

DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

FRANCISCO PUY
España

La conexión esencial existente entre el derecho subjetivo y la obligación legal es la misma que existe entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Ante todo, pues ¿qué significan las palabras *objetivo* y *subjetivo*?

Objetivo es un adjetivo gramatical que se generaliza (s. 14) a partir de *objectivus*, a, um. A su vez el adjetivo procede la voz *obiectum*. Este término, por su parte, se desarrolla en el latín escolástico medieval como participio pasado sustantivado del verbo *obiicio*. *Obiicio* significa arrojar delante, echar delante, poner delante. Es un verbo compuesto de una raíz básica y un prefijo. El prefijo *ob* indica siempre lo que se sitúa delante de quien mira u observa, o habla o marcha, y le obstaculiza la mirada, la expresión o la andadura. Indica algo con lo que se tropieza. Y la raíz *iacio* es un verbo que equivale a arrojar, tirar o lanzar. Por tanto, *obiacio* u *obiicio* vale por poner un obstáculo delante de alguien.

Objetivo es, así algo que ha sido tirado delante de uno con el fin de obstaculizarle la marcha. El individuo que encuentra en su camino un obstáculo se apresta y encoge para sobrepasarlo. Y cuando el obstáculo se lo encuentra un grupo humano, sea un obstáculo natural, sea un obstáculo artificial, puesto desde dentro o venido desde fuera, provoca la unión del grupo, elimina las suspicacias y fomenta la solidaridad de todos para que todos puedan continuar el camino. El obstáculo común es prueba de imparcialidad. Lo objetivo es así sinónimo de lo imparcial. El significado profundo del término objetivo consiste en la imparcialidad de lo exterior.

Tal significado se ha impuesto muy principalmente por el hecho de haberse venido hablando desde la baja edad media del derecho objetivo. Pues se califica de objetivo al derecho, cuando en él, o en la parte de él a que así se califica, brilla la imparcialidad. O sea, la cualidad de excluir lo que beneficia a unos en perjuicio de otros, por acabar compensando los beneficios y los sacrificios de todos, según

los diversos momentos, estados o situaciones de la comunidad. En resumidas cuentas, el derecho objetivo es, así, el derecho que es imparcial. Derecho objetivo es el derecho que se tira, que se pone, que se arroja, que por así decir se extiende delante de todos los que tienen pretensiones encontradas, con el ánimo de poner en sus caminos diversos obstáculos imparciales y compensados, que creen frenos alternados en beneficio de la igualdad de oportunidades de todos.

Y tal cualidad es precisamente la que especifica a la norma. El derecho objetivo es un conjunto de normas, entendidas como el conjunto de elementos que forman un cauce, en el que se compensan las fuerzas desiguales de los miembros del grupo, creando lo que se llama una igualdad de oportunidades, según una comezón que bulle en la noción misma del derecho, desde los orígenes.

Y lo *subjetivo* ¿qué es? *Subjetivo* es un adjetivo con una carrera semántica paralela a la de objetivo. Procede del latín escolástico *subiectivus*, a,um, que procede a su vez de *subiectum*, participio pasivo ahora del verbo *subiicio*. Donde sigue presente la raíz *iacio*. Pero el prefijo *sub-* cambia la semántica. El *obiectum* es lo que está fuera de uno, frente a uno o contra uno. En cambio el *subiectum* es algo que está bajo uno, sometido a uno, a disposición de uno. *Subiectus*, o sujeto, es así el que está sometido a uno en todos los sentidos posibles. Y desde luego tanto en sentido físico como en sentido lógico. Así se ve muy claro en francés. En esta lengua, *le sujet* es tanto la materia de un discurso, como la causa agente de un movimiento, como la persona subordinada al estado. En castellano y gallego el sujeto es, en general, sólo la persona.

Por cierto que detrás de esta equivalencia entre *sujeto* y persona hay algo que nos choca a nosotros hombres actuales. Nosotros no queremos ser sujetos, es decir, sometidos a nadie. Un sujeto es un súbdito, término que connota una idea opresora. En el mundo actual, pensamos, no puede haber súbditos, como en el antiguo régimen. Ahora hay ciudadanos, hombres libres en el estado y no súbditos de los reyes. Sin embargo, todo el mundo antiguo y medieval no tiene a menos considerar al hombre un sujeto o sometido, porque tal sometimiento lo es respecto al único señor que no humilla, sino ensalza a los que se someten: Dios. El hombre es siempre un sujeto. Y se quiere decir: una criatura sometida al creador. Así lo pensó el mundo creyente. Y ello vale antes y después de la revolución burguesa. Pero la influencia de ésta en el derecho no puede desestimarse, o no se puede entender lo que significa el derecho subjetivo.

Subjetivo, en efecto, es una palabra rara en el mundo de la cultura hasta que la lanza al éxito la filosofía ilustrada y en especial Kant,

cuyo pensamiento es un impresionante análisis de los *Subjektiv*. En eso consiste su revolución copernicana. Pero dejemos aparte esta alusión filosófica, inevitable por la importancia de Kant para la ciencia alemana del derecho, que ha sido por un siglo la ciencia del derecho *simpliciter*. Lo cierto es, que en la tradición jurídica general, decir que algo tiene carácter subjetivo (a diferencia de objetivo) es decir que tal cosa se halla puesta bajo la persona y a su disposición. Decir subjetivo es decir, valga la redundancia, algo puesto bajo un sujeto. Si algo es subjetivo, es que se trata de algo que está, de alguna manera, a disposición de una persona, en la esfera de su libre albedrío, en el dominio de su voluntad.

Y así, frente a un derecho objetivo, que es un obstáculo externo, al que toda persona se encuentra sometida, ella como persona, hay otro derecho (posición, perspectiva o parte del derecho) calificado de subjetivo, para indicar que es un derecho sometido, él, a la persona y no al revés. Así pues, es derecho objetivo el que nos somete: la ley. Y es derecho subjetivo el que dominamos nosotros. Frente al primero nos sentimos sometidos y dominados. Pero nos sabemos dominadores y señores sobre el segundo.

No se suele advertir, que la dicotomía objetivo-subjetivo es una connotación de enorme latitud. En efecto, no afecta simplemente al primer concepto jurídico, que es el derecho mismo. Sino que se expande coloreando otras muchas nociones jurídicas. Y creo oportuno recordar algunas apariciones de lo objetivo-subjetivo en el lenguaje jurídico, referidas a aspectos más concretos, que la superior y universal de la distinción entre esas dos posiciones del derecho, como el mejor modo de llegar a comprenderla.

Por ejemplo, la noción de conducta. ¿Cómo distinguen la politología y la iuspublicística, en general, la conducta objetiva de la subjetiva? De este modo. *Conductas objetivas* son aquellas formas de conducta individual determinadas por la pertenencia al grupo. Mientras que *conductas subjetivas* son las que desarrolla cada individuo, independientemente de su estar en el grupo. He aquí muy bien reflejada la idea primitiva. Si yo hago lo que hace el grupo sencillamente por eso (porque lo hace el grupo) hago algo que de algún modo me viene impuesto desde fuera. Pero cuando me conduzco al margen de como se conduce el grupo, es cuando hago lo que quiero sin obstáculos (sólo porque lo quiero). La acción objetiva depende de una voluntad heterónoma. La conducta subjetiva de una voluntad autónoma.

Pasemos de la conducta genérica a la específica de mayor interés para el derecho, que es el delito. También aquí se emplea una concepción objetiva y otra subjetiva del delito. Con arreglo a la *concep-*

ción objetiva del delito, éste se castiga por su resultado. Así en la tradición germánica. Producido el efecto fundamental del delito (a saber, el quebrantamiento de las bases de la convivencia social), se dice que hay *delito objetivo*. Por el contrario, con arreglo a la *concepción subjetiva del delito*, se precisa que el hecho delictivo vaya acompañado de la intención de ocasionar el mal o el perjuicio. Estamos donde antes: la intención es algo que está en mi poder y depende de mi voluntad; en cambio, los resultados son cosa externa y física, que permanece al margen de mi voluntad.

Practiquemos otra reducción del enfoque, yéndonos ahora al campo siempre vital del derecho que es el proceso. He ahí que nos encontramos la distinción entre medios de prueba objetivos y subjetivos. Se llaman *medios de prueba objetivos* a aquellos en que predomina la realidad exterior al sujeto o persona a que afectan. Recuérdese el carácter constrictivo que tienen tales medios de prueba: como los documentos o libros de los comerciantes, que son papeles que están ahí; o los dictámenes de peritos, que son datos aportados por otro distinto al interesado; o los reconocimientos judiciales, que es aportación directa de quien por definición constituye el sujeto más imparcial del proceso (el juez). Todos ellos, en fin, son hechos exteriores, que se ponen como imparciales, exteriores al sujeto, exentos, marginados de su disponibilidad. En cambio, son *medios de prueba subjetivos* aquellos en los que predomina el aspecto psicológico, o la acción del propio sujeto interesado en ellos: como la confesión, el juramento, el testimonio, la presunción, el tormento. . . a todos los cuales es común, que en su campo el sujeto puede actuar a libre albedrío, pues de alguna manera los domina y puede disponer de su resultado.

No es extraño que la distinción objetivo-subjetivo se aplique directamente al derecho, diciéndose: *derecho objetivo* es la regla o norma protectora de un interés, con carácter general y extrínseco. Y *derecho subjetivo* es la autorización a la voluntad de un sujeto concreto, dada por una norma general, para realizar sus intereses. . . Se trata de dos definiciones rigurosamente actuales. Pero he aquí otros dos ejemplos de definición también comunes a la generalidad de la actual jurisprudencia: los *derechos objetivos* son el conjunto de las normas, o sea, los ordenamientos jurídicos; y los *derechos subjetivos* son las situaciones individuales protegidas por el orden normativo.

La distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo parece simple, pero la filosofía tiene la obligación de ser ingenua y preguntar: ¿Qué esconde una distinción aparentemente tan simple? ¿Por qué su empleo tan frecuente? ¿Por qué se manifiesta tan útil? ¿Por qué no la olvida ninguna teoría del derecho? ¿Por qué es tan socorrida

en la argumentación jurídica? ¿Por qué es un tópico fundamental de la retórica jurídica?

Haciendo cara a estas preguntas o análogas mi antecesor en la cátedra compostelana Prof. Legaz Lacambra hizo diversas penetraciones en el tema dignas de recordación. Al principio, Legaz tiende a considerar único derecho de verdad al derecho objetivo, a la norma creadora de derecho. Después pasa a admitir que el derecho subjetivo es también acto creador de derecho. Y por fin, intentando resumir todos los aspectos lo más netamente posible, acaba diciendo que podemos definir el *derecho subjetivo* como aquella situación del sujeto de derecho, en la cual y por virtud de la cual, una conducta del mismo significa una participación en el proceso creador del derecho, porque la imposición de deberes jurídicos de otro sujeto y la creación de situaciones jurídicas nuevas, en beneficio propio o de terceros, se halla a su disposición.

He transcrito esta definición porque su carácter descriptivo la hace documento de época, cada una de cuyas palabras ofrece sugerencias importantes para un desarrollo de la idea. Pero como la limitación de tiempo y espacio es preclusiva, me parece más útil, en orden a la iluminación del significado de la distinción, atacarla desde atrás, yendo a sus orígenes. Lo que dice Legaz es válido para un derecho subjetivo contemplado desde la supremacía del derecho objetivo. Pero ¿ha sido así siempre?

El problema más interesante, por su alcance humanista, de todos los que ha suscitado recientemente el tema, es el de si la noción del derecho subjetivo existe o no en el derecho de Roma. Mi colega el romanista compostelano Alvaro D'Ors publicaba hace un cuarto de siglo un interesante estudio, en el que sostenía que en la jurisprudencia clásica *ius* tiene un sentido único, que es un sentido intermedio entre la norma y la facultad, y que es precisamente el sentido de la posición justa. Es posible, decía, que la palabra *posición* no resulte todo lo ajustada que podríamos desear. Pero no se encuentra otra palabra que cuadre mejor a lo que se presenta como concepto originario del *ius* en la jurisprudencia clásica. Y de ahí llegaba D'Ors a la conclusión de que, si la escisión entre la normatividad y la titularidad de las facultades no entra en el orden mental de los romanos, ello se debe principalmente a la característica pluralidad de fuentes existente en la época clásica. Pero tal escisión se hizo inevitable cuando la creación del *ius* se convirtió en un monopolio del emperador.

Las *leges imperiales*, pues, sí que son normas y el *ius* que constituyen es un derecho objetivo en el sentido moderno. Nada queda ya a la disposición de los particulares o sujetos, salvo el sujetarse o aco-

gerse simplemente a los beneficios de las leyes. Y tal es el motivo de que surja en la época postclásica el derecho objetivo, la norma, que es *quod princeps placet*. Cuando no hay más norma que la voluntad del emperador, ¿qué otro derecho hay, aparte del que él crea? Sólo el derecho que ejecutan los particulares con sus mismos actos jurídicos indelegables (como los testamentos, los contratos, etc.), es decir, el derecho subjetivo. Los postclásicos, concluye D'Ors, como en tantos otros casos, han sido los verdaderos precursores de los modernos, en la distinción entre la norma o derecho objetivo y la facultad o derecho subjetivo. En cambio, cuando queremos reconstruir el pensamiento clásico, debemos despojarnos de tal distinción.

Tengo por extraordinariamente sugerentes estas tesis de D'Ors. Hasta el principado no tiene sentido la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Pero cuando el emperador asume la creación de un derecho objetivo, es cuando surge la necesidad de pensar en un derecho subjetivo, que no se consolida hasta Justiniano. Ahora bien ¿desde cuándo tiene entidad? Pienso que el impacto cristiano no se debe olvidar, y que el derecho subjetivo arranca desde Constantino. Pues tengo la impresión de que el derecho subjetivo es una noción cristiana. Es el cristianismo el que pone en marcha su típica concepción de la persona, no para crear una dicotomía perturbadora; sino para resolver el problema que ha planteado la objetivación rabiosa del derecho, desarrollada desde ya tres siglos antes por los emperadores, a partir del mismo Octavio Augusto.

Por eso me llama la atención que en sus últimas manifestaciones sobre el tema, de hace sólo unos meses, diga D'Ors literalmente que la noción del derecho subjetivo no es romana, aunque parece insinuarse en la época de Justiniano, y que su elaboración parece deberse a la doctrina jurídica protestante. Pienso que no hay tal. Lo que hay de protestante en tal doctrina se debe a lo que hay, antes del protestantismo, de cristiano-medieval y antes aún de cristiano-bizantino y cristiano-romano. ¿Qué ocurre, pues? Que la historia del derecho romano es multiseccular, nada más. Y a lo largo de ella ha tenido muchas caras. Y sin darle su nombre, siempre ha tenido lo que hoy se llama derecho subjetivo.

En efecto, cuando el derecho romano ha sido un derecho sacral trascendentalista y iusnaturalista, como así lo ha sido en su gran trecho inicial, es un sistema en que el derecho subjetivo produce la acción, que es el derecho de perseguir en juicio lo que le es debido a uno. De aquí se desprende que la acción sólo corresponde a quien tiene un derecho subjetivo; y que todo el que tiene un derecho subjetivo, puede accionar, es decir, puede hacerlo valer procesalmente.

Pero cuando el derecho romano, en el periodo clásico ha sido un derecho tecnocrático, inmanentista y positivista, entonces se ha convertido en un sistema de acciones: y ahí el derecho subjetivo resultaba de la acción. Ahora el derecho subjetivo es una proyección de la acción; y no al contrario, como antes. De forma que, posee un derecho subjetivo el que está protegido por una acción: y sólo ese tal. Pero eso no ha sido siempre, ni antes ni después. De ser ello así, el problema en que se debate D'Ors es que se ha encerrado en la idea de que el derecho romano (todo) es (solamente) un sistema de acciones porque derecho es sólo lo que dicen los jueces. El ilustre galleguista Francisco Elías de Tejada, en pasajes inmerecidamente duros, lo achaca a la ideología religiosa. Pero tampoco es eso lo que importa. Lo que importa es la verdad. Y pienso que el derecho romano no es así. En términos dorsianos cabría decir, al contrario, que la posición justa es la posición justa. . . esté o no protegida por una acción procesal. . . y lo diga o no cualquier juez.

Acabo de abrir una rendija que nos ha permitido contemplar uno de los mundos en que deambula la problemática del derecho subjetivo hoy día. Como no podemos seguir uno a uno los peldaños de la historia, nos vamos a meter en el túnel del tiempo, para aterrizar en el mundo del siglo XIX, que ofrece el interés de haber elaborado la distinción tal como hoy se maneja entre nosotros.

Pues bien, apenas respiramos la atmósfera del siglo XIX se cae en la cuenta de que el derecho subjetivo es el lugar grato en que convergen los principios animadores de la experiencia jurídica, sus impulsos renovadores, las grandes y pequeñas aspiraciones, individuales y colectivas, hacia un orden objetivo de las acciones humanas. Es el centro cálido y gratificante del derecho. Y el derecho objetivo en su antónimo: el polo frío, el lugar donde se formaliza el concepto de la regularidad de los comportamientos humanos desvitalizados, inorgánicos, secamente mecanizados. Mas esta situación nos complica mucho las cosas. Sobre todo porque resulta difícil, muy difícil, seleccionar una definición del derecho subjetivo, entre tantas como la jurisprudencia excogitó a lo larto de la centuria romántica. Se dieron miles, con una riqueza imposible de aprovechar aquí. Pero obligados por la necesidad, las reduciremos a dos, harto famosas: la definición Ihering y la definición Windscheid.

Según la noción Ihering, derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. Y según la definición Windscheid derecho subjetivo es el señorío de la voluntad prestado por el ordenamiento jurídico.

La objeción básica propuesta a todas las definiciones de ese género consiste, en observar que el derecho subjetivo existe también sin que

quien sea su titular sepa que lo tiene; y, por tanto, sin que su voluntad intervenga para ejercitarlo. Así ocurre en la hipótesis extrema de que el titular del derecho sea un incapaz de querer. La contradicción en que incurren todos los que conciben el derecho subjetivo como un poder prestado, o concedido, al individuo por el ordenamiento jurídico del estado, consiste en el círculo vicioso de: considerar imperante, pero no decisiva, la voluntad del estado; y viceversa, decisiva, pero no imperante, la voluntad del individuo. Se diluye así el más puro carácter distintivo, que vimos era, el de lo interno-externo, dominante-dominado, o autónomo-heterónimo. Con lo que a mi modo de ver, ambas nociones se convierten en puro *nonsense*.

¿Se puede suprimir tal contradicción? Ciertamente se puede: si se suprime la hipostización de la voluntad del estado y del ordenamiento jurídico. Es decir, si se suprime la divinización del estado. Pero el estado es un becerro de oro, un ídolo que el siglo XIX es incapaz de fundir. Como tampoco lo son los actuales integristas de todas las clases, especialmente los políticos y juristas que lo son. Como comprobamos en España cada día, son legión los que creen que, sin el estado, el planeta descarrilla o el mundo se hunde. Pues bien, ya lleva muchos millones de años dando vueltas, sin necesitar su maquinaria de un vigilante estatal. Hay que recordar siempre el mensaje de Aurelio Agustín en el terrible momento en que se hunde el más acabado modelo de *res publica* que ha producido la historia, el imperio romano. La *Civitas Dei* se escribe, en efecto, sólo para tranquilizarnos a todos con la certeza de que, sin aquella máquina monstruosa, se puede seguir viviendo. . . e incluso mejor. Es sólo una hipótesis, claro. Mas prosigamos con nuestro asunto.

De hecho, la noción de lo jurídico es antes subjetiva que objetiva, aunque la divinización del estado lo oculte. Tal fenómeno idolátrico parecía hace unos decenios un fenómeno irreversible. Eran los años en que todos eran fascistas, en especial los que ahora lo niegan. Pero ya no se lo considera así. Mas de esa época nos ha quedado una ciencia jurídica habituada a encubrir y falsear la realidad de la experiencia jurídica, con la visión formal de lo jurídico que manifiestan las precedentes definiciones del derecho subjetivo. Y ya está bien de aceptar esa visión de lo jurídico, útil tan sólo para hacer chapuzas. La chapuza de resolver problemas particulares resultantes del choque entre la objetividad de la norma y los intereses de las aspiraciones individuales. O la chapuza de facilitar a legisladores y jueces y profesores sistematizaciones provisionalmente racionales.

Pero ¿es eso todo? No, a mi modo de ver. Principalmente, porque no se puede pensar en el derecho si no se piensa en el derecho subje-

tivo. Y no se puede pensar en el derecho, tampoco, si no es acompañándolo de un adjetivo posesivo. No podemos pensar en el derecho, sino pensando en *mi* derecho, *tu* derecho, *su* derecho. . . ¿Por qué? Porque toda volición potestativa necesita un objeto constituido por aquel elemento de la realidad exterior al sujeto, que éste modifica, transforma y hace suya con su poder: y por eso, toda voluntad jurídica tiene que enfocarse o dirigirse al objeto del derecho. Lo cual explica, a su vez, por qué aparece tan estable la asociación entre la idea del derecho subjetivo y lo *proprium*. Es que el primer derecho subjetivo es el derecho a lo propio de uno, comenzando por la propia vida y la propiedad de las cosas. También suena mal esta tesis, en una época tan trascendida por la masificación, en que parece que ser propietario es lo mismo que ser ladrón o enemigo público. La verdad es, empero que lo propio es el mismo derecho. No es casualidad, sino absoluta necesidad, que el marxismo tenga que considerar el concepto de realidad al mismo tiempo de la propiedad y del derecho.

Pero ¿qué es, en definitiva, el derecho subjetivo, en la conciencia de nuestro tiempo? *El derecho subjetivo es la facultad jurídica que consiste en un poder individual de regular un cierto comportamiento ajeno, según un orden objetivo.*

Tal es, a mi modo de ver, el concepto universal. En ocasiones, se reduce sin embargo a una visión más concreta. Y entonces se define el derecho subjetivo como la facultad jurídica consistente en el poder individual de exigir un comportamiento conforme al ordenamiento vigente. La primera visión es más amplia, y la segunda es más estricta. Si se prefiere, la primera es la definición iusnaturalista y la segunda la iuspositivista. Poder individual de regular un cierto comportamiento ajeno, según un orden objetivo. ¿Cuál? Pues, p.e., el del derecho natural. . . Poder individual de exigir un comportamiento conforme al ordenamiento vigente. ¿Cuál? Pues cualquiera de ellos: el ordenamiento mexicano en México, el español en España, etc.

Pero con esto hemos llegado a la última cuestión a abordar. Se trata de la contradicción observable en ciertas exposiciones actuales, entre las nociones de derecho subjetivo y derecho natural. Con lo cual, además, nos volvemos a introducir en el túnel del tiempo, pero para retornar a nuestro fin de siglo XX, que aunque desagradable es el nuestro y no tenemos otro.

Por lo que acabo de decir resulta claro que no estimo sean incompatibles las nociones de derecho subjetivo y derecho natural. Veamos por qué. Hay un derecho objetivo que es, por así decirlo, heterónomo, porque a cada hombre le llega de fuera. Pero que se canaliza a través de muchos conductos. Primero por divisiones geográficas. Des-

pués por ordenamientos jurídicos estatales. Y después por otros, como son los ordenamientos sociales, los consuetudinarios, los internacionales, los eclesiales. . . y también por el ordenamiento del derecho natural a que nuestro tiempo llama ordenamiento de los derechos humanos. Aquí está el problema. Un problema único, aunque se dice de dos maneras. A saber. Primera: ¿Es concebible el derecho subjetivo natural o el derecho natural subjetivo? Segunda: ¿Son los derechos humanos derechos subjetivos? Oigamos cómo suena la respuesta negativa a ambas preguntas en el magisterio de uno de mis colegas de cátedra en la universidad complutense de Madrid (posición 1976).

El fallo fundamental de las teorías jurídicas del siglo XIX sobre el derecho subjetivo —resumo— es que están todavía determinadas por la idea esencial del derecho natural y no renuncian por eso a encontrar en el derecho subjetivo algo distinto e independiente del derecho objetivo. Por el contrario, el derecho objetivo no puede ser otra cosa que la norma jurídica, en su relación con aquella persona, de cuya disposición se hace depender la realización de la voluntad del estado, en ella expresada, de aplicar una consecuencia jurídica en caso de infracción. Por lo tanto, lo que se establece por el derecho es simplemente la protección y la garantía de ciertas conductas: y no puede haber otra cosa en el contenido del derecho subjetivo. Ahí tiene un sentido propio y claramente diferenciado el concepto de derecho subjetivo. Y sería contraproducente enturbiarlo, asociándole con otros conceptos no tan netos, como son los de derechos humanos, o incluso los de derechos fundamentales (derechos humanos constitucionalmente reconocidos). El derecho subjetivo es una creación del ordenamiento jurídico positivo, y como tal existe. No se trata de una entidad más o menos metafísica. . . No preciso reproducir más.

Se trata de un rotundo alegato contra cualquier posible inserción, en el sistema jurídico, de la noción de derecho natural subjetivo o derecho subjetivo natural. La argumentación es tan fuerte, sin embargo, que prueba demasiado. Por eso estoy de acuerdo con ella. Apura tanto la imposibilidad de la noción del derecho subjetivo natural, que alcanza a destruir la noción misma del derecho subjetivo (sea natural o no lo sea). No es una inferencia mía, que sería legítima. Es, además, confesión de parte, pues el profesor madrileño acaba diciendo, que si el derecho subjetivo es una creación del orden jurídico, su existencia se reduce a la de un simple procedimiento técnico. Y eso quiere decir, añade, que podría suprimirse. Conclusión obvia, termina el pasaje, en el sentido de la pura posibilidad, aunque no en el de la conveniencia. . . Este aplazamiento provisional de la condena a muerte

de la noción del derecho subjetivo es un **respiro, pero que dura poco**. Pues un poco después vuelve la zozobra a caballo de estas otras manifestaciones: desde luego, y en último término, se podría prescindir del derecho subjetivo, y referir simplemente las normas jurídicas a las diversas condiciones para su aplicación.

Es hora de que nos preguntemos: ¿de verdad, de verdad, se podría suprimir el derecho subjetivo. . . sin suprimir también el derecho objetivo? Oigamos, a modo de respuesta a esa pregunta, lo que enseña un maestro de la sociología jurídica francesa, en un libro de 1976 es decir, un lustro anterior a las opiniones recién reproducidas.

Si nos faltara el derecho subjetivo, la lengua jurídica quedaría tan estrictamente paralizada como la lengua vulgar que careciera de los pronombres personales. Pruébese a hablar sin emplear, expresa o tácitamente, esos seis inocentes vocablos: *yo, tú, él, nos, vos, ellos*. Pues sus equivalentes jurídicos son *mío, tuyo, suyo, nuestro, vuestro, suyo*. . . Basta, pues de asfixia formalista y vayamos a la realidad. Que en ella se encuentra el derecho subjetivo como un fenómeno jurídico existencial. El ente de razón o concepto dogmático es más moderno y lo teorizó la iusfilosofía individualista. Después lo negaron otros iusfilósofos positivistas y algunos juristas formalistas, historiadores tradicionalistas, antropólogos estructuralistas y etnólogos materialistas. . . Palabras y palabras. Pero si lo que importa es la realidad, atengámonos a ella.

Pues bien, hay muchos indicios, contrarios a tales teorías, de que el derecho subjetivo es un fenómeno natural en muchos casos concretos. Por ejemplo: la territorialización de los animales superiores es un hecho; la apropiación de bienes muebles por el hombre prehistórico es otro hecho; y otro, la afirmación del no por lo mío en la psicología infantil. . . Esos y otros datos permiten inferir que el derecho subjetivo no es un artificio, presunción o suposición. Al contrario. Aun con la porción inevitable de grosería e inadecuación que arrastra toda técnica jurídica, la noción de derecho subjetivo traduce claramente un fenómeno psico-sociológico elemental y, por así decirlo, visceral. Y cuando la teoría jurídica reconoce que el derecho, además de estar fuera del individuo, como derecho objetivo, está también dentro de él mismo, como derecho subjetivo, no inventa nada arbitrario ni suprimible; sino que simplemente reconoce oportunamente la realidad.

No quiero concluir esta comunicación sin recordar el más común de los argumentos positivistas contra el derecho natural que corre en nuestros días, apoyado en la noción del derecho subjetivo, el cual, más hábilmente que el anterior, admite el género, pero rechaza la especie. Suena así, poco más o menos: el derecho subjetivo significa

el poder de constreñir, directa o indirectamente a aquél que está obligado; el derecho natural no origina nunca tal tipo de poder; luego el derecho natural subjetivo no es derecho subjetivo, ni los derechos humanos (naturales) son derechos estrictamente entendidos.

Entiendo que este argumento encierra una cadena de falsedades. La facultad natural de actuar en los aspectos esenciales del obrar humano lleva, por el contrario, en sí misma, la fuerza de imponerse. Son muchas las pruebas evidentes de que existe tal poder directo e indirecto en el titular del derecho natural subjetivo, para obligar a los demás legalmente: recuérdense la legítima defensa (de vida, honor y bienes), el estado de necesidad, la resistencia, la insurrección y la revolución misma. . . que son instrumentos de autotutela reconocidos por el derecho nacional o el internacional, pero que no reciben su fuerza de tal derecho, aunque éste la multiplica.

¿De dónde procede la fuerza que impone la obligación del derecho natural subjetivo? De muchas instancias. Y al final de todo, de la capacidad humana para autoaniquilarse. De ahí arranca el poder natural que le presta vigor al derecho subjetivo natural. El esclavo siempre puede mitigar la dureza de su estado con la amenaza del suicidio. Tal es el significado de la huelga de hambre en el campo de concentración. La mano de obra barata es tan preciosa para el tirano, que negocia: no le importa pagarla un poco más cara. . .

Pero hay más. El derecho subjetivo natural, aun desprovisto de la garantía suplementaria de ejecutividad que le ofrece el derecho objetivo (e incluso amenazado por éste, cuando se trata de una ley radicalmente *contra natura*), tiene en su misma estructura natural el punto de apoyo para hacerse respetar aun en el peor de los casos, que es el de la impotencia extrema del esclavo, porque la vida misma es un poder, mínimo, pero poder. . . Pero es que, además, no hay que olvidar, que el derecho natural subjetivo aparece normalmente como la facultad correspondiente a una ley natural también ella positivizada. Y en este caso (mayoritario) tiene las mismas posibilidades técnicas de imposición que las que son meras facultades surgidas del derecho meramente positivo: puesto que queda abarcado y comprendido en su sistema técnico de fuerzas. Así por ej., cuando el art. 407 del código penal español dispone que el que matare a otro será castigado como homicida, etc., está positivizando el precepto natural que ordena respetar la vida ajena: y a la vez, creando el derecho humano subjetivo que llamamos derecho a la vida como derecho subjetivo positivo dotado de su acción especial (querella), etc.

Con lo cual ocurre este doble efecto:

1o.) Que se crean las acciones y querellas procesales oportunas,

con que poder constreñir la observancia del indicado precepto: que es natural, por su contenido; pero que ahora pasa, sin dejar de serlo, a ser, además, positivo por su inserción en el código. Y

2o.) Que ello ocurre permaneciendo incólumes las sanciones que la propia naturaleza de las cosas (ley natural) impone al homicida, y que constituyen los poderes naturales del derecho subjetivo natural.

¿Hay duda sobre tales sanciones? Existen sin embargo y se pueden enumerar. Unas son íntimas y por ello pueden provocar la sonrisa de algunos excépticos. Pero otras son reales y empíricas. . . y no para tomarlas a broma. Entre las primeras suelen concurrir: el remordimiento, el arrepentimiento, el pesar, el miedo. . . Personajes universales de las letras, desde Clitemnestra a Electra, desde don Juan a Macbeth retratan artísticamente el hecho de que tales sanciones de la ley natural y poderes del derecho subjetivo natural, existen. Pero están también las otras de experiencia común: la soledad del asesino de sus deudos; el destierro del homicida que huye; la persecución de los socios traicionados. . . Con artículo o sin artículo en un código penal, con querrela o sin ella, todos esos poderes siguen funcionando además. . .

Los planos natural y positivo se superponen y refuerzan al cruzarse con los planos del derecho objetivo y del subjetivo. Sin anular el uno al otro. Por eso no es inconcebible la noción del derecho natural subjetivo, ni la consideración de los derechos subjetivos (naturales) de los derechos humanos. A no ser en aquéllas personas faltas de imaginación o con una razón demasiado tortuosa, a las que sólo se puede replicar como en la famosa ocasión: *hony soit qui mal ny pense*.