

CAPÍTULO VIII

EL DUALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO Y SU ELIMINACIÓN

1. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

a) *El error lógico de la doctrina del derecho natural*

La teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así

ser derivadas de la naturaleza del hombre y en particular de su razón de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo¹.

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser

objeto de un culto de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estado más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, y a que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, solo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos, ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado¹, pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas

¹ Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 2, 1949, págs. 451-513.

¹ Cf. p. ej. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, p. 13, lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan*, lib. I, cap. 15 sobre el *Personae*. De iure naturali et gentium, libro II, cap. 1, sección 2.

por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el sauo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es: el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba,¹ una norma constituye un valor: un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que este no es immanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella.

¹ Ver pag. 19

Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y solo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres— un derecho natural, perfecto, absoluto—

mente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudiera descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurrir en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legis-

lativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible¹, o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo². Para eliminar prácticamente la posibilidad de una anulación del derecho positivo por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural³.

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hacen la mayor parte de los partidarios del derecho

1. HOBBS, *De Cive* cap. XIV, p. 10.

2. PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VIII, cap. I, sección 2.

3. PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VIII, cap. I, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o solo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada¹.

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no

1 PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5; EMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. VI, pag. 320.

ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte, pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Noemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa¹.

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno². Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y solo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes³. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado⁴; Hobbes ha extraído el principio contrario⁵.

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas ju-

1 BENEDICTUS WINKLER, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

2 JOHN LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government*, capítulo VIII, pr. 99.

3 ROBERT FLAHER, *Patriarcha*, cap. II, pr. 1.

4 *Op. cit.*, cap. XI, pr. 135.

5 *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, pag. 87 y sigs.

indios y americanos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se ve, más un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que solo esta doctrina permitiera defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las âgüdas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo. Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre¹.

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta

distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificación por la adopción de otro sistema económico es injusta la como un al derecho natural y en consecuencia injusta.

Diversos partidarios del derecho natural esuman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza². La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou la véritable esprit de ses lois*³. Atribuida

¹ RICHARD COWSERMAN, *De legibus naturae*, 1672, cap. I, pr. 27, cap. VII, pr. 2 y 9.

² LOCAT, *op. cit.* cap. XI prs. 138 y 139.

³ Publicado en la *Colección de economistas y reformadores sociales de Francia*, por F. Dufour, París, 1910.

primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Babeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*¹, Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que solo el hombre justo es feliz, aunque eso sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastruca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, en

¹ Libro III (N del T.)

cubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya por encima del derecho positivo un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera immanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo al afirmar que es-

te último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que estos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo".¹

¹ HENRICH DERNBURG, *Paralekten*, 1ª ed., 1894, vol. I, pr. 39: "Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsverordnung gewinnen. Es ist daher eine unge-

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sancción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara. "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".¹

Indicativa und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

¹ G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7ª ed., 1871, vol. I, pgs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas

c) *Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho*

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y solo se trata de una autonomía muy restringida e impropriadamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es in zu bestimmen... Der Mensch ist Subjekt des Rechts darum, das ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

portante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la

de propiedad¹. Hegel llega a decir: "La idea de una cosa, religiosa, aristocrática o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"². Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda

¹ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911: 3ª ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título *Principes de la philosophie du droit*, Paris, 7ª ed., 1949. Ver los párrafos 41, 45, 46 y 71.

² *Op. cit.*, pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des persönlichen Prinzipals kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht in ihren bestimmten Momenten erfasst."

al del derecho objetivo y al derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos crediticios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de estos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad, la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario solo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de

los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teorías del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esa conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción, una deber de desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. REDUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO AL DERECHO OBJETIVO

a) *El deber jurídico*

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas conse-

cuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. 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 jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero solo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) *El derecho subjetivo*

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella 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. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Solo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son contruidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es sin embargo utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues en lugar del individuo lesionado en sus intereses interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero 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. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, solo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contrabuir a la formación de esta voluntad. Esta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen: normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario

del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo solo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

4. LA NOCIÓN DE PERSONA

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobra el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica