

ESTUDIO ACERCA DE LA CRITICA A LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO

Dr. Ángel Julio Figueredo

Profesor Adjunto de Derecho Civil I

— I —

La noción de derecho subjetivo se presenta como un pilar fundamental sobre el que se edifica el sistema jurídico actual, en el que juega un importante papel en la mayoría de los razonamientos jurídicos y es término de uso cotidiano tanto por legos como por letrados.

En general se admite que la idea de derecho subjetivo corresponde a una cierta prerrogativa del hombre. Sin embargo, esta concepción exige mayores precisiones, ya que la utilidad de la noción y el lugar que ocupa en el sistema jurídico son controvertidos.

Numerosas y muy importantes elaboraciones se han realizado en torno a este tema. Desde la pandectística alemana hasta nuestros días el definir los contornos del derecho subjetivo ha atraído la atención de los más relevantes pensadores, adoptando dispares posiciones, ya sea apuntalando el concepto o negándolo. Así, desde que se acuñó el término por Guillermo de Occam en el siglo XIV, según lo sostiene Michel Villey, ⁽¹⁾ siguiendo con los aportes de Suárez, Grocio, Püffendorf, Hobbes, que sentaron los fundamentos de la Escuela Moderna del Derecho Natural, con los caracteres que la distinguen: racionalismo, sistematismo, indi-

1 VILLEY, Michel, Philosophie du Droit - I - Definitions et fins du droit, (Daloz, París, 1978), pág. 149; La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam en Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, traducción de A. Guzmán Brito (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976), pág. 151.

vidualismo, abandono del finalismo y carácter revolucionario, (²) pasando por las exposiciones de Winscheid (Willenstheorie), Ihering (Interessendogma) y llegando a Duguit, Kelsen, Dabin, Roubier, Lachance, se ha ido produciendo sucesivamente una constante reactualización del debate, con sus consiguientes replanteos.

En las líneas que siguen no se va a efectuar sino una breve exposición de la postura de dos autores, Michel Villey y Georges Kalinowsky, quienes parten de iguales supuestos filosóficos, como que ambos son destacados representantes contemporáneos del jusnaturalismo clásico. Ello servirá para poner de resalto lo controvertido de este problema sobre el que, evidentemente, no está todo dicho, aunque se haya dicho de todo.

— II —

La crítica de Michel Villey a la noción de derecho subjetivo se basa en que el orden natural conduce a establecer relaciones jurídicas objetivas y no derechos subjetivos. Sostiene, y en ello lo ha seguido la doctrina histórica dominante, que el derecho romano ignoraba la noción de derecho subjetivo y que el término “ius” no designaba un poder del individuo, una prerrogativa del sujeto, sino una creación jurídica objetiva, “es sinónimo de cosa incorporal (...) es una res, es decir, una institución (res) puramente abstracta y jurídica (incorporalis)”. (³) Se presenta, pues, como una parte que corresponde al individuo en la organización social, que comporta un complejo de ventajas y cargas. Siendo la Justicia el dar a cada uno su parte (suum quique tribuere), la palabra “derecho” aplicada al individuo designa la parte que a éste le corresponde. Lejos de ser una cualidad o un atributo de la persona, el derecho así comprendido es añadido al sujeto, puesto delante de él (oh - jetum), por lo que el término “derecho subjetivo” designaría, en cambio, lo sacado del ser mismo del sujeto, de su esencia, de su naturaleza, y este último era el sentido que inspiraba el pensamiento de Wolff, Leibniz, Locke, Spinoza, Hobbes. (⁴)

La concepción de Villey, inscripta como se apuntara en la filosofía del Derecho Natural Clásico tal como la expusieron Aristóteles y Santo

2 MASSINI, Carlos Ignacio, La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980), pág. 15.

3 VILLEY, Michel, Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo en Estudios en torno a..., op. cit., pág. 89.

4 VILLEY, Michel, Génesis... op. cit., pág. 155.

Tomás de Aquino, considera que existe un orden de la naturaleza en el que cada uno de los elementos que componen el universo debe ser puesto en su justo lugar. De ahí la necesidad de establecer las relaciones entre los hombres, las cosas, las instituciones. (5)

La Justicia consistirá, entonces en dar a cada cosa su lugar en un mundo armonioso donde reina un justo universal dado por la naturaleza. El término derecho no podrá ser, pues, una cuestión de libertad, de poderes, de prerrogativas del hombre "porque el poder no está pensando sino en función del individuo, mientras que el derecho es una relación supra inter individual". (6) Esta relación no es creada, de todas formas, por el arbitrio del legislador sino que tiene sus raíces en la búsqueda del bien común, en la conformidad de la sociedad humana con el orden de la naturaleza.

Así, la crítica a la noción de derecho subjetivo se torna vigorosa "... el egoísmo individual tiende a captar (al derecho) en su beneficio, deformándolo, lo que había sido construido sólo en vista de la Justicia y del Bien Común, tiende a desnaturalizar la relación en poder unilateral". (7) La singular visión subjetivista del derecho condujo a yuxtaponer una colección de prerrogativas individuales en lugar de buscar las relaciones justas entre los hombres y esta óptica no duda en calificarla de "concepción antijurídica", (8) porque desconoce la función esencial del derecho: establecer la justicia. Estima necesario desterrar de nuestro vocabulario y de nuestro razonamiento la expresión "derecho subjetivo", que aislando al individuo, falsea todas las perspectivas. No debería ha-

5 VILLEY, Michel, Génesis... op. cit., pág. 158. "Lo propio de la doctrina de Aristóteles y de Santo Tomás es fundar la Ciencia Jurídica, no sobre la "naturaleza del Hombre" individualmente considerado, como será la pretensión, por otra parte extraña, de los modernos y de donde los modernos inferirán este atributo del hombre aislado, su poder, su "derecho subjetivo", sino sobre la base de un dato natural, a partir de la observación del orden contenido en el cuerpo social, sobre la "naturaleza cósmica".

6 Ibídem, pág. 159. Cfr.: LACHANGE, Louis. "El derecho y los derechos del hombre" (Rialp, Madrid, 1979), quien señala que al erigirse la voluntad y la libertad de la persona como reglas supremas en todos los grados de la acción, se produjo un deslizamiento de lo objetivo a lo subjetivo y particularmente el derecho empezó a confundirse con las prerrogativas de la persona, con el poder (...) y ese poder es lo que se ha llamado derecho subjetivo" (pág. 176) y más adelante agrega "este poder no es el derecho, sino que lo supone (...) y depende de él como una medida inmediata y especificadora". Coincidiendo con Villey, sostiene que según la tradición el derecho no fue concebido nunca como algo que se confunde con el bien propio, sino más bien con el "bien de otro", con el de la comunidad, con el de sus miembros, pues la causa del derecho no reside sino en la ley, que determina lo que es debido objetivamente y conforme a una igualdad proporcional a la comunidad y a cada uno de sus miembros.

7 VILLEY, Michel, Génesis... op. cit., pág. 167.

8 Ibídem, pág. 168.

blarse sino de “relaciones jurídicas objetivas, de relaciones de cada uno con los otros, lo que implica ciertamente ventajas, pero también deberes.

Villey no desconoce los servicios que ha prestado esta noción frente al régimen del Positivismo, pero de todas formas concluye que no ha constituido un progreso. ⁽⁹⁾

— III —

En el análisis del derecho subjetivo Kalinowsky comienza su estudio desde el ángulo de la lógica. Parte de la existencia de normas jurídicas permisivas “Todo sistema de derecho incluye reglas permisivas”. ⁽¹⁰⁾ Existen diversos tipos de normas permisivas: unilaterales o bilaterales y expresas o sobreentendidas. Ahora bien, las normas permisivas implican el derecho de cumplir una determinada acción y en tanto esta facultad pertenece a un sujeto de derecho, se sigue que las normas permisivas confieren derechos subjetivos. Pero este razonamiento se extiende también a las normas imperativas y prohibitivas, ya que éstas implican permisiones sobreentendidas, de lo que se desprende que todas las normas confieren derechos subjetivos, unas directamente y otras indirectamente. Si la existencia de estas normas es un hecho, lo es también la existencia de los derechos subjetivos. Así, el hecho es reconocido y explicado. ⁽¹¹⁾

En cuanto al fundamento de este derecho subjetivo, Kalinowsky recurre a “una interpretación filosófica”. El derecho subjetivo será una relación entre un sujeto de acción y una acción (no entre un sujeto de derecho y un objeto de derecho). Es la posibilidad jurídica de cumplir una acción ⁽¹²⁾ y esta posibilidad puede ser simple (unilateral) o doble (bilateral). Existen acciones que el hombre puede jurídicamente cumplir porque debe y acciones que puede realizar o no, precisamente porque no está obligado a ninguna de las dos posibilidades. Estaríamos así frente a dos realidades que son típicos argumentos de reflexión filosófica: el fin y el medio. Ambas realidades se encuentran en el concepto de

9 VILLEY, Michel, Crítica a los derechos del hombre en Estudios en torno..., op. cit., pág. 248.)

10 KALINOWSKY, George, Lógica y filosofía del derecho subjetivo en Concepto, fundamento y concreción del derecho, traducción de Carlos I. Massini, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982), pág. 28.

11 Ibídem, pág. 30.

12 KALINOWSKI, George, op. cit., pág. 31.

bien, en tanto el fin es un bien al cual se tiende y el medio es un bien en función a un fin.

Mas el bien ontológico del hombre es su ser, su naturaleza, el designio de su Creador. En el hombre este bien ontológico se valora de modo conciente y libre, transformándose en bien moral.

En abstracto los actos humanos pueden ser buenos, malos o indiferentes en relación, precisamente, al fin último. Así, la ley natural también tendrá tres grupos de principios: aquellos que obligan a cumplir los actos intrínsecamente buenos, los que prohíben los actos malos y aquellos que permiten los actos indiferentes.

De tal modo los principios naturales imperativos o prohibitivos implican permisiones unilaterales; los principios naturales permisivos implican permisiones bilaterales. Los unos y los otros crean derechos subjetivos, los primeros dando lugar a derechos subjetivos absolutos, intangibles, soberanos (pues se ordenan directamente al fin último del hombre). Los segundos dan fundamento a los derechos subjetivos relativos, susceptibles de ser limitados o suspendidos, ya que al no ser por naturaleza buenos o malos, pueden en concreto ser limitados por un motivo superior. Es decir, que aunque la ley humana puede crear derechos subjetivos, éstos serán siempre relativos, en tanto son hechos por el hombre. ⁽¹³⁾

Por último señala este autor que el derecho objetivo es anterior al derecho subjetivo en el sentido de que este tiene su fuente en una norma jurídica natural. ⁽¹⁴⁾ El Derecho subjetivo será, pues, una relación

13 KALINOWSKI, George, op. cit., pág. 33.

14 En tal sentido resulta interesante referir lo sostenido por Jean Dabin (El Derecho Subjetivo, Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado), traducción de F. J. Osset, pág. 61 y ss.) quien distingue dos clases de reglas que pueden pretender el título de derecho objetivo: "De una parte, la regla de que habla Duguit, que es la regla de un grupo social, que procede de éste y por él está sancionada, digamos para simplificar, del Estado: de otra parte la regla de la justicia, que ordena dar a cada uno lo que le pertenece o lo que le corresponde" y de esa doble clase de derecho objetivo, desprende a su vez una doble clase de derecho subjetivo: el jurídico y el moral, y en tren de establecer cuál de ellos es primero, señala que el derecho objetivo siempre es primero, en tanto justifica el derecho subjetivo, pero esta prioridad se da siempre dentro de la misma serie. Así, ese orden, esquemáticamente sería el siguiente: 1º) Derecho objetivo "moral" (regla de justicia), 2º) Derecho subjetivo moral, 3º) Derecho Objetivo jurídico y 4º) Derecho subjetivo jurídico. Esta terminología es criticada por Lachance (op. cit., nota 6, pág. 86 y ss.) en tanto se parte de una definición de derecho como derecho positivo, excluyendo del campo del derecho todo lo que no está provisto de sanción jurídica y sostiene que con tal forma de expresarse se trata de excluir del campo Jurídico al derecho natural tradicional, recurriendo a un derecho prejurídico al que, como se ve, se califica de "moral"; señalando que a tal prejuicio se llega a raíz de no considerar la noción de derecho como analógica.

entre un sujeto de acción, absoluta o relativa, según quien sea el autor de la norma (Dios o el hombre) y tratándose de derechos subjetivos naturales, en base a la categoría de acciones a que se refiera. Concluye Kalinowsky afirmando que “La llave de todo el problema (...) se encuentra en la filosofía teísta y creacionista por la cual el ente es el bien y el hombre una persona. (15)

— I V —

Distintas son las actitudes que adoptan Villey y Kalinowsky para encarar la problemática del derecho subjetivo. Mientras que el primero, luego de un exhaustivo análisis histórico y filosófico, culmina rechazando la noción y propugnando dejarla de lado; el segundo, en cambio, se hace cargo del término e incluso lo admite tal como se propone corrientemente, (16) reinsertándolo, recreándolo en el marco de la filosofía tradicional, sin mengua de sus principios. (17)

Esta última postura tiene en cuenta la utilización cotidiana del término, determinada por acontecimientos históricos e importantes movimientos de defensa de los derechos de los individuos, necesarios quizá por causa de la misma ideología que los ubicó como eje exclusivo y excluyente del Derecho, que han dejado sus trazas indelebles en la conciencia común. Pero además contempla el hecho de haberse constituido en un recurso técnico cómodo para aprehender jurídicamente esa realidad, en tanto y en cuanto aún quienes niegan la existencia de los derechos subjetivos, en última instancia reconocen zonas de poder de los hombres garantizadas por el derecho. (18)

Se ha dicho que la tarca que le corresponde a los juristas de nuestro tiempo “consiste en la superación de las consecuencias disgregadoras del

15 KALINOWSKI, G., op. cit., pág. 35.

16 *Ibidem*, pág. 30.

17 Así, señala Dabin (op. cit., nota 14, pág. 65) “que si el derecho subjetivo tiene un lugar en el derecho, no todo el derecho se refiere al derecho subjetivo” y más adelante agrega “...que admitir la existencia de derechos subjetivos no es tomar partido por una doctrina individualista, y menos aún legitimar un ejercicio excesivo (...) no es afirmarlo sin límite. Corresponde, por el contrario, al derecho objetivo, que fundamenta el derecho subjetivo, fijar los límites de éste...” (id. pág. 67). Con distinto sentido, también para Kalinowski el fundamento del derecho es objetivo, por lo que para él el hecho de admitir la noción de derecho subjetivo, no implica que tenga que cambiar su concepción de lo jurídico.

18 Los intentos por sustituir el concepto de derecho subjetivo terminan por evocar de algún modo la noción que se intenta suplantarse, como lo apunta Dabin (op. cit., pág. 41).

pensamiento jurídico moderno" (¹⁹) y en este sentido Villey demuele, con su precisa crítica, el subjetivismo jurídico encarnado para él en la noción de derecho subjetivo. Es innegable que su análisis de la génesis del término y de sus presupuestos filosóficos, explican los resultados criticables de la Escuela Moderna del Derecho Natural. Sin embargo, su avance hacia el segundo paso, cual es elaborar, a partir de las cosas mismas, de las realidades humanas sociales, "los principios para la renovación y reconstrucción del orden vinculante de la convivencia" (²⁰), tropieza con su intransigencia en cuanto a la admisión del término "derecho subjetivo", que él mismo reconoce que se encuentra incorporado al lenguaje jurídico. (²¹)

Así, aparece más positiva la actitud de Kalinowsky que se ubica ante la realidad y constatando el hecho, busca una filosofía capaz de darle explicación. (²²)

En síntesis, Villey explica el por qué de la aparición de esta controvertida noción de derecho subjetivo, demostrando el sentido falaz de la acepción acuñada por el pensamiento moderno y las nefastas consecuencias que de ello se derivan, refutando exhaustivamente a quienes pretenden ver los antecedentes de esta noción en el derecho romano (²³)

En Kalinowsky, en cambio, se completa el cuadro, ya que toma el término tal como ha llegado y es usado en nuestros días, recreando su realidad, proporcionándole un nuevo contenido, dotándolo de otro sentido que permita una adecuada conjunción con la "philosophia perennis" en base a su estilo tomista de pensar, adoptando sus posiciones iniciales, pero a la vez buscando nuevas síntesis.

19 MASSINI, Carlos I., op. cit., pág. 76.

20 MASSINI, Carlos I., op. cit., pág. 77.

21 VILLEY, Michel, Las Instituciones de Gayo..." op. cit., pág. 74 y "Crítica..." op. cit., pág. 248. Incluso Lachance, cuyo pensamiento parece más cercano al de Villey, señala que el derecho subjetivo desempeña un papel necesario, pero no responde a la idea de derecho sino muy impropiamente: "No merece el nombre de derecho, sino en virtud de una "denominación extrínseca". Y, sobre todo, no posee por sí mismo ningún valor de regla y de medida; tiene, por el contrario, necesidad de ser medido y ajustado por esta realidad que encarna el orden necesario para el bienestar de la comunidad y que, desde siempre, ha sido designada como representante efectivo del derecho". (Op. cit., pág. 206).

22 KALINOWSKI, G., op. cit., pág. 25.

23 La crítica a la noción de derecho subjetivo que hace Lachance se apoya, en cambio, directamente en la obra de Santo Tomás de Aquino (op. cit., pág. 194-200) y se centra en demostrar que para el Aquinate el término derecho no tuvo el sentido subjetivista que algunos creen encontrar en sus escritos y si en algún momento pudo haberle dado ese sentido, lo fue en forma impropia y sostiene que "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 era objetivamente debido.