

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO SUBJETIVO

1. En un examen de conjunto de las transformaciones actuales de las ideas jurídicas con respecto a las mutaciones de la sociedad, ocupa un lugar especial la consideración del cambio radical experimentado por el «derecho» en el sentido más restringido, pero a la vez más inmediato de este término: «mi» derecho, es decir, el derecho que inhiere y que forma parte del propio sujeto jurídico; en una palabra, el «derecho subjetivo», tal como la doctrina lo llama.

Es verdad que esta noción ha sido puesta en duda, e incluso criticada, por algunos autores modernos. A principios de siglo, ya León Duguit, conocido autor de derecho público, le negó validez científica, alegando su inadecuación a los movimientos sociales que se habían producido. Recientemente, otro profesor francés, Michel Villey, también formuló críticas a dicha temática, habiendo sucedido lo mismo en otros países, donde entre los negadores de la noción de derecho subjetivo puede recordarse a Hans Kelsen (1). Sin embargo, si uno observa cómo surgen los conceptos o, mejor aún, las actitudes jurídicas a lo largo de la dimensión psicológica natural de la Humanidad, se dará cuenta que el niño, en sus primeras afirmaciones y discusiones, ya comienza declinando el verbo del derecho en primera persona: «Esto es mío», dice cuando habla del alimento que come o del juguete que agarra. Y aunque Villey haya ubicado históricamente la génesis del derecho subjetivo en una obra del monje Guillermo de Occam, aparecida en 1332, y haya querido demostrar que la difusión y persistencia del concepto se deba a una mentalidad egoísta y a una deformación de los valores religiosos, el hecho es que el derecho subjetivo, antes de ser pensado teóricamente, ya es vivido en la experiencia propia de cada sujeto, aunque se exprese en una forma simple e in-

(1) Recientemente se ha dedicado al problema del derecho subjetivo el tomo IX (1964) de los *Archives de Philosophie du Droit*, titulado *Le droit subjectif en question*, entre cuyos estudios señalamos: F. LONGCHAMPS, «Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine», págs. 45-70; M. VILLEY, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», págs. 97-128.

genua. Y esto sucede desde hace mucho tiempo, aun antes que Occam.

En definitiva, el derecho subjetivo, aunque haya logrado su elaboración teórica culminante en el período histórico del jusnaturalismo iluminista y aunque haya obtenido su formulación en los regímenes jurídicos de los Estados liberales del siglo XIX, constituyendo la piedra angular del «Estado de derecho», en verdad corresponde a una constante de la experiencia jurídica. En efecto, es la fórmula en la cual se sintetiza la situación del sujeto con respecto al orden jurídico, en el sentido amplio, social e impersonal de derecho «objetivo». Si se trata de una posición de exigencia, de facultad o libertad, de acción potencial, existe un derecho subjetivo; si, en cambio, se trata de un comportamiento de obediencia o sujeción, de una acción vinculada, existe un deber jurídico (2).

2. Pero en esta ocasión no debemos ocuparnos de discutir el fundamento histórico de la doctrina del derecho subjetivo ni tampoco su justificación filosófica dentro del pensamiento contemporáneo. Lo que ahora nos interesa señalar, aunque sea de modo sintético y más bien indicativo, es el proceso de transformación que ha sufrido el derecho subjetivo en cuanto derecho típicamente individual, dado que está necesariamente correlacionado con la metamorfosis del derecho objetivo, que es la expresión más cumplida, en sentido formal, de la sociedad. Esta, en efecto, por medio de las leyes que señalan las directivas de comportamiento a los sujetos que la componen, se conoce a sí misma, es decir, reflexiona sobre su propia acción colectiva, la juzga y la expresa haciéndola objeto de comunicación entre sus sujetos. Es verdad que existen otras formas de vida y de manifestación de una sociedad, como son las económicas, literarias, religiosas, etc., pero las transformaciones de una sociedad en nuevas formas que sean definidas y no inciertas sólo se pueden localizar cuando las estructuras prácticas, es decir, las de la vida de relación, encuentran su propia claridad de expresión y certeza de voluntad en las normas de una ley. Puede haber períodos de discrasia entre la forma jurídica y la forma social, pero esto sólo significa que una sociedad nueva se está gestando en el seno de la vieja, y la sociedad nueva no podrá ser viva y vital hasta que no haya tenido su reconocimiento jurídico, más aún, hasta que no haya adquirido conciencia plena del propio derecho de vida y de sus propias fuerzas, expresadas en las normas de una ley.

(2) Sobre dicho tema me ocupé en el artículo «Diritto soggettivo e dovere giuridico», en *Rivista di Diritto Civile*, VII (1961), págs. 115-133; para una justificación desde el punto de vista de la teoría general, me remito a mi libro *La struttura del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1962.

¿Cuál es el lugar, o mejor dicho, el papel que toca al derecho subjetivo en esta época de transformaciones que caracteriza a la sociedad contemporánea? Desde esta perspectiva consideraremos los cambios sociales, sabiendo, sin embargo, que no es el punto central, ya que el protagonista, el sujeto de la historia, no es el portador individual del derecho, a pesar de que sus invocaciones pueden ser patéticas en medio del estruendo de las guerras, de las tormentas de las revoluciones, de la vida excitada de la sociedad de masas. El derecho subjetivo, en sus formas elementales de derecho a la conservación física, a la libertad espiritual, a la pertenencia a la propia tierra y a la propia familia, a la elección del propio destino y a la tutela de los propios intereses, ha sido reducido con demasiada frecuencia a un estado impotente, sofocado, e incluso brutalmente suprimido en nombre y por fuerza de un derecho social sostenido por las razones y sobre todo por las armas de una colectividad. Actualmente, la contradicción entre la doctrina y la realidad se ha hecho sentir en forma más profunda y dolorosa que en la época en que Duguit formulaba sus primeras críticas; incluso la historia del derecho subjetivo parecería reducirse a veces a una investigación puramente teórica. Sin embargo, el derecho subjetivo resiste y existe todavía.

3. De lo expuesto hasta ahora se deduce que nuestra consideración del derecho subjetivo se funda sobre la doble refutación de valorarlo más de lo debido o, por el contrario, de desestimarlo, lo cual corresponde al doble equívoco doctrinario por el cual se exalta al derecho subjetivo como un *mito* o se lo reduce a una *metáfora*. El primer equívoco es el del pensamiento jusnaturalista cuando identifica los derechos subjetivos con determinados contenidos, es decir, «cosifica» el derecho subjetivo, le atribuye una realidad ontológica, concibiéndolo como si fuese un derecho objetivo de una esfera jurídica de la cual el sujeto sería soberano. Este mito sin crepúsculo en el firmamento jurídico es evocado sugestivamente por la célebre frase de Rosmini «el derecho violado brilla con una luz más viva», cuando se la aplica, como a menudo se hace, al derecho subjetivo que, entonces, existiría por sí solo, en contraposición al derecho objetivo.

El otro equívoco es el de la escuela positivista, o de algunas de sus corrientes doctrinarias, que afirman que el derecho subjetivo es sólo una ficción verbal usada indebidamente para indicar un reflejo relámpago y efímero del derecho objetivo, una metáfora a la cual se confiere una realidad sustancial. Dicha metáfora puede ser concebida de varios modos, ya sea tomando el derecho subjetivo como una proyección psicológica, en una

especie de narcisismo jurídico, ya sea como una construcción histórica de figuras jurídicas similares, pero en el fondo diversas, ya sea como una estratagema lingüística que nos engaña. Por último, Villey habla de una «subjetivización» de la realidad jurídica, es decir, una «revolución copernicana» de tipo kantiano (3).

Si se acepta cualquiera de las dos posiciones anteriores, se disuelve el problema de la transformación del derecho subjetivo con relación al cambio social. En efecto, si el derecho subjetivo es algo independiente del derecho de la sociedad, entonces sólo puede ser más o menos reconocido y respetado, puede ser oprimido o dejado libre, pero en el fondo no puede transformarse. En la segunda posición, el derecho subjetivo no es más que el derecho objetivo en su imputación subjetiva; entonces no puede hablarse de su transformación con respecto al cambio social, pues éste todo lo absorbe. Cuando el derecho subjetivo se convierte en mito o en metáfora pierde su fisonomía precisa y por eso su definición en la historia de nuestro tiempo se convierte en un juicio de valor ético o en un juicio sobre un hecho sociológico. En ambos casos no se capta el significado propiamente jurídico de la expresión, el cual sólo puede ser adecuadamente comprendido si se concibe el derecho como el tejido de las estructuras donde se desarrollan y se unen las acciones de los sujetos, en la unidad del ordenamiento jurídico. Por eso el derecho subjetivo es una perspectiva de la acción que se abre al sujeto en el horizonte jurídico del ordenamiento; es una directiva de comportamiento que puede realizarse en una estructura legalmente reconocida. Por lo tanto, el derecho subjetivo es un concepto *operativo* de relación entre el sujeto y el ordenamiento, una relación de tensión entre los dos polos fundamentales de la experiencia jurídica.

4. Debe reconocerse que el esquema concreto en el cual se ha encuadrado y presentado el derecho subjetivo es el de la relación bilateral entre la pretensión y la obligación, o sea, el esquema jurídico del contrato, al cual se ha referido desde sus orígenes la economía privada como tipo de economía esencialmente de intercambio. A esto se agregó el hecho que los teóricos del iluminismo, desde Locke a Kant, se sirvieron del mismo instrumento jurídico, poniéndolo como principio de sus concepciones con-

(3) Una concepción refinadamente formalística del derecho subjetivo, en el sentido de una «subjetivización», es la propuesta recientemente por E. BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, ed. J. B. Mohr, Tübingen, 1965. El derecho subjetivo sería una facultad, concedida por el derecho objetivo, de emanar normas con carácter vinculatorio.

tractualistas del Estado. Todo esto favoreció la unificación conceptual de la figura del derecho subjetivo, tanto en el derecho público como en el privado. Recuérdese que Kant define el derecho objetivo como «el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede concordar con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad». Dicha definición es un ejemplo de representación de los ideales de ese tiempo, pero transportada a un cuadro histórico como el actual, su validez aparece discutible. Ya a fines del siglo pasado se advertía claramente la necesidad de distinguir los «derechos subjetivos» en sentido propio, o de derecho privado, y los «derechos públicos subjetivos» ejercidos con relación a la administración pública. Esta distinción corresponde a una dicotomía práctica de la organización económica y social, ya que en el siglo XIX el tronco de la sociedad civil se fue bifurcando en dos ramas diversas a medida que el Estado se ocupó directamente de los medios de transporte, de las fuentes de producción, de los sistemas de asistencia, de la reglamentación del crédito. A comienzos del siglo actual, el individuo, portador de derechos subjetivos, vive una doble vida social: por una parte, tiene comercio de intereses económicos y jurídicos con otros sujetos semejantes; en ese sentido, sus derechos aparecen sólo como «intereses jurídicamente protegidos», una especie de bienes inmateriales que él posee. Por otra parte, debe hacer frente a pedidos cada vez más exigentes e invasores de la administración pública, contra la cual hace valer sus «intereses legítimos». La relación entre intereses privados y públicos parece haber logrado una forma de equilibrio, aunque a veces se haga difícil y precaria, dada la complicación y dependencia cada vez mayor entre ellos. Pero tres sucesos decisivos, a poca distancia uno del otro y, en verdad, intrínsecamente vinculados, alterarán este equilibrio, lo romperán y establecerán una nueva condición de vida social.

5. Estos tres sucesos han sido: la primera guerra mundial, que ha traído la «economía de guerra», es decir, la movilización general y disciplinada de la producción y de las fuerzas de trabajo, junto con la distribución controlada de los bienes de consumo; la revolución bolchevique, con un régimen económico y político perfectamente totalitario, donde el individuo es fraccionado por el común denominador de la colectividad; el contrato colectivo de trabajo, con el cual decae el principio de la contratación privada, recibiendo la teoría del «contrato social» una nueva valoración y aplicación al trasladarla al campo sindical. Naturalmente, otros sucesos, grandes y pequeños, se produjeron en esos años que antecedieron y siguieron al gran cataclismo económico, social y moral de la

primera guerra mundial, pero en los tres sucesos nombrados se encuentra principalmente el hilo del proceso histórico que queremos señalar.

Precisamente desde el punto de vista del derecho subjetivo, dichos sucesos significaron el crepúsculo de este último tal como se le concebía hasta entonces. No es necesario recordar las consecuencias que la economía de guerra y la devaluación monetaria provocaron, sobre todo en Alemania, en el plano social y en el psicológico. El Estado, que durante la guerra había adquirido enormes poderes sobre el individuo, fue transformando los viejos derechos subjetivos en nuevos derechos «sociales», de tal modo que el ordenamiento que los promovía y garantizaba se convirtió realmente en el titular de ellos, pasando a ser el individuo un simple beneficiario y responsable de su ejercicio. El ejemplo citado de Alemania es sumamente indicativo, porque los efectos originados en la guerra llegaron a ser terribles, casi sin precedentes y proporciones, con la toma del poder por el nazismo. Aludo, naturalmente, a los campos de prisioneros, luego convertidos en campos de exterminio, en los cuales se verificó una inversión de valores humanos y jurídicos tan profundamente repugnante, que señaló, como ya dije, la aniquilación de todos los derechos subjetivos de los pobres infelices internados en los Läger, a la vez que se realizó en dichos campos un perfecto y paradójico derecho objetivo, es decir, puros comandos y obligaciones. En la vida normal, el fin del derecho aparece como la protección del sujeto, de su existencia e integridad física, de su dignidad, de sus haberes y de sus ideas morales; en cambio, en los campos de concentración el fin del ordenamiento interno se convirtió puntualmente en la degradación del hombre, en la depredación de sus bienes elementales, en la explotación dispersiva de sus energías, en la tortura brutal, en fin, en la supresión física. Era la lógica de la destrucción, que es la lógica de la guerra, llevada a sus últimas consecuencias y puesta totalmente en ejecución.

El ejemplo de la revolución rusa es también muy significativo, porque en esa experiencia, todavía no concluida históricamente, la transformación del derecho subjetivo se manifiesta en las formas más evidentes. Sin entrar en detalles de la cuestión, que por otra parte ha sido estudiada recientemente con gran competencia por Villari (4), bastará observar que en el régimen soviético «la separación entre lo público y lo privado desaparece, no en el sentido que todo es absorbido por el Estado o, por el contrario, que todo se transforma en privado: el resultado es algo diver-

(4) S. VILLARI: *Le forme organizzative nel diritto sovietico. Aspetti e funzioni della soggettività*, ed. Giuffrè, Milano, 1964, pág. 109.

so», difícilmente encuadrable en los esquemas mentales del jurista occidental. La consecuencia más visible de esta metamorfosis entre lo público y lo privado, por la cual, como diría Dante, «dos figuras se perdían al aparecer confundidas en una sola cara» (5), es que «la situación jurídica subjetiva de los ciudadanos y de los organismos gubernativos y no gubernativos está puesta en el mismo plano, y aunque se diferencien, ambas se caracterizan por una determinación específica de contenidos» (6). Por lo tanto, el derecho subjetivo ya no se distingue en privado y público, sino que adquiere un aspecto nuevo, distinto de los originarios.

En fin, por lo que se relaciona con el régimen sindical del contrato colectivo de trabajo, permítasenos referirnos solamente al caso de Italia, donde fue sancionado por Ley del 3 de abril de 1926, número 563, aunque ya obraba de hecho desde 1923 en el régimen autoritario, siendo luego reconocido por el Código Civil de 1942 (cap. III, arts. 2.067-2.081) e incluido en el artículo 39 de la actual Constitución italiana. Con la instauración de este régimen sindical que elimina completamente el antiguo principio de la contratación individual, estableciendo formas jurídicas particularmente rígidas, se puede decir que el «derecho del trabajador» adquiere sentido sólo en cuanto se refiere al ordenamiento jurídico que representa el término medio obligatorio de conjunción para trabajadores y patronos. De este modo se ve con evidencia la transformación del derecho subjetivo en esta nueva situación que podemos llamar trilateral.

6. Hemos tomado en consideración estos tres episodios que cambiaron totalmente el panorama de la vida social, tal como se presentaba a fines de la era liberal. Claro que estos fenómenos no han repercutido de la misma manera sobre las transformaciones sociales de otros países que también participan de la misma civilización, como es el caso de las grandes democracias anglosajonas. En estas últimas no dejaron de sentirse los efectos de la guerra, de los nuevos sistemas, de la planificación económica, de los nuevos principios de legislación sindical, pero el régimen político, fundado todavía en el respeto y en la garantía de los *rights*, o derechos subjetivos, pudo aminorar e incluso eliminar los efectos dañinos; más aún, dichas transformaciones fueron ocasión de nuevos impulsos de progreso social. Este proceso todavía está en fase de desarrollo en ciertos países, como Italia, o parece que sufre desviaciones o involuciones en otros; asimismo, parece que inspira tentativas de revisionismo económico y jurídico

(5) «Apparver due figure miste — in una faccia, ov'eran due perdoti» (*Inferno*, XXV, 71-72).

(6) S. VILLARI: *O. c.*, pág. 99.

en los países de Europa oriental, en los cuales se están elaborando nuevas formas de reconocimiento de los derechos subjetivos del individuo, distintos de los poderes de las organizaciones burocráticas.

Lo que interesa señalar aquí es el «derecho subjetivo» tal como se presenta en el desigual contorno de la nueva realidad jurídica, a la cual se extiende, o más bien se limita, el análisis del investigador europeo. El derecho subjetivo aparece, en consecuencia, como una sobrevivencia, renovada y reforzada, de su predecesor del siglo XIX, del cual se diferencia especialmente en lo siguiente: que está en una relación constante con el ordenamiento en su complejidad y totalidad de estructuras operantes, del mismo modo que el hombre mismo está en relación con la sociedad en la cual vive, sin poder prescindir de ella, pero sin ser tampoco anulado por ella. Además, todo derecho subjetivo, desde ya, es entendido como un valor, exponente de toda una situación jurídica, dentro de la cual sólo tiene significado y función, pues el sujeto jurídico no es una suma de derechos y obligaciones, sino una estructura viva de la acción; caso contrario, el derecho subjetivo sólo es un fantasma, evocado como por una especie de sortilegio jurídico.

VITTORIO FROSINI.