

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Primero: El derecho subjetivo</i>	<i>113</i>
1. La esencia del problema	113
2. Conceptos del derecho subjetivo	114
a) Windscheid	114
b) Ihering	114
c) Jellinek	115
d) Stammler	116
e) Del Vecchio	117
3. El derecho subjetivo como norma	117
4. El derecho subjetivo como posibilidad	118
a) Del sujeto	118
b) De la norma	119
5. La acción	119
6. El derecho subjetivo como: Autorización. Técnica jurídica. Participación en la creación del orden	121
7. Resumen crítico	122

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO SUBJETIVO

Si el derecho subjetivo es algo jurídico, forzosamente tendrá que ser norma positiva.

F.E.V.B.

1. LA ESENCIA DEL PROBLEMA

Partiendo del supuesto de que el derecho subjetivo es algo diferente de la norma positiva, del derecho objetivo, el pensamiento jurídico tradicional se ha preocupado siempre por “definir” aquél, por encontrar las notas características que permitan destacarlo con individualidad y proyección propias frente al derecho objetivo. Esto es, se ha pretendido caracterizar metajurídicamente un objeto esencialmente jurídico, como lo es el derecho subjetivo. Ahora bien, independientemente de la contradicción que tal intento implica, porque o bien el derecho subjetivo es derecho, es algo jurídico, o bien no lo es, pero sin que pueda ser a un tiempo jurídico y no jurídico; podemos decir que ninguno de estos esfuerzos ha sido totalmente frustráneo, porque tales ensayos nos han permitido descubrir una larga serie de predicados objetivos, es decir, no contradictorios, del objeto en cuestión.

Claro está que para poder afirmar al derecho subjetivo como algo diferente del derecho objetivo, es menester partir de una postura que permita concebir ambos como especies particulares de un mismo género al que se llamase derecho en general, o bien, que permita deducir el uno del otro. Pero como la primera alternativa llevaría a la forzosa aceptación de dos órdenes jurídicos diferentes: el subjetivo y el objetivo, imposibles de vincular en forma alguna sin desnaturalizar uno de ellos, porque lo subjetivo no puede ser a la vez objetivo sin dejar de ser lo primero, o viceversa, esto es, que el solo planteamiento de la cuestión presenta una *contradictio in adjecto*; tiene pues que optarse por la segunda alternativa, es decir, por derivar el derecho objetivo del subjetivo, o a la inversa. El pensamiento jurídico ha derivado siempre el derecho subjetivo del objetivo, pero generalmente se ha negado a admitir tal cosa por razones que no son del caso analizar, porque lo importante es mostrar que, lógicamente, el derecho objetivo ha precedido siempre desde el punto de vista teórico al derecho subjetivo.

Desde luego que para derivar el derecho objetivo del subjetivo es preciso afirmar algo totalmente incongruente, o sea: que puede hablarse objetiva-

mente de una cosa esencialmente subjetiva, como sería la existencia en sí de derechos subjetivos. Sin embargo, conscientes de esta contradicción los autores que se han ocupado del tema, intentaron siempre arribar a la determinación objetiva del derecho subjetivo merced a criterios teleológicos y sociológicos, sin lograr su fin, como veremos más adelante, por haber tenido que retornar consciente o inconscientemente al criterio jurídico. Es de estos diversos intentos de los que habremos de servirnos para determinar los distintos predicados que, en nuestra opinión, concurren actualmente a formar el concepto del derecho en sentido subjetivo. Naturalmente que esta determinación la haremos de la única manera posible, esto es, precisando el derecho subjetivo en función del objetivo, del mismo modo que voluntaria o involuntariamente se ha hecho siempre por el pensamiento jurídico tradicional.

2. CONCEPTOS DEL DERECHO SUBJETIVO

a) *Windscheid*. Es Bernardo Windscheid en su obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, el descubridor del derecho subjetivo como “poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico”,¹ en cuanto el derecho atribuye al facultado una voluntad decisoria para la efectividad y, en ciertos casos, hasta para la existencia misma del mandato emitido por el orden jurídico. Habiendo sido criticada esta doctrina por diversos autores, principalmente por Ihering, quien sostiene que la substancia del derecho no puede residir en el fenómeno volitivo, Windscheid ha aclarado que por voluntad entiende “la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado”,² con lo que el derecho subjetivo viene a ser en este pensador el propio derecho objetivo, en cuanto otorga facultades al sujeto designado por la norma, por lo que sin incurrir en contradicción alguna podemos suscribir la tesis anotada, máxime cuando su mismo autor acepta que “el derecho objetivo puede ir asignando diferentes contenidos de voluntad, a las autorizaciones o pretensiones que caracterizan los derechos subjetivos”.³

Ahora bien, al suscribir la doctrina de Windscheid, lo que queremos decir es que para nosotros el derecho subjetivo es la voluntad objetiva, contenida en la norma positiva, del sujeto facultado por el derecho objetivo, y no la voluntad psicológica de los individuos. Esto significa que el ser voluntad normativa es una de las calidades o predicados posibles del derecho subjetivo, pero no el único, en cuanto tiene y puede tener muchos más, como veremos posteriormente.

b) *Ihering*. Para Rodolfo Ihering “los derechos (subjetivos) son inte-

¹ Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Párrafo 37, libro primero, primer tomo: contenido en el *Apéndice a la dogmática jurídica* de Ihering, traducción Enrique Príncipe y Satorres, Buenos Aires, Argentina, 1946.

² *Obra citada*, p. 226.

³ Rojina Villegas, Rafael, *Introducción al estudio del derecho*, p. 299.

reses jurídicamente protegidos”.⁴ Pero habiéndose criticado este pensamiento, en el sentido de que el interés individual puede bien exceder o bien no alcanzar las ventajas que otorga el derecho objetivo, Ihering explica que su doctrina se refiere a los “intereses medios”, esto es, a los intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos, con independencia de los propósitos individuales. Con esto, Ihering desemboca en una concepción que, al igual que Windscheid con la suya, sólo puede suscribir hasta sus últimas consecuencias, negando el punto de partida: diferenciar esencialmente el derecho subjetivo del objetivo. En efecto, “frente a la irrelevancia del interés individual concreto respecto de la norma jurídica objetiva”,⁵ los “intereses medios” no pueden ser sino los intereses protegidos por el derecho positivo en una época y en un lugar determinados, porque resulta imposible precisar universalmente, es decir, de manera objetiva, otra clase de intereses generales y constantes en una sociedad, y porque los sujetos concretos del orden no poseen otros intereses que los individuales. En consecuencia, el derecho subjetivo como interés medio jurídicamente protegido, es la propia norma positiva en cuanto ésta determina y protege idéntico interés que aquél. Es decir, que no puede distinguirse ya, como pretendía el propio Ihering, entre intereses con protección jurídica e intereses que carecen de ella, pues el interés individual será siempre algo subjetivo por esencia, y el interés general y constante, tendrá que ser determinado por el derecho —o protegido jurídicamente como diría este pensador— para ser tal interés en un sentido objetivo.

Así, pues, el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, en cuanto este interés se encuentra determinado objetivamente por la norma positiva, por el derecho objetivo.

c) *Jellinek*. Al expresar que suscribíamos la doctrina de Windscheid, especificamos que el ser voluntad normativa es una de las calidades posibles del derecho subjetivo pero no la única, esto es, que el propio objeto tiene y puede tener muchas más, lo cual es fácilmente comprensible si consideramos que todo objeto posee una serie innumerable de predicados, los cuales no se agotan en los que son conocidos, pues si se agotaran carecerían de sentido el progreso constante de la ciencia, el avance indefinido de la investigación, es decir, que nos encontramos obligados a pensar que si el objeto A tiene los predicados a y b, únicos conocidos hasta ahora, puede también tener otras diversas calidades.

Por tanto, no tenemos por qué ver con repugnancia alguna que el derecho subjetivo sea a un mismo tiempo voluntad normativa e interés jurídico, máxime si, como hemos visto, ambas calidades se disuelven íntegramente en la norma positiva, en el derecho objetivo, contemplado a través del sujeto facultado por el mismo, en el primer caso, y del interés objetivo, en el otro.

⁴ Ihering, Rudolf von, *Apéndice a la Dogmática jurídica*, p. 181.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, p. 73.

Ya Jorge Jellinek había reunido ambas determinaciones en el concepto de derecho subjetivo, al decirnos que es “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”. Claro está que Jellinek, pretendiendo superar a Windscheid y a Ihering, no consigue elevarse al punto de vista objetivo a que llegaron aquéllos, pues como se desprende del texto mismo de su “definición”, interés y voluntad son para él el interés y la voluntad de la unidad biológica hombre, el querer psicológico del individuo, en tanto que Windscheid alcanzó a precisar el concepto de voluntad como voluntad jurídica y no subjetiva, y por otra parte, Ihering pretendió determinar el concepto del interés mediante la desindividualización del mismo, al elaborar su doctrina de los “intereses medios” que, aun cuando no logra arribar con buen éxito a la objetividad del concepto de interés, muestra sin embargo el loable esfuerzo del autor por eludir las movedizas arenas de la *δοξα*, del prejuicio subjetivo y cambiante.

d) *Stammler*. En Rudolf Stammler, “todo Derecho subjetivo (o voluntad sujeta al Derecho) depende de un Derecho objetivo (o voluntad jurídicamente soberana)”,⁶ por lo que “una ‘facultad jurídica’ es la voluntad ‘conforme a Derecho’ de un ‘sujeto de Derecho’.”⁷ Esto es, que se puede hablar del derecho en sentido objetivo o en sentido subjetivo, “según que la voluntad jurídica se halle determinada en el sentido de la soberanía política o en el de la sujeción al Derecho”.⁸ Es decir, que para Stammler el derecho subjetivo no es otra cosa que “una voluntad históricamente dada, determinada ya por la noción condicionante del Derecho y de sus formas conceptuales puras”, por lo que habrá que concebirlas en cuanto a “su modo peculiar de ser, sobre los modos condicionantes de ordenación del pensar jurídico”, acudiendo para ello “a las nociones metódicas de la soberanía política y de la sujeción al Derecho”.⁹ O en otras palabras: el derecho subjetivo y el objetivo no son en Stammler sino una y la misma cosa, por cuanto la posibilidad de su conocimiento se encuentra sujeta a idénticas condiciones lógicas, ya que si conocemos una voluntad como jurídicamente soberana, nos encontramos frente un derecho objetivo, y por el contrario, si se trata de una voluntad jurídicamente subordinada, nos hallaremos frente a un derecho subjetivo, por lo que si consideramos que toda voluntad objetiva es a un tiempo soberana, en cuanto jurídica, y subordinada, en tanto su validez como elemento parcial del derecho depende de otro elemento del mismo, tenemos que concluir que del pensamiento de Stammler se sigue la identificación (no identidad tautológica) del derecho subjetivo con el objetivo. Desde luego conviene anotar que Stammler da al concepto de derecho subjetivo, una acepción demasiado amplia al entenderlo como voluntad jurídica subordinada en general, pues esta significación no coincide con

⁶ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Trad. Wenceslao Roces, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 293, nota 7.

⁷ *Obra citada*, p. 295, nota 2.

⁸ *Obra citada*, p. 336.

⁹ *Obra citada*, p. 336, nota 5.

el sentido histórico de la expresión, a la que sólo se ha visto por lo común como facultad de un sujeto de derecho, como voluntad de una persona jurídica solamente, y no voluntad en general. Por esto, resulta más acertado quedarse con lo que Stammmler entiende por facultad jurídica (voluntad conforme a derecho de un sujeto de derecho) para explicar y describir lo que se designa como derecho subjetivo.

e) *Del Vecchio*. Según Giorgio Del Vecchio es posible definir el derecho subjetivo... "*come la facoltà di volere e di pretendere attribuita a un soggetto, cui corrisponde un'obbligazione da parte d'altri*",¹⁰ con lo cual establece la correlación inescindible del derecho subjetivo a un deber jurídico. Del Vecchio señala además una cierta identidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al afirmar que no puede haber facultad como derecho subjetivo, sino en tanto que sea declarada en una norma, la que a su vez es para él una limitación de esa facultad.

Para este autor, el derecho tiene dos momentos: el objetivo, como imposición o mandato, y el subjetivo, como garantía de libertad. "*Ma ambedue questi momenti si uniscono nella realtà e fanno una cosa sola*"¹¹ —nos dice—, formulando así una doctrina que se aproxima de manera inminente a la total indentificación del derecho objetivo con el subjetivo. Sin embargo, entiende al primero como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, conforme a un principio ético que los determina excluyendo todo impedimento, y por otra parte, concibe al derecho en su género común "*come la coordinazione della libertà sotto forma imperativa*".¹²

Ahora bien, no tenemos por qué oponer reparo alguno a la concepción de Del Vecchio acerca del derecho subjetivo, por cuanto lo considera como una facultad atribuida al sujeto designado por la norma, ya que lo primero sigue siendo aquí el derecho objetivo, que configura y aun limita tal facultad.

3. EL DERECHO SUBJETIVO COMO NORMA

De lo expuesto se desprende que el derecho subjetivo es a un mismo tiempo voluntad, interés y facultad, pero voluntad normativa, interés del derecho y facultad jurídica, no querer psicológico, interés individual ni facultad subjetiva.

Así, pues, todo lo que hemos predicado del derecho subjetivo es algo que pertenece o constituye a la norma positiva, al derecho objetivo, lo cual nos autoriza a decir que el derecho subjetivo es el propio derecho objetivo, en cuanto lo miramos a través del sujeto facultado por la norma.

Y es en este sentido como podemos afirmar, de acuerdo con Hans Kelsen, que "el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho

¹⁰ Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, quinta edizione, riveduta e corretta, editore A. Giuffrè, Milano, p. 257.

¹¹ *Obra citada*, p. 259.

¹² *Obra citada*, p. 259.

en su relación con un individuo designado por la misma norma", ¹³ designación que es también facultamiento en cuanto hace depender de su declaración de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), la aplicación de la norma coactiva estadual. A este respecto nos dice el maestro vienés que "el llamado derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del derecho objetivo: es norma", ¹⁴ y que esa modalidad consiste en que el derecho "pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta exigida y, en especial, como condición de realización del acto coactivo", ¹⁵ por lo que "quien está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad, es, por sólo esa razón, el 'titular' del derecho subjetivo". ¹⁶

En consecuencia, el derecho subjetivo es, *stricto sensu*, la norma positiva, el derecho objetivo, sin que esto sea obstáculo para que se pueda hablar también de él como facultad jurídica, voluntad normativa, interés objetivo y, aún más, como todas aquellas otras calidades que podamos determinar a través del orden jurídico, de lo cual se desprende una importante enseñanza: puede decirse cuanto se quiera del derecho subjetivo sin incurrir en contradicción, siempre que no abandonemos la guía metódica que nos proporciona el conocimiento científico del derecho, de la norma positiva.

4. EL DERECHO SUBJETIVO COMO POSIBILIDAD

En un doble sentido se habla del derecho subjetivo como posibilidad. En el primero se enfoca la atención a la conducta, en el segundo, a la norma.

Un punto de mira ve el derecho subjetivo como posibilidad de hacer o de omitir del sujeto designado por el orden jurídico. El otro como posibilidad de poner en movimiento el aparato coercitivo del Estado.

Ahora bien, en ambos punto de vista, cuando se habla de posibilidad, se lo tiene que hacer en el sentido normativo, en la dimensión del deber, y no en el terreno del ser, de las relaciones de causación, pues posibilidad no jurídica de hacer u omitir, o de excitar la actividad del Estado, sólo puede ser posibilidad metafísica de acción metafísica entre entes también metafísicos; y la metafísica como ciencia del ser en sí, u ontología, es la "ciencia" de lo esencialmente subjetivo, si a esa actividad quiere connotársele como científica, pues versa sobre la respetable creencia religiosa del "ser en tanto que ser y los accidentes propios del ser". ¹⁷

a) *Del sujeto.* Respecto del primer sentido en que se habla del derecho

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, p. 85.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 76.

¹⁵ *Obra citada*, p. 76.

¹⁶ *Obra citada*, p. 76.

¹⁷ Aristóteles, *Metafísica*, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., 3ª ed., libro cuarto, I, p. 75.

subjetivo como posibilidad, García Máynez nos dice, siguiendo en ello a Del Vecchio, que el mismo no es autorización o permiso para ejecutar una cierta conducta, sino que, como correlativo de un deber jurídico, es “posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo”.¹⁸ Lícita es para ese autor “toda conducta no contraria a un deber jurídico”,¹⁹ y éste es entendido por él como:

La restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa.²⁰

Ahora bien, si el derecho subjetivo es una posibilidad de obrar lícitamente, si lo lícito es lo conforme a un deber jurídico, y si éste deriva de una facultad concedida por el derecho objetivo, en última instancia el derecho subjetivo depende del objetivo, por cuanto éste determina a aquél al establecer mediante el deber jurídico, lo que es posible hacer lícitamente. En consecuencia, también el pensamiento de García Máynez nos lleva a la conclusión de que el derecho subjetivo es un aspecto o modalidad del derecho objetivo, en tanto aquél deriva teóricamente de éste.

b) *De la norma.* Con relación al segundo sentido en que se habla del derecho subjetivo como posibilidad, Hans Kelsen sostiene que “el deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción”,²¹ esto es, la validez de una norma que hace depender una sanción de la conducta contraria a la que constituye dicho deber. Ahora bien, para que el deber jurídico se actualice, enlazando una sanción a la realización de un supuesto, no siempre basta con que se efectúe la conducta sancionada, sino que también es menester una manifestación de voluntad (ejercicio de una acción, presentación de una demanda), de la persona autorizada por el propio derecho objetivo para hacerla. Y es este segundo supuesto de la sanción el que nos permite designar con Kelsen al derecho subjetivo, como “posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción”,²² es decir, la maquinaria coercitiva del Estado para obtener una sanción contra el transgresor del derecho.

5. LA ACCIÓN

Sin embargo, una cosa es el derecho subjetivo a obtener una sanción contra un individuo, y otra muy distinta la acción, pues ésta no es un derecho subjetivo ni en sentido material ni en sentido formal, es decir, no es

¹⁸ García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 181.

¹⁹ García Máynez, obra y lugar citados.

²⁰ *Obra citada*, p. 230.

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 61.

²² *Obra citada*, p. 83.

un derecho ni público ni privado (si es que la distinción entre derechos públicos y privados tiene algún fundamento jurídico), lo cual es fácilmente comprensible si la miramos a través del concepto de persona, del cual es el principio unificador que la hace capaz de ser tal persona, ya que sólo es posible considerarla como punto ideal de imputación normativa, de imputación de deberes y de derechos, si la pensamos dinámicamente como puro ejercicio o no ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de deberes. En efecto, estáticamente la persona sólo puede ser un ente metafísico, es decir, nada objetivo, pues no hay manera de concebir unificados los derechos y deberes que la constituyen, sin un substrato material trascendente. Por tanto, es sólo el punto de vista dinámico de la acción el que nos permite pensar como tal a la persona.

Así, pues, la acción puede desenvolverse y de hecho se desenvuelve sin obtener sanción alguna contra un sujeto, como ocurre en el caso de las sentencias desestimatorias, pues el sujeto mismo no es sino acción pura y pura acción.

García Máynez sostiene que puede haber derechos subjetivos con relación a los cuales no se tenga acción, arguyendo que aunque no se puede exigir judicialmente el pago de una deuda de juego, en lo que excede de la vigésima parte de la fortuna del deudor, si éste paga no puede repetir contra el acreedor por pago de lo indebido; luego, si lo que se pagó no es indebido —concluye— tiene que ser debido jurídicamente.²³ Pero esto es erróneo, porque si el derecho estatuye que el pago de la deuda de juego en la porción de referencia, es una situación inatacable jurídicamente, al no conceder al deudor derecho de repetir en cobro de lo voluntariamente pagado, este dato fáctico perteneciente al ser de un derecho positivo determinado, no puede trascender al campo del deber, para dar juridicidad a otra situación a la que el propio derecho positivo se la niega normativamente, por no enlazar a la misma ninguna consecuencia, esto es, por no sancionar la omisión del pago de tal deuda. Los hechos nada tienen que ver con el derecho y, menos aún, para trocar en jurídica una costumbre a la que el orden coactivo niegue tácitamente ese carácter.

El pago de las deudas contraídas es, generalmente, un deber jurídico. Si en un caso concreto (deuda de juego en cuanto excede de la vigésima parte de la fortuna del deudor), el derecho no sanciona la falta de pago de una obligación pecuniaria, la misma no tiene carácter jurídico, ni siquiera cuando el propio derecho niega al deudor que pagó ese crédito, la acción de devolución de la cantidad entregada, toda vez que si el legislador no creyó conveniente otorgar esa facultad, por las razones que fueren, esta simple opinión personal no es bastante para deducir que la obligación cubierta tenía carácter jurídico, ya que la juridicidad de una conducta no puede derivar de una simple convicción subjetiva. Lo que se trata de probar con esta tesis de las

²³ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, edición mimeográfica del Lic. Octavio Calvo Marroquín, México, D. F., 1950.

llamadas obligaciones jurídicas naturales, es que existe un derecho intrínsecamente justo que las impone. Sólo en caso de que todos los legisladores estuviesen obligados, por una instancia superior que no existe, a estatuir en la forma del ejemplo respecto de las deudas de juego, sería posible admitir que su pago en lo que exceda de cierta proporción, es una obligación jurídica natural. Pero únicamente para quienes beatíficamente crean en la existencia de un derecho natural, será posible aceptar que existe una instancia superior al legislador positivo, capaz de imponer obligaciones jurídicas respecto de las cuales no se tenga acción.

6. EL DERECHO SUBJETIVO COMO: AUTORIZACIÓN, TÉCNICA JURÍDICA Y PARTICIPACIÓN EN LA CREACIÓN DEL ORDEN

Otras cualidades o determinaciones que podemos precisar con relación al derecho subjetivo, son las siguientes:

a) El mismo puede ser visto como autorización o mandato, cuando se le contempla en relación con el sujeto facultado por la norma, ya que ésta le confiere permiso, autoridad o capacidad jurídica, para ejecutar determinados actos o para exigir de otro u otros una cierta conducta.

b) Es posible también contemplar el derecho subjetivo como una técnica jurídica específica del derecho civil, en cuanto éste hace depender la ejecución de las sanciones, de la acción o demanda de cierta persona. Sobre este particular es instructiva la expresión de Ihering que dice: "Donde no hay lugar para la acción, el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su lugar".²⁴ En la relación con el derecho subjetivo considerado como una técnica jurídica específica del derecho civil, debe decirse que existe la posibilidad de que un derecho positivo establezca una técnica diferente para la aplicación de las sanciones, en la cual no sea necesario que el proceso que conduce a la aplicación de las mismas, fuese iniciado por un sujeto al que señale el orden jurídico, como ocurre en el derecho civil; y sin embargo, ese derecho positivo crearía un deber jurídico, pero no otorgaría ningún derecho subjetivo. Esta técnica ha sido utilizada por los derechos antiguos y medievales, donde los delitos, por ejemplo, eran perseguidos de oficio por el tribunal, sin que fuese necesaria querrela de parte, denuncia o ejercicio de acción persecutoria de ninguna clase.

c) Igualmente podemos mirar el derecho subjetivo como participación en la creación del derecho objetivo, en tanto el sujeto actor, al ejercitar su derecho subjetivo en el proceso, es elemento decisivo en la creación de la norma individualizada contenida en la sentencia —condenatoria o absolutoria— que recae a su acción.

²⁴ Ihering, Rudolf von, *Apéndice a la dogmática jurídica*, p. 191.

7. RESUMEN CRÍTICO

El derecho subjetivo no nace de la nada, no es un en sí metafísico que acompañe al hombre desde su gestación, no es tampoco un simple correlato del deber jurídico en la mecánica del juicio normativo. La primera es tesis ideológico-política, insostenible científicamente por su visible arranque mítico y sobrenatural. La segunda es tesis de la doctrina realista que considera el juicio como una relación entre objetos que existen frente al conocimiento (sujeto y predicado) de manera absoluta y definitiva, por lo que a la manera husserliana afirma que si dos juicios son equivalentes, es decir, si se refieren a la misma "situación objetiva", se implican recíprocamente. Y así se deduce el derecho subjetivo del deber jurídico, o inversamente. Pero la clara referencia de la postura a sujetos, predicados y situaciones objetivas fuera del conocimiento, nos hace inaceptable por metafísicista la obtención del derecho subjetivo a partir del deber jurídico, o la de éste a partir de aquél. El derecho subjetivo se correlaciona con el deber jurídico, ya que se da siempre en relación paralela con éste, por tener que fundarse la facultad de uno en la obligación de otro, pero no es correlato forzoso de tal deber, ya que es posible la existencia de éste sin un derecho correlativo, como en el ejemplo que poníamos de los tribunales antiguos y medievales.

El derecho subjetivo no puede decirse que exista en sí mismo ni en la relación de alteridad, porque se carece de un criterio unívoco para determinar su contenido, lo cual nos impide discernir en la experiencia entre lo que se llama derecho subjetivo por una ideología determinada, y otros objetos, por lo que asegurar o negar su existencia extraempírica carece de importancia para la investigación científica, toda vez que el *factum* de la reflexión objetiva no puede encontrarse a merced de cambiantes opiniones. Por esto es que nos hemos abstenido de analizar las tesis de aquellos pensadores que, como Dernburg, consideran los derechos subjetivos como "derechos absolutos", ya que las doctrinas que se elaboran en lo trascendente parten de loables posturas religiosas, pero que nada tienen que ver con la investigación científica, aunque ésta tenga que agradecerles en ocasiones el haber proporcionado al pensamiento objetivo, el material para la reflexión y, también, muchas valiosas aportaciones intelectuales.

Ningún derecho subjetivo es pensable científicamente si no hay una regla jurídica positiva que le sirva de apoyo y le dé carácter jurídico. El derecho subjetivo es, pues, un aspecto del derecho objetivo. Las tesis que defienden la prioridad de los derechos subjetivos (*verbi gratia*, la de los "derechos del hombre" o la de los derechos de una clase) sobre los objetivos, son tesis políticas que tienden a proteger instituciones como la de la propiedad privada liberal, o la de la propiedad colectiva comunista, al afirmar que el orden jurídico no crea, sino sólo debe garantizar los derechos subjetivos preexistentes.

Las doctrinas que entienden el derecho subjetivo como un interés protegido o como una voluntad reconocida por el derecho, son a todas luces

infundadas cuando se refieren a una voluntad o un interés psicológicos, pues muy bien puede ser nuestro interés o nuestra voluntad que un deudor no nos pague y, sin embargo, tenemos contra él un derecho subjetivo; y cuando se refieren a un interés o a una voluntad objetivos, entonces desembocan forzosa y necesariamente en las mismas conclusiones que nosotros, ya que interés y voluntad en sentido objetivo sólo pueden determinarse dentro del derecho positivo, de la norma objetiva.

De todo lo anterior podemos concluir que el derecho subjetivo es, en estricto sentido, la norma positiva, el derecho objetivo mismo; pero también podemos decir de él que es voluntad normativa, interés objetivo, facultad jurídica, posibilidad de poner en marcha el mecanismo coercitivo del Estado, autorización o permiso, técnica específica del derecho privado y participación en la creación del derecho objetivo. Asimismo puede verse el derecho subjetivo, desde el punto de vista del sujeto, como posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.

Los derechos subjetivos no forman, pues, un orden diverso del objetivo ni el antecedente forzoso de éste, ya que nuestras personales aspiraciones de justicia no pueden designarse objetivamente como derechos.