o propio del fenómeno jurídico; en otras palabras, allí donde exista "derecho" en sentido estricto, estará presente esa realidad que denominamos "derecho subjetivo".

VII. Algunas necesarias aclaraciones y precisiones

1. *La terminología*

Acerca de este punto, es preciso darle totalmente la razón a Villey: llamar "derecho" a los poderes jurídicos es una fuente inagotable de confusiones y equívocos. Es cierto, también, que la generalización del uso de la palabra "derecho" para designar al poder jurídico es obra –sobre todo– de Occam y Suárez;[52] a partir de ellos, toda la escuela del "Derecho Natural y de Gentes" preponderante en la Edad Moderna, consideró a los "derechos subjetivos" como la realidad primigenia en el ámbito de lo jurídico,[53] desconociendo la realidad del "derecho objetivo" u obra justa. Burlamaqui, uno de los más difundidos epígonos de la mencionada escuela, escribía que "más allá de la significación general del término *derecho* de la que acabamos de hablar, este nombre se toma en diversos sentidos particulares, a saber: sea por una *facultad*, o un poder de obrar, sea por la *ley*",[54] eliminando, de este modo, del repertorio de analogados de "derecho" al referido a la conducta justa.

No obstante, consideramos que es enormemente dificultoso nadar contra la corriente; habiéndose generalizado la locución "derecho subjetivo" a partir del siglo XIX,[55] no es posible ahora dejarla de lado; creemos que es inevitable adoptarla a los efectos de saber acerca de qué hablamos, pero también que es necesario esclarecer el sentido y alcance del término, evitando los equívocos que su uso desfigurado produjo en el pensamiento jurídico moderno.

---

51 Collin, Henri, *Manuel de Philosophie Thomiste*, París, Tequi, 1950, p. 156.

52 Respecto de Suárez, ver Villey, Michel, "Remarque sur la notion de droit chez Suárez", en: *Archives de Philosophie*, Nº 42, cahier 2, 1979, pp. 219-227; Larraínzar, Carlos, Una introducción a Francisco Suárez, Pamplona, E.U.N.S.A., 1977, p. 169 ss. y nuestro trabajo "Sobre la definición del derecho de Francisco Suárez"; apéndice en: *La desintegración...*, cit., pp. 81-100.

53 Ver Massini, Carlos Ignacio, *La desintegración...*, cit., pp. 43 ss.

54 Burlamaqui, J. J., *Elements du Droit Naturel*, París, Vrin, 1981, p. 16.

55 Ver Roubier, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 1963, p. 67 ss., y *passim*.

2. *La de "derecho subjetivo" es una acepción derivada*

La aceptación de la evidente realidad del derecho subjetivo y el inevitable acogimiento de la locución, no suponen la adopción lisa y llana de la errónea filosofía moderna del derecho subjetivo. Para esta última, la acepción subjetiva de "derecho", la que lo considera como una facultad moral, es la acepción propia y primera del término, a la que se aplica la locución con más justeza. "Según el último y más estricto significado de «derecho» —escribe Suárez—, suele darse con propiedad este nombre a cierta facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe" *(Et iuxta posteriorem et strictam iuris significationem solet proprie ius vocare facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam).*[56] Aquí radica la esencia del "subjetivismo jurídico": en la pretensión de que la acepción primera y principal de "derecho" es la que se refiere a las prerrogativas del sujeto individual. "Cuando al comienzo de su *De iure belli ac pacis* (1625), Grocio definió al derecho como la "facultad de obrar o de hacer cualquier cosa que resulte del poder sobre uno mismo, del poder sobre otro, del poder sobre las cosas", echó las bases de una revolución intelectual en la forma de pensar el fenómeno jurídico y de promover su técnica, que va a corroer la construcción filosófica de la Edad Media (...). Esta concepción se define esencialmente porque hace del individuo un fin en sí mismo; de aquí en adelante, es la voluntad individual la que es considerada como el elemento fundamental del derecho y el mejor medio de descubrir lo justo, pues el individuo conoce y quiere aquello que es conforme a sus intereses (...). La autonomía de la voluntad es el alma de todo el sistema jurídico".[57]

Pero, repetimos, la aceptación del concepto de derecho subjetivo no supone necesariamente la adopción del subjetivismo, como el admitir que existen ideas no implica caer en el idealismo, o el reconocimiento del valor cognoscitivo de la razón no lleva inevitablemente al racionalismo; es preciso —entonces— distinguir la realidad de su exacerbación, la cosa misma de la doctrina que la absolutiza, desencajándola del orden en que se encuentra y desfigurándola a fuerza de hipertrofiarla. Evidentemente, la concepción subjetivista del derecho supone una visión unilateral, que percibe todo lo jurídico desde la perspectiva de las facultades o prerrogativas del individuo y que lleva, por ello, a gravísimas consecuencias en el campo de la *praxis* jurídico-política. Hemos hecho referencia a ellas en otra oportunidad y no vamos a reiterar lo ya dicho ahora.[58] Pero es preciso distinguir la aceptación de una realidad innegable: la de los poderes jurídicos, de su deformación por la ciencia moderna del derecho.

Para la concepción realista, la realidad primigenia en el orden de lo jurídico es el derecho objetivo u obra justa; de ella, de su existencia actual o deónticamente necesaria, deriva el poder de otro sujeto jurídico de realizar una

---

56 SUÁREZ, FRANCISCO, *De legibus*, 1, 2, nº 5, C.S.I.C. En el mismo sentido, ver MESSNER, JOHANNES, *Ética Social*, Madrid, Rialp, 1969, p. 247.

57 BRIMO, ALBERT, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'etat*, París, A. Pedone, 1968, p. 76.

58 Ver MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La desintegración...*, cit., pp. 57 ss.

conducta o exigir el cumplimiento de lo imperado por la ley. El derecho subjetivo no es sino una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida —deónticamente necesaria— en virtud de lo establecido por la ley. Es, por lo tanto, una realidad derivada, secundaria, que se sigue como consecuencia —necesaria, pero consecuencia al fin— de la calidad de debida u obligatoria de una conducta jurídica; es consecuencia, no es fundamento o realidad primera sino que se explica y define sólo a partir del obrar humano justo imperado por la ley.

3. *La clasificación de los derechos subjetivos es paralela a la de las normas que los fundamentan.*

Si los derechos subjetivos no son sino un efecto o consecuencia de la función normativa de las normas jurídicas, resulta evidente que su carácter y naturaleza dependerá de aquella que corresponda a las normas en que tienen su origen. Así, por ejemplo, los derechos subjetivos serán "naturales", si tienen su fundamento en la ley natural [59] y serán meramente positivos si aquél se encuentra en una ley positiva *per se*.[60] Por esta razón, resulta un absurdo sostener la existencia de "derechos humanos", derivados de la "dignidad de la persona humana", sin aceptar la realidad de una ley natural que los establezca. Es en este contrasentido que caen numerosos defensores de los "derechos humanos", que adoptan, al mismo tiempo, una posición positivista en filosofía del derecho. Ésta es la posición —entre otros— de Jaques Mourgeon en su difundido libro sobre *Les droits de l'homme;* allí escribe: "puede afirmarse que la persona se encuentra por naturaleza dotada de prerrogativas, es decir, de facultades de hacer o de obrar conscientemente, de abstenerse o refutar, reclamar, obtener y, sobre todo, de protegerse. Por sí mismas, ellas no son derechos. Para acceder a esta calidad, ellas deben ser objeto de un estatuto particular: el estatuto jurídico. Es necesario y suficiente que la regla las toque de cualquier manera (...); no hay derechos sin Derecho y no hay derechos que no sean una prerrogativa, pero no necesariamente a la inversa".[61] Por supuesto que cuando Mourgeon se refiere al "Derecho", con mayúscula, está haciendo mención a la legislación positiva.

Esta doctrina implica una incoherencia fundamental, ya que esas "prerrogativas" a que hace referencia y que no serían derechos, carecen totalmente de fundamento. En efecto, si se sostiene que derivan de la "dignidad de la persona humana", se está aceptando la existencia de una cierta "naturaleza humana", que es el fundamento de esa dignidad y que tiene una función normativa; en otras palabras, se está aceptando, con otro nombre, la realidad de una ley natural.

La disyuntiva es inevitable: o se acepta la existencia de una ley natural, es decir, con un fundamento independiente de la voluntad humana y, por

---

59 Ver PIZZORNI, REGINALDO, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tomasso d' Aquino*, Roma, Cittá Nuova Editrice, 1978, pp. 288 ss.

60 Para esta distinción, ver SIMON, YVES R., *The tradition of Natural Law. A. Philosopher's reflections*, New York, Fordham University Press, 1967, p. 111 ss. y Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1981, pp. 79 ss.

61 MOURGEON, JAQUES, *Les droits de l'homme*, cit., p. 7.

consiguiente, *hay derechos subjetivos naturales o "humanos"* o, por el contrario, toda ley deriva de la voluntad humana, tal como lo sostiene el positivismo[62] y, por lo tanto, *no hay otros derechos subjetivos que los establecidos por la legislación positiva.* Ha escrito a este respecto Soaje Ramos, que la cuestión, en rigor, es la siguiente: se trata de determinar si *todo* derecho subjetivo es *conferido* a un sujeto jurídico por una norma positiva humana o si *algunos* derechos subjetivos *pertenecen* a sus titulares aun cuando no haya una norma positiva humana que los asigne a éstos y aun cuando hubiere una norma positiva humana que los negare o desconociere. Esta alternativa enuncia una oposición contradictoria; y si se adhiere al *primer* miembro, se asume una postura de *positivismo jurídico* en este asunto, mientras que, en cambio, si se sostiene el *segundo* miembro de tal alternativa, se está en una posición *iusnaturalista,* genéricamente determinada. Un positivismo jurídico consecuente no puede admitir *ningún* derecho subjetivo, si no hay una norma positiva humana que lo confiera a un sujeto jurídico. Es obvio que la admisión de *uno solo* siquiera importaría una inconsecuencia respecto de aquella tesis general que caracteriza al positivismo jurídico en el sentido ya indicado".[63] Por ello, los autores positivistas consecuentes niegan todo valor a la doctrina de los "derechos humanos" o "derechos del hombre", afirmando que se trata de un contrasentido.[64] Otros epígonos del positivismo, por el contrario, pretenden sostener la posibilidad de la existencia de derechos subjetivos "humanos", pertenecientes al hombre en tanto que hombre, y negar al mismo tiempo la existencia de una ley natural. La consecuencia resulta ser —además de la incongruencia— una absoluta vaguedad en cuanto al fundamento, naturaleza y límites de esos pretendidos "derechos humanos", que se terminan convirtiendo en herramientas ideológicas al servicio de algún interés político no siempre confesable.[65]

VIII. Conclusiones acerca de los temas tratados

En la búsqueda de una respuesta a la cuestión planteada por Michel Villey y sus discípulos, sobre el carácter histórico de la noción —y de la realidad— del derecho subjetivo, hemos llegado bastante más lejos: en efecto, el intento de determinar el carácter universal o histórico de esa noción, nos ha obligado a preguntarnos por su naturaleza, por su lugar en la realidad jurídica y por su fundamento. De las respuestas dadas a estas cuestiones, creemos se desprende con toda evidencia el carácter universal de la noción —así como de la "cosa" misma— del derecho subjetivo, entendido éste como una cierta

---

62 Ver Passerin d'Entrèves, A., *La Notion d'Etat,* París, Sirey, 1969, pp. 136 ss.

63 Soaje Ramos, Guido, *El concepto de Derecho — El derecho subjetivo...*, cit., p. 21.

64 Cfr. Robles, Gregorio, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", en: *Rivista internazionale de Filosofía del Diritto,* Milano, Giuffré, nº LVII, 1980, pp. 479 ss.

65 Sobre esto, ver Millán Puelles, Antonio, "Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana", en: *Sobre el hombre y la sociedad,* Madrid, Rialp, 1976, pp. 129 ss. y Brunner, Emil, *La Justicia,* Méjico, UNAM, 1961, pp. 79 ss.; escribe este último autor, que "bajo el título de los «derechos del hombre» han sido postuladas muchas cosas que nada tienen que ver con los derechos originarios y primarios de libertad, sino que más bien corresponden a determinadas ideas políticas o sociales, que en sí son cuestionables.", p. 79.

relación de pertenencia o permisión, existente entre un sujeto jurídico munido de un título y otro sujeto jurídico, considerado éste en su deber u obligación jurídica; todo ello como consecuencia de la causalidad eficiente moral y ejemplar de la norma jurídica.

Hemos establecido también, y queremos reiterarlo ahora, que la aceptación del derecho subjetivo como realidad incuestionable, no supone la aceptación del subjetivismo jurídico moderno, cargado de consecuencias negativas para la vida jurídica y política. Pensamos, en el mismo sentido que León Husson, que "la correlación que hoy en día se establece corrientemente entre la doctrina de los derechos del hombre y el subjetivismo jurídico y a la cual la ambigüedad de la noción de derecho subjetivo aporta la inseguridad del lenguaje, no es esencial. Ella proviene de la contaminación de una noción, de la que el cristianismo sembró los gérmenes en el pensamiento moderno, por el individualismo moral, sostenido por la filosofía nominalista que ha inspirado a la ciencia moderna en sus orígenes, desde los redactores de las primeras declaraciones de derechos del hombre".[66] Y si esta vinculación entre derecho subjetivo y subjetivismo jurídico *no es esencial*, ello significa que es posible plantear los temas: derecho subjetivo, derechos del hombre, poder jurídico, desde una óptica realista o, como prefiere llamarla Villey, desde la óptica de la doctrina del derecho natural clásico.

Planteado desde esta perspectiva, el derecho subjetivo aparece como una extensión analógica de la noción de derecho; incluso un crítico tan vehemente del subjetivismo jurídico como Luis Lachance, afirma que "sin embargo, cabe justificar posteriormente este uso (de la locución «derecho subjetivo») por el recurso a la analogía. Pues el poder del sujeto, que es efectivamente su *dominium*, deriva de su derecho en el sentido original de la palabra, como deriva todo lo que es racional y lícito (...). No merece el nombre de derecho, sino en virtud de una *denominación extrínseca*".[67] Si quisiéramos otorgarle un estatuto lógico, podríamos decir que nos encontramos frente a una "propiedad"[68] del derecho, que si bien no es constitutiva de su esencia, se sigue necesariamente de ella y se encuentra en cada una de sus manifestaciones. "Derecho", en sentido propio, sigue siendo la "realidad justa", la obra humana informada por la justicia objetiva, pero esta información por la justicia supone *siempre* la existencia de un poder jurídico en otro sujeto. Así lo exige el carácter de alteridad de la conducta jurídica y lo pone de manifiesto la doble función: imperativa y atributiva, que se evidencia en toda norma jurídica.

Se trata, por lo tanto, de situar adecuadamente la noción de derecho subjetivo en el marco de la realidad jurídica total, evitando las deformaciones e hipertrofias ocasionadas por la filosofía subjetivista moderna y estableciendo su fundamento y límites a partir de la realidad de las cosas y no de una noción individualista y estrecha del sujeto de derecho. De este modo se podrá dar cuenta y razón adecuada de esa realidad insoslayable que se ha

---

[66] HUSSON, LEÓN, "Droits de l'homme et droits subjectifs", en: *A.P.D.*, nº 26, París, Dalloz, 1981, p. 374.

[67] LACHANCE, LOUIS, *Le droit et les droits de l'homme*, París, P.U.F., 1958, p. 175.

[68] Ver VANNI ROVIGHI, S., *Elementi di Filosofía-Lógica*, Brescia, La Scuola, 1980, p. 63.

dado en llamar "derecho subjetivo". La actitud de Villey y sus discípulos de negar —en razón de su rechazo del subjetivismo de la Edad moderna— la realidad misma del derecho subjetivo, no nos parece justificada; el hecho de que la sistematización primera del tema haya salido de manos de filósofos subjetivistas e individualistas, no tiene la virtud de comprometer a la "cosa" misma, a la realidad del poder jurídico, con los postulados de esa filosofía. La tarea que se presenta a quienes no comparten los supuestos de la filosofía moderna, consiste en clarificar la noción, iluminando la realidad del derecho subjetivo con las luces de una filosofía más abierta y más realista. No es negando una realidad, o considerándola como puramente histórica y contingente, como se habrá de echar las luces de la filosofía sobre un tema que acucia a los juristas y políticos de nuestro días; sólo asumiéndola y derramando sobre ella la claridad del saber más alto, se podrá realizar alguna contribución al esclarecimiento de un tema que ha sido la fuente de los más lamentables equívocos y las más deplorables confusiones.

CARLOS IGNACIO MASSINI
Universidad de Mendoza
Universidad Nacional de Cuyo