

SOBRE LA NATURALEZA DE LOS "DERECHOS" *

1. La cuestión

El problema es qué tipo de realidad, si la tiene, corresponde a eso que se llama "derecho subjetivo".¹ (*en adelante DS, y para el plural, DDSS*). V.gr., cuando digo que "tengo derecho de propiedad" sobre una cosa, o que "tengo derecho de venderla", ¿qué hay ahí, y como qué hay lo que hay? El tema reviste interés, si se piensa, también, en los llamados "derechos humanos": con esa denominación, que en otro lugar hemos rechazado,² se alude, generalmente con orientación antropocéntrica inadmisibles, a los derechos subjetivos naturales. El tema alcanza también a la naturaleza del poder político que, como la *propiedad*, serían especies de DDSS, así como también a las *facultades* o *poderes morales*.

2. Cuestión jurídico-metafísica

La cuestión es, de alguna manera, "rara". Pues para ocuparse de ella hay que tener, sin dudas, una preocupación metafísica, cosa rara si las hay en estos tiempos de pragmatismo; y, además, cierta preocupación jurídica y conocimiento del campo jurídico, lo que no suele interesar a los metafísicos de solera. Es para sentirse, pues, como desamparados.

Ante ese cierto desamparo, puede asaltarnos la tentación de plantear las cosas así: "se trata de 'meter' al DS en las categorías aristotélicas". Supuesta una adhesión y remisión en ese tema a *Aristóteles*, se trataría, como quien pone una ficha en un tablero, de colocar al DS en aquéllas. Pero no bien empezada la tarea, aparece una primera duda: ¿cuál es "la ficha" que hay que poner en

* Esta es, con pequeñas modificaciones y agregados, la ponencia presentada por el autor a la XIIIª Semana Tomista realizada en Buenos Aires por la Sociedad Tomista Argentina del 5 al 10 de setiembre de 1988, leída sintéticamente el 7-IX-88.

¹ Este trabajo supone la legitimidad de hablar de una doctrina tomista del DS, sobre la que hemos expuesto en otros lugares. V. *infra* op. cit., n. 8. Santo Tomás conoció "la cosa" DS, la denominó "ius", mas no la tematizó.

² "*Derechos humanos y Tomismo*", en prensa en el volumen colectivo de los Cursos de Cultura Católica correspondiente al ciclo de 1987. Razones del rechazo: 1. Todo Derecho subjetivo de los hombres es humano; esta palabra, pues, nada especificaría. 2. Porque la expresión estricta y ya adquirida es "derecho subjetivo natural", que tiene la ventaja de la decisiva alusión a la ley jurídica natural; 3. Porque en perspectiva metafísica universal la denominación anterior abarca a los derechos de Dios, que la palabra y la ideología de los derechos humanos niegan; 4. Porque la admisión de la palabra facilita el "contrabando" de la "ideología de los derechos humanos", doctrina radicalmente divergente de la concepción tomista sobre el tema. Si es cierto que en general conviene atenerse al uso aceptado de las palabras, no lo es menos que hay que tender a un lenguaje preciso y que no conviene usar el lenguaje propio de doctrinas opuestas a la verdad.

ese esquema? Ya las clasificaciones de los juristas y iusfilósofos nos previenen: hay "cosas" muy distintas que sin embargo se denominan igualmente "DDSS".³

3. La "inflación" de los derechos subjetivos

Esa observación constituye una cierta expresión de sensatez ante la simplificación abusiva del tema y frente a lo que se ha llamado "inflación" de los DDSS.⁴ En efecto, y como es sabido, el proceso de antropocentrismo e individualismo exacerbados propios de la modernidad, sobreabundó y sobreabunda en torno a la defensa, reivindicación y, como se dice: "promoción", verbales, de los "derechos", con la tendencia a explicar la vida jurídica y aun la política en torno a ellos y a partir de ellos.⁵

4. Una actitud negadora: H. Kelsen

La actitud de rechazo frente a esa "inundación" de DDSS asumió formas que en general pueden englobarse como "negatorias" del mismo. Las oscilaciones que en otro lugar hemos registrado en estos autores⁶ no es sino una muestra de la dificultad de negar "la cosa" aludida con la expresión "DS", aunque implica una actitud parcialmente válida ante aquellas posiciones.

Una actitud negatoria tendríamos en un "teórico general" del derecho de actitud antimetafísica, y armado de una "navaja" más cortante que la del viejo Occam, el austriaco H. Kelsen, que también arremetió contra la noción de DS.

Tras registrar como disvalioso que se antepongan los derechos a las obligaciones⁷ señala:

"la captación de la esencia del DS se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, DDSS, se designan circunstancias muy diferentes entre sí" (p. 139).

Esto es: bajo esa denominación hay "cosas distintas". Sintetizando: hay veces que al DS corresponde una obligación de "hacer"; otras una de "no hacer". Por ejemplo: digo que tengo derecho de propiedad sobre esta cosa; y esto puede significar la obligación en todos los demás de abstenerse de interfe-

³ Recogemos algunas clasificaciones en "Aproximación a la problemática del derecho subjetivo", en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, nº XVI, 1985, p. 28.

⁴ La expresión es de M. Villey, profesor en París.

⁵ Nos informan de lo que sería un ejemplo típico de esta actitud: toda una parte del Derecho Constitucional, la que se ocupa de "declaraciones, derechos y garantías", que corresponde a la primera parte de la Constitución Nacional, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires queda subsumida en una materia denominada "derechos humanos". No toda la primera parte de la Constitución es, evidentemente "derechos humanos". Pero hay otra complicación: esa materia "derechos humanos" es "disputada" entre constitucionalistas e internacionalistas, estos últimos invocan para ello que hay pactos internacionales de derechos humanos. ¿Qué queda así del Derecho Nacional, propio del estado soberano?

⁶ Op. cit. en nº 3.

⁷ *Teoría pura del derecho*, trad. 2ª ed. alemana de R. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

rir en el uso de ella. Pero si digo que tengo DS a que Ud. me pague, el correlato es una obligación suya de hacer algo: pagarme.

Kelsen da un paso más. Veamos:

"Pero esta situación de hecho designada como 'derecho' o pretensión jurídica de un individuo, *no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros*" (subrayado nuestro).

"Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como 'derecho', entonces ese derecho no es sino un *reflejo de esa obligación*" (subrayado nuestro) (p. 140).

Tenemos, pues, al DS como un mero "*reflejo*" de una situación jurídica, que puede, como "concepto auxiliar", servir para explicarla.

"Pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es *superflua*" (p. 141).

La precitada "navaja", que ya lo redujo a mero "reflejo de la obligación" y que arremete típicamente contra todo dualismo e impureza, apunta en seguida contra el "derecho natural", otro "enemigo" de *Kelsen*, haciendo en este caso de la teoría del DS un resabio iusnaturalista: p. 142. Concluye el párrafo remachando: el DS "*consiste* en (esa) obligación jurídica" (p. 143). (Subrayo).

Mas al lado de esta especie superflua de DS, que sólo sería reflejo de la obligación del deudor, encuentra *Kelsen* el "DS como *poder* jurídico". Si en aquel caso se refería a la clásica teoría de los juristas como "interés jurídicamente protegido", aquí alude en su desarrollo a la llamada "teoría de la voluntad".⁸ Es el caso en que la norma jurídica faculta a un individuo para realizar una acción dirigida a los magistrados para obtener la ejecución de una sanción (p. 146 in fine y ss.). Esta es una noción "técnica" mas no necesaria del orden jurídico, sigue diciendo *Kelsen*, y es propia de los regímenes capitalistas (p. 148); en cambio, sí es esencial a él el estatuir *obligaciones*.

¿Quiere decir que aquí hay, finalmente, bajo la expresión "DS" "algo real"? Al parecer no; porque este DS no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. *Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica que otorga un poder específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo*" (p. 148; subrayado nuestro).

Pero, ¿es que todo queda reducido a la norma jurídica, esto es que "la obligación en realidad se reduce a norma jurídica", y el DS también?

"Que ese individuo 'tenga' un DS, es decir, que 'tenga' determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias" (p. 148).

O sea que, si no malinterpretamos, aun en este caso DS no indicaría algo real, fuera de una previsión normativa. Habría, por un lado, *conductas*... Por

⁸ Nos ocupamos de ambas clásicas posiciones en "Algunas cuestiones sobre el derecho subjetivo", en *Prudentia Iuris*.

otro, *normas*. Ni DDSS como algo real, ni obligaciones como algo real. (Con todo, cuando Kelsen alude insistentemente a "relaciones" para explicarse sobre estos puntos, "¿relaciones" qué significa?)

5. La posición de Darío Composta

Sintetizamos diciendo que hay en general en *Kelsen* una posición *negativa* sobre el DS, y dejamos por ahora de lado muchas cuestiones que suscita su explicación. Bueno es recordar entonces cómo, frente a su posición negativa, registramos otras, de signo diferente y tradicional.

Nuestro amigo, el distinguido profesor de la Universidad Urbaniana P. Darío Composta, se ha ocupado del asunto, por lo menos, en dos trabajos de signo histórico pero en que desarrolla su orientación sistemática. Sus dotes filosóficas nos abren la esperanza de salir de aquel "desamparo" a que antes aludíamos.

Uno de ellos es el pequeño libro "*La 'moralis facultas' nella filosofia giuridica di F. Suarez*".⁹ En esta obra, en que hace meritorio acopio de los lugares suarecianos sobre el tema, luego de ocuparse del uso de la voz "facultad" en el granadino, desemboca en el significado metafísico y el papel esencial que tiene la "moralis facultas" en la iusfilosofía suareciana.¹⁰ Dicho significado está implícito en la cualificación de "moral", y sobre esta expresión hay dos interpretaciones: o "moral" expresa esencial y primariamente *actividad ética y moral*; o significa por concepto objetivo una pura *entidad metafísica*, un poder radicado en la naturaleza y con entretejido ontológico, un plexo perteneciente a las relaciones trascendentales, anterior a la propia vida moral, como un contenido personalístico que se desarrolla en las dimensiones de la historia.¹¹

Basado en un texto de Suárez,¹² distingue facultad moral de física; la segunda entraría en la categoría aristotélica de *cualidad*. La "moralis potestas" debe ser entendida análogamente respecto a las facultades físicas: no es una cualidad ni se distingue de la naturaleza sino que es dada por Dios con la misma naturaleza; es un "órgano jurídico" (p. 46). La "moralis facultas" es una relación finalística de la persona, anterior a la actividad del intelecto o de la voluntad. Es "moral" en un significado no ético sino metafísico (p. 48).

En el volumen colectivo "*Miscellanea Taparelli*"¹³ el P. Composta escribió el trabajo más extenso de ella, intitulado "*Il diritto soggettivo secondo P. L. Taparelli*", que sintetizamos en lo sistemático: el DS no es estrictamente ni

⁹ S.E.I., Torino, 1957.

¹⁰ Op. cit., p. 43 y ss. hasta el final.

¹¹ Prima facie no suscribiríamos esa separación "ética o moral" y "metafísica", ni lo que se dirá en seguida sobre "moral" con significado no ético sino metafísico. Advertimos, también, que para nosotros el DS no sería, cuando es *poder*, "*actividad*", sino poder-para-actividad. Tendría cierta naturaleza potencial, v. infra, mientras "*actividad*" la tendría *actual*.

¹² *Defensio Fidei*, III, II, 3.

¹³ Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma, 1964.

un poder, ni una facultad, ni potencia de acción. Sería una relación que está presente en la acción humana, nexo de acción con la ley o bien un nexo puro y simple fuera de toda acción. Ejemplo: tengo DS a que no me roben el auto que tengo en la calle: no hay ninguna acción, pero está el DS. En cambio, hay una acción cuando digo que tengo DS a exigir el pago de una deuda.

¿Por qué no admite el DS como poder? Pues, porque —enseña— está destinada al fracaso toda tentativa de reducción del DS a cualidades morales o síquicas o físicas: el DS no es ni un flujo hipnótico, ni atracción magnética, ni ninguna fuerza ni física ni síquica que ligue al deudor con el titular, ni voluntad, ni dominio, ni ninguna otra energía espiritual. Esto es así en los DDSS en que hay acción. Pero se hace más evidente en aquéllos en que no hay acción explícita del sujeto. Por lo tanto, decir que puedo hacer o exigir algo no significa nada real en el titular. Los poderes son sólo metafóricos, y han de ser nombrados entre comillas. Decir que tengo el poder de hacer esto o de exigir lo otro, sólo significa que mi acto es bueno (individualmente o jurídicamente).¹⁴

6. Diversidad de "cosas" bajo la denominación "DS": "estáticos y dinámicos"

Sin entrar a analizar las posiciones de Kelsen y de Composta, ni pretender resolver aquí tan intrincado asunto, ambos autores nos prestarán ayuda, al menos, para esbozar un planteo de su rica problemática y un modesto ensayo de solución. La situación es complicada por varios lados: por de pronto digamos, siguiendo en esto a ambos, que bajo la expresión "DS" evidentemente se designan "cosas" muy distintas como para que respondan a un mismo concepto. Así, por ejemplo, podemos decir: derecho de matar en legítima defensa; derecho de transitar por la calle o de practicar deportes. (*Caso A*). Y, por otro lado, podemos decir: DS al respeto de mi vida; derecho al respeto de mi fama, mi honor, o de mi propiedad. (*Caso B*).

Pongámonos de acuerdo, antes de seguir adelante, en que el contenido de lo que se quiere decir al hablar de "derecho de matar en legítima defensa",

¹⁴ Cfr. FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Rialp, Madrid, 1963. Este a. sostiene que el DS tiene como única realidad la de una "valoración normativa de una conducta posible desde el punto de vista de la licitud" (p. 364); el DS viene a tener la "naturaleza jurídica" de un "juicio valorativo" (p. 365). No es facultad física o psíquica (voluntad, etc. . .) sino moral (p. 366). Es "la idealidad de una mera denominación extrínseca de licitud jurídica" de una conducta posible (es decir, de una facultad psíquica) fundada en la relación jurídica vertical de conveniencia entre la conducta actual y las normas que la permiten" (p. 368). El poder físico o dominio potencial "se denomina jurídicamente permitido o lícito en virtud de una relación mental a la norma, que funda —a su vez— la licitud de la pertenencia (relación de 'haberé') del efecto o resultado de tal ejercicio: en cuanto es medio en orden a la obtención de su fin en sociedad. Relación ésta que es de razón" (p. 368/9) . . . "En el DS más que 'querer' hay una 'posibilidad de querer' . . ." (p. 369). "El crédito no es propiamente un 'DS'" (p. 371). Tenemos dudas, pero lo más recurrente en este autor parece ser la doctrina del DS como relación de razón. También RAFAEL MARÍA DE BALBÍN, *La relación jurídica natural*, Eunsa, Pamplona, 1985, p. 185, conceptúa al DS como relación. También sería relación la "cosa justa". A estar a la nota 387, p. 187 y al criticar a Gredt, sería relación real. Pero en p. 190 el DS aparecería como cualidad.

“derecho de transitar por las calles”, o “derecho del feto a la vida”, es verdadero, que “hay DS”.

Ahora bien: *Si hay “eso”, estamos, de algún modo, ante “algo real”*. El asunto es si ese “algo real” que llamamos “DS” se subsume en realidad en otro concepto o no, por una parte; y sea lo que fuere de ello, *como qué existe*.

Como se advierte, el asunto es importante para una recta conceptualización del campo jurídico y sus objetos. Pero la breve incursión en si hay “algo real” dejó pendiente la distinción entre los *casos “A”* y los *casos “B”*: como en otro lugar lo hemos explicado, recogiendo en esto lo insinuado en las clasificaciones de los DDSS por algunos juristas, hay que decir que en los casos “A” (v.gr., derecho de ejercer legítima defensa) el DS se presenta con relación a un *acto del titular*. Se presenta como una cierta *potencia activa*. En ellos puede haber un *ejercicio*, que casi redundantemente llamaremos “activo”, del titular.¹⁵

En cambio, en los *casos “B”*, el titular está en *total pasividad*. No se trata de una potencia-para-actos. Es “algo” que relacionamos con actos ajenos. Y acá se abren dos cuestiones: 1) decimos: “que relacionamos”; ¿podríamos decir “hay relación”? (Pensamos en una relación real).¹⁶

2) También podríamos abrir una subdistinción en el caso “B”: casos en que debe haber actitudes de *omisión* de los demás; casos en que debe haber *acciones*, de ellos, v.gr. en el caso del derecho de crédito.¹⁷

Esa tal diferencia entre poder-para-actividad y total pasividad, nos hace pensar que la “ficha” que queríamos poner en el tablero *no es tal*. Hay, en todo caso, *“más de una ficha”*. No se puede, pues, hablar de DS como si bajo esa expresión hubiera objetos homogéneos, pues debemos distinguir como “cosas” netamente diferentes los DDSS “dinámicos” de los “estáticos”. La fenomenología del DS nos ha complicado los planes iniciales, que preveían una tarea mucho más fácil.

7. Poderes jurídicos

Yendo a los casos de DS “dinámico” (“A”), hay una cierta proximidad con los llamados “*poderes físicos*”, por lo que, en principio, puede hablarse de “*poderes jurídicos*”.

El DS aparece, en éstos, como una cierta potencia activa: poder-para actos propios. Así como puedo decir que tengo o no poder de levantar tantos kilo-

¹⁵ Cfr. op. cit., n. 3.

¹⁶ Si se afirma que el DS pertenece a la categoría de relación, habría que avanzar explicando: ante todo, si es real; y, en su caso, si es trascendental o predicamental; a la vez, cuáles serían el sujeto y el término; y qué tipo de relación sería: ¿de causalidad o de “conveniencia-discrepancia”? etcétera.

¹⁷ Las clasificaciones hechas suponen la distinción entre DS y “haz de DDSS”. Bajo la denominación “DS a la vida” se engloba un “haz”: DS pasivo de que se me respete, DS activo de accionar en legítima defensa, o de denunciar ante los magistrados, etc. Lo mismo en el DS de propiedad: que no me usurpen, vender, etc. V. op. cit., n. 3.

gramos de peso, así puedo decir: tengo o no poder jurídico de realizar tal conducta.

Desde luego que no coincide con el poder físico. Puedo tener poder físico de matarlo a Ud. o no tenerlo (v.gr., por carecer en absoluto de fuerzas o de medios para ello). Pero no quiere decir que tenga ese poder *jurídico*, el que sólo se hará presente, por ejemplo, en el caso de legítima defensa o justa guerra.

El PJ, por lo tanto, sólo será poder para conductas lícitas (o bien conductas debidas, o bien facultativas). Esto es, para conductas cualificadas o caracterizadas por su conformidad con las normas.¹⁸

Pero sigue pendiente un problema: ¿se puede hablar de un derecho de transitar si yo físicamente no puedo transitar? ¿Tiene algún sentido hablar del DS del impotente, al acto sexual? Parece que *no*.

Si esto es así, debe suscribirse la siguiente consecuencia:

El poder jurídico no coincide con el poder "físico", pero, al menos en ciertos casos, lo supone.

Dijimos que el poder jurídico no puede reducirse al poder "físico" pero tampoco puede *limitarse* y lo decimos contra ciertas indebidas reducciones normativistas, a las normas jurídicas. Aunque éstas tengan influencia causal respecto de los DDSS.

Esto nos ayuda a despejar algunos aspectos del problema: por ejemplo, cuando el *P. Composta*, para atacar la noción de poder jurídico, insiste en que no es ningún poder hipnótico ni fuerza magnética, etc., nos parece que está buscando una cierta influencia, cierta causalidad, que *nosotros encontramos en la norma jurídica*. La norma jurídica es causa formal extrínseca o ejemplar de la conducta jurídica, y de algún modo es causa del poder jurídico, en cuanto este poder lo es para dichas conductas. Este aspecto queda fuera, pues, del dato estricto del DS.

Habrá que distinguir, pues, como lo hemos hecho en otro lugar,¹⁹ el DS de la norma y, además, a ambos de la obligación jurídica.

Sin duda que en el poder jurídico hay *relación* a conductas propias. Pero, ¿puede reducirse su realidad a *relación*?

Hay relación, nos parece, pero algo más que eso. Así como entre la potencia visiva y el ver hay relación, así también parece debe haberla aquí. Mas no puede definirse la potencia visiva sólo por relación al acto de ver, sino por una

¹⁸ Como se advierte, el centro de la articulación de todo el campo jurídico es puesto en la *conducta* jurídica. En la conducta "está la actividad", como ya dijimos supra en n. 10. Y el poder jurídico pertenecería ónticamente al orden potencial, y de potencia *activa*.

¹⁹ Op. cit. en n. 3; y "Para una fenomenología de la obligación jurídica", en *El Derecho*, 30 de junio, 1 y 2 de julio, 1987.

real *aptitud* o *capacidad* para ver. Hay relación, pues, pero hay virtud o capacidad real. Dice *Fabro*:

"No es que la realidad de la potencia sea su ordenación al acto o consista en esa ordenación al acto, porque entonces se diluiría en una relación".²⁰

El "*poder ad*" no es un mero "*ser ad*". Hay un "plus" respecto de la relación.

Entonces, si en lo que denominamos DS dinámico o activo o poder jurídico admitimos que hay un cierto poder físico, no podemos reducirlo a *relación* y debemos admitir lo que metafísica y psicológicamente se llama una "*facultad*".

Si todo esto es cierto, *en estos casos* esa "ficha" que queríamos poner en el tablero aristotélico, que no es "una ficha" sino una "subficha", debe ser puesta en la categoría de *cualidad*, en el subpredicamento de "*potencia*".

Contra la conclusión sentada se nos podría oponer este discurso: lo que ingresa en la categoría de cualidad, subcategoría potencia, no es el DS sino "algo físico aparte". Lo cual supone, nos parece, una orientación que tiende a "des-realizar" el DS. Habría, pues, cualidad física pero eso no lo constituiría. Nos parece que no hay por qué rehusarse sistemáticamente a calificar como jurídico o como "derecho" a *las mismas realidades humanas*, "físicas" o psicológicas. A veces, en este rechazo, creemos ver como latente cierta pretendida "pureza a lo *Kelsen*", que tiende a hacer al derecho, en general, sinónimo de *norma* jurídica.

Si se recuerda uno de los presupuestos de esta exposición, que es el mencionado supra en n. 22 al final, se comprenderá lo que ahora vamos a decir: estamos tratando de determinar la naturaleza del DS, *no de la juridicidad*. Esta sí es una *relación*. Pero el hecho de que la juridicidad, como constitutiva relación de conformidad con la norma jurídica, de algún modo, como por mediación de la conducta, "cualifique" o informe al DS como poder jurídico y lo distinga del mero poder físico, no autoriza a definirlo sólo por ella (por la relación que se llama juridicidad). La definición o descripción *esencial* no puede limitarse a lo que es o hace de *forma*, y debe incluir lo que hace de *materia*.

Algún paralelismo vemos, por lo demás, en aquella actitud "relacionista" citada, con la que se niega a conceptuar la "ipsa res iusta" de II-II, 57, 1 como *conducta*, para hacer de ella algo que sería "menos real", esto es *relación*, un mero "ser ad".²¹ Quedarse en la mera relación no parece dar cuenta fiel del

²⁰ FABRO, CORNELIO, *Curso de metafísica*, trad. Aguer y otros, Facultad de Teología de la Pontificia UCA y Librería del ICRS, Buenos Aires, s/f., p. 77. Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, IX.

²¹ LACHANCE trata el tema en *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás* (versión Cuevillas, Buenos Aires, 1953, pp. 313-328), y en *El Derecho y los derechos del hombre*, versión Horno Liria, Rialp, Madrid, 1979, pp. 182-185. En la primera obra describe el poder como "perfección ontológica" (p. 313), y habla de "potencia" (ibídem); distingue poder "moral" de poder "físico" (ibídem); identifica facultad moral con libertad respecto de lo honesto (p. 314); en p. 321 alude al "*hábito*". Por analogía se le puede llamar (al DS) "derecho". En la segunda obra, habla de una relación de "*habere*" (p. 181); en p. 182 del "*dominium*" como una relación. El dominio sería atributo psicológico y natural del hombre, ajeno a la esfera jurídica (p. 183). El *dominium* o poder nato del hombre sobre sí y sobre lo que lo rodea, es poder moral o humano en la medida en que versa sobre objetos racionales (p. 183).

DS y del campo jurídico en general. Esto puesto, notamos otro paralelismo en cuanto —de nuevo— aparecería una tendencia "des-realizadora", entre hacer suarecianamente de la moralidad-juridicidad una mera "denominación extrínseca" a la conducta, hacer de la "ipsa res iusta" una mera relación, y hacer también del DS = poder jurídico, sólo una relación.²²

Creemos haber llegado, así, a una conclusión parcial, que se debe expresar y leer con precisión:

los derechos subjetivos dinámicos (cuyo ejercicio consiste en un cierto despliegue "físico", en una conducta humana) han de englobarse, en el tablero aristotélico, en la categoría de cualidad, subpredicamento potencia. Hay "algo real"; no es "algo superfluo" ni "mero reflejo" o duplicación innecesaria de otra realidad; no hay mera relación. (Primera conclusión).

8. DS "estático" y título jurídico

Ahora bien, ¿qué pasa con el DS que hemos llamado "estático", por ejemplo el derecho al respeto de la vida o el derecho de crédito precisamente considerado?²³

Desde luego que admitimos "algo real" cuando decimos que tenemos "DS a la vida" (en rigor: DS al respeto de la vida), en el sentido de que negamos que otro tenga, en principio, derecho de matarnos o que sea lícito para otro u otros darnos muerte; claro está. Pero, de nuevo, aleccionados por *Kelsen*, entre otros, nos preguntamos si eso real no sea un mero "reflejo" o duplicación de otra "cosa".

Acá, y por razones que ya se verán, es necesario considerar la noción de *título jurídico*, como "la razón o fundamento más inmediato por la cual una conducta es debida con respecto a alguien".²⁴

Esto puesto, cabe reformular la cuestión planteada antes de la alusión al título: ya que evidentemente, al no haber un DS para un acto, esto es *al no haber conducta posible como ejercicio del DS* en este caso, no hay poder jurí-

²² En este trabajo presuponemos que la conducta jurídica debida es lo mentado en la principal acepción del término "derecho". Seguimos así la interpretación tomista de *Guido Soaje Ramos*, de quien somos deudores, también, en ideas centrales sobre la realidad del DS. Conste nuestro agradecimiento. *Se presupone*, también, que tanto la moralidad como la juridicidad son algo real, constituido por una real relación esencial o constitutiva a la regla de la moralidad o juridicidad.

²³ No se trata del DS "nuevo" y posterior al de crédito, de accionar judicialmente pretendiendo el cobro. V. la noción de "haz de derechos", supra en n. 17.

²⁴ Por ejemplo: la ley dispone que al vencimiento del contrato el locatario debe devolver la cosa al locador; la conducta obligatoria se determina, en el sentido de una mayor concreción, por el título: porque el señor "X" ha entregado la cosa en locación, tiene título jurídico para que le sea devuelta a él la cosa. Porque soy persona y no he agredido previamente, por hipótesis, a quien me ataca, tengo título jurídico a la legítima defensa. La ley es fundamento; el título también, pero más concreto e inmediato. Es necesario tematizarlo. La insistencia en que el DS es relación, ¿no aparece como en compensación por el "olvido del título"? Cfr. el Diccionario de Filosofía del Derecho a editar por Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, donde redactamos la voz "título jurídico".

dico, ¿habrá “algo real” designado como “DS” fuera *del título jurídico*? Arribados a este punto advertimos que en la iusfilosofía en general suele haber cierto “olvido del título”. Admitida esa noción, pues, ¿qué queda del DS “estático”?

Como el ente se distingue de su actividad, el metafísico se ve en la necesidad de admitir, entre ambos, la *facultad*.²⁵ El DS dinámico coincide con la facultad (psicológica, antropológica o metafísicamente; esto no quiere decir que el ejercicio sea *jurídicamente facultativo*). Pero no habiendo aquí actividad no hay poder o facultad sino total pasividad. *Aparentemente no habría nada fuera del título*, con todo lo que éste significa.

Donde hablamos de DS al respeto de la vida, pues, está el título jurídico. ¿Cuál es en este caso? *En este caso*, coincide con el ser *persona*, pero sumada la condición de que no haya incurrido en indignidad que la haga pasible, por ejemplo, de justa “pena de muerte”. El título es categorialmente *aquí* algo *sumstantial*, obviamente.

Esto, uniendo la noción de título a lo que veníamos diciendo, viene a significar que *la persona funda parcialmente y de algún modo el orden jurídico*.²⁶ Lo que plantea, para quienes rechazamos todo personalismo en el sentido de hacer de aquélla una especie de centro o de absoluto o el fin último del orden jurídico-político, o rechazamos hacer de la ley algo diluido en la nuda naturaleza y ver a ésta (la naturaleza) como fundamento práctico inmediato de la obligación,²⁷ la cuestión de la articulación de razón y naturaleza, o de ley e inclinaciones, y de bien y naturaleza, así como de los distintos bienes y fines en relación a la persona humana. El que debe realizar la conducta jurídica debida de respetar mi vida (omisión) o pagarme lo que me debe (acción), conoce los principios del orden práctico que, unidos a la consideración de la realidad, le imperan concretamente respetar mi vida.

Cabría plantearse si aquí hay, con todo, “eso” mínimamente real que es la *relación*. Piénsese en el feto que va a ser abortado. Tiene un DS a que se le respete su vida, más propiamente, título jurídico al respeto de la vida. El abortero va a practicar el acto criminal. ¿Qué relación real hay entre ese feto y ese delincuente, miradas las cosas *desde el feto*? No hay relación de conocimiento, supuesto que el feto no conoce lo que va a pasar, y aun cuando conociese ella no es constitutiva de lo que se llama su DS, que en realidad coincide con el título. No hay otra relación de causa, aparentemente, de ningún tipo, ni, al parecer, de conveniencia-disconveniencia. Y, dado que la persona como tal no

²⁵ Véase en GONZÁLEZ ALVAREZ, ANGEL, *Tratado de metafísica-Ontología*, Gredos, Madrid, 1961, el interesante cap. V de la sección segunda, p. 343 y ss.

²⁶ Sería fundamento *antropológico* del derecho. Decimos “de algún modo” y “parcialmente” en cuanto el título y el hecho de ser persona, así como las inclinaciones a que alude *Santo Tomás* en I-II, 94,2, en la esfera práctica son *regulados por la regla de la razón* (I-II, 94,2, ad 2); y porque la persona *puede volverse indigna*, y perder “el DS a la vida”, como decimos en el cuerpo aludiendo a la pena de muerte justamente aplicada.

²⁷ “El fundamento natural, universal, práctico e inmediato de la obligación ético-jurídica no es la naturaleza sino la recta razón”; —fue la tesis que defendimos en la X Semana Tomista, Buenos Aires, 1985: cfr. “Obligación ético jurídica, naturaleza y recta razón (Una cuestión en I-II, 94, 2)”, en *Ethos*, nro. 12-13, Buenos Aires, 1984-85, p.161.

es norma, no hay aquí otra causalidad extrínseca ejemplar, fuera desde luego de la norma jurídica, "opus rationis".

Acá sí, entonces, quizá debemos aprender algo de los negadores del DS; al menos de Kelsen, y en el sentido de que sería superfluo agregar en estos casos un plus respecto del título jurídico. Tal vez ni siquiera haya una relación real. (Segunda conclusión).

9. La obligación jurídica

No se nos diga, "reñiciendo" en Kelsen, que en todos los casos hay el elemento unificante de una especialísima relación, la relación de necesidad deontica denominada "obligación" ética o jurídica. Porque la obligación está, *en el caso del feto y el abortero*,²⁸ "del otro lado", del lado del obligado y no del "acreedor" o "titular".

Una interesante complicación se daría en los casos en que la obligación está también "de este lado", cuando el titular de DDSS está *obligado* a ejercerlos: el padre de familia o el gobernante o el profesor tienen DS de educar, gobernar y dar clase, pero también la obligación de hacerlo, en cada caso: *DDSS de ejercicio obligatorio*. Aun en este caso se distingue, sin embargo, el DS de la obligación. Una interesante cuestión, que dejamos para otro lugar, sería la del tipo de distinción que aquí habría. Con todo, que "del otro" o "de este lado" haya obligación, no justifica la reducción sin más del DS a la obligación y así a una especial clase de *relación*.²⁹ Y esto basta a nuestro objeto actual.

10. Una posible "tercera clase" de derechos subjetivos

Aparentemente, pues, nuestra "dedicación fenomenológica" alargó el camino pero nos dio algo del esperado "*resultado categorial*":

no hay una única realidad bajo la denominación de "DS"; en el caso de los poderes jurídicos hay cualidad; en los otros casos, que son muy distintos, sólo hay en el titular del llamado "DS" un título jurídico.

Pero ¿es que la división del DS en "estático" y "dinámico" es suficientemente completa? ¿Abarca toda la realidad del DS? Aparentemente, entre "hay poder" y "no hay poder" no caben términos medios. Ergo... la división sería completa. Pero la realidad jurídica tiene sus aristas complicadas, reacias a la aparentemente segura división dicotómica. Vayamos despacio.

En sede práctico-jurídica se presentan algunas cuestiones fácil y pacíficamente resueltas mediante el recurso de las ficciones. Así, por ejemplo, hay grupos humanos, que *jurídicamente son personas*, sin ser personas en la realidad. La solución *práctica* es fácil; mas la *ontológica* no: la dificultad surge ya de oponer "jurídico" a "real". Los padres adoptivos son jurídicamente padres,

²⁸ Recordamos que las virtualidades de este desarrollo son *teóricas*, en el sentido de que no modifican las consecuencias y verdad prácticas de afirmar, como se suele hacer, que el feto "tiene DS" a la vida.

²⁹ Se trata de la necesidad con relación al fin, compatible con la libertad.

pero no son padres en el sentido carnal. Hay DDSS que se "*ceden*". Hay "fundaciones" que actúan como personas, etc. (Esto nos incita a estudiar la naturaleza óptica de lo que llamaríamos las "cosas normativas"... Pero quede, Dios mediante, para otra ocasión...).

Circunscribámonos al tema del DS, y DS "dinámico". En Derecho hablamos, por ejemplo, del DS de contraer matrimonio. Este derecho de realizar una especie de contrato (no desde luego a la consumación del matrimonio), se puede ejercer, civil y canónicamente, por apoderado, por representante.

No hay aquí, como decimos, problema jurídico-práctico pero sí jurídico-teórico, esto es de explicación de la realidad jurídica. (Ahora vamos a hacer un razonamiento análogo al de ciertos juristas en la disputa sobre si el DS es "interés" o "voluntad"). Si yo digo que el poder jurídico consiste en una cualidad, más precisamente en una potencia como subpredicamento, *donde esté la potencia allí estará el DS*. Pero, tanto la potencia real no está en el titular del DS y de las obligaciones, que un sujeto es el que jurídicamente se casa, mas está en este aspecto en total pasividad, porque otro realiza el acto contractual de expresar su voluntad por él.

Y no se diga que cierta potencia (subpredicamental) está sólo en el apoderado firmante del contrato matrimonial. El apoderado es titular de otro DS, el de *representar* al contrayente y tiene la potencia de firmar el acta y emitir, realmente, una manifestación de voluntad (bien que por otro pero no menos real). Pero el problema está en qué queda de la potencia y ejercicio reales, en aquel que contrató mediante representante y sobre el cual recaen, sin embargo, las consecuencias del acto.

Podría objetarse que el contrayente por representante realizó una actividad al dar el poder. Pero esto, en el mejor de los casos, sólo tendría valor de refutación parcial, porque en un *momento* en que el titular *no hace nada*, en que está en total pasividad, "*queda casado*", *ejercita* jurídicamente el DS de casarse.

Con todo, para evitar ese escollo, pensemos en otro caso: el del menor absolutamente incapaz que por medio de representante, con autorización de juez, *ejercita* el DS de *vender*.

Aquí hay pasividad del menor titular, como en los casos de DS "estático", pero hay esa virtualidad que advertimos en los DDSS que son poderes jurídicos. Hay cierta "fluencia" de la que provienen consecuencias jurídicas, "creaciones" de normas jurídicas o cambio de status jurídicos. Pero esa aludida pasividad, y que el ejercicio no sea, en el titular, "físico", de ninguna manera, nos llevan a pensar que *allí no se da una potestad del orden de la cualidad, subcategoría potencia*.

Esto nos conduciría a la necesidad de admitir, quizá *una tercera clase de DDSS*, donde no hay el poder físico real de la primera, ni habría la pasividad de la segunda, sino tal vez un cierto "poder normativo" o algo semejante. (*Tercera conclusión*).

Por donde se ve que cuanto más nos alejamos del "nivel físico" que advertimos en los casos de poderes jurídicos de ejercicio activo, más entramos en

un cierto nivel "suprafísico" donde parecen estallar las categorías aristotélicas, que parecen inapropiadas para albergar a esas realidades jurídicas que son las normas y los poderes normativos. Las dimensiones espirituales nos están incitando, así, a nuevas indagaciones a través de territorios poco explorados. Indagaciones acordes con el espiritualismo metafísico tomista que avancen por sobre las más "físicas" categorías del Filósofo. Tarea digna de otras cabezas, más metafísicas y dignas de esta semana, que no de nuestra pobre "mente jurídica".

11. La tesis "relacionista" y algunos textos de Santo Tomás

En *Lachance* y *de Balbín* encontramos la invocación de algunos textos de *Santo Tomás* con que se abonaría la tesis "relacionista".³⁰ Los textos y la tesis que se extraería se sintetizarían así: "para *Santo Tomás* el dominio sería una relación".

Puestos los principales textos citados en la nota,³¹ formulemos breves observaciones sobre ellos, en la inteligencia de que aunque refieren a Dios, pueden analógicamente darnos una doctrina sobre el dominio humano, el poder político, el derecho de propiedad, en fin, sobre los poderes morales y el DS.

1) Ante todo, a propósito del texto de I, 13, 7 ad 1, refiriéndolo a las cosas humanas, hay que distinguir de un lado la "cosa" designada, de otro, aquello de donde proviene el nombre con que se la designa, y el significado mismo de dicho nombre: mi hijo puede hablar de mí diciendo "padre" o "mi padre"; tal nombre se toma de una *relación* que proviene de la generación. Pero aunque tal nombre sea "relacional", por así decir, pues se toma de una relación, ella indica directamente, algo *substancial*: mi persona ("la cosa").

2) Adviértase la conclusión del mismo *Tomás*: el nombre "dominus" significa directamente relación, pero de esta manera en forma indirecta significa la substancia divina: "*sicut dominium praesupponit potestatem*".

³⁰ LACHANCE, *El derecho y los derechos...*, op. y loc. cit. supra en n. 21; DE BALBÍN, *op. cit.*, supra n. 14.

³¹ a) I, 13, 7 ad 1: Ad primum ergo dicendum quod relativa quaedam sunt imposita ad significandum ipsas habitudines relativas, ut *dominus, servus, pater et filius*, et huiusmodi: et haec dicuntur relativa secundum esse. Quaedam vero sunt imposita ad significandas res quas consequuntur quaedam habitudines, sicut *movens et motum, caput et captivum, et alia huiusmodi*: quae dicuntur relativa secundum dici. Sic igitur et circa nomina divina haec differentia est consideranda. Nam quaedam significant ipsam habitudinem ad creaturam, ut *Dominus*. Et huiusmodi non significant substantiam divinam directe sed indirecte, inquantum praesupponunt ipsam: *sicut dominium praesupponit potestatem*, quae est divina substantia. Quaedam vero significant directe essentiam divinam, et ex consequenti important habitudinem; sicut *Salvator, Creator, et huiusmodi, significant actionem Dei, quae est eius essentia*.

b) *De Pot.*, VII, 10 ad 4: Ad 4^{um}, dicendum, quod hoc nomen, *Dominus*, tria in suo intellectu includit; Scil. —potentiam coercendi subditos, —et ordinem ad subditos qui consequitur talem potestatem, —et terminationem ordinis subditorum ad dominum; in uno enim relativo est intellectus alterius relativi.

Salvatur ergo huius significatio nominis in Deo quantum ad primum et tertium, non autem quantum ad secundum. Unde Ambrosius dicit (lib. I di Fide, cap. I, circa med.), quod hoc nomen, *Dominus*, nomen est potestatis; et Boetius dicit, quod dominium est potestas qua servus coercetur.

3) Este último texto adquiere mayor virtualidad en favor de nuestra tesis si pensamos que a nivel de los entes finitos se distinguen *realmente* estas cosas: *substancia-potestad (facultad)-actividad-relación*.

La relación y la actividad suponen la facultad, que es cualidad, subpredicamento potencia. (Repetimos: nivel de las cosas finitas).

4) Cuando en las cuestiones disputadas "*De potentia*", VII, 10, ad 4 el *Maestro* explica lo que se contiene en el nombre "Dominus" indica: 1) la potencia de coaccionar a los súbditos; 2) la relación a los súbditos que subsigue a tal potestad. (Esta en Dios es sólo relación de razón, como es sabido); 3) la de los súbditos al superior. El sentido de "*dominium praesupponit potestatem*" aquí se explicita. Ahora bien, parece que la "potentia coercendi subditus", a la que siguen relaciones, *no puede conceptuarse como relación*. Como nos parece, igualmente, que las alusiones a la "potestas" del hombre en I-II, pról., y a la "potestas procurandi et dispensandi" de II-II, 66, 2, autorizan a extender lo dicho sobre Dios al campo humano, salvando la analogía. El concepto así obtenido de "potestas", nos parece, muestra la imposibilidad de reducirla a relación. Indicando "potestas" sea un poder moral, sea un poder jurídico, esto es un DS, lo expuesto corroboraría nuestra tesis e invalidaría la tesis "relacionista".³²

12. Conclusiones

Arribamos, así, a estas conclusiones que sometemos al juicio de los iusfilósofos y metafísicos:

1. La necesaria tarea fenomenológica sobre el DS nos muestra objetos muy distintos que se designan con esa denominación, lo que nos impide dar una respuesta unívoca a la ubicación del mismo en las categorías aristotélicas.
2. Los DDSS "dinámicos" o *poderes jurídicos* en que el ejercicio se hace mediante conductas con cierta dimensión "física", pertenecerían categorialmente a la *cualidad*, subpredicamento *potencia*.
3. Esto no quita que haya también relación o relaciones reales; añadamos ahora que en estos derechos subjetivos hay, entre otras, una relación *constitutiva* o *esencial* a conductas propias, así como a las normas jurídicas.³³
4. Los DDSS "estáticos" coincidirían con el título jurídico.
5. Habría una cierta "tercera clase" de derechos subjetivos, con una dimensión más normativa y espiritual, que no parece se puede encuadrar en las categorías aristotélicas.
6. Pensamos que la doctrina "relacionista" no da adecuada explicación del DS y que no parece compatible con la admisión del título jurídico, con la concepción de la "ipsa res iusta" como "conducta jurídica" y con la distinción entre DS y juridicidad.

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

³² Cfr. *De Pot.*, q. 7, a. 11, ad 3; *In I. Sem.*, d. 2, espos. textus, ad 2. *In III Phys.*, lect. 1, n. 6.

³³ Esta relación rebasa los límites de una categoría y entra en la constitución esencial de su sujeto (*Lotz* en *Diccionario Brugger*).