

CAPÍTULO CUARTO

CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO SUBJETIVO COMO CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las ideas más extendidas en el discurso jurídico de los últimos siglos es, sin duda, la del “derecho subjetivo”. Hoy podemos darnos cuenta de que este concepto ha invadido prácticamente todo lo que conocemos como derecho, lo mismo el terreno del derecho público que el derecho privado, y también el llamado derecho social. De ahí que pueda llegar a afirmarse, con justificada razón, que “la característica del discurso jurídico contemporáneo —y aun del discurso jurídico político— radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de «derechos», es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos”.¹⁰⁴

En este sentido, podemos darnos cuenta de cómo el concepto de derecho subjetivo lo mismo se aplica al reconocimiento de los derechos del ciudadano de participar en la vida pública, que a las relaciones jurídicas surgidas de un contrato de compraventa. Se califica del mismo modo tanto el derecho del trabajador a recibir un salario como el poder que tiene un individuo de exigir ante un órgano jurisdiccional la restitución del daño causado a su propiedad.

Este empleo indiscriminado de la noción “derecho subjetivo” se ha trasladado también, y quizá con mayor fuerza, al campo de

¹⁰⁴ Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 11.

los derechos humanos; también éstos han pretendido ser definidos como derechos subjetivos, entendiéndose entonces como facultades, prerrogativas o poderes que las personas poseen para exigir el reconocimiento, respeto y observancia de sus derechos, cualquiera que éstos sean. Esto nos ha hecho creer que la expresión más adecuada para definir los derechos humanos es precisamente la de derecho subjetivo, y no otra distinta de ésta. Así, se han empleado como equivalentes las locuciones “derechos subjetivos” y “derechos humanos”.

Desafortunadamente, y a pesar del fuerte arraigo que ha acarreado la idea que venimos comentando, pocas son las personas que de manera seria han hecho un alto en el camino y han reflexionado sobre el significado real de esta expresión, y sobre las posibles consecuencias que la misma ha traído consigo para la cultura jurídica moderna.

Con las siguientes reflexiones nos proponemos exponer nuestro punto de vista acerca de por qué la noción de derecho subjetivo no es la más apropiada para definir lo que conocemos como derechos humanos. Estas reflexiones girarán en torno a los orígenes, contenido y consecuencias que la caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos ha traído consigo. En todo caso, el objetivo general del siguiente análisis no es otro que el despertar en el lector la inquietud por preguntarse hasta qué punto la idea de derecho subjetivo es la más adecuada para definir tales derechos.

II. ORÍGENES DE LA EXPRESIÓN “DERECHO SUBJETIVO”

El estudio de la noción, naturaleza y alcance del derecho subjetivo nos tiene que llevar a preguntarnos si ésta ha existido siempre en el discurso jurídico; es decir, si podemos reconocerla en el derecho romano o en la Edad Media, o si, por el contrario, dicha idea es propia de un periodo de la historia relativamente reciente

y más bien patrimonio de la Edad Media tardía próxima al inicio de la Modernidad.¹⁰⁵

Uno de los pensadores más serios en la investigación iusfilosófica y que más se ha interesado por el estudio del derecho subjetivo ha sido Michel Villey, quien ha sostenido en varios de sus trabajos que ni en la tradición aristotélica ni en los juristas romanos, y mucho menos en Santo Tomás, encontramos la idea de derecho subjetivo. Al respecto, nos dice el mencionado autor:

...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).¹⁰⁶

Argumentando en favor de la idea anterior, nos dice más adelante:

Se notará que este significado antiguo de la palabra *ius* (es decir, lo justo) no encuentra su exacto correspondiente en nuestro actual sistema de pensamiento. Para nosotros, el término derecho evoca, sea el significado objetivo, la ley, sea el derecho subjetivo, pero no normalmente lo justo (*aequum, bonum aut utile*). La doctrina expresada por Paulo, Ulpiano o Gayo corresponde a aquella de Aristóteles, cuando define lo justo; o a aquella de Santo Tomás cuando trata del significado del término *ius*.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Para una exposición sintética de la aparición y evolución del derecho subjetivo, *cfr.* Schouppe, J. P., “La concepción realista del derecho”, *Persona y Derecho 11*, Pamplona, 1984, pp. 555 y ss.

¹⁰⁶ Villey, M., “Les origines de la notion de droit subjetif”, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962, p. 229; también trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 34 y ss.

¹⁰⁷ *Idem*.

Posteriormente, y en el mismo escrito que venimos citando, señala el profesor parisino:

Si el *ius* es aquello que es justo (objetivamente), hay un justo de cada cosa y de cada persona: precisamente, el estatuto jurídico, el lugar preciso que en el orden general la Justicia de cada uno, el cual no consiste del todo en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros llamamos derecho.¹⁰⁸

Finalmente, señala, al referirse a las expresiones del derecho subjetivo, que “no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término *ius*”.¹⁰⁹

En este orden de ideas, Villey viene a señalar que lo que ahora conocemos como derecho subjetivo tuvo su origen en el siglo XIV, específicamente en el nominalismo, con su predecesor, Guillermo de Ockham, quien en su obra *Opus nonaginta dierum*, al referirse a los bienes de la orden franciscana, sustituyó la *res justa* por la *potestas*. Esta obra fue escrita a propósito de la disputa acerca de la pobreza franciscana, que enfrentó a la facción de los franciscanos “espirituales” con el papado.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 234, trad., p. 38.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ “Los franciscanos espirituales —y con ellos Ockham— defendían que, por la pobreza que debían vivir, sólo tenían el uso de las cosas, sin ningún derecho. La raíz de la cuestión estribaba en la pretensión de los espirituales de poder usar de las cosas de las que tenían necesidad —desde los bienes consumibles como la comida o el vestido, hasta los bienes no consumibles como los inmuebles donde albergarse— sin ninguna clase de derecho. Fácilmente se observa que esta pretensión resulta imposible, si se parte de que el derecho es la cosa justa —noción que está en el trasfondo de la argumentación de los curiales del Papa— pues siendo la cosa derecho, todo uso de la cosa que sea jurídicamente correcto, justo, —no abusivo o injusto—, es inseparablemente un uso de derecho: el derecho de uso, o sea, el uso como derecho”. Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 239 y 240. Un interesante desarrollo de la problemática suscitada entre la orden franciscana y

En dos de sus escritos, Villey confirma la idea anterior; en el primero de ellos establece:

...los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la filosofía moderna... Después de Duns Scoto, Occam, seguido de muchos otros, abrió el combate decisivo en contra de Aristóteles y de Santo Tomás... Occam (yo no conozco hasta la fecha textos anteriores), argumentando sobre la pobreza franciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como libertad, un poder, una *potestas... rem temporalem... vindicandi et omnimodo... pertractandi* (potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa de orden temporal), también definía el *jus utendi* (derecho de usar), el *jus poli* (derecho emanado del cielo), y el *jus fori* (derecho emanado de la sociedad humana) usando la palabra *potestates* (potestades).¹¹¹

En el segundo escrito establece:

Para ser más precisos sostendré que la cuna del derecho subjetivo fue la Orden franciscana... y entre los monjes franciscanos de comienzos del siglo XIV, Guillermo de Occam, fundador del Nominalismo, es decir de una filosofía individualista... es quien podría ser llamado padre del derecho subjetivo.¹¹²

el poder papal que viene a cambiar el modo tradicional de entender el derecho, en Grossi, P., *Il dominio ele cose, percezioni medievali e moderno dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 123 y ss.

¹¹¹ Villey, M., “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Lecons d’histoire...*, cit., pp. 241 y ss.; *cf.* trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno...*, cit., pp. 46 y 47.

¹¹² Villey, M., “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Archives de philosophie du droit* 9, París, 1964, p. 98. *Cfr.* trad. de R. Le Roy, *Estudios en torno...*, cit., p. 152. *Cfr.* tb., “Prolegómenos á l’étude du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Cours d’histoire de la philosophie du droit*, París, Les Cours de droit, 1962-63, pp. 226 y ss.

Con los anteriores testimonios vemos cómo las referencias que Villey nos presenta nos sirven para mostrar que el derecho subjetivo es una noción relativamente nueva, producto de la tardía Edad Media y antesala del mundo moderno, donde con mayor resonancia se arraigó a la cultura jurídica de nuestro tiempo. Sin embargo, lo más importante a destacar de toda esta referencia es sin duda el cambio radical que implica la sustitución del derecho objetivo o *res iusta* por la de derecho subjetivo o potestad individual. Con dicho reemplazo, la forma clásica de entender el derecho se vería relevada por otra noción distinta a ésta.

La concepción clásica del derecho, heredada del mundo romano para después continuar siendo cultivada por buena parte de la escolástica,¹¹³ consistía precisamente en saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué era lo que le correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas. A eso que correspondía a cada uno lo llamaron *ius* o derecho de cada uno, y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho. Este *ius* era lo justo, lo que justamente era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada *iustitia* o justicia:¹¹⁴ *iustitia est constan et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.¹¹⁵

Ya anteriormente, Aristóteles había señalado en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, que “todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres prac-

¹¹³ “El derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana; es decir, tenía para ésta fuerza, autoridad y tradición de *Derecho natural*, y ocupó también en el plano total del pensamiento del medievo el lugar de una ética jurídica autoritaria. En efecto, al derecho romano apelan no sólo la jurisprudencia medieval, sino también la teología moral y la Escolástica, desde que los decretalistas derivaron precisamente de las Instituciones y de las Pandectas la idea de un *ius naturale* originariamente extraño a la Teología”. Wieacker, F., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, p. 35.

¹¹⁴ Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 15.

¹¹⁵ Digesto, 1, 1, 10.

tican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo...”.¹¹⁶
Más adelante el Estagirita reiterará esta idea al establecer:

La justicia es la virtud por la cual se dice del sujeto que practica deliberadamente lo justo y que distribuye entre él mismo y otros, o entre dos, no de manera que de lo bueno él reciba más y el prójimo menos, y de lo malo a la inversa, sino proporcionalmente lo mismo, e igualmente si distribuye entre otros dos.¹¹⁷

Tomás de Aquino ya también había dicho que

...lo primero de la justicia, dentro de las virtudes, es ordenar al hombre con las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta... la igualdad se establece en relación con otro... En cambio, lo recto que hay en el acto de justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la atribución del salario debido por un servicio prestado.

Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente... Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, éste es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.¹¹⁸

Y al definir la justicia, el Aquinate señala que “ésta es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho”.¹¹⁹

¹¹⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 1, 1129 a. trad. de J. Marías y M. Araujo, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 71 y ss.

¹¹⁷ *Ibidem*, V 5, 1134 a, p. 79.

¹¹⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1. c. Para un estudio pormenorizado de la noción aristotélico-tomista del derecho, *cf.* Lachance, L., *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, 2a. ed., Ottawa-Montreal, Du Lévrier, 1984.

¹¹⁹ *Ibidem*, q. 58. a. 1. c.

Según se deduce de las ideas anteriormente expuestas, el mundo antiguo y medieval es un mundo objetivo y natural en el cual bienes y personas se insertan, y del cual es posible descubrir la parte justa del todo que corresponde a cada sujeto (derecho natural); esta parte justa es el *ius*, de modo que la tarea del jurista, del legislador, del juez es un *suum ius cuique tribuere* (atribuir a cada uno su derecho), en donde lo que se atribuye es precisamente aquella parte justa: *id quod est* (aquello que es justo), o, como diría Santo Tomás, la *ipsa res iusta*, la cosa justa misma que a cada uno corresponde en el orden natural y objetivo de bienes.¹²⁰

Démonos cuenta, entonces, cómo en el discurso jurídico romano el acento fue puesto sobre lo objetivamente justo en el marco de la sociedad política, y en el medievo ese acento se desplazó hacia lo debido u obligatorio en ese mismo marco; en la modernidad, el énfasis —y a veces la exclusividad— de la perspectiva jurídica se ha centrado sobre el sujeto individual y sus prerrogativas o intereses.¹²¹

III. CONCEPCIÓN MODERNA DEL DERECHO

Con la aparición del derecho subjetivo cambia la forma de entender al derecho. Ahora este concepto es entendido como un atributo, una facultad, una potestad o poder que el individuo posee. De este modo, las ideas de Ockam y toda su reflexión posterior fueron el caldo de cultivo para esta nueva conceptualización del derecho.

¹²⁰ Guzmán Brito, A., *Presentación de los “Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo de Michael Villey”*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 16. Puntualizando más la concepción clásica del derecho, dice Villey que “El vocablo Derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó hasta denominar el Arte con que se discierne qué es lo justo; después, hasta designar el lugar donde se administra el Derecho... finalmente también se llama Derecho a la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia...”. Villey, M., “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Lecons d’histoire...*, *cit.*, p. 230.

¹²¹ Massini, C. I., *La filosofía del derecho. El derecho y...*, *cit.*, p. 13.

Así, el otro momento importante en el desarrollo de este enfoque, y al que en esta ocasión no estudiaremos en detalle, lo constituye la escuela moderna del derecho natural, también llamada escuela iusnaturalista racionalista, la cual entiende que el punto de partida del derecho ha de ser el individuo independiente y libre, y que por tanto el derecho tenía que ser considerado como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento el derecho —valga la redundancia— consiste en derechos, ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún deber.¹²²

Kelsen, por su parte, ha venido a completar la noción anterior diciendo que “cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo presupone un deber jurídico de otra persona”.¹²³

En este orden de ideas, la definición de derecho subjetivo que más ha arraigado en la cultura jurídica moderna es la que el propio Kelsen¹²⁴ critica, cuando al definir la naturaleza de éste señala: “la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante la acción, por el incumplimiento de una obligación”.¹²⁵ Con lo anterior es posible determinar que el dere-

¹²² Carpintero Benítez, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 43 y 44. En esta ocasión no nos referiremos en profundidad a la influencia que el derecho natural de corte racionalista trajo para la cultura moderna; dicho influjo será objeto de estudio de un posterior artículo, que viene a completar el presente. En todo caso, si el lector pretende hacer un estudio más detallado, le sugerimos la bibliografía que Francisco Carpintero maneja en el libro arriba citado.

¹²³ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1990, pp. 87 y ss.

¹²⁴ Jellinek había definido con anterioridad el derecho subjetivo diciendo que éste “é la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interes”. Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912, pp. 49-51.

¹²⁵ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 148.

cho subjetivo será tal, si existe una norma jurídica que lo reconozca, es decir, sólo si está consignado en un orden jurídico positivo, y si, por otra parte, existe un órgano jurisdiccional que pueda hacer valer tal derecho en el caso de ser transgredido.

Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho el sentido subjetivo diferente de la obligación jurídica, un derecho en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra.¹²⁶

Pero veamos con más detenimiento la naturaleza y contenido del derecho subjetivo.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO

La moderna concepción del derecho subjetivo se integra por varios elementos o características que lo identifican como tal, a saber: por una parte, los sujetos de la relación jurídica que se establece, es decir, el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada, o sea, el individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber; por otra parte, el segundo elemento que queremos señalar es la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíproco; en tercer lugar, para ser considerado el derecho como derecho subjetivo, tiene que existir un orden jurídico (el llamado derecho objetivo), que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico del otro; finalmente, podemos desprender del anterior elemento la existencia de un “órgano” capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la eventual falta de cumplimiento de la relación planteada entre los sujetos reconocidos por la norma jurídica. De manera sintética y bajo el riesgo de trivializar el contenido del derecho subjetivo, éstos son los elementos a través de los cuales podemos caracterizar dicho derecho.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 147.

1. *Sujetos jurídicos: titular del derecho y sujeto obligado*

Se enuncia como primer rasgo característico del derecho subjetivo a los sujetos que intervienen en la relación. Por un lado, se encuentra el titular del derecho, aquel que detenta el poder, la ventaja o la facultad que la persona tiene sobre una cosa. En este sentido, y según hemos podido constatar en líneas precedentes, el *ius* era la cosa justa adeudada a las personas y por la que en términos de justicia se debía a cada uno lo suyo, lo que le correspondía. Esa concepción ya no corresponde con la visión actual del derecho, según la cual éste pasa al poder o ventaja del individuo, y la noción objetiva del derecho se traslada a la concepción subjetiva del mismo (derecho subjetivo) contraponiéndose a la vez.

Para el caso de los derechos humanos, ya no es el derecho que se le debe a la persona como cosa justa (derecho a la vida, integridad física, al pensamiento, religión, etcétera), sino el poder o ventaja que la persona tiene sobre la cosa.

Observar sólo las facultades o poderes que los hombres tienen para sí nos tiene que llevar necesariamente a colocarlo en oposición, o mejor dicho, en contraposición al resto de potestades que las demás personas hacen suyas, concibiendo de esta manera a la persona como un hombre aislado y en contra de todas las demás personas. De acuerdo con este modo moderno, el derecho deja de concebirse como la justa partición, para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes inherentes a los individuos.¹²⁷ Se crea un estado en el que el hombre es la fuente de todos los derechos, amo y señor de todo el universo jurídico, donde sus exigencias son la fuente de los derechos subjetivos.

En forma complementaria a este primer elemento tenemos al sujeto obligado, aquel que ha de manifestar una conducta, de acción u omisión, frente a otro. Kelsen dirá que el derecho subjetivo va a determinar siempre el deber jurídico de otra persona.¹²⁸ De modo que dicha noción tiene existencia si, y sólo si,

¹²⁷ Guzman Brito, A., *Presentación de los escritos...*, cit., p. 18.

¹²⁸ Kelsen, H., *Teoría general del derecho...*, cit., p. 87.

existe un sujeto obligado a cumplir con determinada acción u omisión. Al respecto, dice Kelsen:

Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de otra persona distinta. Tengo derecho subjetivo de hacer algo o de abstenerme de hacer algo sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo... No hay derecho subjetivo en relación con otra persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto.¹²⁹

En el campo de los derechos humanos, si aceptamos que éstos deben ser definidos como derechos subjetivos, tendríamos que admitir también que la existencia de los mismos dependería de la actuación (positiva o negativa) de otra persona; de este modo, el reconocimiento de un derecho no se da por el bien propio (en el sentido objetivo de la cosa), sino por la intervención o participación de otro sujeto, trasladando con esto el derecho al deber jurídico que a otra persona corresponde realizar.

2. *Norma jurídica*

En esta rápida aproximación que venimos haciendo a los elementos que integran el derecho subjetivo tenemos que referirnos al que quizá refleje con más claridad la moderna forma de entender el derecho: me refiero al tema de la norma jurídica integrante del orden jurídico.

Se sabe perfectamente que la idea que predomina en el pensamiento jurídico de hoy en día es la de que el derecho subjetivo sólo es tal en cuanto se encuentra reconocido en un ordenamiento

¹²⁹ *Ibidem*, p. 88.

jurídico, o sea, en una norma del ordenamiento que reconozca la facultad correspondiente al titular y el deber u obligación jurídica contrapuesto. De lo anterior se desprende que el derecho subjetivo —tal y como lo señala Tamayo— presupone, siempre (como en el caso de la facultad o de la obligación), una fuente que lo establezca: un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia. Esta fuente es la norma jurídica. Nos dice este autor:

Por fuente (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (*i. e.* norma jurídica) es válida y su contenido identificado. Como podría ser uno o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etcétera.¹³⁰

En otro lugar confirma la misma idea:

La existencia de una fuente (una norma jurídica) es una condición de la existencia de un derecho subjetivo; esto es, la existencia de una norma jurídica apropiada es condición necesaria para que X tenga derecho a 0. Dicho de otra forma: X tiene derecho a 0, si existe una norma que establezca (que le confiera) un derecho en tal sentido. Dicha norma constituye el único fundamento jurídico para que X tenga derecho a 0.¹³¹

Para concluir diciendo que

...por todo lo anterior, participo de la creencia de que una apropiada explicación de los derechos (subjetivos) debe partir de una

¹³⁰ Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 69. En este mismo sentido *cf.*: Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979; trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 67 y ss.

¹³¹ Tamayo y Salmorán, R., voz “Derecho subjetivo”, *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1987, p. 1043.

satisfactoria descripción de los actos que establecen derechos, esto es, debe partir de una satisfactoria descripción de las normas o disposiciones que confieren derechos subjetivos.¹³²

En relación con esta idea, el propio Kelsen dice:

El derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo «tenga» un derecho subjetivo, es decir, que «tenga» determinado poder, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias... la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación.¹³³

Con lo que acabamos de señalar, podemos darnos cuenta de que hasta en tanto el derecho subjetivo no sea reconocido por el ordenamiento jurídico, la calidad de tal no se corresponde. De este modo, se hace radicar la existencia del derecho subjetivo, y por tanto del derecho en general, en el reconocimiento de éste por una norma jurídica.

No estaríamos en desacuerdo con las anteriores afirmaciones si se considerara a la norma o al conjunto de normas jurídicas en relación directa con la cosa debida en justicia; es decir, si las normas jurídicas fueran sólo aquellas que impusieran una

¹³² Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia...*, cit., p. 69.

¹³³ Kelsen, H., *Teoría pura...*, cit., p. 148. En otra parte el propio Kelsen señala que “Un derecho subjetivo es, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada”. Y más adelante dice: “El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el acto potencial”. Kelsen, H., *Teoría general del derecho...*, cit., p. 97.

conducta justa, no una conducta necesaria para el perfeccionamiento de cada individuo, sino una conducta que es obligatoria porque constituye una deuda de justicia conmutativa, distributiva o legal.¹³⁴

Al contrario de lo que algunos han pensado, el derecho no puede reducirse ni contenerse en lo puramente normativo. Llevar a efecto esa reducción implicaría una visión parcial del derecho y el desconocimiento de la realidad misma que integra lo jurídico. Creo que si pongo un ejemplo daré razón de lo que quiero decir con lo anterior.

Preñemos en el derecho de libertad de conciencia, reconociendo éste en los artículos 20 y 30.2 de la Constitución española de 1978. En el caso de la legislación mexicana, ésta no establece en ninguna de sus normas (llámense constitucionales o reglamentarias) el derecho referido.¹³⁵ ¿Sólo porque no se inscribe en ninguna de las normas podemos decir que el médico no tiene derecho a oponerse a un aborto por razones de conciencia, o que el joven que ha de cumplir con el servicio militar no tiene este derecho a negarse a cumplir con dicho servicio porque va en contra de su conciencia aunque tal derecho no se encuentre regulado en ningún artículo constitucional?

Es importante darse cuenta de cómo un derecho, aunque en el texto constitucional no sea reconocido por una norma específica, no por esto deja de existir. Ese derecho tiene subsistencia aunque no esté normativizado, porque el derecho es, no en razón del ordenamiento positivo, sino en razón de sí mismo. Y siendo

¹³⁴ Schouppe, J. P., “La concepción realista del derecho”, *Persona...*, cit., p. 627.

¹³⁵ En nuestra opinión, existen diferencias importantes que distinguen las libertades de conciencia, pensamiento y religión. Por esta distinción es que, desde nuestro punto de vista, el derecho consignado en el artículo 24 de la Constitución mexicana no puede ser considerado como derecho de libertad de conciencia. Para dicha distinción *cfr.* Hervada, J., “Libertad de conciencia y error sobre una moral terapéutica”, *Persona y Derecho 11*, Pamplona, 1984, pp. 13 y ss. Un estudio más detallado sobre esta distinción puede verse en Hervada, J., *Los eclesiásticos ante un espectador*, Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 183-224.

un poco más ponderados, cabría la posibilidad de preguntarles a quienes piensan que el derecho es el conjunto de normas jurídicamente positivadas, qué sucedería con aquellos derechos que ahora son reconocidos por las Constituciones de los Estados o por las declaraciones internacionales de derechos si mañana no son más reconocidos. En este supuesto, ¿dejarían de existir dichos derechos?

Éstos son, sólo a manera enunciativa, algunos de los riesgos de considerar derecho sólo a lo recogido por las normas jurídicas y de aceptar a éstas como fuente del derecho subjetivo.

3. *Órgano jurisdiccional*

El último de los caracteres identificatorios del derecho subjetivo derivado de lo anterior es la existencia de un órgano jurisdiccional capaz de dirimir la controversia surgida por la transgresión de un derecho.

A este respecto, podemos inferir, de lo dicho hasta ahora, que el derecho subjetivo contiene la autorización conferida al titular para reclamar su derecho. Ese reclamo ha de venir precedido de un requerimiento mediante la interpretación de una demanda para que se ejecute tal derecho. “La pretensión que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querrela”.¹³⁶ Y más adelante se determina:

Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiere la teoría del interés, a saber, una autorización, un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo. Aparece cuando, entre las condiciones de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación en forma de una demanda o querrela para obtener la ejecución de una sanción.¹³⁷

¹³⁶ Kelsen, H., *Teoría pura del...*, cit., p. 142.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde —es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano— si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial.¹³⁸

Como podemos darnos cuenta, la existencia de un órgano se deriva de los demás requisitos señalados. Sin embargo, cabe aclarar que el órgano, en nuestra opinión, sólo cumple una función formal dentro del derecho; es decir, el derecho no depende de que ese órgano lo reconozca, sino del derecho mismo. En este sentido, la tarea que el órgano realiza se traduce exclusivamente en determinar a quién corresponde la cosa, es decir, el derecho, quién es la persona a la que se adeuda la *res iusta* y a quién corresponde restituir la misma.

En este orden de ideas, podemos incluso afirmar que la presunta coacción de la que es investido el órgano jurisdiccional para resolver una controversia tampoco puede dar existencia al derecho. Afirmar esto invertiría el proceso de creación del derecho: el derecho o la cosa justa existe primero porque es debida, y sólo en razón de esta deuda se hace exigible o sancionable por el órgano.

Creemos que es de sentido común darse cuenta de que un bien existe no porque se espere el reconocimiento del mismo bien por un agente externo (en el caso del derecho, la declaración de un tribunal), sino que la existencia le viene dada por lo que el mismo bien es, es decir, por lo que el mismo derecho constituye.

Algo parecido sucede en el caso de los derechos humanos. Éstos han de buscar su origen en la atribución que se hace de ellos a un titular como una deuda que le corresponde, haciendo con

¹³⁸ *Ibidem*, p. 147.

esto que esos derechos, antes de ser exigidos, existan por la deuda reconocida a su titular. Damos cuenta con esto de que la exigibilidad, a través de la sanción que un tribunal puede aplicar, no es sino una tarea formal de dicho órgano y no constitutiva del derecho.

Así, desde la perspectiva de la coacción o sanción (atribución del derecho subjetivo), tampoco pueden ser definidos los derechos humanos, porque la entidad de éstos no radica en la posibilidad de exigir ante un órgano la satisfacción de la obligación incumplida, o, si se prefiere, que autorice la puesta en marcha de un proceso tendente a obtener la relación jurídica adecuada frente a la violación del derecho. Lo primario y fundamental es concebir a los derechos humanos como deudas pertenecientes a las personas. “Esa cosa que es *suya* le es debida, y justamente esta calidad de deuda es lo que convierte a la cosa en un derecho”.¹³⁹

V. DERECHO SUBJETIVO VS. DERECHOS HUMANOS

Aunque ya hemos apuntado las principales objeciones que creemos pueden hacerse al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos, haremos un pequeño y breve resumen de ellas sin entrar en mayores detalles de lo ya antes expuesto.

- a) La primera objeción resulta clara. La concepción moderna del derecho como derecho subjetivo hace radicar en el individuo un poder o una facultad que éste tiene sobre una cosa. Ya no es más el derecho como cosa justa, sino la ventaja que tiene el individuo sobre la *res iusta*.

Lo anterior ha traído como consecuencia un nuevo derecho propio del mundo liberal, de corte más bien individualista y personalista. Este derecho se traduce en la libertad del individuo, su libertad plena e íntegra, convir-

¹³⁹ Schouppe, J. P., “La concepción realista del derecho”, *Persona y...*, *cit.*, p. 623.

tiendo el deber o deberes sociales (concepción antigua del derecho) en la libertad o poder atribuido al individuo. Así, Michel Villey ha señalado que esta primera consecuencia de entender el derecho —y por tanto también los derechos humanos—

...ha sido producto del egoísmo y de la incultura, nos dice que restringidos los horizontes intelectuales para cada sujeto, a las dimensiones de sus apetitos, es natural que cada uno piense cada cosa en función de su yo, que capte al servicio de su yo, lo que debería ser concebido en función del interés común, y que lo acomode a las necesidades de su egoísmo.¹⁴⁰

De este modo, el derecho es visto entonces como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público; busca asegurar al individuo tanto las condiciones de una vida libre y plenamente individual como en lo posible, las libertades y los poderes a los que el individuo aspira.

- b) Una segunda consecuencia parece advertirse inmediatamente. Ésta se encuentra en estrecha relación con la anterior, y puede decirse que es producto de ella.

Si, como dijimos, la concepción moderna del derecho consiste en caracterizar a éste como producto de un poder individual, de una ventaja personal, es fácil darse cuenta de que esto, a su vez, implicaría necesariamente el menoscabo del derecho de otra persona. Ante la exigibilidad de un derecho se contrapone el campo de acción o de actuación de otro sujeto en detrimento, por supuesto, de este último. De este modo, los poderes de uno se van fraccionando y se va defendiendo con más energía la parte del poder o derecho que le corresponde, trayendo como consecuen-

¹⁴⁰ Villey, M., “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Archives de philosophie du droit...*, cit., p. 97. Cfr. trad. de R. Le Roy, *Estudios en torno...*, cit., p. 151.

cia lógica “el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares”.¹⁴¹

Lo que podría esperarse de lo anterior no es la concepción del mundo jurídico como equitativo y justo, sino más bien poco solidario e individualista, alejándose con esto de la *fraternité, égalité y liberté* que dieron origen a la concepción de los derechos humanos.

- c) Si bien es cierto que las dos conclusiones anteriores son a las que llega Villey en sus escritos, podemos nosotros desprender dos más, que en nuestra opinión completarían las mismas y pondrían en tela de juicio la compatibilidad de las expresiones “derecho subjetivo” y “derechos humanos”. Si el derecho ya no es más la cosa justa sino el poder detentado por el individuo, es fácil inferir de esto que, llevado dicho individualismo a grado extremo, o sea, a considerar al hombre como causa y medida del derecho, podría conducirnos a un relativismo jurídico de graves consecuencias para los derechos humanos. Éstos ya no serían más las deudas debidas a las personas, sino el interés individual y singular de exigir su particular derecho. Y en el supuesto de que exista un consenso para aceptar ciertos derechos como válidos, estos mismos dejarían de ser tales si se rompiera dicho consenso, o, si se acordara otro tipo de derechos incluso contrapuestos a los anteriores.

Parece que lo que decimos no suena tan descabellado si volteamos la vista y nos percatamos de lo que, incluso, en el discurso de los derechos humanos sucede hoy en día. Las reivindicaciones de los más diversos tipos, expuestas en los más diversos lugares, nos dan razón de esto. Dichas exigencias, por su presunto “derecho-poder”, se contraponen muchas veces unas con otras. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la vida y en el derecho que se exige a tener

¹⁴¹ Villey, M., “Les origines de la notion de droit subiectif”, *Lecons d'histoire...*, cit., p. 241. Cfr., trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno...*, cit., p. 45.

una muerte digna (nos referimos al caso de la eutanasia); o recuérdense, por otra parte, en los problemas ocasionados por el derecho de información y el de expresión y el derecho a la intimidad de las personas, o el derecho de los homosexuales para contraer matrimonio o adoptar hijos, y el derecho del menor de ser educado en un ambiente moralmente sano, etcétera. ¿Es tan ambiguo el derecho que se presta a tantas confusiones?

Démonos cuenta cómo el poder individual que propugna el derecho subjetivo nos puede colocar ante un relativismo del derecho; y en el caso que venimos comentando, ante un relativismo de los derechos humanos, trayendo como consecuencia lógica la defensa a ultranza no del derecho, sino de los derechos particulares. De este modo, la cultura relativista, que hoy está muy de moda, y que se esconde bajo la fórmula de que “el hombre es la medida de todas las cosas”, nos puede llevar a extremos como los señalados anteriormente.

Si, como dijimos, es probable que con el derecho subjetivo se llegue a un cierto relativismo en los derechos humanos, parece consecuencia clara que hablar de un fundamento de éstos carecería de toda validez, pues éste no puede radicar en el relativismo. No sería acertado hablar de fundamento de los derechos humanos, sino de distintos tipos de fundamentos.

Efectivamente, si el derecho se entiende sobre la base del interés, de la voluntad o del poder del individuo, cabe esperarse que sólo este interés, esta voluntad o este poder sean para el individuo un fundamento más que suficiente para justificar su derecho, reduciendo con esto el carácter universal de los derechos a la pretensión de un interés particular. Ya no son más los derechos que pertenecen a todos los hombres de manera universal, sino la *potestas* de una persona o de una colectividad de ellas en detrimento de otra u otras. El pretendido fundamento universal se

convierte de esta forma en un fundamento particular, individual y por tanto relativo.

- d) La última de las incompatibilidades que queremos dejar anotada, aparte de las ya mencionadas, es la relativa a los problemas que presenta el normativismo propio del derecho subjetivo.

Resumiendo lo ya expuesto en líneas anteriores al tratar este tema, diremos que aceptar el normativismo como forma de entender el derecho nos conduciría a admitir como derechos humanos sólo a aquellos que encuentran reflejo en el orden jurídico, es decir, en las normas jurídicas, excluyendo a todos aquellos que no estén reconocidos en el ordenamiento. De este modo, la existencia y validez de los derechos humanos dependerían de lo que las normas jurídicas dispusieran, confiriendo a la voluntad de las personas o de los legisladores la consideración de esos derechos.

VI. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA

Llegados a este punto, parece necesario hacer unas últimas precisiones sobre la noción de derecho subjetivo que resuman nuestra postura al respecto y dejando sentadas las bases de un análisis posterior sobre el tema.

Es evidente que la noción de derecho subjetivo es, como lo hemos visto, una de las ideas que más ha arraigado en la cultura jurídica contemporánea; prescindir de esta noción resultaría una tarea prácticamente imposible de llevar a efecto. Sin embargo, la proliferación de esa noción no nos excluye de realizar algunas precisiones al respecto, en aras de proponer una visión diferente para entender el derecho subjetivo.

La primera idea que nos parece ha de tomarse en consideración es la que tiene que ver con la exigibilidad. En esta noción, según creemos, se encuentra la problemática del derecho subje-

tivo. Hemos visto, a lo largo del trabajo, cómo esta idea implica para la cultura jurídica un poder, una facultad, que se traduce en el mundo jurídico positivo en una exigibilidad o coacción con la que cuenta el titular del derecho en el supuesto de que éste sea afectado.

Esto nos hace ver claramente que en el orden social, el derecho subjetivo actúa de tal manera que su existencia depende de esa exigibilidad o coacción por la que se pretende restituir el derecho, y la pregunta en este sentido sería: ¿de dónde le viene al derecho subjetivo la atribución para exigir tal facultad? Al respecto, alguna parte de la doctrina ha señalado que la atribución le viene dada por el orden objetivo, entendido éste como el orden jurídico representado a través de un conjunto de normas jurídicas.¹⁴² A esta postura con la que no estamos de acuerdo preguntaríamos ¿y de dónde proviene que la norma jurídica o el ordenamiento proteja al derecho?

Parece claro que el derecho que protege la norma jurídica le viene dado por las exigencias propias del derecho o, mejor dicho, de los bienes protegidos por esa norma. Esos derechos, bienes, o si se prefiere llamar valores (aunque nosotros no estamos de acuerdo con ese término) que protege la norma jurídica, es lo que hemos venido llamando cosa justa, o lo que la doctrina clásica ha llamado derecho en sentido objetivo. De modo que sólo a posteriori, y con un carácter derivado, surge la exigibilidad o coacción que el derecho subjetivo pregona, y que en caso de violación del derecho se actualizará. Sólo en

¹⁴² Parece que ésta es la opinión compartida por aquellos que, directa o indirectamente, siguen los postulados kelsenianos, al considerar que “este derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica, que otorga un poder 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”. Kelsen, H., *Teoría pura del...*, cit., p. 148.

este sentido podríamos aceptar la afirmación de Dabin cuando dice:

Por su parte, el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no en virtud de su mismo derecho de disposición, de exigir el respeto, la no violación de su derecho: éste es el concepto de *exigibilidad*. Por hipótesis, la cosa es suya; directa o indirectamente, él es su dueño; debe tener el derecho de reivindicar o de defender aquello que le pertenece o que le corresponde. Y el sujeto obrará, del mismo modo y por la misma razón, contra los terceros que discutan su derecho y contra el deudor que, al negarse a cumplir lo debido, viola el derecho del acreedor sobre él. Sin embargo, la exigibilidad no es más que una consecuencia del derecho. Si el derecho lleva consigo necesariamente la facultad de exigir algo positivo o negativo de una o varias personas, no es ese “poder exigir” lo que constituye y define el derecho.¹⁴³

Con lo anterior nos damos cuenta que de la cosa justa se deriva el poder de otro sujeto de realizar una conducta o de exigir el cumplimiento de lo imperado por la norma. En este sentido, coincidimos con la posición realista del derecho que expone Massini al decir que

...el derecho subjetivo no es sino una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida —deónticamente necesaria— en virtud de lo establecido por la ley. Es por lo tanto una realidad derivada, secundaria, que se sigue como consecuencia —necesaria pero consecuencia al fin— de la calidad de debida u obligatoria de una conducta jurídica; es consecuencia, no es fundamento o realidad primera sino que se explica y define sólo a partir del obrar humano justo imperado por la ley.¹⁴⁴

¹⁴³ Dabin, J., “El derecho subjetivo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 119.

¹⁴⁴ Massini, C. L., *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 65.

De este modo, podemos aceptar la existencia del derecho subjetivo si lo entendemos como una derivación secundaria de la cosa justa o derecho objetivo.

Si aplicamos lo anterior al caso de los derechos humanos, podremos darnos cuenta de que la exigencia del derecho subjetivo, tal y como lo hemos dicho tan repetidas veces, no fundamenta los derechos humanos, sino que lo que da existencia a estos últimos son las exigencias de la cosa justa, o, mejor dicho, la idea de que existen bienes de las personas que representan deudas para otras. Sólo si fundamentamos estos derechos, estas cosas justas, en la naturaleza humana, podemos aceptar que derivadamente existe el derecho subjetivo.

La última consideración que queremos dejar anotada, y que ayudará a comprender nuestras anteriores afirmaciones, es que esas cosas justas que pertenecen al hombre y que llamamos “derechos humanos” tienen para nosotros su fundamento en lo que la tradición clásica ha llamado “ley natural”, ley ésta que no es sino “el conjunto de leyes racionales que representan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios de ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”.¹⁴⁵ Pero esto será objeto de otro escrito.

¹⁴⁵ Hervada, J., *Introducción crítica al...*, cit., pp. 144 y 145.