

EL DERECHO SUBJETIVO

Texto preparado por el profesor Julio E. Lalanne para ser utilizado exclusivamente para la enseñanza y el estudio en la Cátedra de "Filosofía del Derecho", a su cargo, 5to año, turno mañana, de la Universidad Católica Argentina, durante el año lectivo 2019. El mismo se ha realizado en base a la doctrina tradicional de la cátedra impartida por el magisterio del profesor Félix A. Lamas.

1.- Las impugnaciones del concepto de derecho subjetivo. Crítica.

La experiencia histórica y social –lingüística y empírico-cotidiana, por así decirlo– ponen de manifiesto que suele llamarse “derecho subjetivo” al poder jurídico que tiene alguien para poseer, usar y gozar de una cosa propia, el poder de hacer o no hacer algo o de exigir de otro una cierta conducta debida. Así, por ejemplo, se dice que alguien tiene *derecho* al cobro de una deuda o *derecho* de crédito (del vendedor, del obrero, de quien posee un título de crédito, del damnificado por un hecho ilícito, etc.), se habla de: *derecho* de propiedad, *derechos* de autor, *derecho* al honor, *derecho* de réplica, *derecho* del hijo a ser alimentado y educado por sus padres, *derecho* del Estado al cobro de impuestos, etc. Las facultades y poderes jurídicos a los que se hace referencia en estos casos, y en muchos otros, se denominan “derechos” o, mejor dicho, “derechos subjetivos”.

La acepción de derecho como facultad o poder, a diferencia de otros conceptos técnicos del Derecho, no se remonta ni a Roma ni a Grecia; antes bien, no puede rastrearse en una época más antigua que la Baja Edad Media aunque, en rigor de verdad, adquiere un desarrollo y una cierta consolidación recién en la Modernidad –a partir del siglo XIX– en estrecha vinculación con determinadas doctrinas históricas (individualismo, subjetivismo, liberalismo, iusnaturalismo racionalista) que generaron reacciones y polémicas. Como consecuencia de la fuerte carga ideológica que posee la categoría de derecho subjetivo, la historia del pensamiento jurídico registra impugnaciones sumamente relevantes a su respecto. Sobre la base de presupuestos teóricos y epistemológicos heterogéneos y diversos entre sí, que van desde el positivismo más radical hasta posiciones abiertamente iusnaturalistas, se han efectuado críticas muy severas a la noción misma de derecho subjetivo proponiendo, o bien su eliminación y consecuente sustitución por otras categorías, o bien la revisión de su significación originaria y su reducción a una mera categoría técnica.

A continuación, ensayaremos un somero repaso de las posiciones de quienes impugnan la noción de derecho subjetivo y su correspondiente crítica.

1) *El realismo jurídico escandinavo.*

El llamado “realismo jurídico escandinavo” (*Scandinavian Legal Realism*), cuyo nombre no debe llevarnos a confusión pues se trata de una corriente que postula un positivismo jurídico extremo, afirmó la índole meramente imaginaria de los derechos subjetivos. Sus epígonos más conocidos fueron los suecos Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1832-1955) y Karl Olivecrona (1897-1980).

Según estos autores, no existen “derechos subjetivos” o “poderes jurídicos” como una entidad real objetivamente existente. Se trata sólo de ideas imaginarias, de un fenómeno psíquico colectivo. Tanto la idea de que hay algo llamado “derechos subjetivo” como también la idea de que hay “deberes jurídicos”, si bien tienen relevancia en la medida en que producen efectos en el comportamiento colectivo, no tienen existencia real sino puramente imaginaria. Ambas ideas existen solamente en las mentes de los individuos que se figuran su existencia.

Esta doctrina se explica en los presupuestos gnoseológicos y metafísicos –en rigor de verdad, anti-metafísicos– de base de los cuales parte. Los pensadores escandinavos adoptan como punto de partida de su pensamiento un empirismo extremo, es decir, un fenomenismo sensista en virtud del cual lo único que existe es aquello que puede ser verificado a través de los sentidos externos. Así, impugnan todo aquello que no es susceptible de ser constatado y conocido por medio de la verificación sensible y lo engloban bajo la denominación de *metafísico*, utilizando esta expresión en sentido peyorativo, como algo imaginario e irreal. El título de la obra más relevante de Karl Olivecrona es elocuente: *El*

derecho como hecho.¹ El propósito del profesor de Lund, en esta obra, consiste en depurar el mundo jurídico de fantasmas y espectros metafísicos para dejarlo reducido a la desnuda realidad de los hechos en los que, según su modo de pensar, consiste el derecho, en cuanto fuerza social organizada.² En la obra citada, observa Olivecrona:

Se trata de puras imaginaciones. Y no me refiero solamente a los llamados derechos naturales, sino que también los derechos positivos son irreales.³

Este poder es, en realidad, una palabra vacía. Nada hay detrás de esa palabra. Pero la idea de tener el poder imaginario es capaz de engendrar un sentimiento de poder, es decir, un sentimiento de actividad y fuerza. Este sentimiento da una apariencia de realidad a la idea y, por lo tanto, ayuda a conservar la ilusión de que estamos en presencia de un poder real.⁴

El lenguaje legal constantemente se refiere a poderes imaginarios a su contrapartida, los vínculos imaginarios llamados obligaciones.⁵

Para Olivecrona, aquello que designamos como derecho subjetivo no se corresponde con ninguna realidad empírica existente en el mundo real, concluyendo, por lo tanto, en que el derecho subjetivo es una pura ficción, un poder imaginario, existente sólo en la mente de los hombres, que no hace referencia a ningún hecho objetivo y que, por lo tanto, no existe.⁶

En la segunda edición de su libro *Law as fact*, Olivecrona insiste en la significación puramente psicológica de la idea de derecho subjetivo. En este sentido, afirma:

Esta teoría tiene una base psicológica evidente. Cuando se hace una promesa, es natural sentirse obligado; en tal caso, veo mi libertad como limitada por la promesa. Y debo actuar como he prometido. Al menos así lo pide la otra parte. Se trata de un sentimiento de necesidad moral, o de tener un deber. Y como consecuencia, parece que el destinatario de la promesa tiene algún poder sobre mí. Al expresar una demanda, hace constar mi obligación; asimismo, si quiere puede renunciar a plantearla.⁷

2) *El positivismo sociológico.*

León Duguit (1859-1928), importante jurista francés especialista en Derecho público, es otro de los autores que impugna la existencia de los derechos subjetivos. El pensamiento jurídico de Duguit puede caracterizarse como un *positivismo sociológico*. *Positivismo* (positivismo que se enlaza con el de Augusto Comte) en cuanto recurre al método de verificación empírica, atenta al dato sensible, desterrando todo prejuicio y todo concepto “*a priori*” al ámbito de la fe y de la metafísica. *Sociológico*, puesto que entiende que el hombre aislado no ha existido jamás; que el hombre siempre ha vivido –y no puede dejar de hacerlo– en sociedad, donde, merced al intercambio de bienes y servicios, puede satisfacer sus necesidades, en lo cual Duguit pone el centro y el fundamento del derecho: en esta solidaridad social imprescindible para la vida en sociedad.⁸

Sobre la base de estos presupuestos teóricos, Duguit critica la doctrina individualista del derecho subjetivo, típica del racionalismo decimonónico, según la cual el hombre posee

¹ OLIVECRONA, Karl, *Law as fact*, London, Oxford University Press, 1939.

² Cfr. *Law as fact*, cit, págs. 174 y ss.

³ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, traducción de Gerónimo CORTÉS FUNES, Buenos Aires, Depalma, 1959, pág. 57.

⁴ OLIVECRONA, K., *El derecho como...*, citada, pág. 67.

⁵ OLIVECRONA, K., *El derecho como...*, citada, pág. 75.

⁶ OLIVECRONA, K., *El derecho como...*, citada, pág. 56.

⁷ OLIVECRONA, K., *El derecho como...*, citado, págs. 55 a 57.

⁸ DUGUIT, León, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Brocard, 1926, págs. 49-51, y *Traité de Droit Constitutionnel* Paris, Fontemoing, 2da ed., 1921, págs 111 y ss.; “Las transformaciones del derecho privado”, traducción española de Carlos G. POSADA, en la obra *Las transformaciones del derecho*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, págs. 177 y 178, 180 y ss.

derechos innatos antes de entrar en sociedad, inalienables e imprescriptibles, a los que las normas jurídicas positivas (que, en el marco de su pensamiento, Duguit engloba bajo la denominación *derecho objetivo*) están destinadas a proteger, reputando esa idea como un residuo del pensamiento metafísico. En idéntico sentido, rechaza, por considerarla una categoría metafísica, es decir, una entidad irreal, la idea misma de derecho subjetivo, la cual “atribuye a la voluntad individual un poder no explicado, es decir, metafísico.”⁹ La noción metafísica de derecho subjetivo subsiste en el pensamiento jurídico, según Duguit, a causa de la necesidad que siente el hombre de explicar lo visible por lo invisible.¹⁰ Entiende que lo único que puede ser captado en la realidad del derecho es el derecho objetivo, es decir, la regla de la disciplina social que se ve impuesta a los individuos que forman la sociedad, intimándoles que hagan ciertas cosas y se abstengan de otras: fuera de la esta regla social toda idea de derecho es inconcebible.¹¹ Por tanto, no existe más derecho que el *derecho objetivo*, y que es “condición indispensable para establecer una teoría verdaderamente realista del derecho y del Estado, y dar soluciones que puedan calificarse de científicas”, desembarazar el pensamiento jurídico-político de toda adherencia de significación “subjetivista”, “metafísica”, tal como la idea de derecho subjetivo. El derecho subjetivo, según el jurista francés, es “una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y positivismo como la nuestra”,¹² y que debe ser eliminada y sustituida por la noción más realista de “función social”.¹³

En particular, Duguit rechaza la existencia de derechos anteriores a la sociedad. Opone a la doctrina individualista su doctrina de la solidaridad, según la cual sólo existen funciones sociales. El derecho consiste en reglas que disponen que los miembros actúen de acuerdo con el principio de solidaridad; tanto los gobernantes como los ciudadanos solamente tienen deberes, por medio de los cuales cumplen sus funciones sociales.

3) *El positivismo normativista.*

Hans Kelsen (1881-1973) es otro de los autores que impugnan la noción de derecho subjetivo. Para el jurista vienés “el derecho es solamente un sistema de normas”,¹⁴ entendiendo por norma un enunciado lógico coactivo que establece una relación entre una condición y un deber ser, es decir, una vinculación entre una hipótesis de hecho y una sanción. La “Teoría pura del Derecho” coloca a la norma en el centro del sistema y, por tanto, las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo quedan reducidas a ser algo así como funciones de la norma. En particular, Kelsen considera que el derecho subjetivo, como categoría diferenciada de la norma jurídica, es un concepto cargado de adherencias y de significación iusnaturalistas, ideológicas (un concepto “metajurídico”), del que debe ser liberada la Ciencia jurídica en virtud del postulado de la pureza de su método. En efecto, en la tesis que considera al derecho subjetivo como algo distinto de la norma jurídica, Kelsen percibe, con agudo instinto positivista, un resabio iusnaturalista, pues implicaría pensar que hay derechos anteriores al orden jurídico positivo, que deben ser garantizados o respetados por éste, y tales derechos sólo pueden ser los naturales, es decir, algo inadmisibles en una teoría pura del derecho la cual debe atenerse a la realidad estricta y excluyente del derecho positivo.

A fin de “purificar” su concepción de estos ingredientes indeseables, Kelsen reduce tanto el deber jurídico como el derecho subjetivo a la norma jurídica; en tal sentido, afirma:

⁹ DUGUIT, León, *Traité de Droit...*, obra citada, págs. 15 y ss. y 144.

¹⁰ DUGUIT, León, *Traité de Droit...*, citada, págs. 18, 19, 246, 247, 258, 272 y 297.

¹¹ DUGUIT, León, *Traité de Droit...*, citada, págs. 22 y ss.

¹²

“Las transformaciones...”, citada, pág. 175.

¹³ “Las transformaciones...”, citada, pág. 178 y ss., pág. 180 y ss. Sobre la posición de Duguit, véase LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1979, págs. 725 y ss.

¹⁴

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de MOISES NILVE, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 22 ed., 1986, pág. 43.

Para la teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma individualizada (...).¹⁵

En cuanto al derecho subjetivo, también lo refiere a la norma:

Se trata también, como en el deber jurídico, de una norma jurídica que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo tenga un derecho subjetivo, 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.¹⁶

El jurista austríaco completa su caracterización del derecho subjetivo como “condición” de la sanción prevista por la norma jurídica, es decir, como un mero reflejo de la norma:

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor.¹⁷

Ahora bien, uno de los propósitos explícitos de la “Teoría pura del Derecho” es, precisamente, eliminar el dualismo entre “derecho objetivo”, entendido como el conjunto de normas, y el “derecho subjetivo”, tal como surge del título del Capítulo VIII de la obra homónima, que dice así: “El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación” ¿Cómo hace Kelsen para eliminar este dualismo? Pues tal como lo hemos visto: reduciendo el derecho subjetivo al derecho objetivo (entendiendo por “derecho objetivo”, el sistema de normas jurídico-positivas), absorbiendo el primero en el segundo, es decir, reconduciendo todo el sistema a su elemento atómico medular: la norma jurídica. Así lo explica Kelsen:

Ambos derechos [por el derecho subjetivo y el derecho objetivo, es decir, el sistema de normas] son de la misma naturaleza. El derecho subjetivo no es más que un aspecto del derecho objetivo y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado.¹⁸

Crítica: la “Teoría pura del Derecho” consiste en una serie de reducciones “*a priori*” del fenómeno jurídico por razones ideológicas –es decir: interesadas, destinadas a satisfacer intenciones o intereses preexistentes– entre las cuales, la más ostensible es la reducción de todo el Derecho a uno de sus elementos estructurales: la norma jurídica y, a su vez, la reducción de todas las clases de normas a una sola: la norma jurídico-positiva estatal. Para Kelsen, ni las conductas, ni los valores, ni los derechos subjetivos, ni tampoco los deberes tienen relevancia alguna en el ámbito del derecho. Empero, lo cierto es que esta eliminación metódica de todos estos elementos del mundo jurídico, con la intención de “purificar” el derecho hasta reducir todo el entero orden jurídico a la norma con el propósito de lograr lo que el autor austriaco anhela construir –un sistema de normas positivas emanadas del Estado– no encuentra fundamento en la experiencia jurídica. Antes bien, la evidencia incontrastable de los hechos pone de manifiesto que todos aquellos elementos que Kelsen deja de lado efectivamente existen y, por lo tanto, una genuina teoría del derecho, que pretenda reflejar la realidad de un modo exacto, debe dar cuenta de ellos. En particular, existe algo que los hombres han dado en llamar “derecho subjetivo”, y esa cosa realmente existente, es irreductible a la norma jurídica, lo cual no implica negar la dependencia del derecho subjetivo respecto de la norma jurídica. En efecto, si bien es cierto que el derecho en el sentido de facultad de hacer o no hacer algo lo atribuye la norma jurídica, no lo es menos que norma jurídica y poder jurídico o derecho-facultad son cosas manifiestamente diversas entre sí que no admiten su confusión o identificación, sino más bien existencia separada y autónoma.

¹⁵ KELSEN, H., *Teoría pura...*, pág. 121.

¹⁶ KELSEN, H., *Teoría pura...*, pág. 140.

¹⁷ KELSEN, H., *Teoría pura...*, pág. 122.

¹⁸ KELSEN, H., *Teoría pura...*, pág. 122-123.

3) *El pensamiento de Michel Villey.*

Dentro del pensamiento de filiación aristotélico-tomista, merece una mención especial la posición del romanista y ex-profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de París II, Michel Villey (1914-1988), no tan sólo por que ha dedicado numerosos trabajos al tema del derecho subjetivo, sino también por el prestigio del autor francés y por el alto grado de difusión que alcanzó su pensamiento en diversas partes del mundo y singularmente en nuestro país.

Para Villey el “derecho subjetivo” no constituye un elemento que integre necesariamente el fenómeno jurídico, esto es, algo que necesariamente esté presente en la realidad del derecho; por el contrario, la expresión “derecho subjetivo” designa una construcción humana, fruto de un determinado modo de pensamiento –casi una ideología– que apareció en un momento preciso de la historia jurídica de Occidente –en los albores de la Modernidad–, como consecuencia de tesis y doctrinas filosóficas muy concretas: el nominalismo, el voluntarismo y el subjetivismo y que, por lo tanto, del mismo modo que apareció podría perder vigencia en el futuro.

Villey, buen conocedor de la historia del derecho, reivindica el concepto de derecho de la Grecia clásica y, en particular, de la Roma antigua y sostiene que el Derecho Romano clásico no conoció la noción de “derecho subjetivo”:

La teoría romana omite completamente decirnos que *ius* puede 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).¹⁹

El *to dikaion* de los griegos, que es lo mismo que el Derecho romano clásico denominaba *id quod justum est* (lo que es justo), y Santo Tomás de Aquino la *ipsa res iusta* (la misma cosa justa), hace referencia, según Villey, a la medida de la justa distribución de las cosas exteriores, repartidas entre los ciudadanos de un grupo social, de una ciudad. El *dikaion* o *ius* consiste “en lo que es justo, en la relación justa entre los hombres o las cosas que deriva de la idea de justicia”.²⁰ El pensamiento tradicional, concluye Villey, entiende el derecho no como un atributo de un sujeto (*subjectum juris*) sino como el resultado de la distribución y atribución de cosas hechas desde la perspectiva de la regla objetiva de derecho, natural o positiva.

La noción de “derecho subjetivo”, desconocida en la antigüedad greco-latina y en la Cristiandad medieval, surge recién a fines de la Edad Media, por obra del filósofo inglés Guillermo de Ockham (c. 1280/1288 – 1349):

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 Ockham, fundador del nominalismo, es decir, de una filosofía individualista (...) es quien podría ser llamado el padre del derecho subjetivo.²¹

Según Villey, es Ockham el primero en ligar la idea de *potestas* o *facultas* de un modo general con la de *ius* e incluso el profesor francés llegó a identificar la obra en que dicha teoría habría sido establecida: el *Opus nonaginta dierum*, un panfleto que Ockham dice haber escrito en noventa días, cuyo propósito era refutar las afirmaciones del Papa Juan

¹⁹ VILLEY, Michel, “Les origines de la notion de droit subjectif”, en *Lecons d’Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, pág. 229.

²⁰ VILLEY, Michel, “Introduction a l’Histoire de la Philosophie du droit”, en *Lecons d’Histoire de la Philosophie du Droit*, citado, pág. 28.

²¹ VILLEY, Michel, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nro IX, Paris, Serey, 1964, pág. 98 y passim. Hay traducción castellana en la obra: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones universitarias de Valparaíso, s.f [pero 1976], págs. 149-190.

XXII en torno a la pobreza de los franciscanos.²² El *ius* adquiere, en Ockham, una significación subjetiva que hace referencia a una cualidad del sujeto: a una facultad, libertad o poder de actuar que posee el sujeto. Y a partir de ese momento, se difunde:

Se extiende luego a la Escolástica de la Baja Edad Media y del Renacimiento español; y sobre todo, a partir del siglo XVII, a las teorías de los juristas, Impulsa el sistema de Hobbes, y constituye el signo del triunfo del sistema nominalista.²³

La idea del “derecho subjetivo”, de acuerdo con la doctrina del iusfilósofo francés, no es un componente universal y necesario de lo jurídico. Por lo pronto, la “doctrina clásica del derecho natural” nunca pensó el Derecho como poder, lo cual implica considerar el derecho en función del individuo, sino que concibió el derecho en perspectiva objetiva, como “la justa relación objetiva”, que es interindividual. El derecho subjetivo es una creación moderna, característica de un modo peculiar –y erróneo para Villey– de pensar el derecho: el moderno. En el pensamiento jurídico que cobró vigencia a partir de fines de la Edad Media y comienzos de la Modernidad, gracias a las aportaciones de una serie de autores (J. Gerson, la jurisprudencia humanística, la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes, Gassendi, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff, etc.), se produjo un viraje desde el objetivismo hacia el subjetivismo jurídico, en virtud del cual se elevó la noción de *potestas* a la dignidad de *ius*.²⁴ Dicha renovación del pensamiento jurídico culminó con el triunfo del individualismo y del voluntarismo jurídicos, y con la aparición de un nuevo sistema de derecho de significación individualista, cuyos principios fundamentales, resultan irreconciliables con los principios cardinales de la Filosofía jurídica tradicional.²⁵

Crítica: En primer lugar, corresponde señalar que la tesis de Villey que atribuye la primacía u originalidad de la noción de derecho subjetivo a la obra de Guillermo de Ockham ha sido rebatida por un estudioso estadounidense, Brian Tierney, quien en varios trabajos²⁶ ha planteado que la noción de derecho como facultad es una creación de algunos canonistas del siglo XII; en consecuencia, Ockham la encontró ya formada y se limitó a recogerla. Este aspecto meramente histórico de la cuestión a pesar de no resultar nuestro principal interés, merece mencionarse en tanto demuestra que las teorías de Villey son, cuanto menos, discutibles, aún en el ámbito de la historia del derecho que era su especialidad principal.

En segundo término, si bien es cierto que la teoría del derecho subjetivo, con los caracteres de desarrollo doctrinario y sistematización propia de toda especulación teórica, puede encontrarse recién a partir del siglo XIV, la realidad a la que ella hace referencia es tan antigua como el derecho y la justicia, ya que es inconcebible una conducta obligatoria que no sea, a la vez, exigible desde el punto de vista del otro. La misma norma jurídica que tiene como efecto obligar, al mismo tiempo, necesariamente produce un efecto correlativo y opuesto, a saber: facultar al otro –habida cuenta de que toda relación jurídica es bilateral, por esencia– a exigir la conducta debida. Por lo tanto, la negación de la realidad del derecho subjetivo no resiste la confrontación con la experiencia jurídica considerada de modo integral.

Para realizar un abordaje adecuado del tema del derecho subjetivo, es menester distinguir entre:²⁷

²² VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique*, Paris-Montchretien, 1975, págs. 147-272.

²³ VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, tomo 1: *Definiciones y Derecho*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra (EUNSA), 1979, pág. 162

²⁴ VILLEY, “La genèse du droit subjectif...”, cit., págs. 144 a 147, 156 y ss.; “Le Droit de l’individu chez Hobbes”, en *Seize essais de Philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Ed. Dalloz, 1969, págs. 184 y ss.

²⁵ VILLEY, M., “Les origins...”, citado, págs. 249 y ss.

²⁶ TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, Grands Rapids, Michigan/Cambridge, U.K. Scholars Press for Emory University, 1997, págs. 13-42.

²⁷ Como lo hace Héctor HERNÁNDEZ, a quien seguimos en estas consideraciones, en “Doctrina solidarista y derechos humanos”, en CASTAÑO, Sergio R. y SOTO KLOSS, Eduardo (editores), *El derecho natural en la*

- 1) la cosa,
- 2) la palabra, y
- 3) la doctrina.

La cosa “derecho subjetivo” fue efectivamente conocida por Santo Tomás y también, necesariamente, por los juristas romanos, si bien cabe admitir que no hicieron de ella el centro de su explicación del derecho. Otra cosa distinta es el nombre “derecho subjetivo” como tal. Es evidente que la expresión fue desconocida por el mundo antiguo en general y también en la Edad Media. Los romanos no tenían un término genérico para designar lo que hoy se conoce como “derecho subjetivo”, aunque hacían referencia a la cosa mediante paráfrasis vagas: *meum esse, habere*, que se aplican a realidades muy diferentes: *filius, mulier, servus, fundus*. *Meum esse* solo indica una cierta relación de pertenencia, las misma para todas esas situaciones. Sin embargo, si bien no tuvieron el vocablo, se echa de ver que conocían la cosa: *meum, habere*. Santo Tomás no habla de “derecho subjetivo” en ninguna de sus obras, ni tampoco lo tematizó. Por último, tenemos la doctrina, entendiendo por “doctrina” o “teoría” el conjunto de proposiciones que pretenden explicar de un modo o de otro en qué consiste una cosa, que, a su vez, tiene tal o cual nombre. Nos parece que Villey no distingue “la cosa derecho subjetivo” del nombre ni tampoco de la doctrina individualista –propia del Iluminismo– acerca de los derechos subjetivos. Así, en su afán de litigar contra la doctrina moderna y revolucionaria que hace del derecho subjetivo el elemento preponderante del fenómeno jurídico termina por negar la realidad misma del derecho subjetivo, como si fuera imposible integrar la noción dentro del marco de una concepción jurídica integral de raigambre aristotélico-tomista, como si la única explicación posible del derecho subjetivo fuera la que concibió Ockham y cobró vigencia a partir de la Revolución Francesa, con el subjetivismo y el individualismo liberal. Admitir la existencia de la cosa real que modernamente se denomina “derecho subjetivo” no implica tomar partido por una doctrina subjetivista y, menos aún, aceptar o legitimar los excesos a los que dicha doctrina ha dado lugar.

4) *El tomismo contemporáneo: Louis Lachance.*

Hemos dejado para el final a uno de los más ilustres y relevantes iusfilósofos tomistas del siglo XX, nos referimos al Padre Louis Lachance (1899-1963), dominico canadiense, profesor de la Universidad de Montreal, quien se ocupó del tema del derecho subjetivo en dos importantes obras: *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino*, y *El Derecho y los derechos del hombre*.

Para Lachance, el derecho, como la justicia, “de la cual es su alma”, no es algo que pueda confundirse “con el bien propio, sino más bien con el bien de otro, con el de la comunidad y con el de sus miembros”.²⁸ La justicia, recuerda Lachance, “tiene como función propia la de rectificar nuestras relaciones con nuestros semejantes; nos inclina e incita a respetar no nuestro bien propio, sino el ajeno. Y otro tanto, si no más, hay que decir del derecho, dado que de él es de quien toma ella prestado el carácter específico, ese rasgo distintivo”.²⁹ Por eso, afirma Lachance –y esta tesis implica un rechazo de la idea de derecho subjetivo– que “querer pensar y definir el derecho en términos de poder moral, en términos de poder relativo al bien propio de los individuos es proceder al revés, trastocar el orden natural de las cosas.”³⁰

Lachance admite el derecho subjetivo pero sólo como una acepción derivada, análoga y claramente secundaria de derecho. Dice que sería vano negar este tipo de derecho porque ha adquirido carta de ciudadanía. “Es más sabio –agrega– conformarse a su uso, intentado

realidad social y jurídica, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2005, pág. 631.

²⁸ LACHANCE, Louis, *Le droit et le droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1959, pág. 164. Hay traducción española de Luis HORNO LIRIA: *El derecho y los derechos del hombre*, introducción de Antonio PÉREZ LUÑO, Madrid, Ed. Rialp, 1979.

²⁹ LACHANCE, L., *Le droit et le droits...*, citado, pág. 166.

³⁰ LACHANCE, L., *Le droit et le droits...*, citado, pág. 165.

justificar esta concesión, mostrando que la facultad moral no puede ser ligada al dominio del derecho más que por el recurso a una relación analógica muy tenue, tenue en extremo, cuando no en virtud de una ideología liberal o de una confusión”.³¹ Afirma que, si bien Santo Tomás conoció el poder moral, no lo consideró derecho. Lachance enfatiza el carácter objetivo del derecho en cuando objeto de la justicia y dice que esta es la perspectiva desde la cual enfoca el derecho Santo Tomás:

En virtud de las exigencias inherentes a su naturaleza, el derecho es un *objectum secundum se*, le repugna ser concebido como un poder de la persona sobre su bien propio; y, por el contrario, se define según los puntos de vista, tanto en función de la ley, como del bien común o de los títulos ajenos. Y estas consideraciones que importa no desligar de las que ya enunciamos anteriormente, bastan para convencernos de que Santo Tomás, fiel en eso a la tradición aristotélica, jamás concibió el derecho al modo de los subjetivistas pasados o contemporáneos. Mantuvo, sin duda, que había un sujeto; que el derecho, necesariamente, era el derecho de alguien, y que todos los hombres tenían derechos, pero también mantuvo que tales derechos representaban lo que les era objetivamente debido.³²

Crítica: Si bien es cierto que la consideración del derecho que hace Santo Tomás es principalmente objetiva, ello no implica que la noción de derecho subjetivo resulte incompatible con su pensamiento. Mas bien pensamos lo contrario, a saber: que está implícita en su explicación del fenómeno jurídico. Se observa en Lachance algo parecido a lo que ya criticamos respecto de la posición de Willey, aunque mucho más matizado, a saber: no distinguir adecuadamente entre: (i) una doctrina que *privilegia* el punto de vista subjetivo como perspectiva central de consideración del derecho y que, correlativamente, postule al derecho subjetivo como elemento excluyente o, por lo menos, principal del derecho, al cual se subordinan los demás, lo cual, coincidimos, implicaría caer en el *subjetivismo jurídico*; y (ii) una doctrina que *integre* el derecho subjetivo como ingrediente ineludible del derecho en el marco de un análisis integral del fenómeno jurídico, que pretenda dar cuenta de la complejidad de la estructura del derecho, que es la posición que propugnamos y que, estamos convencidos, es fiel al pensamiento clásico, aristotélico y tomista.

Por otra parte, cuando Lachance afirma que la facultad moral de exigir lo propio solo puede ser considerada derecho “*por el recurso a una relación analógica muy tenue*” parece entender que el derecho subjetivo sólo puede ser considerado derecho por denominación extrínseca. Es decir, la relación del derecho subjetivo con el derecho entendido como “el término de la conducta debida a otro que realiza la igualdad de la justicia” (según la expresión de Santo Tomás en la *Suma Teológica*, I-II, Q. 57, a. 1) sería, para Lachance, un caso de *analogía de atribución extrínseca* (como en el caso del término "sano"), en virtud de la cual la denominación de "derecho" atribuida al poder jurídico, en cuanto analogado inferior, sería meramente extrínseca. Ahora bien, si la conducta debida, es decir la *ipsa res iusta* de la que habla Santo Tomás, es el objeto del poder jurídico (o derecho subjetivo) y es, por lo tanto, lo que lo especifica como jurídico, este poder es *intrínsecamente* derecho y no solamente un analogado inferior que se denomina derecho por una mera vinculación extrínseca al analogado principal.

Pero esto será materia de desarrollo en lo que sigue, sirviendo, por lo tanto, como la mejor refutación del pensamiento del respetado dominico canadiense.

2. La definición de derecho subjetivo de Francisco Suárez: análisis.

1. La definición del Derecho de Suárez.

Francisco Suárez (1548-1617), el más grande de los teólogos juristas españoles de la llamada *Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes*, trata el concepto de derecho en su monumental *De legibus ac Deo legislatore –Tratado de las Leyes y de Dios Legislador–*, editada por primera vez en Coimbra (Portugal) en 1612. En sus primeras páginas, Suárez analiza el significado del término derecho y estudia los diversos analogados de la palabra. El teólogo jesuita, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, acepta las acepciones tradicionales de derecho: como objeto de la virtud de la justicia y como norma jurídica.

³¹ LACHANCE, L., *Le droit et le droits...*, citado, pág. 150.

³² LACHANCE, L., *Le droit et le droits...*, pág. 200.

Empero, cuando aborda el tercer analogado del término, Suárez hace una contribución en cierto modo original a la Filosofía del Derecho, a saber: formula una definición verdaderamente sistemática del derecho subjetivo:

Según el último y más estricto significado de derecho (*ius*) suele darse con toda propiedad este nombre a cierta facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya o sobre una cosa que se le debe. En este sentido decimos que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que el trabajador tiene derecho al salario, y por ello afirmamos que es merecedor de su paga.³³

Para Suárez, como se ve, el derecho, en su primera y más estricta acepción (*strictam significationem*), es lo que desde hace un par de siglos solemos denominar “derecho subjetivo” y, en esto, se diferencia de Santo Tomás de Aquino, para quien el derecho, en su sentido primigenio, es “lo justo objetivo” (o sea, la conducta obligatoria debida a otro según cierto modo de igualdad o, más precisamente, su objeto terminativo). El reproche que se le podría hacer al *Doctor Eximius* es que enfoca el Derecho desde la perspectiva de uno de sus componentes estructurales lo cual pareciera dejar de lado otros elementos de importancia similar (como el objeto terminativo de la conducta justa y la norma jurídica), reduciendo una totalidad compleja a uno de sus elementos constitutivos.³⁴

No obstante ello, su aporte resulta teóricamente provechoso puesto que elabora una definición del derecho subjetivo que respeta las leyes generales de la lógica, en la medida en que lo define con precisión, según el esquema “género próximo-diferencia específica”, y en tanto que la fórmula que brinda conviene a todo el definido y a sólo el definido –*omni et soli definito*–. Por otra parte, esta es la definición de derecho subjetivo que ha sido seguida por un amplio sector del pensamiento iusfilosófico desde el siglo XVI y hasta nuestros días.³⁵ Nos serviremos de ella para ensayar una conceptualización rigurosa y sistemática del derecho subjetivo.³⁶

2. Análisis textual: género remoto, género próximo y diferencia específica.

1) Dice el teólogo jesuita que el derecho subjetivo es una *facultas moralis* –facultad moral–. El término *facultad*, en esta definición, hace las veces de género remoto y está usado en el sentido de “poder”. La escolástica usaba indistintamente los términos *potestas* y *facultas*. En efecto, explica Santo Tomás que “según el uso común del hablar ‘facultad’ significa potestad por la cual algo se tiene a voluntad”.³⁷ El único matiz de diferencia que merece destacarse es que *facultas* designaba la potencia en cuanto “fácil” (“*facilis*”) de

³³

“Et iuxta posteriorem et strictam iuris significationem solet proprie ius vocari facultas moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam; si enim Dominus rei dicitur habere ius ad stipendium ratione cuius dicitur dignus mercede sua” (SUÁREZ, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, Libro I, capítulo 2, número 4, Conimbricæ-Apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612; reimpresión Madrid-Instituto de Estudios Políticos, 1967, t. I, pág. 11).

³⁴ Es de notar que el fenómeno jurídico se presenta como algo complejo y esto permite que distintos autores, desde perspectivas teóricas diferentes, adopten uno solo de los diversos elementos que forman parte integrante de esa estructura compleja como elemento único, preponderante o privilegiado para explicar el Derecho, actitud que merece el reproche de reduccionista y que procuramos evitar por considerarla errónea. Así, Kelsen reduce el derecho a norma, los subjetivistas modernos, a derecho subjetivo, Cossio y el sociologismo, a conducta jurídica, etc. Por nuestra parte, pretendemos adoptar una actitud metodológico que podríamos llamar “integracionismo”, en cuanto aspira a dar cuenta de todos los elementos presentes en el fenómeno jurídico, sin dejar ninguno afuera.

³⁵ Definiciones similares pueden encontrarse en Hugo GROTIUS (*De iure belli ac pacis libri tres*, Lib. I, cap. 1, nro 4, Ludguni Batavorum, Brill, 1939), Christian THOMASIIUS (*Fundamenta iuris naturae et gentium*, lib. I, cap. 5, nro 1, Halae et Lipsiae, Typis et sumptibus viduae, Chr. Salfedii, 1718, págs. 145-146); Domingo DE SOTO, *De iustitiae et iure*, Salmanticae, Andreas Portonarius, 1556, reimpresión, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, II, pág. 80), Luis DE MOLINA (*De iustitiae et iure*, trat. II, disput. 1ra, pinc. y num. 1, Coloniae Allobrogum, De Tournes, 1759, I, pág. 15), y en muchos otros autores modernos.

³⁶ Quizás convenga aclarar que no es nuestro propósito interpretar el pensamiento del jurista español sino explicar en qué consiste el derecho subjetivo y que, por tanto, no buscamos principalmente examinar lo que quiso decir el granadino sino más bien poner de manifiesto lo que hay de verdadero en su definición, en la medida en que da cuenta de lo que es, efectivamente, el derecho subjetivo.

³⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Super Sententiis* (Petri Lombardi), lib. II, d. 24, q. 1, a. 1, ad. 2: “[...] facultas secundum communem usum loquendi significat potestatem qua aliquid habetur ad nutum”.

desarrollar. Volvamos a citar a Tomás de Aquino: “(...) la facultad a veces denomina una potestad expedita para la operación”,³⁸ en donde “expedita” está por “fácil”; como se ve mejor en este otro texto: “facultad quiere decir facilidad en la potencia”.³⁹ Empero, esta equivalencia semántica entre “facultad” y “potencia” conserva plena validez en el castellano actual, toda vez que, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, en su primera acepción, facultad significa: “aptitud, potencia física o moral”.⁴⁰ Por lo tanto, cuando se define el derecho subjetivo como una facultad o una potestad, se está afirmando que es un poder de actuar, en tanto el sujeto titular del derecho tiene expedita la posibilidad de hacer algo; es cierta aptitud para obrar, una potencia operativa, ya sea física o psíquica, para realizar ciertos actos o, como dice Lachance, “un principio que permite obrar”.⁴¹

2) Continuando con el análisis de la definición, se advierte que Suárez adjetiva esta facultad o poder como *moral*, según su género próximo. Ello obedece a dos razones:

a.- Suárez usa la expresión *facultas moralis* por oposición a *facultas physica* con el propósito de dejar en claro que la facultad en la que consiste el derecho subjetivo no tiene naturaleza psico-física sino moral. Un poder o capacidad de obrar puede ser: (i) una potestad, facultad o potencia natural que consiste en la capacidad de carácter corporal o intelectual con la cual todo hombre, y aún los animales, opera o actúa; o (ii) puede ser una potestad, facultad o potencia moral que, si bien no añade alguna cualidad física al hombre, le permite ejercer sus potencias físico-psíquicas lícitamente y sin injuria a otro,⁴² y este es el caso del derecho subjetivo. Un ejemplo puede servir para ilustrar este punto: todo hombre posee una facultad motriz derivada de su constitución natural que incluye unas potencias intelectuales (inteligencia, voluntad) y unos órganos corporales (las piernas, por ejemplo) que le permiten caminar y trasladarse. Se trata de potencias para obrar en sentido psico-físico que lo habilitan para desplazarse de un lado a otro, ingresar o salir de ciertos lugares, etc. Ahora bien, supuesto que alguien posea las susodichas potencias físicas y psíquicas, a su vez, podemos distinguir dos situaciones diversas: que ponga en acto sus facultades y potencias locomotrices para circular libremente por la vía pública y, luego, ingresar dentro de su propia casa, o bien que ingresé en un domicilio ajeno, en forma clandestina y sin permiso de su dueño y, en tal supuesto, el agente estaría obrando en forma ilícita. En estos dos casos, hay una cierta identidad y hay una cierta diferencia. En efecto, de una parte en ambos supuestos los respectivos sujetos utilizaron sus fuerzas físicas (“*facultas physica*” en la terminología escolástica) para llevar a cabo el respectivo acto y, por lo tanto, los actos materiales realizados son asimilables y, desde este punto de vista, las situaciones son similares. Sin embargo, hay también una diferencia crucial: en el primer caso, decimos que la persona estaba habilitada por una regla jurídica para circular y para entrar en su domicilio, es decir, tenía la *facultas moralis* (*poder jurídico* o derecho subjetivo) para hacerlo, mientras que en el segundo caso estamos ante el mero ejercicio de un poder físico que, al no estar autorizado por un principio de orden jurídico, constituye un acto ilícito (concretamente: la violación del domicilio ajeno o hasta el delito de usurpación). Para que haya un poder jurídico tiene que haber ciertas potencias físico-psíquicas –imprescindibles en un grado mínimo para poder actuar– pero a las facultades naturales, tanto intelectuales como corporales, se les agrega una cierta habilitación o permisión para obrar de ese modo,

³⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, Q. 83, a. 2, ad 2: “[...] facultas nominat quandoque potestatem expeditam ad operandum”.

³⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, Q. 83, a. 2, arg. 2: “Facultas autem nominat facilitatem potestatis [...]”.

⁴⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo I (a-g), 21ª edición, Madrid, 1992, pág.944, voz “facultad”.

⁴¹ LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho en Aristóteles y Santo Tomas*, traducción, noticia y estudios de Fernando N. A. CUEVILLAS, revisión de la traducción de Julio MEINVIELLE, Buenos Aires, 1953, pág. 313: “la idea de poder se refiere a la acción, al ejercicio de la actividad. Es únicamente con relación al obrar como puede concebirse la potencia; se la atribuye o niega, a un sujeto según sea que éste sea o no capaz de emitir actos con relación a un objeto. Un poder es, pues, un principio que permite obrar”.

⁴² SUÁREZ explica con mayor grado de detalle esto en un escrito titulado *De opere sex dierum* (1622), cap. 16, núm. 6-7, III, pág. 279, según refiere Alejandro GUZMÁN BRITO en su muy erudito estudio “El predicamento de “Derecho” (“ius”)”, en AYUSO, Miguel, PEZOA, Álvaro y WIDOW, José Luis (editores), *Razón y tradición: estudios en honor de Juan Antonio Widow*, Santiago de Chile, CIP, Globo Editores, vol. 2, pág. 155.

autorización que –cabe anticiparlo– confiere licitud y juridicidad al ejercicio del poder físico de hacer tal o cual acto y que es algo de índole moral.

Cuando Suárez dice que el *ius* es una *facultas moralis* está contra-distinguiendo el poder jurídico de una *facultas physica*, haciendo referencia a que se trata de un poder no ya corporal o anímico sino intangible que “reposa sobre un principio de orden moral”⁴³ o, dicho de modo más preciso: es un determinado curso de acción que el sujeto está habilitado o autorizado a poner en práctica en virtud de un principio normativo que así lo permite. La *facultas moralis* no es susceptible de ser reducida a una facultad o poder físico, aunque, como hemos tenido oportunidad de comprobar, presupone el ejercicio de ciertas potencias físicas y psicológicas sin las cuales no sería posible la acción misma. En efecto, sería absurdo conceder a alguien el derecho subjetivo –es decir, la facultad moral– de volar como lo hacen las aves, por la razón obvia de que carece de la facultad física de hacerlo. La facultad moral requiere indispensablemente de la actualización y el ejercicio de facultades físicas y psicológicas (voluntad, inteligencia, órganos corporales, etc.) pero es algo sobreañadido a estas potencias naturales en virtud de la cual su ejercicio deviene lícito, justo o legítimo. El propio Suárez parece entenderlo así en otra obra en la que, en referencia al derecho de dominio, dice: “(...) el cual derecho con razón llamamos potestad moral, porque no añade (...), sino una facultad moral, para que lícitamente y sin injuria a otro pueda usar las cosas de las cuales es dueño”.⁴⁴

El agente tiene un derecho subjetivo cuando tiene poder –permiso, posibilidad jurídica, licencia, autorización, aptitud legal– para obrar (en el sentido de poner en acto unas facultades físico-psíquicas) de tal manera que, en el supuesto de que actualice las potencias físicas a través de las operaciones y actos respectivos, cabrá afirmar de esa actuación que “ha sido justa, lícita o legítima”. A partir de este análisis puede apreciarse que la facultad moral que llamamos derecho subjetivo no es una facultad física y de hecho no otorga más potencia física que la que ya tiene el agente, sino que es una *habilitación operativa en el orden del deber ser que torna al sujeto hábil para actuar lícitamente aquello que ya puede hacer físicamente*. Su función es cualificar una potencia psicofísica primero y una acción después. Y la cualifica como lícita, justa o jurídica.

En resumen: el derecho subjetivo es una *habilitación operativa en el orden del deber ser* –de allí su naturaleza moral o deóntica– en virtud de la cual decimos que es lícito, o que es jurídicamente válido, o que está justificado, que el sujeto obre de tal o cual modo. Ahora bien, llegado este punto cabe formular el siguiente interrogante: ¿de donde proviene esta facultad moral para obrar, esta autorización o cualificación? El fundamento inmediato es una norma jurídica y, al mismo tiempo, la facultad moral es correlativa de una obligación igualmente moral y racional en cabeza de aquel respecto del cual se ejerce el derecho subjetivo o poder jurídico. De una parte, la facultad moral en la que consiste el derecho subjetivo la concede la norma jurídica (en la mayor parte de los casos, la norma jurídica de alcance general, esto es: la ley). En este sentido, Francisco de Vitoria (c.1492-1546) brinda una definición de derecho subjetivo que hace expresa referencia a la recíproca implicación de norma y poder jurídico: “derecho es la potestad o facultad que conviene a alguien según la ley”.⁴⁵ De otra parte, el poder jurídico que llamamos derecho subjetivo está constitutivamente referido a otro, respecto del cual se dice que se tiene esa facultad o poder y ese otro, a su vez, debe estar obligado a actuar, es decir, a poner en obra la conducta que constituye objeto de la facultad moral del primero. En rigor de verdad, tanto la habilitación moral para exigir, reclamar, ejercer determinados actos, de uno (poder jurídico o derecho subjetivo) cuanto la necesidad moral o deóntica de actuar, respetar, abstenerse, etc., del otro (obligación) proceden, simultáneamente, de la norma jurídica. En efecto, solo tenemos facultad moral o derecho subjetivo de exigir del prójimo lo que la ley prescribe que debe hacer. El fundamento remoto de la facultad moral o derecho subjetivo (y también de la

⁴³ LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho...*, citado, pág. 313.

⁴⁴ SUAREZ, Francisco, *De opere sex dierum*, cap. 16, núm 9, III, pág. 280: “(...) quod ius potestatem moralem merito appellamus, quia non addit (...) sed moralem facultatem, ut licite et sine alterius iniuria possit uti rebus illis, quarum est dominus”.

⁴⁵ DE VITORIA, Francisco, *De iustitia*, In 2ª, 2ae, cuest. 62, art. 1, núms. 1 y 3, R.P. Vicente Beltrán de Heredia (ed.), Madrid, Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, I, pág. 64: “ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges”.

obligación correlativa) es el fin. La ley manda y obliga a uno y faculta a exigir al otro por la necesidad de alcanzar algún fin.⁴⁶

b.- En segundo lugar, en la definición se utiliza la expresión “*facultad moral*” en sentido genérico, para aludir a todo el ámbito de la moral, a todo aquel sector en el cual el sujeto determina su propia conducta, es decir, el ámbito de la voluntad, de la libertad y de la responsabilidad. El Derecho está dentro del género de la Moral y, por lo tanto, la expresión “*facultad moral*” pone de manifiesto la pertenencia genérica del derecho subjetivo al ámbito más amplio y extenso de los poderes morales. De paso, corresponde señalar que el derecho-facultad, así entendido, es exclusivo de los seres humanos. Suárez reforzó estas ideas cuando sostuvo que “derecho propiamente significa algo moral, que solo en las cosas intelectuales tiene lugar”.⁴⁷

3) Ya tenemos el género próximo. Toca ahora analizar lo que hace las veces de diferencia específica en la definición *sub examine*. Toda facultad o poder es poder *para algo* o poder *de hacer algo*. O, dicho con mayor precisión, todo poder tiene que tener un *objeto*, entendiendo por objeto aquello a lo cual se dirige u ordena el poder, o respecto de lo cual se tiene un poder. Así como los hábitos se determinan por los actos y los actos por su objeto, así también el derecho subjetivo se especifica –esto es: se constituye en su especie– por su objeto. Y el objeto de una facultad de obrar son las cosas o los actos que constituyen el término de referencia de esa facultad.⁴⁸ En la definición de Suárez, se recurre al objeto del poder para establecer la diferencia específica, esto es: para distinguir el poder específicamente jurídico respecto de otros poderes genéricamente morales que pudiera tener el sujeto (como, por ejemplo, poderes para exigir deberes de gratitud, de respeto, de amistad, de veracidad). Suárez dice que el derecho subjetivo es un poder cuyo objeto es la cosa suya (*ius in re*), es decir, aquello que le pertenece al sujeto como propio y, de otra parte, un poder cuyo objeto es lo que se le debe al titular (*ius ad rem*). Mediante esta clasificación, el granadino está señalando dos posibles objetos del derecho subjetivo: de una parte, todo el ámbito de los llamados, modernamente, *derechos reales* y, de otra, la esfera del *derecho de las obligaciones*.

El objeto del derecho subjetivo es, como dice Suárez, “*la cosa suya*” del sujeto titular, pero no “*la cosa suya*” en absoluto sino eso que le pertenece como suyo y, por lo tanto, aquello que es susceptible de ser reclamado o exigido del otro. Ahora bien, esto *suyo* que es el objeto de esta facultad o poder tiene como exacto correlato el objeto terminativo de la conducta justa del otro, ya que, según Santo Tomás: “el acto propio de la justicia es dar a cada uno lo suyo”.⁴⁹ Y recuérdese que cuando el Aquinate utiliza esta expresión *quod suum est es* –lo suyo– que es sinónima de *ius suum* –su derecho⁵⁰–, no se refiere al derecho subjetivo sino al objeto en el que termina la conducta justa (llamado “objeto terminativo” en la terminología técnica de la escuela tomista). De modo que, cuando Santo Tomás dice que el *derecho* es el objeto de la justicia, y cuando dice que la acción justa consiste en dar a cada uno su *derecho*, la palabra *derecho* en ambos casos está usada en un mismo sentido.

⁴⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 99, a. 1 *Respondeo*: “Respondeo dicendum quod praeceptum legis, cum sit obligatorium est de aliquo quod fieri debet. Quod autem aliquid debeat fieri, hoc provenit ex necessitate alicuius fins” (“El precepto de la ley, siendo obligatorio, tendrá por objeto algo que es preciso cumplir. Esta precisión proviene de la necesidad de alcanzar un fin”).

⁴⁷ SUÁREZ, F. *De iustitia Dei*, III, 47, en *Varia opuscula theologica*, Madrid-Ex Typographica Regia, 1599: “Nam ad res inanimatas vel irracionales non potest esse proprie iustitia, quia revera non sunt capaces alicuius iuris, nam ‘ius’ proprie significat quippiam morale quod solum in intellectualibus locum habet” (“Pues la justicia no puede propiamente ser para las cosas inanimadas o irracionales, porque realmente no son capaces de algún derecho, ya que ‘derecho’ propiamente significa algo moral, que sólo en las cosas intelectuales tiene lugar”).

⁴⁸ “Así como las cosas derivan su especie de la forma, así los actos reciben su especie del objeto, como todo movimiento es especificado por el término. De ahí que, si la primera bondad de las cosas les viene de su forma, que en lo que las constituye en su especie, de igual suerte, la primera bondad del acto moral proviene del objeto conveniente, que es llamado por algunos bueno en su género; por ejemplo, el usar de lo que se posee...el mal primordial en la acción moral deriva del objeto malo...” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 18, a. 2, c).

⁴⁹ “propius actus iustitiae est reddere unicuique quod suum est” (*Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 11, respondeo).

⁵⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 1.

De tal manera que el objeto del poder jurídico de uno de los sujetos en la relación jurídica bilateral –*la cosa suya*, en la definición de Suárez– viene a coincidir con el objeto terminativo de la conducta jurídica debida del obligado –*lo suyo* que hay que dar en justicia al otro, según dice Santo Tomás–. En efecto, el contenido del deber jurídico de uno y el contenido del poder de reclamación del otro son idénticos; en un caso, es objeto del acto que realiza la rectitud de la justicia; en el otro, es objeto de un poder o derecho subjetivo; o, dicho más sencillamente: lo debido por uno es lo exigible por parte del otro. Veamos un ejemplo: en una típica relación de crédito, el contenido u objeto del deber del deudor consiste en entregar una suma de dinero y el contenido u objeto del derecho subjetivo del acreedor es exigir la entrega de esa misma suma. Es fácil apreciar que el objeto del poder y del deber es una misma cosa (“la misma cosa justa”), idéntica en su constitución material objetiva, aunque considerada desde dos puntos de vista relativamente opuestos.

Adviértase que esto confiere a la *facultas moralis* o poder de obrar una característica que la especifica como jurídica, a saber: su medida estricta y objetiva. En efecto, todo poder, en cuanto jurídico, está rigurosamente delimitado; esta determinación es objetiva y depende de una doble referencia: en primer lugar, la referencia a la obligación del otro sujeto –y al objeto del deber de conducta del obligado que, según vimos, es idéntico al objeto del poder del facultado– en el marco de la relación de alteridad propia de la justicia, como ha sido visto; y, en segundo término, la referencia a la norma jurídica que, al mismo tiempo que confiere un poder jurídico a uno, impone una obligación correlativa al otro sujeto de la relación jurídica. La norma jurídica es el fundamento del derecho subjetivo de uno y del deber de conducta del otro. No podríamos hablar de poder *jurídico* sin esta ineludible relación de adecuación con estos otros dos términos, relación que le confiere a todo poder jurídico una medida estricta, exacta, precisa y objetiva. Por lo tanto, la diferencia específica que en última instancia distingue esencialmente al poder *jurídico* respecto del género “facultad moral”, que es el género común en el que está incluido, es su *medida estricta y objetiva*. Así, el derecho subjetivo no es cualquier facultad moral, sino aquella que tiene un objeto precisamente delimitado que consiste en *lo suyo* del titular. De este modo, *la objetividad* aparece como la nota constitutiva de la juridicidad del poder.

3.- Comparación con el concepto objetivo de Derecho. El núcleo común. ¿Común categorización de ambos?

1. La sustancia y los accidentes. Las categorías.

Una distinción aristotélica de gran fecundidad en la historia de la Filosofía es la distinción entre *sustancia* y *accidentes*. Para Aristóteles, la realidad es este mundo de cosas concretas en que vivimos: como *esta casa*, *este libro*, *aquel hombre*, singulares y concretos. Y de este tema de la realidad se ocupa la Metafísica como disciplina fundamental de la filosofía, en tanto saber cuyo objeto es el ente en cuanto ente.

Ahora bien, ocurre que la palabra *ente* –como la palabra *ser*– tiene diferentes significados, si bien todos conectados entre sí. El libro VII de la *Metafísica* se inicia con estas palabras: “*El ser se dice en varios sentidos*”.⁵¹ En efecto, no es lo mismo decir: “*esto es un caballo*”, que decir: “*este caballo es negro*”, o bien: “*el caballo es de 1,30 metros de alto*”. En los tres casos nos referimos a entes –el caballo *es*, y el color negro *es*, y también la altura *es*–, pero surge evidente que en cada caso el verbo *ser* se utiliza en un sentido no del todo idéntico y eso es lo que quiere decir Aristóteles cuando afirma que el ser se dice de diversas maneras. El Estagirita destaca que en la realidad hay diferentes clases de entes o diferentes modos de ser, que no están en el mismo nivel y que es menester distinguir.

Tales modos de ser se reducen a dos fundamentales: la sustancia y el accidente. El primero de los géneros supremos es la *sustancia*: el ente que es capaz de ser en sí y por sí (*in se*). El *accidente* es, por su parte, aquel tipo de ente que existe en otro y por otro (*in alio*). El ser de un caballo individual o el de un hombre individual es *in se*, es decir, se trata de entes que existen en sí mismos y por sí mismos y son, por lo tanto, seres independientes. El color, en cambio, o la cantidad, son modos de ser que sólo son en tanto están en otro ente (*in alio*), en tanto inhiere en él; el color rojo, por ejemplo, es un ente, pero es un ente que no puede existir en sí y por sí mismo, sino que sólo puede existir en otro y con otro: puede haber un lápiz rojo, un libro rojo, una tela roja, pero no puede haber algo que sea rojo y nada más que rojo (es decir, algo rojo que tenga existencia propia y separada). Una cantidad, por

⁵¹ *Metafísica*, 1028, a 10.

ejemplo: cuatro, también es un ente que inhiere en otro ente, puede haber un lápiz que mida cuatro centímetros, un libro que pese cuatro kilogramos, etc., pero no algo que sea cuatro y nada más que cuatro.

Al ser “*en sí*”, Aristóteles lo llama *ousía*, término que suele traducirse por *sustancia*;⁵² con más exactitud, se trata de la *ousía* primera (*prote ousia*), esto es, el individuo, o, tal como también lo expresa Aristóteles, el “*esto que esta aquí*” (*tode ti*). Este ente individual y concreto –como Sócrates, este caballo negro, o aquel árbol– constituye el sujeto último de toda posible predicación, pues sólo puede ser sujeto y nunca predicado de un enunciado. La sustancia es el sustrato o sujeto de inhesión de los accidentes.

Todos los demás modos de ser –es decir, las diversas maneras de ser en otro (*in alio*)– se denominan *accidentes*. El *accidente*, como hemos visto, es aquella clase de ente al que le corresponde existir *en* la sustancia, por lo tanto, su ser natural es su inherir. A punto tal de que, si no existiera la sustancia sería imposible que existieran los accidentes. Aristóteles distinguió nueve tipos de accidentes.

A estas diez maneras, según las cuales algo es, a estos modos de enunciar que expresan *las clases fundamentales en las que se divide el ente* o, dicho de otro modo, *los diversos tipos de existencia*, desde Aristóteles se las denomina indistintamente *categorías*⁵³ o *predicamentos*. Según se desprende de lo anterior, el modo de ser fundamental es el ser “*en sí*”, la sustancia, porque tiene la propiedad de “*sostener*” en el ser a los accidentes: cantidad, cualidades, relaciones, etcétera. Como los accidentes no existen sino en las sustancias, en última instancia se refieren a la sustancia. Escribe Aristóteles en la *Metafísica*:

Pero, diciéndose “Ente” en tantos sentidos, es evidente que el primer Ente de estos es la quiddidad, que significa la sustancia ...y los demás se llaman entes por ser cantidades o cualidades o afecciones o alguna otra cosa del Ente en este sentido.⁵⁴

En el siguiente cuadro se consignan las diez categorías⁵⁵ o predicamentos, con su correspondiente definición y un ejemplo para ilustración del lector.

Nombre	Definición	Ejemplo
1.- Sustancia.	Es el sustrato permanente y estable de los accidentes, lo que “está debajo” y es la realidad a cuya esencia le compete ser en sí misma y no en otro sujeto.	Pedro
2.- Cualidad (<i>qualitas</i>)	Es el accidente que modifica intrínsecamente a la sustancia en sí misma, haciéndola ser de un modo o de otro. Por ejemplo, dos hombres son dos sustancias específicas coincidentes, pero difieren formalmente por sus cualidades respectivas (temperamento, aptitudes, virtudes, vicios, etc.)	Pedro es bueno, justo, fuerte, sano, talentoso.
3.- Cantidad (<i>quantitas</i>)	Accidente común a todas las sustancias de índole material, puesto que la materia tiene el carácter de un todo cuyas partes son continuas entre sí. La sustancia corpórea siempre tiene una cantidad determinada, que se manifiesta en su extensión, magnitud, volumen.	Pedro es alto, mide 1,80 metros, pesa 80 kg.
4.- Relación	Es el accidente cuya naturaleza consiste en la referencia u ordenación de una sustancia a	Pedro es hijo de Simón, es discípulo

⁵² Algunos lo traducen literalmente por *entidad*; Valentín GARCIA YEBRA lo traduce por *quiddidad*.

⁵³ El nombre proviene del título de la primera de las seis obras de ARISTÓTELES que componen los tratados de lógica (*Órganon*); el contenido del escrito lo constituye, tal como lo indica el título, la descripción (no la definición) de las llamadas *categorías* o *predicamentos*.

⁵⁴ *Metafísica*, VII, 1, 1028, a 13. Traducción de la edición citada.

⁵⁵ *Categorías*, 4, I b 25 ss.

(<i>relatio</i>)	otra. Afecta a la sustancia orientándola a otra sustancia.	de Jesús, es más alto que su hermano José.
5.- Donde o lugar (<i>ubi</i>)	La ubicación o localización, también llamada el donde, es el lugar en el que está un cuerpo. Es, por lo tanto, el accidente que consiste en que una sustancia corpórea esté ocupando un lugar.	Pedro está en la plaza del mercado, está en el Liceo, está en su casa, etc.
6.- Posición, postura o situación (<i>situs</i>)	Es el modo de estar en el lugar de una sustancia corpórea, es decir, la manera en que un cuerpo tiene ordenadas sus partes en el lugar que ocupa. El estar de pie, recostado, acostado, de rodillas, son ejemplos de este tipo de accidente.	Pedro está sentado; ahora yace acostado.
7.- Posesión (<i>habitus</i>)	Resulta en la substancia de poseer algo contiguo o inmediato. Es la determinación dada en un cuerpo en virtud de que otro le está siendo adyacente sin ceñirlo o circunscribirlo de una manera exacta. Se utiliza la palabra <i>hábito</i> en una acepción muy restringida, como cuando se dice “el hábito no hace al monje”.	Pedro tiene un arma, está calzado con sandalias, vestido con una túnica, lleva un gorro en su cabeza.
8.- Cuando o tiempo (<i>quando</i>)	Constituye la situación temporal de la sustancia corpórea, esto es, el accidente que consiste en existir justamente en un momento dado.	Pedro llegó ayer a la ciudad, viajó el año pasado a Roma.
9.- Acción (<i>actio</i>)	Accidente que nace en la sustancia en cuanto es principio agente o causa eficiente de un movimiento en otro sujeto. En virtud de la acción, la sustancia produce un efecto que no se da en la sustancia que realiza la acción.	Pedro está quemando un papiro, cortó la oreja del soldado.
10.- Pasión (<i>passio</i>)	Surge en los cuerpos en cuanto son sujetos pasivos de la actividad de otros. Es correlativo de la acción y es la índole de una sustancia en cuanto se comporta como receptiva de un efecto. Se distingue realmente de la acción, aunque no se puede separar de ésta.	El soldado es cortado por Pedro.

Cuando hablamos del concepto objetivo de derecho, señalamos que es conducta –esto, la categoría de acción– pero conducta a la que se le agrega una formalidad, a saber: se la califica de *justa*, la justicia aparece como una cualidad que determina la conducta de modo tal de que aparezca referida a otro, ajustada al título del otro y obligatoria. Por lo tanto, el derecho en sentido objetivo pertenece a la categoría de *cualidad*.

2. ¿A qué categoría pertenece el derecho subjetivo?

Ahora bien, una Filosofía del Derecho que se precie de insertarse en el realismo clásico de raigambre aristotélico-tomista, debe interrogarse respecto del estatuto ontológico del derecho subjetivo. El problema es el siguiente: ¿qué tipo de realidad corresponde a eso que llamados “derecho subjetivo”? ¿En cual de las categorías aristotélicas, también llamados predicamentos, debemos incluir lo mentado con la palabra “derecho” en esta acepción?

De lo que llevamos visto se desprende que el derecho en sentido subjetivo o desde la perspectiva del sujeto no es una operación, de tal manera de que pueda pertenecer a la categoría de *acción*, pues en realidad es un *poder* para actuar. El derecho subjetivo existe aún cuando no sea ejercido, lo cual demuestra que no es –en principio– algo puramente actual sino más bien potencial. Tanto es así que es frecuente en la vida jurídica que quien es titular de un derecho subjetivo ni siquiera necesite hacer efectivo su ejercicio para que se satisfaga su merecimiento o su derecho; tal el caso del acreedor que tiene derecho respecto de la suma que se le debe y eso suyo le es pagado espontáneamente por su deudor sin necesidad de que el primero reclame, exija o siquiera despliegue una conducta exterior tendiente a cobrar su crédito.

Del resto de las categorías, si hemos de ser coherentes con la definición de derecho subjetivo como *facultas moralis* que hemos aceptado, las únicas dos en las que podría encuadrárselo son la categoría de *relación* o la categoría de *cualidad*. Examinemos someramente estas dos alternativas.

3.- La posición según la cual el derecho subjetivo pertenecería a la categoría de relación.

El profesor de la Universidad de Navarra Joaquín Ferrer Arellano ha escrito una obra digna de encomio y de ser leída –*Filosofía de las Relaciones Jurídicas*– en la cual caracteriza el derecho subjetivo como una “relación lógica normativa de juicio de licitud de quien haga la valoración, de la que deriva, a su vez, la relación, también lógica, de pertenencia lícita fundada en el título reconocido por la norma”;⁵⁶ como se aprecia, de acuerdo con esta opinión el derecho subjetivo pertenecería a la categoría de relación predicamental, pero de razón.

Para este autor:

(...) no tiene el derecho subjetivo —paralelamente al deber jurídico— otra realidad que la que compete a una *valoración normativa* de una conducta posible desde el punto de vista de la *licitud*. Yo propondría la siguiente definición: <<la *facultad o licitud jurídica* (objetiva) de un dominio o una pertenencia, concebidos *como posibles*, de un sujeto jurídico que está en posesión de un *título* (deducible de una situación social como *presupuesto*) reconocido por las normas del Derecho objetivo>>.⁵⁷

El clérigo español completa su doctrina afirmando que el derecho subjetivo “no parece tener otra consistencia *ontológica* que 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”.⁵⁸ Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo consistiría en la denominación extrínseca en virtud de la cual el entendimiento llama “lícita” o “jurídica” o “justa” a una “conducta posible”, es decir, a la posibilidad de poner en acto una determinada conducta. Cuando alguien dice, por ejemplo: “tengo derecho a la vida” o, quizás mejor: “tengo derecho a que no atenten contra mi vida injustamente”, no estaría mentando con esta expresión nada existente realmente en el sujeto que así se expresa, sino que estaría expresando un juicio de valor de índole mental que consiste en vincular una posible conducta (de exigencia de respeto, incluso de ejercicio de mi legítima defensa ante un agresor injusto) con una norma que funda la licitud de ese comportamiento posible, y en virtud de esa relación, apreciarlo o calificarlo como “lícito” o “permitido” o “justo” o “merecido”. Lo que el derecho subjetivo da a su titular no es, nada más que una autorización, un permiso para hacer o dejar de hacer un cierto tipo de actos y esa autorización no es una parte integrante del sujeto mismo del derecho. La denominación de “licitud” o “juridicidad”, es concebida y atribuida por la razón –si hemos interpretado bien a Ferrer Arellano– pero no es realmente un ingrediente de la cosa denominada ni tampoco de la misma entidad del sujeto titular. El juicio por medio del cual se califica la conducta futura y posible como “lícita” es, evidentemente, algo que existe sólo subjetivamente en el entendimiento de quien la piensa pero no objetivamente en la realidad de las cosas y, por eso mismo, no existe en la persona.

Otro autor que coloca el derecho subjetivo en la categoría de relación es Carlos I. Massini, aunque, a diferencia de Ferrer Arellano, considera que es una relación real. Para el profesor mendocino, el “poder jurídico” o “derecho subjetivo” es la denominación que recibe “la relación de pertenencia” que tiene su titular “respecto de la conducta jurídica debida”. Con cita de Kalinowski, caracteriza al derecho subjetivo como “la relación de posibilidad o de *habere*, frente a otro u otros sujetos jurídicos, establecida por la norma”, posibilidad

⁵⁶ FERRER ARELLANO, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas. (La relación en sí misma, las relaciones sociales, las relaciones de Derecho)*. Nº 3 de la colección filosófica de la Universidad de Navarra, Madrid, Rialp, 1963, pág. 364, nota al pie.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Obra citada, pág. 368.

jurídica de cumplir con una acción.⁵⁹ Y, con el ánimo de precisar su inclusión dentro de las categorías aristotélicas, dice:

[...] 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 llamamos “derecho subjetivo.”⁶⁰

Por nuestra parte, y ya adoptando una postura crítica acerca de la tesis *sub examine*, concordamos en que, indudablemente, en todo derecho subjetivo hay una relación respecto de las normas jurídicas que está en la esencia del poder jurídico, pues se califica al poder con la cualidad de *jurídico* precisamente en virtud de la habilitación, la autorización o la licitud proveniente de su ajuste a una norma jurídica. Lo lícito, lo justo, lo legal dice siempre relación de *reglado* o de *medurado* respecto de una regla y una medida. Empero, pensamos que esta relación entre la regla y medida racional prevista modélicamente en la norma y los poderes-deberes medurados por aquella no es una relación categorial o predicamental sino una relación trascendental o constitutiva que cabe llamar, en sentido estricto, *justicia* o *juridicidad* y que da lugar a una cualidad: la cualidad en virtud de la cual decimos que el poder de actuar es *justo*, está *habilitado*, es *lícito*. Quizás convenga recordar que la relación constitutiva, en rigor de verdad, no es algo distinto de la cosa que constituye sino más bien la manifestación de su estructura metafísica. Si esto es así, el poder jurídico no es, categorialmente, una relación, sino una cualidad, la cual cualidad, constitutiva e intrínsecamente, no es otra cosa que conmensuración o adecuación a la norma y al título del otro.

También pensamos que el ejercicio del derecho subjetivo da lugar a relaciones reales predicamentales o categoriales que vinculan un sujeto con otro u otros, frente a los cuales se ejerce ese derecho, o se formulan exigencias. Sin embargo, esto puede suceder o no. En efecto, un poder jurídico puede ser efectivamente ejercido o puede no serlo. Si lo es, entonces surgirán ciertas relaciones reales entre su titular y el acreedor, por ejemplo; empero, de no ejercerse el derecho subjetivo, no sería exacto decir que no existe. Antes bien, aún antes de ser ejercida, la facultad moral o poder jurídico tiene cierta consistencia ontológica, cierto modo de existencia real en el sujeto, de la que es preciso dar cuenta y que no parece posible explicar mediante las relaciones aludidas.

A nuestro modo de ver, el derecho subjetivo, en cuanto tal, no es una relación predicamental, ni real ni tampoco de razón. La relación predicamental –tanto la real como la de razón– es un accidente *extrínseco* al sujeto sustancial. Si el derecho subjetivo –y aún el deber o la obligación, para Ferrer Arellano– se redujera a mera relación extrínseca a la persona titular de él, por obvia consecuencia no sería algo que arraigue en ella en sentido fuerte, con inhesión real intrínseca. De acuerdo con esta tesitura, los deberes y poderes jurídicos naturales no podrían ser considerados, como lo han sido siempre, entes reales con raíz en la persona humana. Nos adscribiríamos a una concepción de lo jurídico muy similar a la de Hans Kelsen, por ejemplo, quien reduce la persona a un centro de imputación de normas.⁶¹

4. La posición según la cual el derecho subjetivo debe ser puesto en la categoría de cualidad y, dentro de esta, en el subpredicamento de potencia.

Héctor H. Hernández contesta la posición que hemos examinado *supra*, según la cual el derecho subjetivo pertenece a la categoría de relación, en los términos siguientes:

⁵⁹ MASSINI, Carlos I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, pág. 61.

⁶⁰ MASSINI, C.I., obra citada, pág. 62.

⁶¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura...*, pág. 125: “En rigor de verdad, la “persona” sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos, un conjunto, pues, de normas”.

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 que debe haberla aquí. Más no puede definirse la potencia visiva sólo por relación al acto de ver, sino por una *real aptitud* o *capacidad* para ver. Hay relación, pues, pero hay virtud o capacidad real. (...)

Entonces, si en lo que denominamos Derecho Subjetivo 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*.⁶²

A tenor de este razonamiento, Hernández concluye afirmando que el derecho subjetivo “debe ser puesto en la categoría de cualidad, en el subpredicamento de potencia”. Señala con acierto este autor que en el derecho subjetivo hay un cierto poder físico para actuar, pues quien no pudiera actuar, tampoco podría ejercer un derecho subjetivo. Y funda en esto su opinión según la cual el derecho subjetivo es una cualidad que inhiere en el sujeto, que reviste razón de potencia activa en cuanto que es principio de acción.

De acuerdo con nuestro modo de ver, hay, efectivamente, habilitación o cualificación de facultades psicofísicas en todo derecho subjetivo, tal como intentamos explicar en un capítulo anterior de este trabajo. Sin embargo, ello no autoriza a reducir el derecho subjetivo a facultad física; por lo tanto no parece posible encuadrarlo en el subpredicamento de *potencia-impotencia*. Con apoyo en la definición de Suárez, hemos podido establecer que hay algo más que la pura potencia psicofísica: una segunda cualidad que “cualifica”, valga la redundancia, a ese poder natural y que permite que pase de ser el ejercicio de una mera potencia activa físico-psíquica a ser un verdadero poder de actuar habilitado por una norma jurídica, es decir, un *poder jurídico*. En efecto, exigir una suma de dinero, usar y disponer de una cosa física, percibir sus frutos, son actividades de hecho y no de derecho. Tanto son de hecho que las puede ejecutar cualquier persona y no sólo el legítimo acreedor, el dueño o el arrendatario, porque cualquier persona tiene las potencias físicas y las facultades mentales para poseer una cosa, para aplicarla a su destino natural (uso) y para extraerle los frutos que genere (disfrute), todo ello con abstracción de que sea o no titular de un derecho subjetivo que lo habilite a hacerlo. El simple poseedor, el usurpador, que gozan de una cosa, carecen sin embargo de un derecho para hacerlo. Qué sean titulares de éste o que no lo sean es, por lo tanto, algo adicional y distinto respecto del hecho de poseer las facultades físico-naturales mencionadas. Por lo tanto, no es posible reducir el derecho subjetivo a la segunda especie de la categoría de cualidad (*potencia e impotencia*).

A lo largo de esta tarea dialéctica de criba que hemos venido realizando, de la mano de los autores que han abordado el tema –ciertamente arduo y difícil– de establecer cuál es el estatuto metafísico del derecho subjetivo, hemos ido perfilando una respuesta provisional al problema: pensamos que el derecho subjetivo pertenece a la categoría de cualidad, y creemos que se trata de una cualidad que inhiere en una potencia activa del sujeto, modificándola o mejorándola, por así decirlo. Ahora bien: ¿qué tipo de cualidad es? O, dicho de otro modo: ¿en cual de los subpredicamentos de la categoría de cualidad corresponde ubicarlo? Se trata de una cuestión que no se puede resolver sin cierto análisis previo. En orden a terminar de esbozar una solución científicamente rigurosa a este interrogante, parece conveniente profundizar el estudio de la categoría de cualidad y alguna de sus especies, tarea que acometemos en lo que sigue.

5. La categoría de cualidad. Sus dos primeras especies.

1) Aristóteles divide en dos el concepto ontológico de cualidad (*poiotes*, latin: *qualitas*): a) cualidad como “la diferencia de la sustancia” y ejemplifica: “un hombre es un animal de cierta cualidad porque es bípedo, y un caballo porque es cuadrúpedo, y un círculo es una figura de cierta cualidad porque no tiene ángulos, puesto que la diferencia substancial es una cualidad. Por consiguiente, en este sentido, la cualidad se llama diferencia de la sustancia” y b) cualidad como afección de las cosas que se mueven en cuanto se mueven y

⁶² HERNÁNDEZ, Héctor H., *Derecho Subjetivo...*, citado, pág. 123.

las diferencias de los movimientos.⁶³ Desde el punto de vista lógico, la define como aquello que se dice de algo ser “cual”.⁶⁴

Parece atinada la crítica de Suárez, en el sentido de que el concepto de cualidad aristotélica es obscuro,⁶⁵ máxime si se toma como definición la de las *Categorías* recién citada. El concepto tomista es más preciso, según se aprecia en el siguiente pasaje:

Propiamente, la cualidad implica cierto modo de la sustancia. Ahora bien, el modo es, según dice San Agustín en *Super Gen ad litteram*, lo que una medida delimita; de ahí que implica cierta determinación conforme a alguna medida. Por consiguiente, así como aquello que determina la potencia de la materia según su ser sustancial se llama cualidad, que es la diferencia sustancial; así también aquello que determina la potencia del sujeto según su ser accidental se llama cualidad accidental, que también es cierta diferencia, según consta por Aristóteles en el libro V *Metaphys*.⁶⁶

En síntesis, para Santo Tomás la cualidad consiste en un modo accidental de la sustancia; el “modo”, a su vez, es una determinación que modifica intrínsecamente a la sustancia según alguna medida. El término “medida” se usa aquí en sentido analógico, como una cierta relación o comparación con una forma. Claro está, por ello mismo, que no se trata de una conmensuración o medida matemática o según un *quantum* propiamente dicho, sino una contracción accidental que configura o cualifica la sustancia. Y esta cualificación es una actualización (medida de perfección positiva) o desactualización (medida de perfección negativa) de la forma sustancial del sujeto, medida en relación con la *entelequia*.⁶⁷ El modo accidental de la sustancia no puede ser otra cosa que una determinación de la potencia del sujeto, en la línea de desarrollo de su perfección terminal. Por lo tanto, la cualidad es una determinación accidental de la potencia del sujeto sustancial según una cierta conmensuración o medida perfecta.

La determinación accidental de la potencia del sujeto puede ser, a su vez, según cuatro modos, a saber: i) por relación a la misma naturaleza (principalmente, la forma sustancial); ii) por relación a la acción del sujeto; iii) por relación a su pasión; iv) por relación a la cantidad (adviértase aquí, para evitar equívocos, que se trata de la relación de conmensuración de la forma con la cantidad, como contracción de la forma en lo dimensional). Así, se tienen las cuatro subespecies del predicamento o categoría de cualidad, a saber: i) disposición y hábito; ii) potencia e impotencia naturales; iii) las pasiones y las cualidades pasibles, y iv) la figura y la forma.

Podemos descartar, para nuestro estudio, las dos últimas, en virtud de resultar a todas luces evidente que el derecho subjetivo no pertenece a ninguna de ellas. En cambio, resulta útil repasar brevemente las dos primeras especies de la categoría de cualidad.

2) La primera especie de cualidad es *el hábito y la disposición*. La disposición es una determinación accidental según la cual el sujeto sustancial está bien o mal dispuesto, según lo que conviene a su misma naturaleza.⁶⁸ El hábito se distingue esencialmente de la

⁶³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, V, 14, 1020 b, cito de la ed. trilingüe por Valentín GARCÍA YEBRA, Madrid, Ed Gredos, 2da ed. revisada, pág. 267.

⁶⁴

ARISTÓTELES, *Categorías*, 8, 8b1.

⁶⁵ SUÁREZ, Francisco, *Disputaciones metafísicas*, D. XLII, Sec. I, 3, 5, 6, 7 y 8.

⁶⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 49, a. 2, respondeo: “Et ideo aliter accipienda est distinctio dispositionum et habituum ab aliis qualitatibus. Proprie enim qualitas importat quendam modum substantiae. Modus autem est, ut dicit Augustinus, “Super Gen. ad Litteram”, quem mensura praefigit: unde importat quendam determinationem secundum aliquam mensuram. Et ideo sicut id secundum quod determinatur potentia materia secundum esse substantiale, dicitur qualitas quae est differentia substantiae; ita id secundum quod determinatur potentia subiecti secundum esse accidentale, dicitur qualitas accidentalis, quae est etiam quaedam differentia, ut patet per Philosophum in V *Metaphys*.”

⁶⁷ Utilizo el término filosófico *entelequia* en el sentido que le da ARISTÓTELES como la forma completamente actualizada. El término tiene su origen en la palabra griega *έντελέχεια* (*entelecheia*), combinación de *enteles* (‘completo’), *telos* (‘fin’, ‘propósito’) y *echein* (‘tener’). La palabra fue creada por el mismo Aristóteles y puede traducirse como “aquello que tiene en sí mismo su fin y ha completado su desarrollo”.

⁶⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 49, a. 2, c.

disposición, como una subespecie contrapuesta a ésta, por su carácter de *firme y difícilmente mudable*. Ello exige, sin embargo, una aclaración dentro del pensamiento tomista, según surge del siguiente pasaje de la *Suma Teológica*:

La diferencia *difícilmente mudable* no distingue al hábito de las demás especies de cualidad, sino de la disposición. Pero la disposición tiene una doble acepción: una, en cuanto género del hábito, como ocurre en el libro V *Metaphys.* (l.c., nt.19), donde se pone la disposición en la definición del hábito; otra, en cuanto se distingue del hábito. Y así tomada en su sentido propio, la disposición puede entenderse como distinta del hábito en un doble sentido. Uno, al modo como se distinguen lo perfecto y lo imperfecto dentro de una misma especie, y entonces se le da el nombre común de disposición cuando se realiza imperfectamente, de modo que puede perderse con facilidad; se llama, en cambio, hábito cuando se realiza perfectamente, de modo que no se pierde con facilidad. Y en este sentido la disposición llega a ser hábito, como el niño llega a ser hombre. En otro sentido pueden distinguirse como diversas especies de un mismo género subalterno de modo que se llamen disposiciones aquellas cualidades de la primera especie a las que conviene por propia condición ser fácilmente amovibles, por tener causas variables, como son la enfermedad y la salud; y se llamen, en cambio, hábitos aquellas cualidades que, por propia naturaleza, no son fácilmente amovibles, por tener causas inamovibles, como son las ciencias y las virtudes. Y en este sentido la disposición no llega a ser hábito. Y esto está más en consonancia con el pensamiento de Aristóteles. De ahí que para probar esta distinción aduce el modo común de hablar conforme al cual las cualidades que, siendo por propia condición fácilmente mudables, si accidentalmente resultan difícilmente amovibles, se llaman hábitos; y lo contrario ocurre con las cualidades que son por propia naturaleza difícilmente mudables: pues si uno posee la ciencia imperfectamente, de modo que puede perderla con facilidad, más que tener ciencia se dice que se dispone a tenerla. Por todo lo cual resulta claro que el nombre hábito importa permanencia, y, en cambio, el nombre disposición, no.⁶⁹

Por lo tanto, la disposición, en relación con el hábito y su distinción, puede ser entendida en dos sentidos diferentes: a) *communiter*, como género próximo al hábito y a la disposición propiamente dicha; b) *proprie*, o estrictamente, como una subespecie contradistinta al hábito en la primera especie del género de cualidad; dentro de este segundo sentido, cabe a su vez una segunda distinción: a') según que esta oposición de la disposición al hábito sea accidental, como lo imperfecto (la disposición) a lo perfecto (el hábito); b') según que esta oposición sea esencial.⁷⁰

Esta índole de *firme y difícilmente mudable*, que caracteriza como diferencia específica al hábito respecto de la disposición, genéricamente entendida, y que permite contradistinguirlo de la disposición como sub-especie, puede ser, según ya se anticipó, esencial o accidental. Es esencial, cuando ella deriva del objeto mismo de la disposición, o dicho en el lenguaje de la Escuela, *ex propriis causis*. Es accidental, en cambio, si ella designa el *modum seu statum habitus*, es decir, el modo y la "intensidad" de inherencia en el sujeto; de tal manera que pueden darse –siguiendo a Santiago Ramírez– estas cuatro combinaciones: a) disposición, con estado o modo de inherencia propia de la disposición, en cuyo caso será fácilmente removible tanto por el objeto cuanto por las condiciones del sujeto; b) hábito como estado o modo de inherencia propio del hábito; vale decir, con un objeto de suyo firme y permanente y firmemente inherente al sujeto, en cuyo caso la firmeza e inmutabilidad será máxima; c) disposición con modo o estado de inherencia propia del hábito, vale decir, si bien de suyo sería fácilmente removible por la inconsistencia formal del objeto, resulta firmemente arraigada en el sujeto por las condiciones de éste; d) hábito con estado o modo de inherencia propia de la disposición, es decir, si bien de suyo (objetivamente) debería ser firme y estable, resulta fácilmente removible por la disposición imperfecta del sujeto o, en otras palabras, por la imperfección en el modo de inherencia.⁷¹

3) La segunda especie de cualidad es la que recibe la denominación de *potencia e impotencia*. La palabra "potencia" no se toma aquí en un sentido correlativo al del término "acto", sino que significa el accidente por el cual la sustancia está determinada, de una

⁶⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 49, a. 2, ad. 3.

⁷⁰ En todo este análisis sigo, textualmente, a Félix A. LAMAS (*La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F. Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991 págs. 113-114), quien, a su vez, cita a Santiago RAMÍREZ (*De habitibus in communi*, t. I, pág. 91).

⁷¹ RAMÍREZ, Santiago, *De habitibus in communi*, t. II, Apéndice I, Madrid, C.S.I.C., 1973, pág. 267.

manera inmediata, para la operación. La forma es el principio remoto o radical de todas las operaciones del ente. La forma, empero, no puede ser inmediatamente operativa pues para serlo debería poseer en acto todas las operaciones pertinentes. Sabemos por experiencia que no sucede así. El agente no ejerce actual y simultáneamente todas las operaciones de que es capaz por su forma. Empero, si el agente no es inmediatamente operativo por su forma, habrá que admitir en él un principio próximo de operación o un repertorio de ellos en el caso de que realice distintos tipos de operaciones. A estos principios próximos o inmediatos que explican la actividad de los agentes finitos se los llama potencias o facultades y designan, en general, las capacidades, aptitudes o potencias naturales. Cuando la potencia es débil se la llama *impotencia*.

En el capítulo siguiente, vamos a utilizar estas nociones generales para responder la cuestión que nos hemos propuesto averiguar desde el inicio de este estudio, es decir, en cuál de estas dos subespecies de la categoría de cualidad corresponde ubicar al derecho subjetivo.

5. La aplicación de las nociones explicitadas al derecho subjetivo. Nuestra posición: el derecho subjetivo es una cualidad disposicional. Los derechos humanos son derechos subjetivos naturales con inherencia ontológica en la persona humana

Luego de haber revisado la doctrina de la Escuela en torno a la cualidad y sus divisiones, estamos ya en condiciones de continuar con nuestra investigación acerca de la categoría a la que pertenece el derecho subjetivo.

El derecho subjetivo es una “facultad moral”, según lo afirma Suárez en la definición que analizamos más arriba. Esta facultad moral no es una cualidad de la subespecie *potencia-impotencia* porque no se reduce a una mera capacidad de obrar natural de índole físico-psíquica. Por el sólo hecho de ser hombre y ser capaz de hecho, todo agente jurídico cuenta con las potencias físico-psicológicas que le permiten realizar un sinnúmero de operaciones -pues las potencias son accidentes necesarios y, por lo tanto, naturales- y no por ello decimos que tenga “derecho” a ejercerlas o que su actualización sea jurídicamente válida o legítima. La facultad moral, si bien no es una mera potencia física, la presupone y guarda una estrecha relación con ésta, porque, en definitiva, implica su ejercicio, pero su función es cualificar a esa potencia física y, eventualmente, al acto que constituye ejercicio de esa potencia, orientándola, rectificándola, encuadrándola en el modelo racional de la norma que la habilita (y, correlativamente, ordenándola respecto del bien común en cuanto fin de todo el Derecho). De modo que, en verdad, el derecho subjetivo corresponde ubicarlo en la categoría de cualidad pero no en la subespecie *potencia-impotencia*, sino en la primera especie de cualidad, es decir, en el subpredicamento *disposición y hábito*, puesto que se trata de una cualidad disposicional cuya función es cualificar aún más la potencia operativa. El derecho subjetivo confiere una cualidad adicional que se sobreañade a la cualidad -de la segunda especie- en la que consiste la potencia operativa natural y, correlativamente, a la acción física externa respectiva, siendo su interrelación la que existe entre todo hábito y la potencia en la que enraíza según lo explica Santo Tomás en el pasaje siguiente:

El hábito difiere de la potencia en que por la potencia somos potentes para hacer algo, más por el hábito no nos volvemos potentes para hacer algo, sino hábiles o inhábiles para actuar buena o malamente aquello que podemos. En consecuencia, por el hábito no se nos da o quita poder algo, sino que por el hábito adquirimos esto: que hagamos buena o malamente algo.⁷²

Por las potencias físicas y psicológicas (categoría de cualidad de la segunda especie: *potencia-impotencia*), todo agente es potente para hacer algo; empero, si además tiene derecho subjetivo, si bien no se vuelve por ello más potente para ello, sucede que *se hace hábil para actuar jurídicamente aquello que ya podía hacer físicamente*. El derecho subjetivo es, entonces, una cualidad disposicional de la cuarta sub-especie de cualidad que hemos identificado más arriba (hábito con estado o modo de inherencia propio de la disposición), cualidad que arraiga en forma directa e inmediata en las potencias psicológicas (principalmente, en la voluntad) y físicas (capacidades locomotivas, órganos

⁷²

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra gentiles*, lib. IV, cap. 77: “Habitum autem a potentia in hoc differt, quod per potentiam sumus potentes aliquid facere, per habitum autem non reddimur potentes ad aliquid faciendum, sed habiles vel inhabiles ad id, quod passumus, bene vel male agendum. Per habitum igitur non datur neque tollitur nobis aliquid posse, sed hoc per habitum adquirimus, ut bene vel male aliquid agamus”.

corporales, etc.) del agente y que opera a modo de hábito, como una cierta habilitación para obrar en el orden del deber ser. El fundamento de esta habilitación operativa es un merecimiento o título, que puede ser natural (en cuyo caso se funda en lo que el hombre merece por su calidad de persona) o positivo (fundado en un título o merecimiento que es producto de la determinación humana).

Cuando se dice que alguien tiene el derecho subjetivo de actuar jurídicamente tal o cual cosa, se está diciendo que está habilitado para actualizar –poner en acto– sus potencias activas, siendo esa posibilidad de ejercicio un acto jurídicamente permitido, lícito, es decir, justo. De tal manera que tanto las potencias naturales (cualidad de la segunda especie) como la licitud o juridicidad de su ejercicio (cualidad de la primera especie), en cuanto accidentes que son, suponen un mismo sujeto o soporte óntico para poder existir, que es la persona humana en quien inhiere tanto la potencia activa como la acción justa –de reclamar, exigir, usar, disfrutar, etc.– que constituye ejercicio legítimo de un derecho subjetivo. Del mismo modo que la prudencia inhiere en la razón, mejorando y orientando la potencia racional, el derecho subjetivo inhiere –principalmente– en la voluntad rectificando y orientando la potencia volitiva. Quede claro, pues, que la potencia activa, o el acto exterior que constituye su ejercicio, no son sujetos últimos de inhesión de la cualidad disposicional a la que hemos adscrito al derecho subjetivo, sino la persona que actúa, en cuanto sustancia. Todo accidente inhiere en la sustancia, pero puede hacerlo, como en este caso, a través de otro accidente que opera como mediador.

Ahora bien, todo lo que llevamos dicho resulta útil para caracterizar los llamados modernamente derechos humanos, en clave tomista. De acuerdo con el análisis que antecede, el “derecho humano” o “derecho fundamental de la persona humana”, también llamado “derecho personalísimo”, es un derecho subjetivo natural, es decir, una cualidad natural que dimana inmediatamente de la naturaleza humana, en virtud de la cual algo le es debido a la persona bajo una estricta y objetiva medida de igualdad (es decir, tiene un título jurídico de acreencia) y, por ello, puede reclamarlo.

Por lo tanto, los derechos humanos no son algo puramente extrínseco a la persona como lo entienden los positivistas de toda laya. Antes bien, según la doctrina que hemos esbozado en este trabajo, son cualidades naturales de la persona con inherencia ontológica intrínseca a su respecto, que forman parte de su despliegue perfectivo o *entelequia*.

4.- El concepto objetivo de derecho pertenece a la categoría cualidad. Común categorización de derecho objetivo y derecho subjetivo

El derecho como objeto terminativo de la conducta justa es una cualidad disposicional. La conducta se perfecciona como justa o jurídica cuando realiza su término objetivo, satisfaciendo el merecimiento, título o derecho (subjetivo) del otro. Esa cualidad de la conducta, en rigor, tiene como sujeto de inhesión al hombre, mediante su conducta y su voluntad.

Un poder o facultad jurídica también es una cualidad disposicional (la cuarta sub-especie de cualidad), que arraiga en una potencia psicológica (la voluntad), y que consiste en una cierta habilitación, fundada en un merecimiento, para actuar de una determinada manera. Esta cualidad puede ser natural (fundada en lo que el hombre como persona merece), o positiva, fundada en un merecimiento determinado por los hombres. Todo el derecho es, por lo tanto, una realidad cualitativa.

5.- La división del Derecho subjetivo en natural y positivo.

Las divisiones del Derecho en general también valen para el derecho subjetivo. Por lo tanto, habrá poderes jurídicos naturales y poderes jurídicos positivos. A cada obligación natural le corresponderá un poder natural para exigirla. Así, por ejemplo: a la obligación natural de que cada ciudadano coopere al bien común le corresponde un derecho subjetivo natural. Lo justo objetivo desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas dará lugar a un poder jurídico correlativo que podría llamarse, con toda propiedad, “derecho subjetivo natural”.

Ahora bien, un derecho subjetivo natural tendrá vigencia en la medida en que tenga alguna forma de positivización. Es imprescindible un mínimo de determinación para que el derecho subjetivo natural pueda, en verdad, existir y hacerse efectivo. El derecho subjetivo natural tiene que ser, a la vez, derecho positivo para cobrar vigencia, de lo contrario carecerá de efectiva realidad.

Lo que debe destacarse es que el derecho subjetivo natural no puede identificarse con un principio abstracto; antes bien, para ser real tiene que tener un mínimo de concreción. Una mera aspiración subjetiva abstracta no es, en sentido estricto, un derecho subjetivo natural. Por ejemplo: es loable que un sujeto aspire a que todos los hombres tengan igualdad de oportunidades en materia educativa o incluso económica, pero eso sólo será un derecho subjetivo natural en la medida en que tenga, de una parte, determinación suficiente y, de otra, justificación o fundamento en la naturaleza humana. Todo esto viene a cuento en relación con el punto siguiente.

6.- Los derechos humanos. Dos modos diversos de concebirlos: la tradición clásica y el racionalismo iluminista.

La expresión "derechos humanos" es una expresión ambigua porque implica una redundancia, en la medida en que el derecho siempre es humano.

De un modo necesariamente esquemático, pueden distinguirse dos grandes modos de concebir los derechos humanos que se han mezclado y que muchas veces generan tensiones recíprocas: una es la teoría de los derechos del hombre de la filosofía moderno-ilustrada y otra es la que hemos intentado caracterizar *supra*, es decir, la doctrina que los entiende como derechos subjetivos naturales en el marco de una visión integral del fenómeno jurídico, sobre la base de las categorías e instrumentos lógico-conceptuales de la filosofía clásica aristotélico-tomista.

1) El iusnaturalismo racionalista está en el origen de la teoría moderna de los derechos del hombre. Esta filosofía adopta como punto de partida de su teoría un postulado ficticio que se da por supuesto sin probarlo y sin que exista evidencia empírica alguna que lo justifique: el hombre en estado de naturaleza presocial, es decir, el hombre tal como habría existido con anterioridad al pacto que daría origen a la sociedad.

Esta doctrina, enseña que el *status naturalis* del hombre es el hombre aislado y que el *status socialis* es un estado añadido, resultante de una convención o pacto implícito. Los individuos o, mejor dicho, sus voluntades, son la causa o raíz de la sociedad política. Se trata de la teoría del "contrato social" como fundamento del Estado, de la autoridad de los gobernantes y del derecho positivo en general. Esta concepción política y jurídica se denomina *individualismo* y consiste en "la doctrina para la cual el individuo es el valor supremo con respecto al cual las instituciones colectivas, y en particular el Estado, no son sino medios".⁷³

En ese "estado de naturaleza" el individuo aislado –pues aún no vive en sociedad–, separado de los otros hombres, se encuentra investido de ciertas prerrogativas, ciertos "derechos innatos", "inalienables", "absolutos", concebidos como poderes o facultades del individuo: los derechos naturales. Adviértase que no son "naturales" por derivar de la naturaleza humana (como en la filosofía clásica) sino que el adjetivo "naturales" significa que son aquellos derechos que el hombre posee en ese "estado de naturaleza" previo a la vida en sociedad. Los teóricos de los siglos XVII y XVIII explican el origen de la sociedad a partir del individuo, partiendo del hombre en estado "puro", "original", "no contaminado", sin adherencias sociales o culturales. Todos estos pensadores (Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, John Locke, Christian Wolff, Immanuel Kant, etc.) conciben de este modo el "estado de naturaleza" y lo postulan como la hipótesis inicial de sus elaboraciones doctrinales.

Si bien cada uno de estos autores plantea una idea distinta de ese hombre "en estado de naturaleza" –para Hobbes es un lobo, mientras que para Rousseau es el buen salvaje y para Locke ni lo uno ni lo otro– todos coinciden en atribuirle una nota esencial: la libertad. Una libertad entendida en sentido negativo, es decir, como ausencia de vínculos externos e impedimentos (Hobbes), como expresión de una voluntad autónoma (Kant) o una voluntad soberana (Rousseau), sin referencia al bien o a la verdad. La libertad –escribe Hobbes– es "la ausencia de todos los impedimentos para la acción que no están contenidos en la naturaleza y en la cualidad intrínseca del agente".⁷⁴ En tanto, para Rousseau, el hombre no debe obedecer más que así mismo. Los derechos naturales se resuelven en esa misma

⁷³ FOULQUIE, PAUL, *Diccionario del lenguaje filosófico*, Madrid, Ed. Labor, 1967, voz: "individualismo".

⁷⁴

HOBBS, THOMAS, *Elementos de derecho natural y político*, págs. 87-88.

libertad. Hobbes, por ejemplo, define el derecho subjetivo que tiene todo individuo en ese estado de naturaleza presocial como la libertad que tiene el hombre de hacer lo que quiera, para su propia conservación; y esa libertad es ilimitada. En efecto, como no existe todavía ningún orden social, todo está permitido a los hombres en estado de naturaleza, tienen derecho a cualquier cosa (*jus omnium in omnia*). Jacques Maritain, filósofo francés, a pesar de ser un gran defensor de los derechos humanos, llegó a decir: “Esta filosofía de los derechos acaba, por lo demás, después de Rousseau y de Kant, por tratar al individuo como a un dios y por hacer de todos los derechos que se le atribuyen los derechos absolutos e ilimitados de un dios”.⁷⁵

Un rasgo típico de estos derechos del hombre del individualismo racionalista es su carácter abstracto. La abstracción de la que adolecen estos derechos es una consecuencia de ser los derechos un “hombre” que es, como se ha visto, fruto de una abstracción; o, peor aún, un “hombre en estado de naturaleza”, aislado, no-social, que es puramente imaginario, una ficción, es decir, un ser que no ha existido nunca. Son los derechos de un “Hombre” concebido fuera de toda sociedad, historia, lugar geográfico y tradición cultural. Ya Joseph De Maistre en su obra *Consideraciones sobre Francia* criticaba la índole abstracta de los “derechos del hombre”: “La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el hombre. Ahora bien, el hombre no existe en el mundo Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos [...] en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco”.⁷⁶

La nómina de los derechos del hombre, fue enunciada por John Locke, Thomas Paine y Jean Jacques Rousseau, en sus respectivas obras, para luego desembocar en la famosa “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de la Asamblea Constituyente de 1789, en plena Revolución Francesa, que hace referencia a los siguientes: libertad, igualdad ante la ley, resistencia a la opresión. Es característico de esta visión la tendencia a explicar toda la realidad jurídica y aún la política a partir de los derechos subjetivos, dando lugar a una concepción individualista y subjetivista de lo jurídico. El fin del Estado, producto del contrato social, desde esta perspectiva, se reduce a la protección de los derechos individuales de los asociados, no asignándole otra función que la de asegurar “la coexistencia de las libertades”. En particular, todo el andamiaje jurídico-político, es decir el orden jurídico normativo en su conjunto, apunta a hacer efectivos y a garantizar estos derechos subjetivos, apoyándolos con la fuerza pública. A partir de Locke, el fin del contrato social y del Estado es garantizar la protección de esos derechos del individuo, con especial referencia a la propiedad privada y las libertades individuales a potenciales agresiones, poniendo límite, principalmente, a la voluntad del gobernante.⁷⁷ Es fácil apreciar que, en esta concepción, el derecho subjetivo pasa a ser el elemento preponderante y principal de todo el sistema jurídico.

Los derechos humanos o derechos del hombre, desde esta perspectiva, son concebidos como derechos subjetivos naturales que aparecen como derechos desmesurados, o potencialmente ilimitados. La legislación civil tendrá la tarea de establecer límites y de equilibrar la relación entre los individuos sobre la base de criterios predominantemente utilitarios.

2) La filosofía clásica concibe el hombre como un ser social por naturaleza. La vida en sociedad es la vida específicamente humana. Esto significa que el ser humano no puede vivir si no es en el marco de una comunidad, con otros hombres, único modo de poder satisfacer sus necesidades básicas y realizar su perfección (la *entelechia* humana, en términos aristotélicos). De hecho, no hay experiencia histórica de vida humana fuera de la sociedad. Por eso, explica Aristóteles que: “el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana”,⁷⁸ es decir, lo propio del hombre es la vida en sociedad y quien no vive en sociedad o es menos que un hombre o es más que un hombre. La radical sociabilidad del hombre se hace patente y se torna manifiesta si tomamos en cuenta el comienzo de la vida humana: el niño pequeño. El ser humano recién nacido es el ser más

⁷⁵ MARITAIN, JACQUES, *El Hombre y el Estado*, Madrid, Ed. Encuentro, pág. 100.

⁷⁶ DE MAISTRE, JOSEPH, *Consideraciones sobre Francia*, Madrid, Rialp, 195, pág. 142.

⁷⁷

LOCKE, JOHN, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, nro 124.

⁷⁸

ARISTÓTELES, *Política*, I, 1253 a

desvalido de este mundo. Y, además, lo es por mucho más tiempo que cualquier otra especie. La misma supervivencia sería imposible, por lo tanto, sin la existencia de la primera comunidad natural que llamamos familia. Por lo tanto, la doctrina clásica enseña que el hombre, para su perfección, está llamado y obligado a vivir con sus congéneres, pero no sólo a convivir, o a ingresar en la vida con otros hombres, sino a propender con su actividad a cierta plenitud de la vida social; significa que el hombre ingresa en la vida social tanto para buscar ayuda como para ayudar, esto es, va por su indigencia y para su plenitud.

El “estado de naturaleza” presocial es un verdadero mito y ese hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia respecto de los demás hombres y en posesión de derechos fundados en esa misma libertad, del que hablan Hobbes, Locke, Rousseau, Kant y todos los autores del iusnaturalismo racionalista es una abstracción que no tiene realidad alguna. No es real ese hombre autónomo y autosuficiente, ya perfectamente constituido sin que se sepa cómo del que nos hablan los filósofos del siglo XVIII. La evidencia empírica demuestra que todo individuo de la especie humana nace ya miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad y no puede más que vivir en sociedad. La vida en sociedad no es un “mal necesario”, ni es el fruto de un pacto con fines meramente utilitarios, sino una necesidad que brota directamente de la naturaleza humana, pues sólo en sociedad puede el hombre alcanzar su plenitud y su *eudemonía*. Y la vida social supone y conlleva deberes que recaen en cada uno de los miembros de la comunidad, de cooperar al bien común.

Los derechos humanos, entendidos como derechos subjetivos naturales, sólo tienen sentido como poderes jurídicos de reclamar una conducta concreta de otro, es decir, en estricta e inescindible correlación con deberes jurídicos de dar, hacer o no hacer algo, deberes que recaen en otra persona. En la perspectiva de la tradición jurídica clásica, el derecho es concebido como lo justo, lo suyo de cada uno y lo justo siempre es lo igual, es decir, lo debido a otro según una cierta igualdad; y ese otro ciertamente puede exigirlo, pero solo en la medida en que haya un sujeto obligado en justicia y no meramente porque él lo exija o porque él lo desee, lo quiera o tenga interés en obtenerlo. Algo es exigible como derecho por uno de los sujetos de la relación jurídica sólo en la medida en que es debido en justicia por el otro. Sobresale como un rasgo esencial del fenómeno jurídico la *alteridad*, pero no la alteridad entendida como mera bilateralidad sino como sociabilidad, como la propiedad humana de vivir en sociedad: vida social en la que el individuo convive con otros individuos con los que interactúa, intercambia bienes, brinda servicios, compra, vende, etc. Es habitual ejemplificar esto con el hipotético Robinson Crusoe, quien sólo en su isla goza de la vida, se pasea, ejerce sus facultades corporales y hasta puede tener ciertos deberes morales consigo mismo pero no puede tener derechos, en sentido estricto, ni por consiguiente ser sujeto de derechos, porque no hay nadie que pueda interactuar con él y, eventualmente, pretender quitarle lo suyo o ser titular de una obligación de respetarlo. Por lo tanto, no puede exigir ni ejercer poder jurídico alguno respecto de ningún otro ser humano. Por lo tanto, hay que destacar, con singular énfasis que *no hay ni puede haber un derecho sin un deber correlativo, y tampoco hay una prioridad del derecho sobre el deber*.

Ahora bien, si el punto de partida es precisamente la consideración de un sujeto individual y aislado, es decir, la ausencia de ese “otro”, titular de un deber de conducta, entonces, ya hay un presupuesto de base erróneo que vicia toda la teoría jurídica y que conspira contra la posibilidad de que pueda constituir una explicación satisfactoria de lo jurídico. Un –hipotético– derecho humano de un individuo aislado, no social, que, por lo tanto, no puede tener como correlato en un deber jurídico de otro no es, en sentido estricto, un derecho. Antes bien y como hemos visto, el derecho, incluso el subjetivo, presupone, necesariamente, la alteridad y la vida social y política.

Por otra parte, para que haya un derecho subjetivo, cuando menos en el sentido estricto de la expresión, tiene que haber: (i) un acreedor, es decir, un sujeto titular del poder jurídico de hacer algo, exigir lo suyo, o reclamar a otro; (ii) una prestación de conducta delimitada en forma precisa que será, a su vez, objeto común del deber de prestación del obligado y del derecho subjetivo del acreedor; (iii) un deudor determinado obligado a hacer o no hacer esa conducta que es objeto del poder del otro y de su propio deber; y, por último: (iv) una norma jurídica, sea natural o positiva, que conceda ese derecho y, simultáneamente, imponga el deber de conducta correlativo. Estos tres elementos del fenómeno jurídico (deber de conducta y su respectivo objeto terminativo, poder jurídico cuyo objeto es

materialmente idéntico al de la conducta debida y norma jurídica) conforman una estructura inescindible y compleja, en la que cada uno de ellos es rigurosamente *co-relativo* de los otros dos, es decir, se explica y hasta reclama la existencia de los otros dos.

De ello se desprende que un derecho subjetivo natural –esto es, lo que modernamente se denomina “derecho humano– jamás puede ser ilimitado, pues, al contrario, está estrictamente delimitado en su contenido, en su medida y en su exigibilidad por el debito correlativo del obligado y por la norma jurídica que le sirve de fundamento inmediato. El derecho subjetivo es, siempre, lo que al sujeto le corresponde en justicia en el marco de las relaciones concretas que configuran su derecho.

ANEXO

DERECHOS HUMANOS: CUADRO COMPARATIVO DE LA DOCTRINA INDIVIDUALISTA CON LA DOCTRINA CLÁSICA

Doctrina individualista, Iluminista, Racionalista o Ilustrada y su deriva contemporánea.	Doctrina clásica (o aristotélico tomista, o realista)
<i>Doctrina sobre el origen de la sociedad y el Estado:</i> individualismo social y político. El hombre, en estado de naturaleza, celebra un contrato social por medio del cual nace la vida en sociedad. El orden político se funda la voluntad del individuo, expresada en un pacto.	<i>Doctrina sobre el origen de la sociedad y el Estado:</i> natural sociabilidad y politicidad. El hombre está naturalmente inclinado a la vida social y política como algo valioso y, además, obligatorio.
<i>El fin del Estado</i> es la protección de los derechos del individuo.	<i>El fin del Estado</i> es el bien común político entendido como la perfección de la vida social.
<i>Grupos infrapolíticos:</i> no existen, deben ser eliminados y no pueden ser titulares de derechos subjetivos. El Estado es una organización integrada inmediatamente por individuos.	<i>Grupos infrapolíticos:</i> la comunidad política está formada, inmediatamente, por los grupos infrapolíticos (familias, municipios, corporaciones, asociaciones intermedias) que son titulares de derechos y obligaciones.
<i>Derechos del hombre:</i> el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII adopta como punto de partida de su elaboración teórica la hipótesis abstracta y a-histórica del hombre en estado de naturaleza presocial. En ese “estado de naturaleza” el individuo aislado -pues aún no vive en sociedad- es titular de “derechos innatos”, “inalienables”, “absolutos” concebidos como poderes o libertades (negativas) de un individuo autónomo, totalmente independiente de todo otro hombre.	<i>Derechos subjetivos naturales:</i> son derechos subjetivos fundados en la naturaleza humana que le corresponden al sujeto por su condición de hombre. Implican, necesariamente, obligaciones jurídico-naturales en cabeza de otros sujetos de derecho en el seno de relaciones de justicia, y, también, una norma jurídica que al mismo tiempo conceda, respectivamente, derechos y deberes a los sujetos de esa relación jurídica. A su vez, tanto lo debido como lo exigible tienen un fundamento remoto que es el fin común de la vida social, es decir, el bien común.
<i>Subjetivismo:</i> el fenómeno jurídico es enfocado, explicado primordialmente desde la perspectiva del sujeto. Así, todo lo jurídico se organiza en torno a los derechos humanos entendidos como prerrogativas de un sujeto autónomo y desvinculado de relaciones sociales. Consecuencia de ello es cierto detrimento que la noción de “deber jurídico” respecto de la noción de derecho subjetivo. Este modo de concebir los derechos exalta al individuo de modo absoluto y no lo dispone a la solidaridad ni mucho menos al servicio del otro. Esta concepción corre el riesgo de perjudicar la convivencia social.	El fenómeno jurídico es enfocado desde una perspectiva integral, es decir, una explicación que pretende integrar y dar cuenta de los tres principales elementos estructurales de todo fenómeno jurídico. Los derechos subjetivos con elementos correlativos de los deberes jurídicos, a punto tal de que ambos se co-implican, no pudiendo entenderse uno sin el otro. Lo exigible es lo debido en justicia y el fenómeno jurídico tiene una esencial dimensión relacional, es decir, es un fenómeno social y político. El fin del derecho en su conjunto y también de las facultades morales o derechos subjetivos, es el bien común.

<p><i>Tendencia a la abstracción y a la ambigüedad:</i> se utiliza el nombre “derechos humanos” para denominar no tan sólo verdaderos derechos naturales sino también un conjunto de cosas en extremo variopinta:</p> <p>Libertades, reclamos, aspiraciones legítimas, objetivos de política social, reivindicaciones sectoriales, deseos utópicos, apetitos individuales, pulsiones instintivas, ideales conservacionistas, objetivos políticos, exigencias de grupos de presión, aspiraciones revolucionarios, e incluso intereses egoístas y caprichosos. No hay, por tanto, una unidad conceptual clara que pueda abarcar un número tan heterogéneo de cosas.</p> <p>No queda claro quienes son los titulares de estos supuestos “derechos humanos”, ni menos los sujetos pasivos que deben respetarlos o respecto de quienes se habrá de hacerlos valer, ni cual es su objeto o contenido concreto, ni tampoco si tienen una cierta medida (en rigor, se los postula “absolutos”).</p>	<p><i>Tendencia a la concreción:</i> los únicos entes que merecen ser denominados, en sentido estricto, “derechos subjetivos naturales” son las facultades morales concretas cuyo objeto es lo suyo o lo que se le debe al sujeto titular con fundamento en la naturaleza humana o en la naturaleza de las cosas. Se trata de facultades delimitadas, con una medida estricta y objetiva.</p>
<p>Tendencia a incrementar el número de derechos humanos hasta el infinito, hasta convertir la noción en un nombre equivoco susceptible de legitimar cualquier aspiración, deseo o reivindicación:</p> <p>1) <i>Primera generación:</i> derechos llamados civiles y políticos de la Revolución Francesa.</p> <p>2) <i>Segunda generación:</i> “derechos sociales”, demandas de prestaciones activas por parte del poder político para lograr igualdad entre ciudadanos;</p> <p>3) <i>Tercera generación:</i> “derechos difusos”: a la paz, al medio ambiente protegido, a la comunicación, a la diferencia;</p> <p>4) <i>Cuarta generación:</i> lo que algún autor denomino “iusnaturalismo libertario” y que Joseph Marie Lo Ducca llama “derechos al erotismo”: derecho a las relaciones sexuales libres, a la homosexualidad, al aborto libre, a la contracepción subsidiada por el Estado, etcétera⁷⁹. Por último, Peter Singer habla</p>	<p>El número de los derechos subjetivos naturales es, de suyo, reducido, pues a todo derecho subjetivo corresponde un correlativo deber de conducta y, por lo tanto, una posibilidad real y concreta de ser reivindicado y hecho efectivo con alguna posibilidad de éxito. Ergo: sólo se justifica otorgar el nombre de “derecho humano” a los verdaderos derechos subjetivos naturales, en los cuales hay un sujeto titular determinado, otro sujeto que en justicia está obligado a dar, a hacer o a no hacer algo y, por lo tanto, un objeto determinado con precisión.</p>

⁷⁹

LO DUCCA, JOSEPH-MARIE, “Derechos del erotismo y derechos al erotismo”, en *Janus*, 5, Hacetteh, Buenos Aires, 1966, pág. 79.

de los derechos de los animales. ⁸⁰	
Utilización ideológica del concepto como instrumento retórico y maniqueo al servicio de los intereses políticos de cualesquiera grupos sociales. Por ejemplo: se habla del “derecho de las madres al aborto”. ⁸¹ La utilización de la noción de los derechos humanos de un modo tan ambiguo, ambicioso y plástico, ha dado lugar a que se los critique diciendo que son “falsas promesas insostenibles”, “falsos créditos”	Utilización de la noción con rigor teórico y científico, de acuerdo con una conceptualización técnico-jurídica rigurosa.
<i>Fundamentación:</i> si bien en su origen la filosofía de la Ilustración había referencia a una naturaleza humana concebida de modo más o menos abstracto, que era fundamento, a su vez, de la dignidad del hombre, actualmente hay una amplia diversidad de enfoques para justificar los derechos humanos, siendo el más extendido el “consenso”, es decir, un fundamento relativo y débil.	<i>Fundamentación:</i> en forma inmediata los derechos subjetivos naturales revisten su fundamento en la naturaleza humana y en la ley natural, y en forma mediata en Dios “fuente de toda razón y justicia” como dice el Preámbulo de la Constitución de la República Argentina. Un fundamento metafísico y teológico sólido.

⁸⁰ SINGER, PETER, “Not for human only: the place of non humans in enviromental issues”, en *Ethics & problems of the 21th century*, Ed. K.E. GOODPASTER & K. M. SAYRE, Notre Dame U.P., 1979, págs. 191-206.

⁸¹ ANDERSON, CARL. A., “Moral norms and social consensus: toward the anthropological foundation of human rights”, en AA.VV., *Persona, Verità e Morale*, Roma, Città Nuova, 1987, págs. 373-377.