

## **SOBRE LA REVISION CRITICA DEL DERECHO SUBJETIVO DESDE LOS SUPUESTOS DEL POSITIVISMO LOGICO**

(Notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona  
y Alf Ross) (\*)

SUMARIO.—I. *Perfil actual de la problemática del derecho subjetivo*: 1. El proceso de subjetivación del pensamiento jurídico y la idea de derecho subjetivo. 2. La significación problemática del derecho subjetivo y direcciones fundamentales de la crítica del mismo: A) El positivismo normativista; B) El positivismo sociológico; C) El neohegelismo y el nacionalsocialismo; D) El iusnaturalismo neotomista.—II. *Supuestos metodólicos de la revisión crítica del «realismo jurídico nórdico»: el positivismo lógico como punto de partida*: 1. El positivismo lógico: A) Orígenes, significación y tareas: a) La filosofía analítica; b) El positivismo lógico del «Círculo de Viena»; B) Positivismo lógico y semiótica; C) La revisión epistemológica del positivismo lógico y la reflexión filosófica: significado y función de la filosofía. 2. Positivismo lógico, Ética y Derecho: A) Positivismo lógico y ética: a) Reducción de la ética a psicología; b) Reducción de la ética a sociología; c) Crítica del reduccionismo psicociológico e imposibilidad del conocimiento científico de la ética; B) Positivismo lógico y derecho.—III. *Revisión crítica de la idea de derecho subjetivo en Karl Olivecrona*: 1. Crítica del derecho subjetivo: el derecho subjetivo como fenómeno psicológico. 2. El derecho subjetivo como categoría técnico-jurídica al servicio de la eficacia

---

(\*) Trabajo presentado para concurrir a la oposición a la Cátedra de *Derecho Natural y Filosofía del Derecho* de la Universidad de Málaga, convocada por O. M. de 11 de noviembre de 1981. «B. O. E.», núm. 287 (1 de diciembre de 1981).



ordenadora del derecho: A) Función lógico-conceptual; B) Función informativa; C) Función directiva; D) Coadyuvante de la eficacia jurídica.—IV. *Revisión crítica de la idea de derecho subjetivo en Alf Ross*: 1. El derecho subjetivo como categoría metafísica. Significado y función ideológica del derecho subjetivo. 2. Crítica de la doctrina clásica del derecho subjetivo y revisión de la idea del mismo: el derecho subjetivo como instrumento técnico para la legislación y la Ciencia jurídica. 3. Análisis y revisión crítica de las categorías «*ius in rem*» y «*ius in personam*». 4. El derecho subjetivo y su protección.—V. *Consideraciones críticas y conclusiones*: 1. Insuficiencias y limitaciones de los supuestos y planteamientos del «*realismo jurídico nórdico*». 2. Significación y funciones de la idea de derecho subjetivo. Su significación ética. 3. Notas para una fundamentación de la idea de derecho subjetivo desde los supuestos de la Filosofía jurídica tradicional: A) Justicia, seguridad jurídica y derecho subjetivo; B) La dignidad y la libertad como valores fundamentales de la persona humana y la idea de derecho subjetivo.

## I. PERFIL ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO SUBJETIVO

### 1. El proceso de «subjetivación» del pensamiento jurídico y la idea de derecho subjetivo

Uno de los rasgos más significativos del proceso histórico de la evolución del derecho y del pensamiento jurídico, en general, quizá sea el de su progresiva «subjetivación»; sobre todo, a partir del Renacimiento. Dicho fenómeno no es más que un aspecto o dimensión de otro fenómeno más amplio de subjetivación y humanización de toda la vida social que ha dejado sentir sus efectos, fundamentalmente, en los ámbitos religioso, moral, político, jurídico y económico. Louis Lachance, glosando a Hauriou, ha resumido la significación y el alcance de dicho fenómeno en los siguientes términos: «En efecto, la tendencia que se manifestó universalmente desde el Renacimiento tomó la forma de una regresión de lo objetivo hacia lo subjetivo. Así, en el campo religioso, los datos objetivos sobre las realidades sobrenaturales se vieron suplantados por el principio subjetivo del “*libre examen*”; en el orden moral y jurídico, las nociones de fin y de bien común y el orden objetivo instituido con miras a su realización fueron sustituidas por la “*idea de deber*” y por la de “*acuerdo de la libertad de cada uno con la de todos*”; en el plano político, se dejó de mirar a las instituciones como el producto de leyes anteriores y superiores, en su fundamento, a las voluntades individuales



y se las consideró, por el contrario, como el resultado de un "contrato social", como el fruto de un acuerdo de las libertades individuales, y, por consiguiente, no se les pudo asignar más fines que la salvaguardia de las prerrogativas y de los derechos originales de los individuos; y en el campo económico, la idea de la satisfacción de las necesidades materiales se vio subordinada a la ley de la "libre concurrencia", cuando no quedó completamente eclipsada por ella»<sup>1</sup>.

Resultado de dicho proceso fue, en primer lugar, según Lachance —y por lo que aquí nos interesa—, la configuración de la libertad como un *prius*, como un valor absoluto, libre de toda traba y limitación<sup>2</sup>, y, en segundo lugar —por lo que se refiere más directamente al derecho—, el comienzo de la configuración del derecho como derecho subjetivo. En este sentido indica Lachance: «El vicio del liberalismo (...) consistió en el trastueque del orden de los valores. En lugar de considerar las manifestaciones de la libertad como materia que hay que regular (...) convirtió a la misma libertad en la última y suprema regla. Y, como consecuencia, despojó a la razón de su supremacía práctica; no vio que el acto humano, cuando escapa a su gobierno, carece de integridad. Estos dos errores provocaron un tercero, consistente en mirar al poder del hombre como la expresión de su derecho»<sup>3</sup>. Y añade Lachance, en otro lugar: con el liberalismo, «el deslizamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo llegó a ser general. Y, particularmente, el derecho empezó a confundirse con las prerrogativas de la persona, con el poder —que emana de su calidad de ser libre— de explotarlas y de ordenar su respeto. Y ese poder es a lo que se ha llamado derecho subjetivo»<sup>4</sup>.

Desde los supuestos y bajo la influencia decisiva del individualismo, del subjetivismo, del iusnaturalismo y del liberalismo, se configura y

<sup>1</sup> *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1959, p. 146. Cfr. las pp. 146 y ss. Hay trad. esp. de LUIS HORNO LIRIA: *El Derecho y los derechos del hombre*. Introducción de Antonio-Enrique Pérez Luño, Ed. Rialp, Madrid, 1979.

Sobre el citado fenómeno de la subjetivación del derecho y del pensamiento jurídico ha insistido, en diversas ocasiones, MICHEL VILLEY. Véanse, entre otras, sus siguientes obras: *La formación de la pensée juridique moderne*, Les Editions Montchrestien, París, 1969, en especial pp. 507 y ss.; *Philosophie du droit*, t. I, Ed. Dalloz, París, 1975, pp. 136 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. LOUIS LACHANCE: *op. cit.*, pp. 147 y 148. Sobre esta problemática, cfr. GEORGES RENARD: *Introducción filosófica al estudio del derecho*, vol. I, *El derecho, la justicia y la voluntad*, trad. esp. de Santiago Cunchillos Manterola, Ed. Desclee de Brouwer, Buenos Aires, 1947, pp. 185 y ss.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 148.



consolida, a partir del siglo XIX, la actual doctrina del derecho subjetivo, la cual, en su más estricta significación técnico-jurídica, puede caracterizarse como aquella situación en la que la ley «reconoce a los particulares un poder para la realización de sus intereses»<sup>5</sup>, o, de modo más específico, como «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»<sup>6</sup>.

## 2. *La significación problemática del derecho subjetivo y direcciones fundamentales de la crítica del mismo*

En virtud de los complejos supuestos (individualismo, subjetivismo, iusnaturalismo y liberalismo) en función de los cuales se gestó, desarrolló y consolidó la idea de derecho subjetivo, esta categoría no posee, solamente, una significación técnicojurídica, sino que tiene también un alcance ético, ideológico-político<sup>7</sup>, e incluso mítico<sup>8</sup>, que ha contribuido a hacer del derecho subjetivo uno de los conceptos más problemáticos del pensamiento jurídico<sup>9</sup>.

Como consecuencia de la carga polémica que posee la idea de derecho subjetivo, la historia del pensamiento jurídico viene conociendo, desde hace tiempo, una crítica de la figura del derecho subjetivo que, desuelta desde supuestos epistemológicos muy heterogéneos, que van desde el positivismo más radical a ciertas posiciones abiertamente iusnaturalistas, ha pretendido, bien su eliminación, sustituyéndola por otras categorías, bien la revisión de su significación originaria y su reducción a una mera categoría técnica, al servicio de la legislación y de la Ciencia jurídica, desprovista de toda significación y alcance ético-jurídico.

Entre las direcciones fundamentales en las que se ha desenvuelto la

<sup>5</sup> F. SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp. de A. LUNA SERRANO, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 68.

<sup>6</sup> FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 640.

<sup>7</sup> Cfr. MICHEL VIRALLY: *La pensée juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960, p. 62.

<sup>8</sup> Cfr. VITTORIO FROSINI: «Las transformaciones del derecho subjetivo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Madrid, 1967-68, p. 269.

<sup>9</sup> Una muestra sintomática de ello es que los «Archives de Philosophie du Droit» dedicasen, en 1964, su tomo IX al problema del derecho subjetivo, bajo el título: *Le droit subjectif en question*.



crítica del derecho subjetivo, con la significación y alcance ya aludidos, cabe destacar:

### A) *El positivismo normativista*

En la línea del positivismo normativista se sitúa la crítica realizada por Hans Kelsen. Sobre la huella de la crítica de August Thon a las doctrinas de Windscheid y Ihering —crítica que llevó a Thon a entender el derecho subjetivo como un mero reflejo de la norma, apropiado o puesto a disposición del individuo<sup>10</sup>—, Hans Kelsen entenderá que el derecho subjetivo, como categoría diferenciada de la norma jurídica, es un concepto cargado de adherencias y de significación iusnaturalistas, ideológicas (un concepto «metajurídico»), del que debe ser liberada la Ciencia jurídica en virtud del postulado de la pureza del método. Según Kelsen, el derecho subjetivo, en sentido técnico-jurídico, significa solamente que el ordenamiento jurídico se pone a disposición de un individuo —que hace una declaración de voluntad y que se supone que tiene un interés— contra el obligado<sup>11</sup>. Para Kelsen, «el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma jurídica en relación con un individuo designado por la misma norma»<sup>12</sup>. En el supuesto del derecho subjetivo, aclara Kelsen en otro lugar, «se trata también, como en el deber jurídico, de una norma jurídica que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo tenga un derecho subjetivo, es decir, que tenga determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. AUGUST THON: *Rechtsnorm und subjektives Rechts*, Weimar, 1878, p. 147.

Posiciones análogas a las de THON y KELSEN encontramos en JAMES GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, pp. 232 y ss.; E. BUCHER: *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 7. Cfr. KAR OLIVECRONA: *Law as fact*, 2.ª ed., Steven & Sons, London, 1971, pp. 148 y ss. y 158.

<sup>11</sup> Cfr. HANS KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, 1923, pp. 567 y ss., 618 y ss.; *Reine Rechtslehre*, 2.ª Aufl. reimpr. Verlag F. Deuticke, Wien, 1967, pp. 130 y ss. (hay trad. esp. de R. J. VERNENGO: *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979); *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. GARCÍA MAYNEZ, 3.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, pp. 87 y ss.

Sobre la significación de la posición de KELSEN a este respecto, cfr. LUIS LEGAZ-LACAMBRA: *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pp. 738, 739 y ss.

<sup>12</sup> *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 90.

<sup>13</sup> *Reine Rechtslehre*, cit., p. 140.



## B) *El positivismo sociológico*

Dentro de esta dirección del pensamiento jurídico cabe destacar las críticas desenvueltas por:

a) *León Duguit*. Duguit, desde los supuestos de su «metodología realista», atenta al dato sensible y a la verificación empírica de cuantas consecuencias se deduzcan del mismo, desterrando todo prejuicio y todo concepto «a priori» al ámbito de la fe y de la metafísica, somete a una rigurosa crítica la concepción subjetivista, individualista, del derecho y de la sociedad. Duguit entiende que el hombre aislado no ha existido jamás; que el hombre siempre ha vivido —y no puede dejar de hacerlo— en sociedad, donde, merced al intercambio de servicios, puede satisfacer sus necesidades (solidaridad social)<sup>14</sup>.

Desde estos supuestos Duguit critica la idea de que existan unos derechos inalienables y originarios de los que el individuo es titular cuando entra a formar parte de la sociedad, reputando dicha idea residuo del pensamiento metafísico (iusnaturalismo individualista), e igualmente critica y rechaza, como categoría metafísica también, y consecuencia de la anterior noción, la idea de derecho subjetivo, la cual «atribuye a la voluntad individual un poder no explicado, es decir, metafísico»<sup>15</sup>. La noción metafísica de derecho subjetivo subsiste en el pensamiento jurídico, según Duguit, a causa de la necesidad que siente el hombre de explicar lo visible mediante lo invisible<sup>16</sup>. Duguit entiende que no existe más derecho que el derecho objetivo, y que es «condición indispensable para establecer una teoría verdaderamente realista del derecho y del Estado, y dar soluciones que puedan calificarse de científicas», desembarazar el pensamiento jurídico-político de toda adherencia de significación «subjetivista», «metafísica»<sup>17</sup>, tal como la idea de derecho subjetivo. El derecho subjetivo, afirma Duguit, es «una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y

<sup>14</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, 3.ª ed., París, 1927, pp. 27 y ss., 208 y ss.; *Las transformaciones del derecho privado*, trad. esp. de CARLOS G. POSADA, en el vol. *Las transformaciones del derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, pp. 177 y 178, 180 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. LEÓN DUGUIT: *Traité...*, cit., pp. 15 y ss. y 144.

<sup>16</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 18, 19, 246, 247, 258, 272 y 297.

<sup>17</sup> Cfr. *ibid.*, p. 19.



positivismo como la nuestra»<sup>18</sup>, y que debe ser eliminada<sup>19</sup> y sustituida por la noción más realista de «función social»<sup>20</sup>.

Por esta vía quedaría abierto el camino para la penetración de las corrientes totalitarias que han insistido en la negación de la idea de derecho subjetivo<sup>21</sup>.

b) *El realismo jurídico americano*. Este movimiento, sobre la huella de Bentham, afronta la tarea de liberar el lenguaje jurídico de nociones metafísicas, inverificables, redefiniendo los conceptos jurídicos en función de los hechos, con el fin de dotar de una base empírica a la Ciencia del Derecho.

Así, partiendo del supuesto de que el derecho, la realidad jurídica, consiste en las decisiones de los tribunales, los autores que siguen esta dirección metodológica tratan de reinterpretar y redefinir los conceptos jurídicos fundamentales —entre ellos el de derecho subjetivo— en función de la conducta de los tribunales. Holmes pudo indicar en este sentido: «... los derechos y deberes primarios de que se ocupa la ciencia jurídica (...) no son más que profecías (...) lo que llamamos un deber jurídico no es más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas, sufrirá tales o cuáles consecuencias, debido a la sentencia de un tribunal, y lo mismo ocurre con los derechos legales»<sup>22</sup>.

En análogo sentido se pronuncia A. L. Corbin<sup>23</sup>.

Por su parte, Karl Llewellyn —partiendo de la tesis de que el derecho consiste, más que en el conjunto de normas que se declaran vigentes, en el cuerpo de decisiones que adoptan los jueces y los funcionarios de la administración, en el ejercicio de sus funciones<sup>24</sup>— sostiene que los conceptos de derecho subjetivo y de norma —que no son sino las dos caras de una misma moneda— al adquirir la «engañosa apariencia de sustancia»<sup>25</sup>, constituyen auténticos obstáculos para la visión y comprensión de lo que el derecho es en realidad. «El derecho —dice— es,

<sup>18</sup> *Las transformaciones...*, cit., p. 175. Cfr. pp. 174 y ss., 177 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. *Traité...*, cit., pp. 17 y ss., 208 y ss.; 213 y ss., 224 y ss.

<sup>20</sup> *Las transformaciones...*, cit., pp. 178 y ss., 180 y ss. Sobre la posición de DUGUIT, cfr. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *op. cit.*, pp. 725 y ss., y 739.

<sup>21</sup> Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, p. 636.

<sup>22</sup> *Collected Legal papers*, London, 1920, pp. 168 y ss.

<sup>23</sup> «Legal analysis and terminology», en *Yale Law Journal*, 29, 1919, pp. 163 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. LUIS RECASENS SICHES: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, t. II, Ed. Porrúa, México, 1963, pp. 623 y 624; EDGAR BODENHEIMER: *Teoría del derecho*, 3.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 355.

<sup>25</sup> *A Realistic Jurisprudence: The Next Step* (1930), en «Jurisprudence». *Realism in theory and practice*, Chicago, 1962, pp. 10 y ss.

en mi opinión, lo que esos funcionarios (los jueces) hacen en relación con los pleitos»<sup>26</sup>.

Dicha actitud de Llewellyn, al identificar el derecho con el comportamiento efectivo de los tribunales de justicia, implica una crítica de la noción de derecho subjetivo, la cual, junto con la categoría de norma jurídica, constituyen un impedimento que dificulta la visión de lo que el derecho es en realidad.

c) *El realismo jurídico escandinavo*. Desde una actitud radicalmente antimetafísica, que nutre sus raíces en los supuestos metódicos del positivismo lógico, los autores que se alinean en esta dirección emprenden la tarea de depurar el pensamiento científico de conceptos metafísicos, los cuales son considerados como meros hechos psicológicos.

Desde estos supuestos Axel Hägerström, ante la imposibilidad de identificar la idea de derecho subjetivo con algún hecho empírico, concluyó que se trataba de un concepto irreal: «se trata —dice— de ideas que no tienen nada que ver con la realidad»<sup>27</sup>, explicando su génesis en función del fenómeno psicológico de «la sensación de poder y fuerza que asociamos con la convicción de poseer un derecho»<sup>28</sup>.

En la misma línea de pensamiento Wilhelm Lundstedt insistió en la idea de que los derechos subjetivos, como los deberes jurídicos, no eran más que quimeras, entidades imaginarias, que deben ser eliminadas del lenguaje de la ciencia jurídica —aunque será difícil que puedan serlo de la práctica jurídica ordinaria— y cuya existencia, como tales quimeras, sólo puede explicarse en función de la presión psicológica que el funcionamiento de la maquinaria jurídica, como fuerza organizada, ejerce sobre nosotros. «La quimera con la que hemos de luchar sobre todo —dice Lundstedt—, consiste en la interposición de esta entidad imaginaria, el derecho subjetivo, entre los hechos y sus posibles consecuencias jurídicas. Pues nadie ha sido capaz —añade— de proporcionar el menor fundamento para probar la existencia de esa entidad»<sup>29</sup>.

Continuando esta misma línea de pensamiento, Karl Olivecrona y Alf Ross van a insistir y profundizar en la crítica de la noción de derecho

<sup>26</sup> *The Bramble Bush*, 1930, p. 3. Cfr. EDGAR BODENHEIMER: *op. cit.*, p. 356; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Ley y derecho. Interpretación e integración de la ley*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 58 y 59; KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, pp. 171 y ss.

<sup>27</sup> *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, 1953, p. 4.

<sup>28</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, p. 175. Cfr. pp. 174 y ss. Sobre HÄGERSTRÖM, cfr. ENRICO PATTARO: *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, Bologna, 1974.

<sup>29</sup> *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I, Berlín, 1932, p. 268. Cfr. la p. 74; *Legal Thinking Revised*, Estocolmo, 1956, p. 17.



subjetivo, iniciada por Hägerström y proseguida por Lundsted. De la significación y alcance de la crítica de Olivecrona y de Ross, que constituyen el núcleo central de este trabajo, nos ocuparemos, con detalle, más adelante<sup>30</sup>.

### C) *El neohegelismo y el nacionalsocialismo*

Desde una posición neohegeliana, Julius Binder sostuvo que los derechos subjetivos son únicamente representaciones mentales (*Gedankendinge*) carentes de realidad objetiva, y que cuando hablamos de creación, alteración y extinción de derechos utilizamos un lenguaje alegórico, inadecuado, que no debe tomarse en serio<sup>31</sup>.

Desde los supuestos filosóficos y políticos del neohegelismo y del nacionalsocialismo, Karl Larenz y los juristas de la «Escuela de Kiel», desarrollaron una crítica del derecho subjetivo, pretendiendo sustituir dicha idea por la de «situación jurídica».

Como concepciones fundamentales de la doctrina nacionalsocialista cabe destacar las siguientes:

— La existencia de una *Comunidad del pueblo (Volksgemeinschaft)*; esto es, del pueblo integrado en una comunidad fundada en la sangre y en la raza, lo cual constituye el concepto central de esta doctrina<sup>32</sup>.

— El Derecho es una emanación del pueblo, constituyendo el ordenamiento vital del pueblo integrado en comunidad<sup>33</sup>.

— La existencia de un *Führer* (conductor) que ejerce la *Führung* (conducción o guía del pueblo)<sup>34</sup>, con la ayuda del Partido y del Estado. Al *Führer* corresponde la interpretación y la enunciación del derecho emanado del pueblo<sup>35</sup>.

— El Partido y el Estado —que pierde su condición de persona jurí-

<sup>30</sup> Sobre el realismo escandinavo, cfr. KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, pp. 174 y ss.; SILVANA CASTIGNONE: *La macchina del diritto* (El realismo jurídico in Svezia), Ed. di Comunità, Milano, 1974.

<sup>31</sup> Cfr. JULIUS BINDER: «Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, t. VI, 1912-13, p. 290, *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925, p. 904. Cfr. KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, p. 170.

<sup>32</sup> Cfr. ROGER BONNARD: *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. esp. de JOSÉ M.<sup>o</sup> PI SUÑER, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, pp. 28, 33 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 26, 28, 29, 67, 74, 77, 125, 126, 127, 209 y 242.

<sup>34</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 28, 29, 81 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 28, 29, 76, 85, 86, 87, 171 y 209.

dica, así como el atributo de la soberanía— constituyen meros instrumentos en manos del Führer para el ejercicio de la Führung<sup>36</sup>.

Desde esos supuestos doctrinales el pensamiento jurídico de inspiración nacionalsocialista repudia el positivismo jurídico vigente y se propone, en nombre de una concepción nueva del Derecho y del Estado, la revisión de los métodos y de los conceptos fundamentales del pensamiento jurídico (de la Ciencia y de la Filosofía del derecho) depurándolos de todos los elementos de significación individualista<sup>37</sup>.

Una consecuencia de esa revisión conceptual es la negación del concepto de derecho subjetivo y su sustitución por la idea de *situación jurídica*. El punto de partida de esa sustitución es el constituido por la idea de que la *Volksgemeinschaft* no implica ya una relación entre los individuos y el Estado, frente al cual aquellos sean titulares de unos derechos públicos subjetivos. En la *Volksgemeinschaft* los individuos, en cuanto tales, nada significan, ni representan. Sólo significan algo en cuanto miembros de la comunidad, y, en cuanto tales, no pueden pretender poseer derechos subjetivos —esto es, poderes frente a la comunidad para la satisfacción de sus intereses individuales—, sino sólo la «situación jurídica» de miembros de la comunidad, la cual comporta una serie de deberes y funciones que se orientan a la satisfacción de los intereses de la comunidad misma<sup>38</sup>.

Desde los mencionados supuestos *Karl Larenz* pudo negar la idea de derecho subjetivo, afirmando: «El derecho subjetivo, en el sentido de poder abstracto de la voluntad del particular, ha perdido su significación como concepto central del Derecho y como concepto fundamental del Derecho privado. En su lugar, nosotros procedemos desde la situación jurídica del asociado (*Rechtsstellung des Volksgenossen*) como su posición en el derecho, esto es, en el ordenamiento de la vida (ordenamiento vital) de la comunidad»<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 29 y ss., 139 y ss., 171 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 15, 16, 19, 20, 21, 26 y 27. Sobre este punto véase *KARL LARENZ: La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. GALÁN Y GUTIÉRREZ y A. TRUYOL Y SERRA, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 177 y ss., 183 y ss., 195 y ss., 203 y ss., 215 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. *ROGER BONNARD: op. cit.*, pp. 30, 67 y ss., 220 y ss. y 242.

<sup>39</sup> *Rechtsperson und subjektives Recht*, en el vol. col. «Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft», Berlín, 1935, p. 258. Sobre la posición de *LARENZ* al respecto, cfr. *LUIS LEGAZ LACAMBRA: op. cit.*, pp. 726 y ss., 739 y ss.

Sobre este problema véanse los trabajos publicados por diversos juristas en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, cit., y en *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, Hamburg, 1936, y el artículo de *W. SCHÖNFELD: «Der Kampf wider das subjektives Rechts»*, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsch Recht*, 1937, pp. 107 y ss.

En una fase posterior de su pensamiento Karl Larenz ha admitido la idea de derecho subjetivo como elemento de la relación jurídica y categoría fundamental del pensamiento jurídico<sup>40</sup>.

#### D) *El iusnaturalismo neotomista*

Especial mención merece la crítica del derecho subjetivo que, desde los supuestos de iusnaturalismo tradicional, aristotélico-tomista, han desenvuelto *Louis Lachance* y *Michel Villey*.

a) Los puntos fundamentales de la argumentación de *Louis Lachance*, fiel al pensamiento tomista, pueden resumirse así:

— El derecho, como la justicia, «de la cual es el alma», no es algo que pueda confundirse «con el *bien propio*, sino más bien con el *bien de otro*, con el de la comunidad y con el de sus miembros»<sup>41</sup>. La justicia, recuerda Lachance, «tiene como función propia la de rectificar nuestras relaciones con nuestros semejantes; nos inclina e incita a respetar no nuestro bien propio, sino el ajeno. Y otro tanto, si no más, hay que decir del derecho, dado que de él es de quien toma ella prestado ese carácter específico, ese rasgo distintivo»<sup>42</sup>.

— El derecho es determinado por las prescripciones de la ley. La ley «determina lo que es debido objetivamente y conforme a una igualdad proporcional a la comunidad y a cada uno de sus miembros. Y esta deuda proporcional —dice— es, efectivamente, el derecho»<sup>43</sup>.

— Entiende Lachance que el derecho, así concebido, es inviolable, implicando necesariamente obligación por parte del deudor y, como contrapartida de su inviolabilidad, su exigibilidad por parte de su beneficiario, a quien corresponden «unas prerrogativas inalienables»<sup>44</sup>.

— Ahora bien, entiende Lachance, glosando a Santo Tomás, que la existencia de esas prerrogativas o facultades no puede llevar a concebir el derecho «como un poder de la persona sobre su bien propio». A la persona le son debidos servicios, atenciones y solicitudes, los cuales le corresponden, dice: «no porque tenga el poder de reclamarlos», sino

---

<sup>40</sup> Cfr. KARL LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3 Aufl. C. H. Beck'sche, München, 1975, trad. esp. de M. IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA: *Derecho civil* (Parte General), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 254 y ss., 274 y ss. Cfr. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *op. cit.*, pp. 739 y ss.

<sup>41</sup> LOUIS LACHANCE: *op. cit.*, p. 164. Cfr. pp. 164 y ss.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 167.



«porque la ley, natural o positivista, le reconoce un *estatuto jurídico* y porque ella intima a la sociedad a que se lo respete»<sup>45</sup>. Por esta razón piensa Lachance —y su conclusión implica un rechazo de la idea de derecho subjetivo— que «querer pensar y definir el derecho en términos de poder moral, en términos de poder relativo al bien propio de los individuos, es proceder al revés, trastocar el orden natural de las cosas»<sup>46</sup>.

b) De modo análogo *Michel Villey* llega a la conclusión de que la categoría de derecho subjetivo constituye un cuerpo extraño, incompatible incluso, con el sistema de principios de la Filosofía jurídica de raíz aristotélico-tomista, que perturba nuestro pensamiento jurídico. Esa incompatibilidad y perturbación aludidas obedecen, según Villey, tanto a los supuestos filosóficos, a partir de los cuales se gestó y elaboró la teoría del derecho subjetivo, como a los resultados que de todo ello se han derivado en el ámbito del pensamiento jurídico.

El punto de partida de las reflexiones de Villey es el de la existencia de dos modos de entender el derecho. Esos dos modos son:

— El *dikaion* o *ius* (lo justo), que aparece referido a la medida de una justa distribución de las cosas exteriores, repartidas entre los ciudadanos de un grupo social, de una ciudad. El *dikaion* o *ius* consiste «en lo que es justo, en la relación justa entre los hombres o las cosas, que deriva de la idea de justicia»<sup>47</sup>.

— *La Torah* (la ley) judeo-cristiana, que consiste en reglas de conducta dirigidas a los individuos («amarás a Dios y a tu prójimo, no robarás, no cometerás adulterio...») acompañadas, en caso de necesidad, de una sanción («lapidarás a la mujer adúltera...»). La *Torah* —que a diferencia del *dikaion* no se expresa en indicativo, sino en imperativo— lleva, así, a una idea del derecho concebido como un código moral consistente en un conjunto de prescripciones, de prohibiciones y, a menudo, de permisiones que aseguran el funcionamiento de la vida social<sup>48</sup>.

El pensamiento tradicional, nos dice Villey, entiende el derecho del primer modo, esto es, como *dikaion* o *ius*, significando, en consecuencia, el término *ius*, no un poder o facultad sobre lo que le es debido a uno,

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 165. Sobre el pensamiento de LACHANCE, cfr. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, octubre-diciembre, 1981, en especial las pp. 244 y ss.

<sup>47</sup> «Introduction a l'Histoire de la Philosophie du droit», en el vol. *Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París, 1962, p. 28. Cfr. las pp. 30 y ss. *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 42; *Philosophie du droit*, cit., pp. 64 y ss., 69 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *Philosophie du droit*, cit., pp. 109 y ss.



sino el resultado de la distribución y atribución de cosas hechas desde la perspectiva de la regla objetiva del derecho, natural o positivo. La concepción griega del Derecho natural sostenía la existencia de un orden, de una armonía justa y universal que atribuía a cada persona y a cada cosa el lugar que le correspondía en la economía toda del universo. Esta concepción griega inspiró a los juristas romanos para quienes el *ius* es el «*status*» (que implica ventajas y cargas) que según la justicia corresponde, dentro del orden general, a cada persona o a cada cosa <sup>49</sup>.

Para Villey la idea de derecho subjetivo surge como resultado de un complejo proceso en virtud del cual el *ius*, el derecho, progresivamente, deja de ser entendido como lo que es justo (*dikaion*, *ius*) para identificarlo con la ley (*Torah*) <sup>50</sup>. Entre los factores que impulsaron ese proceso cabe señalar, según Villey:

— La deformación semántica que en el término *ius* experimenta en el lenguaje vulgar de Roma, en donde el no jurista, más preocupado de sus intereses egoístas que de la justicia, entiende el *ius*, no como la parte que a él le corresponde según un orden de justicia, sino como poder o facultad para disponer de lo suyo en su propio interés <sup>51</sup>.

— El primitivo Cristianismo que, de un lado, subrayó el valor de la persona y de su libertad, actuando así como coadyuvante del individualismo, y, de otro lado, entendió que la fuente primera del derecho no podía estar en la naturaleza —la naturaleza es un ídolo; la naturaleza humana está corrompida por el pecado original— sino en las Escrituras, en la Ley (*Torah*) <sup>52</sup>.

— Diferentes fenómenos del mundo medieval de distinta naturaleza, significación y alcance (invasiones de los bárbaros y sus múltiples consecuencias jurídico-políticas; el nacimiento de un orden sociopolítico nuevo que tiene su origen y su centro de gravedad en la libertad, y que se articula sobre la base del pacto: convenios, cartas, contratos, etc. <sup>53</sup>),

<sup>49</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: «Les origines de la notion de droit subjectif», en *Leçons...*, cit., pp. 230 y ss., y 234; *La formation de la pensée...*, cit., pp. 230 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *La formation de la pensée...*, cit., pp. 169 y ss., 540 y ss., 548 y ss.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 237 y ss.; «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Seize essais de Philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Ed. Dalloz, 1969, pp. 155 y ss.

<sup>52</sup> *Introduction a l'Histoire de...*, cit., pp. 37 y ss., y 141; *La formation de la pensée...*, cit., pp. 123 y ss., 264 y ss.

<sup>53</sup> *La formation de la pensée...*, cit., pp. 238 y ss.; *Les origines de la notion...*, cit., pp. 238 y ss.; *La genèse du droit subjectif*, cit., pp. 156 y ss.

entre los que destaca la penetración —a fines del siglo XIII y principios del XIV— del voluntarismo y del subjetivismo en la teoría jurídica, a través de la teología de los franciscanos formados en Oxford. Para Duns Scott y Guillermo de Occam el derecho ya no se configura como la relación justa entre los hombres y las cosas, sino que es entendido, ante todo, como libertad y poder<sup>54</sup>. Indica Villey que la escolástica franciscana de Duns Scott y Guillermo de Occam, con su radical voluntarismo teológico, constituyen la más clara expresión de la disolución del *ius* en la *Torah* (ley) —puesto que para ellos lo justo es lo establecido en la ley, y la ley es una emanación de la voluntad divina— y, al mismo tiempo, el punto de partida del sistema jurídico moderno, uno de cuyos conceptos clave será, precisamente, el de derecho subjetivo<sup>55</sup>.

El *nominalismo*, el *voluntarismo* y el *subjetivismo* constituyen, nos dice Villey, los supuestos filosóficos que van a permitir, a Guillermo de Occam, la primera formulación clara y completa de la idea de derecho subjetivo<sup>56</sup>.

A raíz de la disputa de los franciscanos con el Papa Juan XXII acerca de la «propiedad» de los bienes de cuyo «uso» disfrutaba la orden, tercia en la misma, a favor de los franciscanos, Guillermo de Occam, quien utiliza el término *ius*, no en el sentido riguroso y técnico con que aparecía en las fuentes romanas, sino en el sentido con que el lenguaje vulgar había empezado a utilizarlo con anterioridad. De acuerdo con los supuestos nominalistas de su pensamiento, Occam piensa que las palabras no son más que signos cuyo sentido es relativo y varía con el uso que de los mismos se hace. Y de modo coherente con dichos supuestos utiliza el término *ius*, no con su significación tradicional, para designar «el bien que nos corresponde según justicia» (*id quod iustum est*), sino con una significación diferente referida «al poder que se tiene sobre un bien». De este modo, y frente a las pretensiones de Juan XXII, Guillermo de Occam defendió —alterando el significado que el término *ius* tenía en las fuentes romanas— que los franciscanos tendrían el *ius poli* (esto es, el poder natural de usar y disfrutar de las cosas), pero no el *ius fori* (el poder de recurrir a la sanción establecida por el Estado; esto es: «*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*»), ya

<sup>54</sup> Cfr. ROLAND MASPÉTIOL: «Ambiguïté du droit subjectif: métaphisique, technique juridique ou sociologie», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, cit., págs. 72 y 73.

<sup>55</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *La formation de la pensée...*, cit., pp. 265 y ss., 541 y ss. «Essor et décadence du volontarisme juridique», en *Leçons...*, cit., pp. 273 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. *La genèse du droit subjectif...*, cit., pp. 169 y ss.



que lo que desaconseja el Evangelio, arguye Occam, es el uso del poder para defender en juicio un interés, en lo cual consiste el derecho, y no el simple uso de las cosas. Aquello a lo que los franciscanos renuncian es a la *potestas vindicandi* —que constituyen el contenido esencial del derecho subjetivo— ante el soberano temporal, que junto con el poder legislativo (*potestas condendi leges et jura humana*), ejerce la «*jurisdiction*»<sup>57</sup>.

Desde estos supuestos el *ius* adquiere una significación subjetiva que hace referencia a una cualidad del sujeto: a una facultad, libertad o poder de actuar que posee el sujeto (derecho subjetivo). Se operó así, en el pensamiento jurídico, un viraje desde el objetivismo hacia el subjetivismo jurídico que elevó la noción de «*potestas*» a la dignidad de «*ius*»<sup>58</sup>.

Sobre esta base, indica Villey, y en conexión con el fenómeno de la creciente consagración de la ley como fuente fundamental del derecho, se fue perfilando, con rasgos cada vez más nítidos, la idea de derecho subjetivo, gracias a las aportaciones de una serie de autores (J. Gerson, Jurisprudencia humanística, Escolástica española, Gassendi, Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Wolff...<sup>59</sup>) que llevaron a cabo una renovación del pensamiento jurídico. Dicha renovación culminó con el triunfo del individualismo y del voluntarismo jurídicos<sup>60</sup>, y la aparición de un nuevo sistema de derecho de significación individualista, cuyos principios fundamentales, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado, resultaban irreconciliables con los principios cardinales de la Filosofía y de la Ciencia jurídicas tradicionales<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 164 a 169.

<sup>58</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 144 a 147, 156 y ss., 169 a 178; «Le Droit de l'individu chez Hobbes», en *Seize essais...*, cit., pp. 184 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *La formation de la pensée...*, cit., en especial pp. 509 a 519, 520 a 525, 530 a 535, 537, 538, 545 a 548, 580 y ss., 590 y ss.; *Les origines de la notion...*, cit., pp. 221 y ss., 240 y ss., 244 y ss.; *Essor et décadence...*, cit., pp. 273 y ss.; *Le droit de l'individu...*, cit., pp. 179 y ss.

Sobre la significación del iusnaturalismo individualista en la génesis y configuración del derecho subjetivo, y la función de éste como piedra angular de todo el sistema jurídico político, véase —desde una perspectiva rigurosamente positivista— KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, pp. 142 y ss., 182, 275 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *Essor et décadence...*, cit., pp. 273 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. MICHEL VILLEY: *Les origines de la notion...*, cit., pp. 249 y ss.; *Essor et décadence...*, cit., pp. 275 y ss. Un bosquejo de las modernas críticas de la doctrina del derecho subjetivo puede verse en las siguientes obras: LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *op. cit.*, pp. 725 y ss., 738, 739 y ss.; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, pp. 635 y ss.; KARL OLIVECRONA: *op. cit.*, en especial pp. 146 y ss.; JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA: *op. cit.*, pp. 52 y ss.

Esbozadas en las líneas que preceden las direcciones críticas fundamentales de la idea de derecho subjetivo, pasamos ahora al estudio de esa problemática en las obras de Karl Olivecrona y de Alf Ross.

## II. SUPUESTOS METÓDICOS DE LA REVISIÓN CRÍTICA DEL REALISMO NÓRDICO: EL POSITIVISMO LÓGICO COMO PUNTO DE PARTIDA

### 1. *El positivismo lógico*

#### A) *Orígenes, significación y tareas*

Al positivismo lógico subyace un radical empirismo epistemológico que sostiene que todos los conocimientos acerca de la realidad proceden de la percepción sensible y de la introspección, posición esta que desemboca en una decidida actitud antimetafísica. El neopositivismo está animado de un espíritu receloso, atento fundamentalmente al rigor y a la claridad de la ciencia, actitud que manifiesta especialmente en su preocupación por el análisis y la depuración del lenguaje; tareas que eleva a objeto fundamental del quehacer científico y filosófico. Significativas de esta posición son las palabras de Wittgenstein: «Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo»<sup>62</sup>.

Ante todo debemos advertir que utilizamos la expresión «Positivismo lógico» en un sentido amplio, englobando bajo ella a una pluralidad de corrientes de pensamiento que comparten los mismos supuestos metodológicos. En un sentido más estricto habría que distinguir entre *Filosofía analítica* y *Positivismo lógico*.

#### a) *La Filosofía analítica*

La Filosofía analítica surge como una reacción frente al idealismo o neohegelianismo británico, representando fundamentalmente por Bradley<sup>63</sup>.

El idealismo había aparecido en Inglaterra —en un momento en que el idealismo estaba decayendo en Alemania— como reacción ante el can-

<sup>62</sup> *Tractatus lógico-philosophicus*, ed bilingüe, trad. esp. de ENRIQUE TIerno GALVÁN, Alianza Ed., Madrid, 1973, p. 163, núms. 5-6.

<sup>63</sup> *The principles of logic*, 1833; *Appearance and reality*, 1893; *Ethical Studies*, 1876. Cfr. MODESTO SANTOS CAMACHO: *Ética y filosofía analítica* (Estudio histórico-crítico), Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, pp. 27, 34 y ss.



sancio producido por tantos años de positivismo y con el fin de contrarrestar el avance del materialismo<sup>64</sup>, pudiéndose caracterizar dicho idealismo, según Warnock, por los siguientes rasgos:

- «1. Es ambiciosamente metafísico.
2. Se enfrenta con la realidad como un todo.
3. Busca la realidad en su naturaleza última.
4. Afirma del saber filosófico una diferencia *cualitativa*, no meramente *cuantitativa*, con respecto al saber científico que es un saber *fragmentario, provisional e insatisfactorio*»<sup>65</sup>.

Como indicábamos la filosofía analítica surge, a principios de siglo, como una fuerte reacción frente al idealismo. Los iniciadores de lo que se conocerá como primera filosofía analítica fueron G. E. Moore<sup>66</sup>, B. Russell<sup>67</sup> y L. Wittgenstein<sup>68</sup>.

Sobre la significación e impacto de esta primera filosofía analítica —en relación con ello se ha hablado de una *revolution in Philosophy*<sup>69</sup>— cabe advertir que ella significó, según G. J. Warnock<sup>70</sup>:

Primero: la restauración y la continuación, en cierto modo, del pensamiento tradicional inglés.

Segundo: la no oposición radical a la metafísica. Santos Camacho subraya al respecto: «no es una revolución en sentido estricto, no renuncia a todo tipo de metafísica, y su carácter empirista no es simplemente una vuelta al pasado (al empirismo de Locke o de Hume); se trata de un empirismo que engloba en su seno la crítica que al viejo empirismo venía haciendo el pensamiento idealista desde los tiempos de Kant»<sup>71</sup>.

Tercero: la atención al tema del lenguaje que constituye, según Warnock, «la diferencia más evidente, de entrada, entre la obra de éstos y la de sus predecesores»<sup>72</sup>. A este respecto hay que advertir que «si la

<sup>64</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 28, 29 y 89.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 34. Cfr. p. 33.

<sup>66</sup> *Principia ethica*, 1903.

<sup>67</sup> *The principles of mathematics*, 1903; *Principia mathematica* (1903-1910), en colaboración con WHITEHEAD.

<sup>68</sup> *Tractatus lógico-philosophicus*, cit. Cfr. MODESTO SANTOS CAMACHO: *op. cit.*, pp. 90 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. G. RYLE: *The revolution in Philosophie*, London, 1956; G. C. KERNER: *The revolution in Ethical Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1966.

<sup>70</sup> *English Philosophy since 1900*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1969.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, p. 96.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 112. Cit. por MODESTO SANTOS CAMACHO: *op. cit.*, p. 96.

filosofía que va de Moore al primer Wittgenstein se va a preocupar por la noción de *significado* (*meaning*), la que surge del último Wittgenstein y la que en él se inspira tratará de abandonar esta noción, sustituyéndola por la de *uso* (*use*)»<sup>73</sup>.

El análisis del lenguaje común se desarrolló sobre todo en el seno de la Escuela de Oxford cuyos representantes más destacados son G. Ryle y J. L. Austin<sup>74</sup>.

b) *El positivismo lógico del «Círculo de Viena»*

Constituye un movimiento filosófico-cientifista, surgido entre las dos guerras mundiales, cuya finalidad es la construcción de una filosofía clara y rigurosa que pudiera contribuir al progreso del conocimiento científico<sup>75</sup>, haciendo del análisis lógico de todos los conceptos y proposiciones el método más adecuado para el logro de sus objetivos. Estos son fundamentalmente dos:

Primero: «proporcionar un fundamento seguro a las ciencias».

Segundo: «demostrar que toda metafísica carece de sentido»<sup>76</sup>.

Este movimiento, que cuenta como precursor más próximo a Ernst Mach, se articuló en torno al denominado «Círculo de Viena», cuyos representantes principales serían Moritz Schlick (su fundador), Philipp Frank y Rudolf Carnap<sup>77</sup>, sufriendo influencias de Russell y Wittgenstein<sup>78</sup>.

Los postulados más importantes del positivismo lógico son:

Primero: «Que las proposiciones de contenido existencial se refieren exclusivamente a la experiencia»<sup>79</sup>. «Schlick y sus seguidores —explica Mathieu— vieron en esta intuición la solución de todas las dificultades

<sup>73</sup> MODESTO SANTOS CAMACHO: *op. cit.*, p. 98. Cfr. las pp. 93 a 98.

<sup>74</sup> Cfr. JERROLD J. KATZ: *Filosofía del lenguaje*, trad. esp. de MARCIAL SUÁREZ, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1971, pp. 74 y ss.; VITTORIO MATHIEU: *Temas y problemas de la filosofía actual*, trad. esp. de J. CAMPILLO, Ed. Rialp, Madrid, 1980, páginas 230 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. ELÍAS DÍAZ: *Sociología y Filosofía del derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1971, p. 318.

<sup>76</sup> Cfr. JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *Examen del positivismo lógico*, trad. esp. de JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ DE CASTILLEJO, Ed. Aguilar, Madrid, 1959, pp. 17 y 18.

<sup>77</sup> Cfr. VITTORIO MATHIEU: *op. cit.*, pp. 202 y ss. Sobre los precedentes remotos, cfr. JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *op. cit.*, pp. 19 y ss., y 27.

<sup>78</sup> Cfr. JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *op. cit.*, pp. 42 y ss., y 46 y ss.; VITTORIO MATHIEU: *op. cit.*, pp. 203 y ss.

<sup>79</sup> JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *op. cit.*, p. 18.

y se dieron a la tarea de elaborarla técnicamente. El hecho empírico, que constituye el *significado* del discurso, viene dado inmediatamente por la experiencia sensible (y por esto se habla de «positivismo» lógico o de empirismo), y la *verdad* de cualquier proposición no es otra cosa que esta su referencia a los hechos empíricos»<sup>80</sup>.

Segundo: «que esta referencia empírica puede mostrarse de manera concluyente por medio del análisis lógico»<sup>81</sup>.

Desde estos supuestos, explica J. R. Weinberg, el trabajo de los positivistas lógicos «se divide entonces de modo natural en dos partes: los fundamentos de un método científico libre de metafísica, y la eliminación de seudoconceptos introducidos por la metafísica en la ciencia y la filosofía»<sup>82</sup>.

Hechas estas puntualizaciones hay que advertir que la *Filosofía analítica* y el *Positivismo lógico* constituyen dos corrientes de pensamiento muy próximas, que en algún momento se entrecruzan, y cuyo rasgo diferencial fundamental residiría en que el *Positivismo lógico* considera tarea de la filosofía el análisis del lenguaje científico, propendiendo a reforzar las posiciones lógicas favorables a los sistemas formalizados (lenguajes «construidos» o lenguajes «artificiales»), mientras que la *Filosofía analítica* (que a su vez englobaría dentro de sí a diferentes direcciones de pensamiento) entiende que la función de la filosofía debe consistir en el análisis del lenguaje común, en su aspecto coloquial y ordinario<sup>83</sup>.

El neopositivismo o positivismo lógico —utilizando la expresión en un sentido amplio, como ya hemos advertido— que nutre sus raíces más profundas en el positivismo clásico de Comte y Mill, o incluso en el empirismo inglés del siglo XVIII, surge como producto de la mediación por parte del empiriocriticismo de la escuela de Avenarius y Mach, de la lógica de Russell, de los trabajos de Wittgenstein, y de las doctrinas científicas de Einstein y Heisenberg<sup>84</sup>, con la finalidad de eliminar del

<sup>80</sup> *Op. cit.*, pp. 204 y 205.

<sup>81</sup> JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *op. cit.*, p. 18.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

<sup>83</sup> Cfr. VITTORIO MATHIEU: *op. cit.*, p. 231; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *op. cit.*, páginas 243 y 244; ENRICO PATTARO: *Filosofía del derecho. Derecho y Ciencia jurídica*, trad. esp. de JOSÉ ITURMENDI MORALES, Ed. Reus, Madrid, 1980, p. 58; JOSÉ FERRATER MORA: *La filosofía actual*, 3.ª ed., Alianza Ed., Madrid, 1973, pp. 88 a 93.

<sup>84</sup> Cfr. LESZED KOLAKOWSKI: *La filosofía positivista*, trad. esp. de G. RUIZ-RAMÓN, Ed. Cátedra, Madrid, 1966, en especial pp. 44 y ss.; 64 y ss., 99 y ss., 131 y ss., 145 y ss., 208 y ss. A. J. AYER: *Introducción* al vol. *El positivismo lógico*, trad. esp. de L. ALDAMA, V. FRISCH, C. N. MOLINA, F. M. TORNER y R. RUIZ HARREL, Ed. Fondo

lenguaje todos los residuos metafísicos, ideológicos o emocionales, continua fuente de equívocos y de errores, que frustran la exactitud e impersonalidad del discurso científico. Para el neopositivismo el único lenguaje con sentido es el de la física. La física —integrada por un repertorio de proposiciones basadas en la experiencia y ordenadas lógicamente— constituye el modelo insuperable de las ciencias, pretendiendo el neopositivismo unificar todas las ciencias desde el punto de vista lingüístico (lenguaje unitario y ciencia unitaria), erigiendo en criterio supremo de verdad, para cada ciencia, la coherencia de sus proposiciones con el sistema lingüístico de la física. Según esto las proposiciones de una ciencia serán verdaderas cuando se inserten en el sistema general lingüístico de la física<sup>85</sup>.

El positivismo lógico pretende de este modo construir un sistema lingüístico técnicamente riguroso, capaz de contener todas las proposiciones de la ciencia positiva, lo cual intenta realizar formalizando el lenguaje de la ciencia sobre los supuestos de la lógica simbólica y de la lógica matemática<sup>86</sup>.

### B) Positivismo lógico y semiótica

La técnica metodológica de la que se ha servido el neopositivismo para esa depuración y formalización lingüística ha sido la semiótica o ciencia de los signos, cuya investigación se ha visto profundamente incrementada a partir de la aparición en escena del movimiento neopositivista.

La semiótica —articulada en tres partes fundamentales: *pragmática* (ocupada de la relación entre los signos y los intérpretes constituye la «parte de la semiótica que trata del origen, usos y efectos de los signos dentro de la conducta en que se hacen presentes»), *semántica* (estudia la significación de los signos y los objetos a que pueden aplicarse) y *sintáctica* (cuyo objeto viene constituido por las relaciones formales de

---

de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 9 y ss.; VIRGILIO GIORGIANI: *Neopositivismo e Scienza del diritto*, Fratelli Bocca Ed. Roma, 1956, pp. 217 y ss.; JULIUS RUDOLPH WEINBERG: *op. cit.*, pp. 17 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *El Círculo de Viena*, trad. esp. de FRANCISCO GARCÍA, Taurus Ed., Madrid, 1966, pp. 11 y ss.; GIORGIO FANO: *Neopositivismo, análisis del lenguaje y cibernética*, trad. esp. de MARÍA ANTONIA MARTI, A. REDONDO, Ed. Barcelona, 1972, pp. 8 y ss.; JOSÉ FERRATER MORA: *op. cit.*, p. 84.

<sup>85</sup> Cfr. RUDOLF CARNAP: «La antigua y la nueva lógica», en el vol. cit. *El positivismo lógico*, pp. 149 y ss.; OTTO NEURATH: «Sociología en fisicalismo», *ibid.*, páginas 287 y ss., y 281 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *op. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, pp. 89 y ss.



los signos entre sí)<sup>87</sup>— tiende a una unificación de la ciencia a partir de un estudio profundo del sentido de las expresiones lingüísticas, con el fin de conseguir un lenguaje más uniforme, claro y preciso, soslayando, en la medida de lo posible, todo equívoco, ambigüedad o inexactitud, frecuentes causas de errores y malentendidos<sup>88</sup>. Para ello la semiótica —sin olvidar la dimensión semántica del lenguaje— procede a la formalización del mismo (esta consiste en hacer abstracción total del sentido eidético de los signos y operar con ellos a base de determinadas reglas de transformación que afectan solamente a su forma gráfica —símbolos artificiales, ordinariamente—; esto es, en operar con el lenguaje exclusivamente en su plano sintáctico) con lo cual se imprime gran seguridad y precisión a su manejo<sup>89</sup>. La formalización constituye así un andamiaje útil y muy necesario para preservar a la ciencia del error y discurrir con seguridad.

Como señalábamos al principio, el positivismo lógico parte del dato empírico y postula un empirismo radical que sitúa la única fuente de conocimiento en la sensación, la cual no capta más que acontecimientos singulares y materiales, haciendo del *principio de la verificabilidad* —«comprobación» del sentido de una proposición; operación que incluye tanto el «examen» como el «resultado» y que sólo puede extenderse a las proposiciones empíricas; sólo hay verificación empírica— el criterio en virtud del cual se determina la verdad o la falsedad de las proposiciones. Junto a las proposiciones fácticas, verificables empíricamente, están las proposiciones formales como las de la lógica y las matemáticas puras (tautologías). Para el neopositivismo solamente estas dos categorías de proposiciones son significativas<sup>90</sup>. De ahí resulta —el objeto de la experiencia es exclusivamente la sensación— que toda

<sup>87</sup> CHARLES MORRIS: *Signos, lenguaje y conducta*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1962, pp. 240 y ss.

<sup>88</sup> Cfr. I. M. BOCHENSKI: *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. esp. de RAIMUNDO DRUDIS BALDRICH, Ed. Rialp, Madrid, 1957, pp. 70 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *op. cit.*, pp. 36 y ss.; 42 y ss.; 61 y ss.

<sup>89</sup> Cfr. I. M. BOCHENSKI: *op. cit.*, pp. 78, 80, 82, 83 y 87 a 94.

<sup>90</sup> A. J. AYER: *op. cit.*, p. 16; «Verificación y experiencia», en el vol. *El positivismo lógico*, cit., pp. 233 y ss.; *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. esp. de MARCIAL SUÁREZ, Ed. Martínez Roca, S. A., Barcelona, 1971, pp. 101 y ss.; I. M. BOCHENSKI: *op. cit.*, pp. 116 y ss.; FREDERICK COPLESTON: *Filosofía contemporánea* (Estudios sobre el Positivismo lógico y el Existencialismo), Ed. Herder, Barcelona, 1959, páginas 79 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *op. cit.*, pp. 131 y ss.; GIORGIO FANO: *op. cit.*, páginas 40 y ss., 60 y ss.; FERNANDO INCIARTE ARMIÑÁN: *El reto del Positivismo lógico*, Ed. Rialp, S. A., Madrid, 1974, pp. 54 y ss.; JOSÉ FERRATER MORA: *op. cit.*, p. 85; ENRICO PATTARO: *op. cit.*, pp. 59, 67, 68 y 71.



la problemática metafísica es un pseudo-problema, un «sin-sentido» que, en consecuencia, debe ser excluida del ámbito de la filosofía<sup>91</sup>. Como sólo hay verificación empírica tenemos que los enunciados metafísicos y axiológicos constituyen —por inverificables— un «sin-sentido», meros pseudoproblemas. Al no ser posible verificar la existencia de las cosas, pues sólo nos encontramos con sensaciones, toda la problemática de la «realidad», toda la ontología, deviene un sin-sentido, y lo mismo acontece a la axiología y a la ética...

C) *La revisión epistemológica del positivismo lógico y la reflexión filosófica: significado y función de la Filosofía*

Este viraje en el pensamiento trastoca, por otra parte, el lugar y la función de la Filosofía en el mundo del saber. La Filosofía deja de ser un saber distinto y autónomo para convertirse en un saber subordinado; en una sierva, no ya (como sucedió en épocas pasadas) de la teología, que ahora es reputada como un «sin-sentido» más, sino de la ciencia: la Filosofía se convierte en una disciplina auxiliar de la ciencia, en teoría y lógica de la ciencia<sup>92</sup>. «Antaño —escribe Copleston, explicando el motivo de ese cambio y el alcance del mismo— la Filosofía fue considerada como la sirvienta de la teología; hoy tiende a convertirse en sirvienta de la ciencia. Puesto que todo lo que es cognoscible puede ser conocido por medio de la ciencia, ¿qué ocupación puede ser más razonable para un filósofo que la de dedicarse a analizar el sentido de ciertos términos usados por los científicos y a investigar los presupuestos del método usado por ellos? El filósofo no se propone aumentar el saber humano en el sentido de extender nuestro conocimiento factual

<sup>91</sup> Cfr. a este respecto escribía WITTGENSTEIN: «La mayor parte de las proposiciones que se han escrito sobre materia filosófica no son falsas, sino sin sentido. No podemos, pues, responder a cuestiones de esta clase de ningún modo, sino solamente establecer su sinsentido.» *Tractatus...*, cit., p. 71, núm. 4.003.

Sobre esta cuestión, cfr. RUDOLF CARNAP: «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en el vol. *El Positivismo lógico*, cit., pp. 66 y ss., en especial pp. 71 y ss., 75 y ss., 79 y ss.; *La antigua y la nueva lógica*, cit., pp. 150 y ss.; A. J. AYER: *Introducción...*, cit., pp. 15 y ss.; *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 37 y ss., y 64; J. R. WEINBERG: *op. cit.*, pp. 236 y ss.; VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, pp. 295 y ss.; FERNANDO INCIARTE ARMIÑÁN: *op. cit.*, pp. 109 y ss.; LUIS GARCÍA SAN MIGUEL: *Notas para una crítica de la razón jurídica*, 2.<sup>a</sup> ed., Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1975, pp. 213 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 317, 318, 321 y ss.; JOSÉ FERRATER MORA: *op. cit.*, pp. 84 y 85.

<sup>92</sup> Cfr. ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 319, 328 y ss.

de la realidad; su deseo es entregarse a la tarea más humilde, pero de todos modos útil, de aclarar el significado de los términos y mostrar lo que éstos denotan en función de la experiencia inmediata. En lugar de ponerse al servicio del teólogo, el filósofo quiere servir al científico, pues en la estimación del público la ciencia ocupa el lugar que antaño ocupaba la teología»<sup>93</sup>. Con ello la filosofía se configura no como una doctrina sino como una actividad ordenada al esclarecimiento y rectificación de las proposiciones científicas. La filosofía encuentra su misión en el análisis del lenguaje científico para depurarlo, precisarlo y uniformarlo<sup>94</sup>. La filosofía constituye así, según Bochenski, un análisis metalógico: ella «establece un sistema de signos, que significan a su vez las palabras del lenguaje científico, y de este modo es capaz de analizar los enunciados de las ciencias de la naturaleza. La filosofía no es sino el estudio de la sintaxis lógica de las proposiciones científicas»<sup>95</sup>.

La filosofía debe limitarse al análisis del lenguaje científico con métodos lógicos. Desde esos supuestos Alf Ross ha podido declarar, a propósito de los estudios jurídicos: «... la Filosofía del derecho o "*Jurisprudence*" no tiene un objeto específico coordinado con y distinto del objeto de la "*Ciencia del derecho*" —el estudio del derecho— en sus varias ramificaciones. La relación de la Filosofía del derecho con la Ciencia del derecho es refleja; la Filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la Ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de los conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados. El filósofo del derecho investiga problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. Su tema es,

<sup>93</sup> *Op. cit.*, pp. 57 y 58; cfr. GIORGINO FANO: *op. cit.*, pp. 38 y ss.

<sup>94</sup> En este sentido escribe WITTGENSTEIN: «El objeto de la filosofía es la aclaración lógica del pensamiento. La filosofía no es una teoría, sino una actividad. Una obra filosófica consiste esencialmente en elucidaciones. El resultado de la filosofía no son "*proposiciones filosóficas*", sino el esclarecerse de las proposiciones. La filosofía debe esclarecer y delimitar con precisión los pensamientos que de otro modo serían, por así decirlo, opacos y confusos.» *Tractatus...*, cit., p. 85, núm. 4.112.

«La filosofía —afirma WITTGENSTEIN en otro lugar— es crítica del lenguaje.» *Ibid.*, p. 71, núm. 40.031. Cfr. A. J. AYER: *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 55 y ss., 65 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *op. cit.*, pp. 36 y ss., 204 y ss. Por su parte, SCHLICK subraya: «Las ciencias consideran la verdad de los enunciados, la filosofía se ocupa de lo que los enunciados significan.» *La Svolta della filosofia*, en el vol. colec. *Il neoempirismo*, Torino, 1969, pp. 259 y 260; ENRICO PATTARO: *op. cit.*, pp. 59, 67, 68 y 71; JOSÉ FERRATER MORA: *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>95</sup> I. M. BOCHENSKI: *La filosofía actual*, 5.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 79.

en modo principal, el de los conceptos fundamentales de alcance general (...). El objeto de la Filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la Ciencia del derecho»<sup>96</sup>.

Debe advertirse, sin embargo, que en algunos autores se ha operado un movimiento de reacción frente a la rígida concepción de la filosofía como análisis del lenguaje y, al mismo tiempo, una actitud de apertura y comprensión hacia la metafísica. En este sentido escribe Waismann: «La filosofía no es sólo crítica del lenguaje: así interpretada, su finalidad es demasiado estrecha; es crítica, disolución y superación de todos los prejuicios, relajando todos los moldes rígidos y constrictivos del pensamiento, sin que importe que tengan su origen en el lenguaje o en otra parte. En la filosofía lo esencial es abrirse paso hacia una *comprensión más profunda* —que es algo positivo— no meramente disipar la niebla y desenmascarar problemas espurios (...). Su finalidad (la de la filosofía, añade) consiste en abrirnos los ojos, llevarnos a ver las cosas con una nueva perspectiva, desde un punto de vista más amplio, no obstruido por malentendidos. La diferencia esencial entre la filosofía y la lógica estriba —añade— en que la lógica nos *constríne*, mientras que la filosofía nos deja en libertad (...) se podría decir que la esencia de la filosofía radica en su libertad»<sup>97</sup>. Al final del trabajo que citamos escribe Waismann, en relación con la metafísica: «Decir que la metafísica es un sinsentido, es un sinsentido. Con ello se deja de reconocer el enorme papel que estos sistemas han representado por lo menos en el pasado. Por qué fue así, por qué tuvieron semejante dominio sobre la mente humana, es algo que no intentaré discutir aquí. Los metafísicos, como los artistas, son antenas de su época: tienen un sentido para percibir hacia dónde se mueve el espíritu»<sup>98</sup>.

## 2. Positivismo lógico, ética y derecho

Los métodos del positivismo lógico pueden aplicarse a las humanidades, de donde resultaría, según los partidarios de esta dirección del pensamiento, un auténtico conocimiento científico de la temática de las mismas. Con la semiótica, sostiene Morris, puede estudiarse científicamente la literatura, el arte, la religión, la moral..., surgiendo así una

<sup>96</sup> *On Law and Justice*, Steven & Sons Limited, London, 1958, pp. 25 y 26.

<sup>97</sup> FRIEDRICH WAISMANN: «Mi perspectiva de la filosofía», en el vol. *El Positivismo lógico*, cit., p. 368.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 384. Sobre la significación y alcance de esa apertura a la metafísica, en el ámbito de la denominada «filosofía analítica», cfr. JOSÉ FERRATER MORA: *op. cit.*, pp. 89 y 94.



«humanística»; disciplina esta que en la medida en que lograrse acuñar una terminología rigurosa se integraría en el ámbito de la ciencia. Los enunciados que la formarían no serían ya literatura, arte, moral o religión, sino ciencia, auténtica ciencia, y la humanística, un sector de la «Ciencia unificada»<sup>99</sup>.

#### A) *Positivismo lógico y ética*

Inicialmente, y en perfecta coherencia con sus supuestos epistemológicos, el positivismo lógico no se ocupó del lenguaje prescriptivo y valorativo de la ética, por entender que las proposiciones morales no eran proposiciones con significado, sino mera expresión de actitudes subjetivas, emocionales, incapaces de ser reducidas a términos racionales. Desde los supuestos del nominalismo radical del neopositivismo el problema del valor moral carece de significado: se trata de un pseudo-problema. Si convenimos —como hace el positivismo lógico— en que sólo son racionalmente válidas (aparte de las proposiciones de la lógica y de la matemática) las proposiciones verificables, el lenguaje moral aparece desprovisto de significado, y los juicios de valor constituyen un «sin sentido»<sup>100</sup>.

De todos modos, y como la valoración moral es algo que los hombres no pueden soslayar, ni en su vida social, ni en su vida individual, el neopositivismo acabó ocupándose de la ética. Entendió que la tarea de la ética en este ámbito no era estudiar si los juicios de valor éticos eran verdaderos o falsos —lo cual seguía siendo un sin sentido—, sino ocuparse del «estudio lógico del lenguaje moral»<sup>101</sup>. Ahora bien, las proposiciones éticas fueron entendidas de dos modos distintos, abriéndose así dos puntos de vista diferentes en orden a su estudio:

##### a) *Reducción de la ética a psicología*

De un lado se entendió que las proposiciones morales poseen una significación puramente emotiva. Constituyen la expresión de actitudes, sentimientos o impulsos emotivos, que se orientan, por su parte, a suscitar nuevos estados emotivos. Según esta posición, que es la sostenida por

<sup>99</sup> Cfr. CHARLES MORRIS: *op. cit.*, pp. 255 y ss.

<sup>100</sup> Cfr. VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, p. 120; ENRICO PATTARO: *op. cit.*, pp. 59 y 79.

<sup>101</sup> Cfr. GUIDO FASSÓ: *Storia della Filosofia del diritto*, vol. III: Ottocento e Novecento, Ed. Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 409 y 410; LUIS GARCÍA SAN MIGUEL: *op. cit.*, p. 213; JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II., Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1972, p. 99; ENRICO PATTARO: *op. cit.*, pp. 51 y ss.



Schlick<sup>102</sup>, el enunciado que dice: «has hecho mal en robar aquel dinero», no añade nada —según siempre el pensamiento neopositivista— al que indica: «has robado aquel dinero». Diciendo que la acción de robar es mala no se añade a la proposición que enuncia simplemente que se ha robado más que un sentimiento de desaprobación que se refleja en el tono con que se enuncia la proposición, y en la intención con que se hace, pero que no añade nada al significado literal de la misma. Los enunciados éticos no tienen pues sentido en cuanto que no son susceptibles de verificación empírica. Su enunciación no es más que el reflejo de sentimientos, de intereses, de actitudes ideológicas de individuos o de grupos sociales, que pretenden influir y condicionar el comportamiento de los demás, suscitando nuevos estados emotivos. Por esta razón piensa Schlick que el problema central de la ética es un problema psicológico, y que la ética constituye una parte de la psicología que, lógicamente, ha de ser estudiada con un método psicológico<sup>103</sup>.

#### b) *Reducción de la ética a sociología*

Ahora bien, admitiendo que las proposiciones morales poseen una significación puramente emocional orientada a suscitar nuevos estados emotivos, algunos autores piensan que dichas proposiciones, así como los efectos que producen, constituyen en el fondo meros hechos, y que como a tales hay que estudiarlos y conocerlos. Desde esta perspectiva, y en la medida en que la explicación del contenido de gran parte de las actitudes psicológicas es tarea de la sociología (Stevenson), se piensa que la ética constituye una parte de la sociología, siendo absorbida por ella (Stevenson, Neurath)<sup>104</sup>.

Tanto en uno como en otro caso la tarea del estudioso de la ética no puede consistir en justificar la valoración moral, en demostrar si es verdadera o si es falsa, lo cual constituye un pseudoproblema, sino en dar, con base en el análisis del lenguaje ético, una descripción o explicación científica del comportamiento humano, reduciendo así la ética a psicología o a sociología<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Cfr. MORITZ SCHLICK: «¿Qué pretende la ética?», en el vol. *El Positivismo lógico*, cit., pp. 251 y ss. Su obra fundamental es *Fragen der Ethik*, 1930.

<sup>103</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 267 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 322 y ss.; MODESTO SANTOS CAMACHO: *op. cit.*, pp. 283 y ss.

<sup>104</sup> Cfr. C. L. STEVENSON: «El significado emotivo de los términos éticos», en el vol. *El Positivismo lógico*, cit., pp. 269 y ss.; OTTO NEURATH: *Sociología en fisicalismo*, cit., pp. 309 y ss.; MODESTO SANTOS CAMACHO: *op. cit.*, pp. 355 y ss.

<sup>105</sup> Cfr. VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, pp. 112, 114, 115, 119, 129 y ss.



c) *Crítica del reduccionismo psico-sociológico e imposibilidad del conocimiento científico de la ética*

Frente al intento de racionalizar las proposiciones éticas reduciéndolas a hechos psicológicos o sociológicos, con el fin de que puedan ser estudiados científicamente, ya por la psicología, ya por la sociología, Rudolf Carnap entiende que mediante ese reduccionismo se desvirtúan las proposiciones éticas, las cuales no tienen una significación descriptiva (su finalidad no es describir hechos) sino imperativa (su finalidad es influir comportamientos)<sup>106</sup>. Stevenson ha subrayado en este sentido la significación persuasiva del uso de los términos éticos<sup>107</sup>. Para el positivismo lógico los enunciados de la ética no son juicios fácticos sino proposiciones imperativas, respecto de las cuales no puede decirse que sean ni verdaderas ni falsas, impidiendo su carencia de sentido (su significación es puramente emotiva), el tratamiento científico de las mismas<sup>108</sup>.

B) *Positivismo lógico y derecho*

A propósito del derecho, observa Hernández Gil que «no es frecuente encontrar en el ámbito de la investigación jurídica una aplicación estricta del positivismo lógico, sobre todo tal y como se ha elaborado a expensas de las matemáticas y las ciencias de la naturaleza. Abundan más —dice— estas otras dos actitudes: bien la recepción de algunas influencias no siempre precisas ni totales, o bien el reconocimiento de nuevas modalidades de la lógica derivadas de tener en cuenta no los enunciados teóricos, sino las normas»<sup>109</sup>.

Desde este punto de vista resulta significativa la posición de Bobbio al subrayar la trascendencia de la aplicación de la metodología neopositivista al ámbito del pensamiento jurídico. Con ello tendríamos que si desde los supuestos de la vieja epistemología racionalista y positivista la jurisprudencia aparecía desprovista de carácter científico, ella encontraría ahora, mediante la asimilación de los nuevos postulados y planteamientos del neopositivismo, la posibilidad de fundar su cientificidad sobre el análisis lingüístico de los textos legislativos, con el fin

<sup>106</sup> Cfr. A. J. AYER: *Introducción...*, cit., pp. 27 y ss.; C. L. STEVENSON: *op. cit.*, pp. 273 y ss.

<sup>107</sup> Cfr. A. J. AYER: *Introducción...*, cit., p. 28.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 28; *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 119 y ss.; VÍCTOR KRAFT: *op. cit.*, pp. 119 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 327 a 329 y 350.

<sup>109</sup> *Metodología de la Ciencia del derecho*, vol. II, Madrid, 1971, p. 160.

de dotar de rigor al lenguaje jurídico. Bobbio sostiene resueltamente que «la ciencia no consiste en la aprehensión de la verdad; sino en el uso del lenguaje científico. Construir una ciencia quiere decir —señala— construir un lenguaje riguroso, en donde vale como científicamente verdadera no ya aquella proposición que se adecua a la verdad objetiva, sino aquella que está expresada en términos que respetan las reglas válidas en el ámbito del sistema»<sup>110</sup>. Desde estos supuestos se desvanece para Bobbio la clásica objeción de Kirchmann y de sus seguidores de que el carácter contingente de los contenidos de las normas jurídicas impide crear una auténtica ciencia jurídica que contenga verdades universales y necesarias<sup>111</sup>.

Por otro lado, el análisis lógico ha descubierto, como observa Giorgiani<sup>112</sup>, la insuficiencia de la lógica clásica y, concretamente, en el ámbito del conocimiento jurídico ha supuesto un replanteamiento de los problemas lógicos con relación al derecho, con el consiguiente intento de aplicar al razonamiento jurídico nuevos métodos lógicos (lógica formal, lógica deóntica, como lógica específica del deber ser, distinta de la del ser) y revisar los métodos clásicos (teoría de la argumentación jurídica o tópica)<sup>113</sup>. Con todo esto el positivismo lógico ha contribuido a desenvolver y a perfeccionar el razonamiento jurídico, abriéndole nuevas perspectivas, así como a dotar de rigor y coherencia al lenguaje

<sup>110</sup> *Teoría della Scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950, p. 215. Cfr. las pp. 213 a 216; cfr. ENRICO PÁTTARO: *op. cit.*, pp. 326 y ss.

<sup>111</sup> VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, pp. 186 a 191, 259 a 270, 271 y ss.; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp. 160 y ss.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, p. 303.

<sup>113</sup> Cfr. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp. 153 y ss.; GUIDO FASSÓ: *Storia...*, vol. III; *cit.*, pp. 413 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 88 y ss.

A este respecto es significativa la aportación, entre otros, de los siguientes autores: THEODOR VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, trad. esp. de LUIS DíEZ-PICAZO, Ed. Taurus, Madrid, 1964; GEORGES KALINOWSKI: *Introducción a la lógica jurídica* (Elementos de semiótica jurídica, Lógica de las normas y Lógica jurídica), trad. esp. de JUAN A. CASAUBON, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1973; *Etudes de logique déontique*, I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1972; ALF ROSS: *Lógica de las normas*, trad. esp. de JOSÉ S. P. HIERRO, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1971, en especial pp. 130 y ss.; CH. PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. esp. de LUIS DíEZ-PICAZO, Ed. Civitas, Madrid, 1979; LUIS REASENS SICHES: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; EDUARDO GARCÍA MAYNEZ: *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951; *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955; *Lógica del raciocinio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964; ILMAR TAMMELO: *Modern logic in the service of Law*, Springer-Verlag, Wien-New York, 1978.



jurídico, replanteando y revisando, desde los específicos supuestos del análisis lingüístico, conceptos y categorías básicas del pensamiento jurídico (teoría imperativista de la norma, teoría de la validez del derecho, teorías del deber jurídico, del derecho subjetivo...). En esta dirección destacan —como ya hemos indicado— las obras de Hägerström<sup>114</sup>, de Lundstedt<sup>115</sup>, de Karl Olivecrona<sup>116</sup> y de Alf Ross<sup>117</sup>, que han contribuido decisivamente al desarrollo de los estudios de Teoría del derecho.

Desde esta perspectiva constituye un interesante punto de meditación la revisión crítica de la polémica y siempre sugestiva doctrina del derecho subjetivo que, desde las filas del *realismo jurídico nórdico*, han llevado a cabo, fundamentalmente, Karl Olivecrona y Alf Ross.

### III. LA REVISIÓN CRÍTICA DE LA IDEA DE DERECHO SUBJETIVO EN KARL OLIVECRONA<sup>118</sup>

#### 1. *Crítica del derecho subjetivo: el derecho subjetivo como fenómeno psicológico*

Como acabamos de ver, el positivismo lógico, desde supuestos especí-

<sup>114</sup> *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeine römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, 1927; II, Uppsala, 1941; *Das magistratische Ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala, 1929; *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cit.; *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, Herausgegeben von Karl Olivecrona, Uppsala, 1965.

<sup>115</sup> *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlín, I, 1932; II, 1935; *Die falschen Vorstellungen von objektiven Recht und subjektiven Rechten*; *Legal Thinkind revised. My Views on Law*, Stockolm, 1956.

<sup>116</sup> *Law as fact*, 2.ª ed., Stevens & Sons, London, 1971. Hay trad. esp. de LUIS LÓPEZ GUERRA, Ed. Labor, Barcelona, 1980; *Der imperativ des Gesetzes*, 1942.

<sup>117</sup> *On Law and justice*, cit.; *Theorie der Rechtsquellen*, 1929; *Towards a realistic Jurisprudence*, Copenhagen, 1946. Hay trad. esp. de JULIO BARBOZA: *Hacia una ciencia realista del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; *Lógica de las normas*, cit.

<sup>118</sup> En relación con el pensamiento de OLIVECRONA debemos hacer las siguientes advertencias:

1.ª La segunda edición de la obra de OLIVECRONA, *Law as fact*, como él mismo advierte en su prefacio, constituye en realidad un nuevo libro. En este sentido dice: «Mi intención era revisar el libro a fondo, y llevar a cabo las modificaciones y añadiduras que considerase oportunas (...pero como) las añadiduras habrían de ser numerosas y bastante largas (...) me pareció más adecuado liberarme del viejo libro y escribir uno nuevo. Mis opiniones no han cambiado en ningún aspecto importante: pero tenía muchas cosas que decir, y había que organizar el material en forma distinta.» *Law as fact*, p. VII.

camente empíricos, viene a reducir la Filosofía jurídica a una teoría de la ciencia encaminada a dotar al lenguaje jurídico de rigor y coherencia, depurándolo de todos aquellos términos que, por venir cargados de significación metafísica, emocional, ideológica... sin encontrar correspondencia con el mundo real de los hechos, comprometen la objetividad y la exactitud del discurso científico <sup>119</sup>.

Desde los supuestos específicos del neopositivismo, Karl Olivecrona se plantea así el problema: «Se considera que los efectos jurídicos se producen porque el derecho dice que ellos deben producirse. Hablamos como si el derecho tuviese el poder de establecer una relación causal entre los hechos operativos y los efectos jurídicos. Los derechos (subjetivos) y los deberes son creados; los derechos son transferidos mediante declaraciones verbales. Las calidades o potestades jurídicas son conferidas a personas o cosas mediante ceremonias y declaraciones de las autoridades. La causalidad puede también afectar al pasado tal como ocurre cuando las consecuencias jurídicas de un acto son anuladas con efecto retroactivo. Cuando usamos este lenguaje, parece que nos moviéramos en una esfera de la realidad diferente a la del mundo sensible. Sin embargo, esto no molesta en lo más mínimo a los juristas ni a los legos. Parece perfectamente natural que, en cuestiones jurídicas, se hable de esta manera (...pero) el teórico se encuentra en una situación diferente. Está inclinado a preguntar qué es todo esto. Supongamos que quiere utilizar sólo conceptos científicamente correctos, entendiendo por tales aquellos que corresponden a la realidad. En este caso tiene que preguntar qué es realmente un derecho (subjetivo) o un

2.<sup>a</sup> A nuestro modo de ver, y puesto que sus «opiniones no han cambiado», según confiesa el mismo OLIVECRONA, esta segunda edición no anula la primera, sino que, por lo que hemos podido comprobar, la desarrolla y amplía en algunos puntos.

3.<sup>a</sup> Por lo que al tema del derecho subjetivo se refiere, la primera edición nos parece, en muchos aspectos, más clara y explícita que la segunda. Por dicho motivo, en la elaboración de nuestro trabajo, hemos tenido presente ambas ediciones, así como el resumen de la primera edición que en lengua alemana publicó el autor, en 1940, bajo el título *Gesetz und Staat*, Ejnar Munksgaard Kopenhage, 1940.

4.<sup>a</sup> Con el fin de evitar confusiones en las citas, al aparecer bajo el mismo título (*Law as fact*) ambas ediciones, hemos adoptado los siguientes criterios:

a) Las citas relativas a la segunda edición —la cual ya ha sido mencionada— continuarán estando referidas a la edición inglesa.

b) Las citas relativas a la primera edición harán referencia a la traducción española de GERÓNIMO CORTÉS FUNES: *El derecho como hecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959.

<sup>119</sup> NORBERTO BOBBIO: *op. cit.*, pp. 214 y ss. VIRGILIO GIORGIANI: *op. cit.*, pp. 186 a 191, 259 a 270, 271 y ss. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp. 160 y ss.



deber, en qué consisten en realidad las calidades jurídicas y cómo pueden ser creadas por hechos operativos tales como las declaraciones verbales (...) aquí comienzan las perplejidades»<sup>120</sup>.

Karl Olivecrona intenta llevar a cabo una «redefinición» de los conceptos jurídicos lo cual supone, según nos dice él mismo<sup>121</sup>, un cambio de los conceptos de cuño metafísico, sobrenatural, por otros dotados de base empírica. Con esta pretensión se enfrenta Olivecrona con la teoría del derecho subjetivo, desarrollando una de las modernas doctrinas que, del modo más sugestivo, han desembocado en la crítica, y en la negación incluso, de esa categoría fundamental del pensamiento jurídico que es el derecho subjetivo.

A partir de los supuestos rigurosamente empiriológicos propios del neopositivismo, Olivecrona se propone desarrollar consecuentemente el programa realista de sus maestros Hägerström y Lundstedt<sup>122</sup>, pretendiendo, de un lado, fiel a los postulados del positivismo lógico, depurar el lenguaje jurídico de términos que no tengan referencia semántica con la realidad, con el fin de dotar a la Ciencia del derecho de un lenguaje riguroso y coherente —del cual depende en definitiva, según el positivismo lógico, el grado de cientificidad del pensamiento— y, de otro lado, despejar el pensamiento jurídico, en la medida en que ello es posible, de cuantas adherencias y ficciones metafísicas impiden contemplar los fenómenos jurídicos tal como son en la realidad.

Sobre supuestos positivistas radicales, Olivecrona se propone considerar los hechos como hechos, simplificando la concepción del derecho de forma que concuerde con la realidad objetiva. Más que aportar nuevos materiales sobre el derecho lo que el profesor de Lund pretende es depurar el mundo jurídico de fantasmas y expectros metafísicos para dejarlo reducido a la desnuda realidad de los hechos en los que, según su pensamiento, consiste el derecho, en cuanto fuerza social organizada<sup>123</sup>. De este modo, el nominalismo implícito en su pensamiento le lleva, desenvolviendo tesis de sus maestros Hägerström y Lundstedt, al planteamiento crítico y a la subsiguiente revisión de las categorías fundamen-

<sup>120</sup> «Legal language and reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Company, Inc. Indianapolis, New York, 1962. Hay trad. esp. de ERNESTO GARZÓN VALDÉS: *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, 1968, páginas 8 y 9; cfr. *Law as fact*, pp. 135 y ss.

<sup>121</sup> *Legal language...*, trad. esp., cit., p. 18.

<sup>122</sup> Cfr. *Law as fact*, cit., pp. 174 y ss.; *Gesetz und Staat*, cit., p. 7. Véase también GERÓNIMO CORRÉS FUNESS, presentación a su trad. esp. de la 1.ª ed. de *Law as fact: El derecho como hecho*, cit., pp. VII y ss.

<sup>123</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., pp. 14 y 15, 95 y ss., 103 y ss.



tales de la Teoría general del derecho, entre las que destaca, junto a las nociones de deber jurídico, persona jurídica, y otras, la idea de derecho subjetivo.

Olivecrona se pregunta qué se quiere significar cuando decimos que el acreedor tiene derecho a reclamar del deudor el pago del dinero prestado, y entiende que el término derecho no alude a la existencia de un vínculo real, de un poder efectivo, por medio del cual A pueda exigir de B una determinada prestación. Para Olivecrona el término derecho no constituye, en modo alguno, una entidad objetiva, una realidad empírica, existente en el mundo exterior. Olivecrona piensa que aunque en el lenguaje jurídico ordinario se habla de derechos —e igualmente de deberes— como si fuesen realidades que nacen, se modifican, se transmiten y se extinguen, ese término no designa ningún fenómeno objetivo, ninguna realidad del mundo empírico<sup>124</sup>.

El supuesto doctrinal a partir del cual se elabora esta crítica del derecho subjetivo es la concepción fundamental del realismo positivista extremo que ve en el derecho un puro hecho social, un simple fenómeno de fuerza organizada. Para Olivecrona el derecho consiste en un mero fenómeno social en conexión causal con otros fenómenos de la misma significación y naturaleza; en un puro hecho o acontecimiento social dotado de forma imperativa. «Si descartamos la idea supersticiosa de que el derecho emana de un dios —dice Olivecrona—, es obvio que toda norma jurídica es una creación de los hombres. Las normas siempre han sido establecidas por medio de la legislación, o en otra forma, por gente de carne y hueso; en otras palabras, son el producto de causas naturales. Por otra parte, sus efectos también son naturales en cuanto ejercen presión sobre los miembros de la comunidad (... Por esta razón, señala Olivecrona) nunca podemos eludir la conclusión de que el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Tiene, por tanto (el derecho), un lugar entre los hechos del mundo del tiempo y del espacio, pero entonces no puede, por una parte, ser un hecho (como lo es indudablemente) con causas naturales y efectos naturales, y, por la otra, algo extraño al vínculo de causa y efecto. Sostener lo contrario es pura superstición»<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> La conclusión a la que llegará OLIVECRONA es la de que «el término *derecho subjetivo*, tal como se usa en la ciencia jurídica y en el lenguaje usual, no tiene referente semántico (... siendo) imposible identificar el derecho subjetivo con una situación de hecho». *Law as fact*, cit., p. 184. Cfr. las pp. 135 a 141; *El derecho como...*, cit., p. 78.

<sup>125</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 6 y 7. Cfr. las pp. 19 y 153.

Desde estos supuestos Olivecrona trata de probar, de un lado, que el derecho subjetivo no puede consistir en algo supraempírico, metafísico, porque ello sería pura magia y superstición, y, de otro lado, que aquello que designamos con la expresión derecho subjetivo no se corresponde con nada existente en el mundo real, concluyendo, a renglón seguido, que el derecho subjetivo es una pura ficción, un poder imaginario, existente solamente en la mente de los hombres.

Frente a la concepción de Windscheid —que entiende el derecho subjetivo como «un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico»<sup>126</sup>—, sostiene Olivecrona que la idea de derecho subjetivo como un poder exclusivo a realizar determinados actos o a exigir determinadas prestaciones constituye un residuo mágico, metafísico, del pensamiento jurídico primitivo, que no se corresponde con ningún hecho de la realidad, y que, por tanto, no puede ser más que una pura «ficción»<sup>127</sup>. De este modo, viene a decirnos Olivecrona, el monopolio del uso de esa fuerza social organizada dentro del marco del Estado en que consiste el derecho, y que constituye, según palabra suya, la base real de la «idea metafísica» de soberanía, no supone, en modo alguno, un «derecho» de nadie. El monopolio del ejercicio de la fuerza dentro de cierto territorio no consiste en el reconocimiento y la atribución nece-

<sup>126</sup> *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, 9.<sup>a</sup> Aufl. Frankfurt a. M., 1906, párrafo 37.

<sup>127</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., p. 67; *Gesetz und Staat*, cit., pp. 98 y ss., 11 y ss.; *Law as fact*, cit., pp. 148 y ss.

HÄGERSTRÖM había señalado al respecto: «Parece, pues, que lo que queremos indicar por derechos de propiedad y pretensiones legítimas son fuerzas reales, que existen con total independencia de nuestros poderes naturales; fuerzas que pertenecen a un mundo distinto del de la naturaleza, y que la legislación o las otras formas de creación del derecho simplemente liberan (...). Sentimos que hay aquí fuerzas misteriosas en el trasfondo, de las que podemos obtener apoyo. La teoría jurídica moderna, bajo la presión de la demanda universal que se ejerce actualmente sobre la ciencia, trata de descubrir hechos que corresponden a estas supuestas fuerzas misteriosas, y se encuentra con dificultades insalvables porque estos hechos no existen. Los puntos de vista tradicionales nos dominan, y tratamos de incorporarlos a la estructura del pensamiento moderno, sin éxito (...), porque no están adaptadas a él (...) la ciencia jurídica (...), impelida por la exigencia que se formula a la ciencia moderna (concluye diciendo ...), por una parte, no puede descubrir nada que corresponda a aquellas nociones tal como son efectivamente usadas; por otra parte, recurre a algo que sólo aparentemente es objeto de la experiencia. De esta manera, se muestra que las nociones en cuestión no pueden ser reducidas a ninguna realidad. La razón es que, en verdad, aquéllas tienen sus raíces en ideas tradicionales de fuerza y vínculos místicos.» *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cit., pp. 5 y ss., y 16. Análoga posición sostiene WILHELM LUNDSTEDT en su obra *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, cit.

saría de ese poder de ejercicio a un sujeto, fundados en determinadas razones o títulos, sino en un puro «hecho» sin más justificación que la de la capacidad efectiva para ejercer ese monopolio <sup>128</sup>.

Con igual vigor rechaza Olivecrona la tesis sostenida por Ihering —tesis que él interpreta parcialmente al identificar el «interés» con el «poder»— de que el derecho subjetivo consiste en un «interés jurídicamente protegido» <sup>129</sup>, cuando señala la falsedad de la idea de que «los derechos estén protegidos por la fuerza». A esta afirmación subyace, fundamentándola y comunicándole vigor, explica Olivecrona, la idea de que la categoría propia de la Teoría general del derecho que se conoce con el nombre de objeto de derecho es también, con frecuencia, algo puramente imaginario <sup>130</sup>. Olivecrona piensa que la proposición «los derechos están protegidos por la fuerza» constituye una ficción metafísica más porque, según él, «la expresión *derecho* no se aplica aquí (...) a la situación real de que comúnmente goza una persona a la que se atribuye un derecho (... sino) a un poder imaginario. De una manera vaga se piensa que ese poder imaginario está protegido mediante sanciones. (Pero) como tal poder no existe realmente, sino en la imaginación —concluye diciendo Olivecrona—, no puede ser protegido efectivamente por medida alguna del mundo real» <sup>131</sup>.

Como, según Olivecrona, la metafísica es pura magia, superstición, resulta que si por derecho subjetivo hemos de entender poderes y vínculos de naturaleza metafísica, o esos poderes o vínculos metafísicos, en cuanto protegidos por la fuerza, el derecho subjetivo es una pura ficción, un puro espectro metafísico, que sólo existe en la imaginación de los hombres, que no se corresponde con nada del mundo real y que, por tanto, no existe <sup>132</sup>.

Los fundamentos remotos de esta actitud de Olivecrona —que cuenta con los precedentes doctrinales de Bentham <sup>133</sup>, Schlossmann <sup>134</sup> y Zitelmann <sup>135</sup>— hay que buscarlos en los supuestos epistemológicos, radi-

<sup>128</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., pp. 134, 137 a 139 y 151. Véanse las pp. 133 y ss. *Gesetz und Staat*, cit., pp. 172 y ss.

<sup>129</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, t. III, 14.ª ed., Leipzig, 1888, p. 339.

<sup>130</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., pp. 76 y ss.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 100. Cfr. *Gesetz und Staat*, pp. 125 y ss.; *Law as fact*, cit., pp. 151 y ss.

<sup>132</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., p. 56.

<sup>133</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 168 y ss.

<sup>134</sup> *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pp. 247 y ss.

<sup>135</sup> *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pp. 201 y ss., 209 y ss. Cfr. KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 163 y ss.

calmente positivistas, de los que parte; los inmediatos, en el rechazo, por absurda, de la idea de la «fuerza obligatoria del derecho», que constituye una de las tesis fundamentales de su revisión de la teoría imperativista de la norma jurídica<sup>136</sup>. «Dado que la fuerza obligatoria del derecho es una ilusión no pueden haber —dice Olivecrona— obligaciones jurídicas en sentido objetivo. El deber no tiene sitio en el mundo real, sino solamente en la imaginación de los hombres. Lo que existe realmente es cierto sentimiento de deber al cual se vincula la idea de una obligación imaginaria (...) Con respecto a la noción de los derechos —añade— ocurre algo análogo. Se supone generalmente que los así llamados derechos son entidades objetivas y hablamos de ellos casi como si fueran objetos existentes en el mundo exterior (...). Sin embargo, un examen atento e inmediato revela que los derechos y su contrapartida, las obligaciones, solamente existen como concepciones de la mente humana. No puede existir duda en este punto —concluye diciendo— una vez que la noción de la fuerza obligatoria del derecho ha sido rechazada como absurda. La disolución de este concepto básico debe conducir a la demolición de todas las concepciones metafísicas del derecho, o, mejor aún, la consecuencia debe ser que estas concepciones aparezcan en su verdadera naturaleza; ellas surgen como imágenes puras sin correspondencia en la realidad objetiva»<sup>137</sup>.

En la segunda edición de su *Law as fact* insiste Olivecrona en la significación puramente psicológica de la idea de derecho subjetivo. En este sentido afirma: «Esta teoría tiene una *base psicológica* evidente. Cuando uno hace una promesa, es natural sentirse obligado; en tal caso, veo mi libertad como limitada por la promesa. Y debo actuar como he prometido. Al menos así lo pide la otra parte. Se trata de un sentimiento de necesidad moral, o de tener un deber. Y como consecuencia, parece que el destinatario de la promesa tiene algún poder sobre mí. Al expresar una demanda, hace constar mi obligación; asimismo, si quiere, puede renunciar a plantearla»<sup>138</sup>. Es más, Olivecrona llega a afirmar que la idea de derecho subjetivo, juntamente con otras, forma parte de lo que Hart ha denominado «*aspecto interno del derecho*», en cuanto *hecho social*; esto es, constituye un hábito mental: «la forma de pensar y de expresarse típica de una persona que se considera miembro de la comunidad en que vive, que acepta su sistema jurídico, que adapta, en general, su conducta a las ideas usuales sobre derechos y debe-

<sup>136</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., pp. 1 y ss., 31, 36 y ss., 188 y ss.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 55 a 57. Cfr. *Gesetz und Staat*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>138</sup> *Law as fact*, cit., p. 146.

res, y que juzga la conducta de los demás (quizás con cierta severidad adicional) de acuerdo con el mismo canon»<sup>139</sup>.

Debemos advertir, como el mismo Olivecrona hace, que su conclusión crítica, negativa, respecto de la noción de derecho subjetivo es extensiva, lógicamente, tanto a los «derechos positivos o legales» como a los llamados «derechos naturales»<sup>140</sup>.

De lo anterior se deduce que si el derecho subjetivo es algo ha de consistir —como el derecho entendido como sistema de normas, como reglas de conducta— en un puro hecho, en un puro fenómeno social, en conexión causal con otros fenómenos de la misma naturaleza. «Nadie que pretenda dar consistencia a su perspectiva —dice Olivecrona— puede satisfacerse con la afirmación simple de que los derechos son algo por encima de los hechos, algo perteneciente a otro mundo. Y cuando se sostiene que ellos son realidades objetivas debe definirse su relación con fenómenos en el mundo del tiempo y del espacio, como, por ejemplo, su nacimiento y su extinción en virtud de sucesos de ese mundo. Pero una vez formulado este planteamiento —concluye el profesor de Lund— el problema sólo puede ser resuelto mediante la identificación de los derechos con ciertos hechos, ya que nada puede ser relacionado con fenómenos del tiempo y del espacio sin pertenecer al tiempo y al espacio»<sup>141</sup>.

El método utilizado por Olivecrona va a consistir en «enumerar los hechos vinculados con la idea de un derecho y preguntar si uno u otro de estos actos puede ser identificado con el derecho correlativo»<sup>142</sup>. ¿Corresponden los derechos subjetivos a hechos del mundo exterior localizados en el tiempo y en el espacio? La respuesta de Olivecrona es negativa.

A dicha conclusión llega a través de un minucioso análisis crítico de los diferentes hechos vinculados a un tipo de derecho subjetivo clásico: el derecho de propiedad, demostrando que ninguno de esos hechos puede identificarse con la idea del derecho de propiedad. Los hechos que Olivecrona vincula a este derecho son los siguientes:

- 1) La cosa misma, objeto del derecho.
- 2) El derecho, esto es, las normas o «imperativos independientes».
- 3) La maquinaria legal existente en el país y obrando con arreglo a las normas legales.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 215. Cfr. pp. 158 y 159.

<sup>140</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 57, 92 y 93.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 57.



- 4) La posición ventajosa del denominado propietario con relación a esa maquinaria legal que, unas veces por obra del propietario y otras con independencia de él, entra en acción cada vez que su derecho se ve atacado o puesto en peligro.
- 5) La sanción efectiva.
- 6) La seguridad del propietario de gozar de la disposición efectiva de la cosa, que se corresponde, por lo regular, con una actitud de abstención por parte de los ciudadanos, en cuya cabeza no suele entrar la idea de apoderarse de lo ajeno.
- 7) La presión ejercida por el derecho, la cual juega un papel decisivo en la determinación de esa actitud general de abstención y respeto a la propiedad<sup>143</sup>.

Hecha la descripción de los hechos que integran la compleja situación que se denomina derecho de propiedad, Olivecrona, siguiendo a Hägerström, se pregunta con cuál o con cuáles de estos hechos se identifica el derecho de propiedad, para llegar, a través de un proceso de exclusión, a la conclusión de que dicho derecho no se corresponde, no se identifica, con ninguno de esos hechos. Su razonamiento es el siguiente: «Es obvio que el derecho de propiedad y la cosa propia no son idénticas, ni ese derecho singular se identifica con el derecho en sentido genérico o con la maquinaria jurídica o con su gravitación psicológica sobre la población o con las acciones efectivas que se aplican ocasionalmente en casos particulares»<sup>144</sup>.

Si el derecho de propiedad no se identifica con ninguno de los hechos anteriormente aludidos la única salida que le queda a Olivecrona es considerar si dicho derecho se correspondería, como han pretendido recientes doctrinas, bien con la relativa seguridad del propietario de gozar del control que ejerce sobre la cosa, bien con la posición favorable del mismo propietario con relación a la maquinaria jurídica.

A este respecto sostiene Olivecrona que el derecho de propiedad no puede identificarse con la relativa seguridad del llamado propietario, porque ello implicaría una confusión entre el derecho de propiedad y el goce efectivo de la posesión que son cosas distintas. Así, mientras que el «derecho de propiedad está determinado por la ley (que fija los hechos que originan su adquisición o pérdida...) la posesión efectiva, la capacidad de usar de la cosa, dependen en cambio de una multitud de condi-

<sup>143</sup> *Ibid.*, pp. 58 a 61. Cfr. *Gesetz und Staat*, cit., pp. 89 y ss.

<sup>144</sup> *El derecho como...*, cit., p. 61. Cfr. *Gesetz und Staat*, cit., p. 92; *Legal Language and reality*, trad. esp. cit., pp. 21 y ss.



ciones que no pueden ser establecidas exclusivamente por referencia a la ley»<sup>145</sup>.

De este modo, mientras que el ladrón, que tiene en su poder la cosa robada y dispone de ella, jamás podría ser calificado como propietario legítimo, la persona que tiene un título legal al objeto no necesita tener un control efectivo sobre éste para ser su propietario, y aunque el objeto haya salido de su posesión de una u otra manera, su derecho sobre él subsiste mientras que algún otro no haya adquirido el dominio con arreglo a la ley<sup>146</sup>.

El derecho subjetivo no puede identificarse pues, según Olivecrona, con el hecho de gozar de un objeto.

Frente a la posición de Kelsen, Olivecrona sostiene que el derecho subjetivo no puede identificarse con «la posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción»<sup>147</sup>. Reflexionando sobre el derecho de propiedad se pregunta Olivecrona si este derecho «es equivalente a la posición favorable del propietario con relación a la maquinaria jurídica, es decir, si el derecho se identifica con la posibilidad efectiva de poner en marcha esa maquinaria para proteger sus propios intereses, (... respondiendo que) sería un gran error confundir el derecho, como lo concibe nuestra mente, con tal aptitud»<sup>148</sup>.

El pensamiento de Olivecrona aparece articulado al respecto en tres puntos fundamentales:

— En primer lugar, sostiene Olivecrona que «el derecho es anterior a la aptitud de poner en movimiento la maquinaria legal. (La reclamación) del demandante se apoya en un derecho, y cuando se dicta sentencia en su favor ella se apoya en que ha demostrado tener ese derecho»<sup>149</sup>.

— En segundo lugar, indica Olivecrona que «no siempre se obtiene una sentencia favorable aunque el actor, según la teoría legal, tenga el derecho en cuestión (...) el éxito en los litigios —aclara Olivecrona— depende de muchos factores además de aquellos que determinan, con arreglo a la ley, la existencia de un derecho. Por tanto, el éxito en un litigio puede o no coincidir con el derecho invocado»<sup>150</sup>.

<sup>145</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., p. 62. Cfr. *Gesetz und Staat*, cit., pp. 93 y ss.; *Law as fact*, cit., pp. 140 y ss.

<sup>146</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., pp. 61 y ss. Cfr. *Gesetz und Staat*, cit., p. 93; *Law as fact*, cit., pp. 140 y ss.

<sup>147</sup> HANS KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>148</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 62 y 63; cfr. *Gesetz und Staat*, cit., p. 94.

<sup>149</sup> *El derecho como...*, cit., p. 63.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 63.

— En tercero y último lugar, sostiene Olivecrona, en apoyo de su tesis, que «el derecho existe aunque nunca dé lugar a ninguna acción. (... Es más,) la acción surge —explica el antiguo profesor de Lund— porque el derecho ha sido violado; por tanto, el derecho existe con independencia de la aptitud efectiva del propietario para promover con éxito una acción (...). Aun más, la acción a la que el derecho de propiedad da origen cuando es violado es, en sí misma, una especie de derecho y no una simple aptitud efectiva»<sup>151</sup>.

La conclusión a la que llega Olivecrona es la de que si el derecho subjetivo no se corresponde con ningún hecho tal derecho es inexistente. Cuando hablamos de derecho, nos dice, no hay nada sustancial delante de nosotros; pero como estamos predispuestos a dejarnos seducir por algo de naturaleza tangible, y la favorable posición con respecto a la maquinaria legal está al alcance de la mano, así se explica fácilmente el error de los que identifican el derecho con la posición favorable del propietario en relación con la maquinaria jurídica<sup>152</sup>. Pero en realidad, afirma Olivecrona, el derecho subjetivo no existe. Se trata —nos dice, argumentando frente a la tesis de Windscheid— de una mera ilusión de poder, de un sentimiento ficticio de poder. «La esencia de la noción de los derechos es la idea de poder. El propietario “*puede*” hacer lo que quiere con la cosa; el acreedor “*puede*” exigir del deudor una suma de dinero; tal es la forma —dice Olivecrona— en que parafraseamos la noción de los derechos cuando queremos explicar nuestro pensamiento. (...Sin embargo, ese poder, observa el profesor de Lund), no existe en el mundo real. Hemos visto —dice— que no se identifica con el control efectivo sobre la cosa generalmente ejercido por el propietario, ni con la aptitud efectiva de poner en marcha la maquinaria legal. Es un poder “*ficticio*”, un poder ideal o imaginario. Este “*poder*” es, en la realidad, solamente una palabra vacía. Nada hay detrás de esa palabra. Pero la idea de tener el poder imaginario es capaz de engendrar un *sentimiento de poder*, es decir, un sentimiento de actividad y de fuerza. Este sentimiento da una apariencia de sustancia a la idea y, por tanto, ayuda a conservar la ilusión de que estamos en presencia de un poder real»<sup>153</sup>.

¿Cómo se explica el origen de esa ilusión, de ese sentimiento de poder imaginario? Para Olivecrona se trata sólo de un efecto de la presión psicológica que la ley ejerce sobre la mente de los hombres. La ley

<sup>151</sup> *Ibid.*, pp. 63 y 64; cfr. *Gesetz und Staat*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>152</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., p. 66; *Gesetz und Staat*, cit., pp. 97 y 99.

<sup>153</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 70, 71 y 75; cfr. *Gesetz und Staat*, pp. 98 y ss.

establece, por ejemplo, que cuando se ha concertado un préstamo el deudor tiene la obligación de devolver el dinero en el tiempo estipulado, y el acreedor tiene el derecho correlativo de reclamar el pago. Esto es, la ley describe directamente la conducta deseada, y declara solemnemente la obligación y el derecho de cada uno, pero esa declaración, realizada en forma imperativa, ejerce una presión psicológica en la mente de los hombres haciendo surgir así en el acreedor, en cuanto que sabe que puede poner en marcha el mecanismo jurídico en contra del deudor que no paga, ese sentimiento de poder, el cual constituye en realidad una superestructura mágica, ideológica; una mera ilusión que no se corresponde con los hechos de la realidad<sup>154</sup>.

En la segunda edición de su *Law as fact*, Olivecrona describe así el proceso genético de ese fenómeno psicológico en que consiste el derecho subjetivo: «El contenido mental que subyace en todo este discurso sobre los derechos subjetivos parece ser el siguiente: tenemos una *representación mental del objeto de un derecho* (usualmente un objeto físico, o la acción de una persona). Decimos que '*tenemos derecho a esto*'. La palabra *derecho* no significa nada, no designa nada. Pero la palabra en sí pasa, visual o auditivamente, a nuestra mente. Y estas dos representaciones —de la palabra y del objeto— son los componentes de la idea de *derecho subjetivo*.» Y añade Olivecrona: «Sin embargo, nos hacemos la ilusión de que el término *derecho* significa '*poder*' sobre el objeto, aun cuando se trata de un poder que no podemos aprehender. Y esta ilusión surge de un *trasfondo emocional*. En ciertas circunstancias, sobre todo en situaciones conflictivas, la idea de poseer un derecho da una sensación de poder. Cuando estoy convencido de poseer un derecho, en cierta forma soy más poderoso que mi contrincante, aun cuando él, de hecho, sea más fuerte. Mi poder no es un poder de hecho, sino un poder en el ámbito del "*deber ser*". Ello significa que mi sentimiento de fuerza se ve objetivado, y produce la idea de que tengo un poder independiente y por encima de la situación del poder fáctico. El término '*derecho*' viene a significar, pues, un poder inaprehensible, y se usa en este sentido, aun cuando de hecho no se dé una situación emocional»<sup>155</sup>.

Para Olivecrona lo que denominamos derecho subjetivo consiste en el sentimiento, en la idea, de que existe tal poder. Y como para él la única realidad es el mundo empírico —esto es, los fenómenos naturales

<sup>154</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., pp. 73 a 75, 78, 86 y ss., 108 y ss.; *Gesetz und Staat*, pp. 105 y ss., 111 y ss., 125 y ss.

<sup>155</sup> *Law as fact*, cit., pp. 183 y 184.



sujetos a una relación de causalidad— su conclusión respecto del derecho subjetivo es la de que tal derecho carece de existencia; la de que tal derecho es un puro fenómeno psicológico que sólo existe en la mente de los hombres <sup>156</sup>.

Olivecrona, siguiendo a Hägerström, sitúa el origen de la idea de derecho subjetivo—igual que el de otras categorías de la actual Teoría general del derecho— en el pensamiento mágico primitivo <sup>157</sup>. Se trata, según él, de una adherencia, de origen mágico, del moderno pensamiento jurídico, que ha resistido todo el largo proceso depurador que supuso la racionalización del mismo, y, en último extremo, el impacto del advenimiento y auge del positivismo jurídico, constituyendo, aún hoy, una categoría básica, fundamental, del pensar sobre el derecho, si bien con una significación diferente de la que originariamente tuvo. En este sentido indica Olivecrona: «El pensamiento moderno en materia jurídica dista de ser totalmente racional. Usamos efectivamente nociones de derechos, obligaciones, etc., sin captar el hecho de que esas nociones son imaginarias. Tal vez llegaríamos al punto más cercano posible a la verdad —añade— si dijéramos que hemos conservado la estructura mágica exterior en materia jurídica, mientras ha ido desvaneciéndose la creencia específica en fuerzas sobrenaturales. Hablamos de derechos y obligaciones que nacen de contratos y otros actos, y con ello entendemos que se han creado, en su consecuencia, poderes y vínculos imaginarios. Pero no creemos en rigor, hasta donde yo puedo apreciarlo, que con eso ocurra efectivamente algo de orden sobrenatural» <sup>158</sup>.

Esa significación diferente del derecho subjetivo a la que alude Olivecrona radica, de un lado, en que el derecho subjetivo, desprovisto de su dimensión metafísica, constituye «una forma de pensar profundamente arraigada en nuestra mente», de la que no podemos prescindir en cuanto miembros de una comunidad que vivimos y aceptamos su sistema jurídico <sup>159</sup>; de otro lado, en que la categoría del derecho subjetivo posee una dimensión pragmática, funcional, operativa, que la hace insustituible, por razones de economía y de eficacia, en el proceso de

---

<sup>156</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 56 y 100; *Gesetz und Staat*, pp. 87 y ss.; *Law as fact*, cit., en especial pp. 145, 146, 215 y ss.

<sup>157</sup> Cfr. AXEL HÄGERSTRÖM: *Inquiries into...*, cit., pp. 5 y ss., y 16. *Der römische Obligationsbegriff...*, cit.; KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 175 y ss.

<sup>158</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 88 y 89. Cfr. las pp. 86 y ss.; *Gesetz und Staat*, p. 113. Véanse las pp. 111 y ss.

<sup>159</sup> Cfr. *Law as fact*, cit., pp. 215 y ss.

despliegue y realización de la función ordenadora del derecho, como de inmediato vamos a ver.

Para Olivecrona el problema radicaría pues en «cómo usar el concepto indispensable de *derecho subjetivo* en forma realista y no metafísica»<sup>160</sup>. Dicho uso consistiría, según Olivecrona, en reducir el concepto de derecho subjetivo a una categoría técnico-jurídica, metódica, al servicio de la eficacia ordenadora del derecho.

## 2. *El derecho subjetivo como categoría técnico-jurídica al servicio de la eficacia ordenadora del derecho*

Para Olivecrona la idea de derecho subjetivo, a pesar de no tener referencia semántica alguna, subsiste en el pensamiento jurídico moderno y se justifica dentro del mismo en virtud de la pluralidad de funciones pragmáticas que cumple dicho concepto en los ámbitos tanto del tráfico jurídico general como en los más específicos de la legislación y de la administración de justicia<sup>161</sup>.

Entre esas funciones destacan:

### a) *Función lógico-conceptual*

La subsistencia de la idea de derecho subjetivo dentro del pensamiento jurídico moderno obedece, ante todo, a la función lógica que desempeña en cuanto concepto jurídico fundamental. Esa función lógica se reduce al hecho de que la idea de los derechos subjetivos se encuentra tan arraigada en la mente humana que constituye, como ya hemos apuntado, un hábito del pensar sobre el derecho; más aún, una categoría necesaria para entender y dominar el complejo material jurídico. Esta es la tesis de Zitelmann, de Bentham y de Undén, entre otros. Olivecrona resume así la posición de Zitelmann: «Zitelmann argumenta que el derecho es un fenómeno espiritual, creado por el hombre, que aparece fundamentalmente en forma de normas. Pero no podemos dominar el derecho sólo de esta forma. Sería absolutamente impracticable tener que enumerar continuamente las normas aplicables a cada caso. Sería imposible comprender el derecho, conservar su contenido, expresarse coherentemente. Por ello, es necesario conceptualizar el derecho de otra forma, análoga a la forma en que contemplamos el mundo físico.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>161</sup> *Cfr. ibid.*, pp. 186 y ss., 198 y ss., 199 y ss.



Concebimos parte del mundo exterior como una cosa; y de la misma manera, la posición jurídica de una persona, según diversas formas, se condensa en el concepto derecho subjetivo (*subjektives Recht*)»<sup>162</sup>.

Olivecrona reconoce que la idea de derecho subjetivo es una categoría que, aparte su raíz iusnaturalista, metafísica, constituye un hábito del pensar sobre el derecho; un concepto funcional que simplifica, facilita y dota de seguridad la compleja y difícil tarea de describir los contenidos de las normas y de las situaciones jurídicas<sup>163</sup>. Así, viene a decirnos Olivecrona, mientras que una figura geométrica puede describirse adecuadamente sin usar su nombre específico (triángulo, cuadrado...) y el significado será siempre el mismo, con tal de que la descripción sea precisa, con los conceptos jurídicos no ocurre lo mismo. En el derecho, observa Olivecrona, los términos gramaticales no son en modo alguno neutros sino que vienen cargados de significación, hasta el extremo de que muy frecuentemente la palabra usual para expresar un concepto (derecho, obligación, etc.) es esencial para la comprensión del mismo. La palabra y la idea por ella significada están aquí de tal modo implicadas que algo se pierde de la idea cuando empleamos para designarla otros términos. Así resulta que no reconocemos exactamente el derecho cuando no se lo llama derecho sino alguna otra cosa. Los términos se identifican aquí, frecuentemente, con las cosas que se cree que significan y aún ocupan el lugar de ellas. Por esta razón se explica perfectamente, viene a decirnos Olivecrona, que conceptos como el de derecho subjetivo sean aceptados espontáneamente como realidades sin ningún tipo de análisis previo, aunque en realidad constituyen una mera superestructura metafísica que sólo existe en la mente de los hombres<sup>164</sup>.

La causa de ello radica, insistimos, en la simplificación y seguridad que dichos conceptos introducen en el tráfico jurídico. En este sentido explica Olivecrona: «Es fácil imaginar las complicaciones que se seguirían si se eliminase el concepto de propiedad. Si ello ocurriese, las normas sobre robo, sobre venta, etc., tendrían que referirse directamente a hechos generadores de títulos legales de índole diversa. Los mismos hechos revertirían a normas múltiples y todo el sistema legal se tornaría complicado y embarazoso. Sería posible teóricamente establecer leyes sobre esa base, pero no sería práctico hacerlo. (Sin embargo, argumenta Olivecrona), cuando la idea de propiedad se interpo-

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 163. Cfr. las pp. 163 y ss., 168 y ss., y 177.

<sup>163</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 138 y ss.

<sup>164</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., pp. 89 a 94; *Gesetz und Staat*, cit., pp. 115 a 118; *Law as fact*, cit., pp. 138 y ss., 165 y ss.

la se consigue una gran simplificación. La ley penal se refiere únicamente al derecho de propiedad, en lugar de referirse directamente a numerosos actos que tienen el mismo significado con relación al castigo del robo y de otros delitos. Pero a su vez esa idea apunta a los hechos. Se la emplea, por decirlo así, como un vínculo de conexión, como algo similar a un conmutador telefónico, entre los hechos y la acción del juez»<sup>165</sup>.

En relación con este tema, y a modo de conclusión, observa Olivecrona en otro lugar: «Parece obvio que no podemos, siendo las cosas como son, hablar de materias jurídicas sin utilizar los términos 'derechos', 'deberes' y 'obligaciones'. Si intentamos prescindir de ellos, las dificultades de expresión se vuelven inconmensurables»<sup>166</sup>.

En cuanto categoría fundamental del pensamiento jurídico la noción de derecho subjetivo, según Olivecrona, cumple, dentro de la dinámica del mundo jurídico, una pluralidad de funciones pragmáticas: funciones informativas, funciones directivas, y coadyuva a potenciar, a incrementar, el grado de eficacia del derecho.

#### b) *Función informativa*

Para Olivecrona la subsistencia del derecho subjetivo en el pensa-

<sup>165</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 85 y 86. En otro lugar señala OLIVECRONA, en relación con la problemática del derecho subjetivo: «un enfoque antimetafísico, según las líneas indicadas por HÄGERSTRÖM, parece ser el único posible desde el punto de vista científico. Pero hay muchos problemas que deben ser solucionados.

Las teorías de HÄGERSTRÖM y LUNDSTEDT con respecto a los conceptos de derecho subjetivo y deber han tropezado con la oposición de los juristas. Tres objeciones les fueron formuladas en repetidas ocasiones.

La primera afirma que (...) ningún jurista reconocerá que su idea de un derecho subjetivo es la de un poder misterioso. Será imposible convencerlo de que ésta es su idea. Tampoco podrá ser persuadido de que los hombres de negocios creen que intercambian poderes misteriosos cuando hacen sus transacciones —que consisten, precisamente, en su intercambio de derechos— o que alguno de nosotros realiza un acto de magia al comprar un periódico en la calle.

La segunda objeción se basa en que el derecho es inconcebible sin derechos subjetivos y deberes. El derecho es, para nosotros, un sistema de reglas acerca de derechos subjetivos y deberes. Como el profesor ALLEN señala: "No es fácil ver en qué pueda consistir el derecho, si faltan derechos subjetivos y deberes."

La tercera objeción sostiene que es imposible analizar problemas jurídicos sin usar las expresiones 'derecho subjetivo' y 'deber'. No se puede dar un solo paso en la teoría jurídica sin emplear estos términos.» *Legal language and reality*, cit., páginas 29 y 30.

<sup>166</sup> *Law as fact*, cit., pp. 165 y 166. Cfr. las pp. 166 y ss.



miento jurídico moderno se explica y justifica no sólo por ser una categoría mental habitual, profundamente arraigada en el pensamiento jurídico, y sin la cual difícilmente podría éste desenvolverse con agilidad, facilidad y precisión, sino también por constituir, por sí mismo, un instrumento conceptual valiosísimo para captar, fijar, simplificar y transmitir conocimientos jurídicos.

En este sentido Olivecrona ha subrayado que la categoría del derecho subjetivo constituye un importante *vehículo de información jurídica*<sup>167</sup>.

En este sentido indica Olivecrona que aunque «la palabra *derecho*, tal como se usa normalmente, carece de referente semántico, sin embargo se utiliza continuamente para transmitir información, de tal manera que ello parece implicar que el término tiene algún referente semántico»<sup>168</sup>. De este modo, nos dice, «de formas diversas, transmitimos ciertos conocimientos mediante informaciones relativas a los derechos de propiedad de una persona, sus pretensiones monetarias, etc.»<sup>169</sup>. Y añade: «¿Acaso no estamos recibiendo un conocimiento útil cuando se nos comunica que A es dueño de cierta casa, o que B tiene una pretensión monetaria frente a C? Tales comunicaciones se producen diariamente en millones de casos. Y, al menos en apariencia, las entendemos muy bien y forman la base de innumerables decisiones con respecto a materias importantes. Incluso lo que parece imposible es comprender cómo podríamos pasarnos sin información sobre los derechos de los demás»<sup>170</sup>.

### c) *Función directiva*

Reconoce Olivecrona que la idea de derecho subjetivo cumple una función directiva de las conductas humanas, que se manifiesta en tres planos o ámbitos diferentes:

a) En el ámbito del *tráfico jurídico general*, indica Olivecrona, «las ideas sobre nuestros derechos y los derechos de los demás actúan normalmente como *guías de conducta*. Nos resulta natural regular nuestras actividades de tal forma que hagamos uso de nuestros derechos y contribuyamos a su protección, al tiempo que respetamos los derechos de los demás (... Y añade, más adelante:) Desde nuestra niñez nos en-

<sup>167</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 186, 193 y ss.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 193.



señan a distinguir lo que es nuestro de lo que pertenece a los demás. Aprender esto es de la mayor importancia, ya que yo puedo hacer lo que me parezca con las cosas que me pertenecen, pero me expongo a graves problemas si me apropio de las cosas que pertenecen a otros y las utilizo sin su permiso»<sup>171</sup>.

Olivecrona puntualiza que esa función directiva la alcanza el término «derecho» —en sentido subjetivo— cuando «se convierte en un elemento del sistema de normas que regula la relación interhumana mediante su utilización constante y rutinaria»<sup>172</sup>.

b) En el *plano de la legislación*, la idea de derecho subjetivo cumple una evidente *función directiva de la conducta social*. «Los textos legales, en sí mismos —dice Olivecrona—, no tienen una función informativa. Su propósito es influir sobre la conducta de los individuos. *Las previsiones de una ley respecto de ciertos derechos sólo tienen una función directiva*»<sup>173</sup>.

La idea de derecho subjetivo cumple su función directiva, influyendo el comportamiento humano, sobre la base de la significación que el término derecho, en sentido subjetivo, ha adquirido previamente dentro del contexto de un determinado círculo social<sup>174</sup>. En este sentido, escribe Olivecrona: «En la ley la noción de los derechos se utiliza como medio de orientar las acciones y la conducta de las personas en general (...) el derecho no pretende describir el mundo tal cual es, sino determinar el curso de los acontecimientos. Para ese propósito no es necesario que las nociones empleadas correspondan siempre a realidades objetivas. Pero es esencial que se suscite en las mentes de aquellos a quienes concierne, la idea de un canon de conducta y que ellos sean incitados a seguirlo. Esto —observa el profesor de Lund— puede lograrse fácilmente mediante nociones como la de los derechos. Las normas de conducta pueden ser impuestas efectivamente estableciendo que una persona tiene un cierto derecho bajo tales y tales condiciones (... Contra esto, dice Olivecrona, puede argüirse) que los cánones de conducta no pueden imponerse por medio de palabras huecas. (... Es verdad que) el poder definido como un derecho no existe. Es una palabra vacía. Pero se piensa que ese poder es un poder de *hacer* algo. Se lo refiere a una acción imaginada, (y) si esta acción es claramente concebida, se establece en realidad una norma jurídica mediante la proclamación del

<sup>171</sup> *Ibid.*, pp. 186 y 187. Cfr. pp. 187 y ss.

<sup>172</sup> *Ibid.*, pp. 192 y 193.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 198. Cfr. pp. 198 y ss.

<sup>174</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 198 y ss.

derecho (...). La expresión *derecho* (...) tiene aquí la función de una expresión *imperativa*. Su sentido es: la persona en cuestión será capaz de hacer esto, su acción no debe ser trabada, otras personas no pueden cumplir análogas acciones con relación al mismo objeto sin su permiso, su demanda en este o en otro aspecto será aceptada, etc.»<sup>175</sup>.

La ley pues cuando dice que un sujeto «tiene derecho» a hacer esto o lo otro, a obtener tal o cual cosa o tal o cual prestación, está estableciendo un canon de conducta.

c) En el *ámbito de la jurisdicción* la noción de derecho subjetivo cumple una función directiva análoga.

La sentencia es una ley, a escala reducida, válida sólo para casos particulares. Para Olivecrona «el verdadero papel del tribunal es la de constituirse en legislador de casos particulares. Las normas jurídicas, establecidas mediante actos legislativos, o en cualquier otra forma, no pueden suministrar pautas de comportamiento en todas las circunstancias (...). Esta tarea —concluye Olivecrona— se confía a los Tribunales, que complementan las normas jurídicas abstractas dictando normas particulares en casos individuales»<sup>176</sup>.

En este sentido cuando la sentencia (ya sea *declarativa*, *ejecutiva* o *constitutiva*) habla de derechos, la idea de derecho subjetivo, igual que en el caso de la legislación, cumple una función directiva, influyendo la conducta humana en relación con un caso particular<sup>177</sup>.

#### d) *Coadyuvante de la eficacia jurídica*

Para Karl Olivecrona el derecho subjetivo se configura, así mismo, como una específica técnica legal que incrementa el grado de eficacia de los imperativos jurídicos, gracias a su virtualidad para suscitar o reprimir sentimientos.

Explicando los supuestos de dicha función, indica Olivecrona que, para llevarla a cabo, «no es necesario que la noción (empleada) corresponda a una realidad. El simple grito de ¡adelante! —dice— puede servir para levantar el espíritu de una fuerza de ataque. Lo que se necesita —añade— no es un cuadro verdadero del mundo actual, sino un es-

<sup>175</sup> *El derecho como...*, cit., pp. 71 y 72; cfr. *Legal language and reality*, cit., pp. 33 y ss., 43 y ss.

<sup>176</sup> *Law as fact*, cit., p. 211.

<sup>177</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 200 y ss., 208 y ss.; *El derecho como...*, cit., pp. 78 y ss. Cfr. FREDE CASTBERG: *La Philosophie du droit*, Ed. A. Pedone, París, 1970, p. 46.



timulante de los sentimientos de actividad y valor, o, por el contrario, algo que surta un efecto depresivo»<sup>178</sup>.

Según Olivecrona, la idea de derecho subjetivo cumple adecuadamente esa función, fortaleciendo, con la confianza en la efectividad de la ley, el sentimiento del titular del derecho que cree que normalmente el juez le dará la razón y debilitando los sentimientos de sus oponentes. Así, por ejemplo, la ley establece que cuando se ha concertado un préstamo el deudor tiene la obligación de devolver el dinero en el plazo estipulado, y que al acreedor corresponde el derecho de reclamar el pago. Aquí se describe la conducta deseada mediante una declaración equivalente al uso de una expresión imperativa; declaración que infunde fuerza y confianza en ese sentimiento de poder que la ley modela en la mente del acreedor, y presiona y deprime psicológicamente al deudor, induciéndolo al cumplimiento de su obligación<sup>179</sup>.

La eficacia de que es capaz de dotar la idea de derecho subjetivo la dimensión imperativa de la norma revela, en el pensamiento del profesor de Lund, las motivaciones de orden emocional e ideológico que explican, en un plano de significación puramente pragmática, la presencia de ese residuo mágico, metafísico, que es el derecho subjetivo, en el pensamiento jurídico moderno. Esa presencia está motivada y arraigada, en opinión de Olivecrona, por la creencia de que el actual estado de cosas —seguridad del poseedor, aptitud del mismo para poner en movimiento la maquinaria legal, etc.— está firmemente vinculado a la existencia de los derechos, sin que las personas lleguen a hacerse a la idea de que los derechos sólo existen en la imaginación. Estas ventajas que constituyen la base del bienestar individual, del poder y de la riqueza, en cuanto que erróneamente se consideran derivadas de los derechos, contribuyen decisivamente, según Olivecrona, a mantener y a vitalizar esa superestructura metafísica, ideológica, de los derechos subjetivos en la mente de los hombres<sup>180</sup>.

#### IV. LA REVISIÓN CRÍTICA DE LA IDEA DE DERECHO SUBJETIVO EN ALF ROSS

##### 1. *El derecho subjetivo como categoría metafísica. Significado y función ideológicas de la idea de derecho subjetivo*

De singular importancia para el estudio de la crítica y de la revi-

<sup>178</sup> *El derecho como...*, cit., p. 74. Cfr. la p. 73; *Legal language and reality*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>179</sup> Cfr. *El derecho como...*, cit., pp. 60, 61, 67 y ss., 70, 73 a 75, 100, 108 y ss.

<sup>180</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 90 y ss.; *Gesetz und Staat*, cit., pp. 115 y ss.



sión de la doctrina del derecho subjetivo son las reflexiones que el filósofo del derecho danés Alf Ross ha dedicado al tema.

El pensamiento jurídico de Ross es heredero de las aportaciones doctrinales de Kelsen y Hägerström. Del primero recoge, fundamentalmente, la preocupación por desenvolver un pensamiento rigurosamente lógico, coherente; del segundo, la necesidad de desterrar la metafísica del pensamiento científico<sup>181</sup>.

Ross pretende llevar a cabo, hasta sus conclusiones últimas, un análisis realista del derecho positivo y un replanteamiento y revisión de la doctrina científica, desde los supuestos radicalmente empiriológicos y antimetafísicos del neopositivismo, haciendo así de la Filosofía jurídica un instrumento útil, capaz de hacer comprender mejor tanto al jurista teórico como al práctico lo que hace y por qué lo hace.

Como decíamos, una de las ideas más sugestivas de su obra es la revisión de la teoría del derecho subjetivo en donde pone de relieve la penetración, la coherencia y el rigor lógico de su pensamiento<sup>182</sup>.

Ross señala cómo el pensamiento jurídico tradicional habla de «deberes», de «facultades»..., etc., creyendo que detrás del mundo empírico, del mundo del tiempo y del espacio, existe otra realidad: «un mundo de relaciones jurídicas determinadas por fuerzas puestas en libertad, por hechos creadores, modificadores o extintivos»<sup>183</sup>. Desde estos supuestos la idea de derecho subjetivo viene a significar que el titular del mismo tiene una facultad, un poder invisible respecto de la persona obligada, en virtud del cual ésta puede ser compelida a realizar una determinada prestación.

Ross piensa, sin embargo, fiel a los supuestos de los que parte, que la idea del derecho subjetivo concebida como algo «sustancial», es decir, como un poder o fuerza moral y espiritual existente en sí, y capaz de producir efectos, constituye un ejemplo típico de lo que en lógica se llama «hipostasis»; esto es, «una manera de pensar con arreglo a la cual 'detrás' de ciertas relaciones funcionales se inserta una nueva realidad como 'soporte' o causa de esas correlaciones»<sup>184</sup>.

<sup>181</sup> *On law and justice*, cit., p. X.

<sup>182</sup> Esta tarea fue ya emprendida por Ross en su obra *Towards a realistic Jurisprudence*. Véanse los caps. VII, VIII y IX. Cfr. José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, cit., pp. 59 y ss.

<sup>183</sup> *On law...*, cit., p. 158.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 178. Cfr. las pp. 179 y 182.

Siguiendo a Hägerström<sup>185</sup>, para quien las concepciones jurídicas romanas tenían un origen mágico, y a Lundstedt<sup>186</sup>, Ross, lo mismo que Olivecrona, cree que esa hipostasis que supone la idea del derecho subjetivo encuentra su posible origen en el pensamiento mágico primitivo y que constituye una categoría metafísica (un sin-sentido) que no designa ningún fenómeno real<sup>187</sup>.

Ross ilustra esta idea comparando la relación que implica la idea de derecho subjetivo con la estructura ilusoria, mágica, que la relación «Tû-tû» tiene para la tribu Aisat-naf, de las islas Noisuli, en el sur del Pacífico.

La expresión «Tû-tû» hace referencia a la maldición o amago de un mal grave que pesa sobre quien ha cometido ciertos actos (encontrarse con su suegra, matar un animal totem, ingerir comida preparada para el jefe) y que amenaza a toda la comunidad con el desastre<sup>188</sup>.

La expresión «Tû-tû» tiene una doble función:

- Una *función descriptiva*, mediante la cual se trata de explicar una situación o unos hechos. Por ejemplo: «Si una persona ha ingerido comida del jefe está Tû-tû.»
- Una *función prescriptiva*, mediante la cual se expresa una pauta de conducta o prescripción: «Si una persona está Tû-tû deberá ser sometida a una ceremonia de purificación»<sup>189</sup>.

Cuando esos dos enunciados —el descriptivo y el prescriptivo— se combinan —dice Ross— de acuerdo con las reglas usuales de la lógica (a pesar de que la palabra Tû-tû carece de sentido), dicen exactamente lo mismo que el siguiente enunciado: «si una persona ha ingerido comida del jefe deberá ser sometida a una ceremonia de purificación»<sup>190</sup>.

Para Ross la idea de derecho subjetivo expresa, igual que la idea «Tû-tû», una relación puramente ilusoria, mágica, que no tiene correspondencia con el mundo real. Ello es debido, según Ross, a que el derecho se expresa también con una terminología propia del pensamiento mágico primitivo del tipo «Tû-tû». Ross lo explica así: «Nuestras normas jurídicas están, en gran medida, acuñadas en una termi-

<sup>185</sup> *Der römische Obligationsbegriff...*, cit. Cfr. ALF ROSS: *Tû-tû*, trad. esp. de GENARO, R. CARRIÓ, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 24, nota 5.

<sup>186</sup> *Die Unwissenschaftlichkeit...*, cit. Cfr. KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>187</sup> Cfr. FREDE CASTBERG: *op. cit.*, p. 46.

<sup>188</sup> Cfr. ALF ROSS: *Tû-tû*, cit., p. 8.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 12. Cfr. las pp. 13, 14 y 15.

nología de tipo "Tû-tû". En el lenguaje jurídico encontramos, por ejemplo, frases como estas:

1. Si se acuerda un préstamo, se origina un crédito.
2. Si se tiene un crédito, su importe debe pagarse el día del vencimiento.

Esto es sólo —explica Ross— una manera indirecta de decir:

3. Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día del vencimiento»<sup>191</sup>.

Y Ross concluye así su razonamiento, subrayando la significación mágica, metafísica, de la idea de derecho subjetivo implicada en la aludida relación crediticia: «El crédito mencionado en (1) y (2), pero no en (3), como "Tû-tû", no es, obviamente, una cosa real: no es nada en absoluto, es simplemente una palabra, una palabra vacía desprovista de toda referencia semántica»<sup>192</sup>.

En virtud de la terminología —propia del pensamiento mágico primitivo— empleada por el derecho, advierte Ross que «el derecho legislativo parece estar constituido, pues, por enunciados teóricos referentes a un mundo invisible de cualidades peculiares —relaciones jurídicas— que son creadas y se desarrollan como efectos, de una 'fuerza creadora jurídica' particular que ciertos hechos poseen. Pero no podemos, por supuesto —advierte—, tomar esta descripción en serio. Es absurdo decir que cuando efectúo una compra surgen efectos invisibles»<sup>193</sup>.

La admisión de tal idea induciría —advierte Ross— a la aceptación de dos tesis de significación igualmente metafísica y, por lo mismo, erróneas.

La primera de ellas es la de que «un derecho subjetivo es siempre una entidad simple e indivisa que tiene que existir en un sujeto específico». Esta tesis no plantea problema alguno, nos dice, cuando el concepto de derecho subjetivo se usa para indicar «una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses»; esto es, cuando las diversas funciones que constituyen la situación jurídica apuntan todas a la misma persona, la cual es sujeto del interés, sujeto de los procedimientos —puede iniciarlos para hacer valer su interés, su derecho— y sujeto de la disposición del mismo. Ahora bien, dicha tesis conduce a falsos planteamientos y a ficciones,

<sup>191</sup> *Ibid.*, pp. 21 y 22.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>193</sup> *On law...*, cit., p. 159.

dice Ross, cuando se pretende aplicar a situaciones en las que las diferentes funciones no están referidas al mismo sujeto<sup>194</sup>.

La segunda tesis errónea, aludida por Ross, en la que desemboca la concepción metafísica del derecho subjetivo como una fuerza o poder espiritual que corresponde a un sujeto frente a otros que le vienen obligados, es la de que ese sujeto titular del derecho «tiene que ser un ser humano o una organización de seres humanos» (persona jurídica), tesis esta aceptable, nos dice Ross, sólo en cuanto se refiera al sujeto de los procedimientos y de disposición, pues «sólo los seres humanos pueden funcionar como sujetos de procedimientos o de disposición», pero errónea en cuanto aparezca referida a los «intereses» protegidos por las normas, pues nada obliga, según Ross, a «que los intereses reconocidos por las normas jurídicas como protegidos por un derecho subjetivo, sean exclusivamente intereses humanos»<sup>195</sup>.

La concepción metafísica del derecho subjetivo incluye además, para Ross, conceptos tan heterogéneos como facultad, libertad, potestad, (para designar el derecho subjetivo se emplean expresiones tales como: «puede», «tiene derecho a», «está facultado para», «está autorizado a»...) terminología ésta que no lo libera de ambigüedades y que hace resaltar de modo inequívoco la carga ideológica que la idea misma del derecho subjetivo comporta<sup>196</sup>.

Ross indica que esa carga ideológica —que cumple una función de indudable valor en la vida jurídica de la comunidad, en cuanto que al crear motivos para el comportamiento lícito, dotando al derecho de «carácter sagrado», de «validez», contribuye decisivamente a crear y modelar el orden jurídico— dificulta, sin embargo, la tarea de la Ciencia jurídica, la cual «no se propone ejercer una influencia ideológica sobre los ciudadanos, sino simplemente describir las reacciones jurídicas que en circunstancias dadas se esperan»<sup>197</sup>, correspondiendo a la tarea crítica de la ciencia y de la filosofía demostrar los errores del pensamiento, liberándolo de ideas imaginarias, de adherencias mágicas<sup>198</sup>.

Por esa razón, a partir de este momento, el pensamiento de Ross se desenvuelve como una crítica de la teoría clásica del derecho subjetivo.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 177 y 179. Cfr. pp. 179 y ss.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pp. 179 y ss., 182 y ss.

<sup>196</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 159 y ss., 168 y ss.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>198</sup> Cfr. *Tú-tú*, cit., p. 20; *On law...*, cit., pp. 19 y ss., 24 y ss.

2. *Crítica de la doctrina clásica del derecho subjetivo y revisión de la idea del mismo: el derecho subjetivo como instrumento técnico de representación para la legislación y la Ciencia jurídica*

Con anterioridad a Ross, Hans Kelsen había criticado las tesis originarias de la doctrina del derecho subjetivo señalando que «definir el derecho subjetivo como interés protegido o voluntad reconocida por la ley, (era) igualmente incorrecto»<sup>199</sup>, y poniendo de relieve la significación ideológica de la teoría de la prioridad del derecho subjetivo sobre el derecho objetivo. Dicha doctrina, insostenible, según Kelsen, tanto desde el punto de vista lógico como desde el psicológico, era de la mayor importancia política: «Su propósito —dice Kelsen— es obviamente ejercer influencia en la formación del derecho, más que analizar la naturaleza del derecho positivo. Si el orden jurídico no puede crear, sino únicamente garantizar la existencia de los derechos subjetivos, tampoco podrá destruirlos. Desde este punto resulta jurídicamente imposible la abolición de la propiedad privada y, lo que es más, la legislación resulta incapaz de privar a cualquier individuo de sus derechos particulares de propiedad. Todas estas consecuencias de la doctrina de la prioridad de los derechos subjetivos están —añade— en contradicción con la realidad jurídica. La doctrina de la prioridad del derecho subjetivo no es una descripción del derecho positivo, sino una ideología política»<sup>200</sup>.

Alf Ross, partiendo de la idea de que la ciencia tiene una función puramente descriptiva, debiendo liberar a sus proposiciones de todo residuo metafísico o ideológico, desarrolla una crítica de la teoría clásica del derecho subjetivo. «La discusión tradicional del concepto de derecho subjetivo —dice— se ha movido en un plano que tiene que ser rechazado por falta de realismo. Se ha considerado que lo más importante era determinar la *esencia* del derecho subjetivo. Por un lado, está la teoría de Ihering, según la cual la esencia de un derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. En oposición a ella se encuentra la teoría de Windscheid, que sostiene que la esencia del derecho subjetivo es un poder o supremacía de la voluntad. El debate de estas dos teorías parece interminable (...). Muchos autores posteriores —añade— han considerado que la esencia del derecho subjetivo es una combinación de interés y voluntad. Esta discusión —concluye— no lleva a ninguna parte. Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde en modo alguno una realidad que aparezca entre los hechos condi-

<sup>199</sup> *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 93.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 93. Cfr. las pp. 91 y ss.



cionantes y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa»<sup>201</sup>.

Pero esta crítica de la doctrina del derecho subjetivo no lleva a Ross, como en un principio sería lógico esperar, a una radical negación de la idea de derecho subjetivo —coherentemente con las posiciones de Hägerström y Lundstedt<sup>202</sup>— sino a una revisión, a un replanteamiento de la misma, adoptando una posición más próxima a Olivecrona.

Según Ross, la posición doctrinal que niega la existencia del derecho subjetivo (Duguit, Lundstedt...), rechazando las ideas metafísicas entrañadas en el concepto de derecho subjetivo, está aceptando, sin un examen crítico, la noción del derecho subjetivo como una entidad simple e indivisa, lo cual constituye la concreción más tangible de la metafísica que se declara proscrita.

Para Duguit, dice Ross, «la expresión derecho subjetivo sólo puede significar un poder inherente a una voluntad individual para afirmarse frente a otras voluntades, esto es, una inherente supremacía de una voluntad respecto de otras. (...Pero como) no hay en las voluntades tales diferencias inmanentes. (...Duguit concluye afirmando que) ¡no hay tales derechos subjetivos!»<sup>203</sup>.

En sentido análogo, Lundstedt<sup>204</sup> cree que el concepto de derecho subjetivo puede designar ciertas realidades, pero como éstas, desde el punto de vista lógico, no pueden ser entendidas como derechos subjetivos, Lundstedt concluye diciendo que ¡no hay derechos subjetivos!<sup>205</sup>.

Para Ross el vicio de raíz de estas doctrinas negadoras del derecho subjetivo reside en la aceptación de «la idea ingenua de que una palabra tiene un significado inmanente que no puede ser alterado», lo cual supone una recaída en la metafísica por parte de los que abiertamente pretenden negarla, a la vez que una confusión entre el punto de vista jurídico y sociológico, en cuanto que la posibilidad de manipular la maquinaria jurídica para iniciar procedimientos que protejan ciertos intereses o posiciones —lo cual para estos autores supone la única realidad demostrable de las llamadas situaciones de derecho subjetivo— consti-

<sup>201</sup> *On law...*, cit., p. 188.

<sup>202</sup> Cfr. ALF ROSS: *Tû-tû*, cit., pp. 21, nota 4, y 24, nota 5. KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 174 y ss.

<sup>203</sup> *On law...*, cit., p. 187. Cfr. 186.

<sup>204</sup> *Die Unwissenschaftlichkeit...*, t. I, cit., p. 119.

<sup>205</sup> Cfr. ALF ROSS: *Tû-tû*, cit., p. 22, nota 4.

tuye la consecuencia práctica de una situación jurídica y no esa situación jurídica misma <sup>206</sup>.

Obediente a los postulados del positivismo lógico sostiene Ross que «la filosofía no es teoría, sino método (y que ese) método es el análisis lógico. La filosofía —dice— es la lógica de la ciencia, y su objeto, el lenguaje científico». Por esa razón para Ross «la *Filosofía del derecho* o *Jurisprudence* no tiene un objeto específico coordinado y distinto del objeto de la '*Ciencia del derecho*' —el estudio del derecho— en sus varias ramificaciones (...sino que) la Filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la Ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados» <sup>207</sup>.

Consecuentemente con estos principios, y ante la imposibilidad de prescindir en el lenguaje del derecho de términos como los de derecho subjetivo, facultad, deber... —términos firmemente asimilados por el pensamiento y por la Ciencia jurídicos, y sin los cuales difícilmente podrían desenvolverse—, Ross no trata de elaborar una doctrina de la negación del derecho subjetivo, sino que se plantea el problema de «si no sería posible mejorar el uso» del término en un sentido realista <sup>208</sup>. Ross cree que a través del análisis del lenguaje y de su formalización, por medio de la semiótica, se puede llegar a una racionalización del mismo, depurándolo de ambigüedades y dotándolo de rigor y seguridad científicas <sup>209</sup>.

Indica Ross que «es posible hablar con sentido acerca de derechos subjetivos, tanto en la forma de prescripciones como de descripciones» <sup>210</sup>, cobrando así el concepto derecho subjetivo una doble significación, según se le analice desde la perspectiva del lenguaje del derecho (*prescripción*) o desde la perspectiva del metalenguaje propio de la Ciencia del derecho (*descripción*) <sup>211</sup>.

Ross recoge de la filosofía del lenguaje la distinción de tres tipos de expresiones lingüísticas fundamentales:

<sup>206</sup> Cfr. ALF ROSS: *On law...*, cit., pp. 186 y 187.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 25. Cfr. las pp. 6 y ss., 25, 26 y 168 y ss.

<sup>208</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *Law as fact*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>209</sup> Cfr. ALF ROSS: *On law...*, cit., pp. 161 y ss.

<sup>210</sup> *Tá-tá*, cit., pp. 32 y ss. Cfr. las pp. 33 y 34.

<sup>211</sup> Cfr. ALF ROSS: *On law...*, cit., p. 9.

— *Expresiones de aserción*, que tienen un significado representativo (indican, simbolizan o representan un estado de cosas);

— *Exclamaciones*: expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia; y

— *Directivas*: expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia <sup>212</sup>.

De estos tres tipos de expresiones lingüísticas las directivas constituyen la categoría propia de las normas jurídicas, en cuanto que «las leyes —dice Ross— no se sancionan para comunicar verdades teóricas, sino para dirigir el comportamiento de los hombres —tanto de los jueces como de los ciudadanos— a fin de que actúen de una cierta manera deseada» <sup>213</sup>. Las normas jurídicas, nos dice Ross, constituyen «directivas» a los jueces, y ello aunque la ley, por su lenguaje, se dirija a todos los ciudadanos, dándoles instrucciones respecto de su conducta mutua, pues en este caso la directiva al juez emerge en forma indirecta del lenguaje de la ley <sup>214</sup>. Este modo de expresarse la ley constituye, para Ross, una mera técnica de su manifestación, que en modo alguno altera su carácter originario de directiva dirigida al juez.

Por otro lado, continúa advirtiendo Ross, esas directivas en que consiste el derecho tampoco se expresan, por lo general, en «forma de instrucciones lisas y llanas acerca (del) comportamiento (que hayan de observar los ciudadanos). Una ley típica —añade— no está expresada en frases directivas corrientes —esto es, en palabras que expresan en forma directa un llamamiento a la acción (una orden, un deseo, un pedido)—, sino que describe un mecanismo según el cual diversos acontecimientos (hechos o acciones) producen efectos invisibles (llamados 'deber', 'facultad', 'capacidad', 'validez', etc.). Las normas hablan, con frecuencia, como si detrás del mundo del tiempo y del espacio existiera otra realidad, un mundo de 'relaciones jurídicas' determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos 'creadores' ('modificadores' y 'extintivos')» <sup>215</sup>.

Desde estos supuestos la idea de derecho subjetivo se configura para Ross, igual que para Olivecrona, como una mera técnica o cauce de expresión, muy adecuado, para influir en la conducta humana: como una

<sup>212</sup> Cfr. *ibid.*, p. 8. Véanse las pp. 6 y ss.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>214</sup> Cfr. *ibid.*, p. 158.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 158.



técnica o «instrumento de representación»<sup>216</sup>. El derecho subjetivo constituye un simple vehículo lingüístico para expresar directivas de conducta contenidas en las reglas jurídicas<sup>217</sup>. Por ello advierte Ross que la descripción de hechos por medio de la cual se expresan con frecuencia las directivas en que consiste el derecho no pueden ser tomadas en serio. «Es absurdo decir —señala— que cuando efectúo una compra surgen algunos efectos invisibles. Cualquiera que sea la razón por la que esta terminología se ha puesto en uso, resulta claro que el significado y función real que corresponde al derecho legislado no es de índole teórica, sino práctica. Los enunciados aparentemente teóricos de la ley han sido en realidad formulados con el propósito de servir como directivas para influir en la conducta de los hombres: de los ciudadanos y jueces por igual»<sup>218</sup>.

De todos modos, Alf Ross deja firmemente subrayado que el concepto de derecho subjetivo constituye una mera técnica de expresión legal, y que, en todo caso, los «enunciados aparentemente teóricos sobre la creación de deberes, facultades, etc., que aparecen en las normas jurídicas, deben ser interpretados como directivas dirigidas al juez»<sup>219</sup>.

Desde el punto de vista de la *Ciencia jurídica*, el derecho subjetivo constituye un elemento básico de su meta-lenguaje; en palabras de Ross, una «herramienta técnica de representación»<sup>220</sup>, que cobra una especial significación a la hora de exponer de modo claro y sistemático una complicada serie de normas jurídicas. El concepto de derecho subjetivo es así, para Ross, una construcción técnica que sirve a la finalidad de la Ciencia del derecho, la cual consiste, según él mismo nos explicita, «en conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible»<sup>221</sup>.

Aquí, el término derecho subjetivo no forma parte de una proposición «prescriptiva» ni «directiva», sino de una proposición «descriptiva». De este modo, siendo (Hp) una serie de hechos condicionantes que están conectados con una pluralidad de consecuencias jurídicas (Cn),

<sup>216</sup> Cfr. *Tá-tá*, cit., pp. 28 a 32, 38 y ss. Ross concluye esta obra diciendo: el «punto de vista que considero verdadero (... es) que el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de representación que sirve exclusivamente fines sistemáticos, y que en sí no significa ni más ni menos que *Tá-tá*». *Ibid.*, p. 42.

<sup>217</sup> Cfr. *On law...*, cit., pp. 168 y ss., y 170.

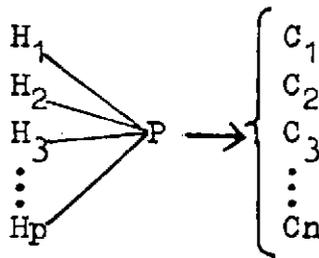
<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pp. 169, 171, 172; *Tá-tá*, cit., pp. 28, 29-30, 32 y 42.

<sup>221</sup> *On law...*, cit., p. 171.

puede interponerse entre H y C un elemento que unifique, sistematice y clarifique la correspondencia entre los hechos condicionantes ( $H_1 - H_2 - H_3 \dots H_p$ ) y las consecuencias jurídicas ( $C_1 - C_2 - C_3 \dots C_n$ ), cuya representación semiótica sería la siguiente, designando por medio de la letra P el derecho subjetivo, que en este caso representaría el derecho de propiedad:



En este supuesto,  $H_1 - H_2 - H_3 \dots H_p$ , designarían los modos de adquirir la propiedad, los cuales, según el Derecho civil español (art. 609 C.c.), serían la ocupación, la ley, la donación, la sucesión testada o intestada, ciertos contratos mediante la tradición, y la prescripción, y los signos  $C_1 - C_2 - C_3 \dots C_n$ , el contenido del derecho subjetivo y, concretamente, el contenido del derecho de propiedad, que según el Código civil español (art. 348) comprende «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

Ross piensa que introduciendo la figura del derecho subjetivo —en este caso, el derecho de propiedad— se da una visión más simple y clara de lo que acontece en el mundo jurídico que si, prescindiendo de este instrumento técnico, nos limitásemos a describir todas y cada una de las consecuencias jurídicas conectadas a todos y a cada uno de los hechos determinantes. La idea del derecho subjetivo presta así un gran servicio a la Ciencia en cuanto que contribuye de modo decisivo a dar la visión sinóptica y clara de lo que acontece en el mundo del derecho, lo cual es tarea de la Ciencia jurídica.

El profesor noruego Frede Castberg ha subrayado la importancia de la significación atribuida por Ross a la idea de derecho subjetivo, la economía que introduce en el pensamiento jurídico al sustituir, con una simple expresión, toda una serie de análisis y constataciones importantes. La expresión derecho de propiedad, por ejemplo, nos evita, dice Castberg, «tener que enumerar todo lo que el propietario puede hacer con la cosa poseída. De este modo se puede caracterizar al propietario de una cosa sin tener que especificar por qué procedimiento ha obteni-

do la propiedad de ella. Su situación como titular de este derecho subjetivo será siempre la misma, con independencia de que el derecho de propiedad se haya adquirido por compraventa, prescripción, herencia o donación»<sup>222</sup>.

El derecho subjetivo constituye así, según Alf Ross, una «construcción doctrinal para la exposición sistemática del derecho vigente»; «una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación»<sup>223</sup>. De este modo, «la idea de que entre la compra y la posibilidad de obtener la entrega de la cosa comprada se ha 'creado' algo, que puede ser llamado 'propiedad', carece de sentido —dice Ross—. Nada se 'crea' —añade— por el hecho de que A y B cambien unas pocas frases interpretadas jurídicamente como 'contrato de compraventa'. Todo lo que ha ocurrido es que ahora el juez tomará este hecho en consideración y dictará sentencia en favor del comprador en una acción para obtener la entrega»<sup>224</sup>.

El derecho subjetivo constituye para Ross, desde la perspectiva del lenguaje de la Ciencia del derecho, un simple signo sin referencia semántica alguna, un simple expediente técnico, sin correspondencia alguna con fenómenos del mundo real, que constituye un instrumento de gran utilidad en el proceso de simplificación y clarificación del mundo jurídico, al que se ordena la Ciencia del derecho. Alf Ross resume así la significación del derecho subjetivo en la Ciencia jurídica: «... los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el derecho vigente o su aplicación a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté inserto entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas»<sup>225</sup>.

El derecho subjetivo constituye pues un mero instrumento para la descripción de un contenido jurídico o de una situación jurídica. Esa situación que se trata de explicar por medio del derecho subjetivo puede ser, según Ross, típica o atípica. En el primer caso aparece referido a

<sup>222</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>223</sup> *On law...*, cit., pp. 169 y 172.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 174.

«una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses»<sup>226</sup>. Constituyen situaciones atípicas, viene a decirnos Ross, desarrollando ideas de Bekker, Demoge y Nékám, aquellas que no se acomodan a «la idea del derecho subjetivo (concebido) como una sustancia que incluye una diversidad de funciones y que pertenece a un sujeto específico», que ha de ser «un ser humano o una organización de seres humanos» (persona jurídica)<sup>227</sup>.

### 3. *Análisis y revisión crítica de las categorías «ius in rem» y «ius in personam»*

La teoría jurídica de Alf Ross, preocupada, bajo el influjo directo de Kelsen, por la coherencia del pensamiento jurídico, culmina sus reflexiones en torno al derecho subjetivo con el replanteamiento y revisión de la distinción clásica entre derechos «*in rem*» y derechos «*in personam*»<sup>228</sup>.

Como es sabido, con los términos «*ius in rem*» se quiere significar, en un principio, el derecho a una cosa, mientras que con la expresión «*ius in personam*» se indica el derecho que una persona tiene a exigir que otra se conduzca de determinada forma; esto es, con los términos «*ius in personam*» designamos el derecho a una prestación ajena.

Ahora bien, el pensamiento jurídico se dio cuenta pronto de que la expresión «*ius in rem*» era equívoca, haciéndose necesario depurar y revisar su significación en el sentido de hacerla coherente con la idea fundamental de que solamente entre personas es posible establecer una relación jurídica; de que el derecho y el deber jurídico son relaciones específicas de unas personas con otras. Desde estos supuestos la idea de «*ius in rem*» cobra un nuevo significado: «el “*ius in rem*” —nos dice Kelsen— es, hablando estrictamente, un ‘*ius in personam*’, un derecho frente a las personas y no sobre las cosas, como el término parece sugerir... Un ‘*ius in rem*’ (... es) un derecho frente a un número indeterminado de personas, obligadas a conducirse de cierto modo con respecto a un determinado objeto»<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 177. Cfr. las pp. 175 a 178.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 181. Cfr. pp. 172 y ss., y 188.

<sup>228</sup> Sobre esta problemática véase el capítulo IX de su obra *Towards a realistic Jurisprudence*, cit.

<sup>229</sup> *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 100 y 101. Cfr. ALF ROSS: *On law...*, cit., 189 y ss.

Con ello la distinción entre «ius in rem» y «ius in personam» se configura como una especie de la categoría más amplia que distingue entre «derecho subjetivo absoluto» (implica deberes de un número indeterminado de personas) y «derecho subjetivo relativo» (derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada <sup>230</sup>.

Advierte Ross que esta crítica y revisión de la doctrina clásica tiene como exclusivo objetivo «llegar a una formulación jurídico-filosófica más plausible», sin controvertir «la distinción fundamental entre el derecho de disposición ("ius in rem") y el de pretensión o facultad ("ius in personam")», ni la idea subyacente de una conexión íntima entre el contenido de un derecho y su protección» <sup>231</sup>.

Alf Ross, llevando más lejos la exigencia de construir un lenguaje jurídico más lógico y coherente, pone en tela de juicio la doctrina clásica, preguntándose si es sostenible la distinción entre «derecho de disposición» (*right of disposal*) y «derecho de pretensión o facultad» (*right minada* <sup>230</sup>.

Con un rigor lógico implacable, kelseniano, señala Ross que la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión está desfigurada porque «los dos conceptos no están formados en base al mismo fundamento de división» <sup>233</sup>. El *derecho de disposición* constituye un concepto de significación sociológica: «define —dice Ross— una situación jurídica en relación con el efecto económico: la utilización real de un beneficio como efecto práctico de una posición jurídica»; mientras que «el derecho de pretensión o facultad, por su parte, es un concepto puramente jurídico (que) expresa únicamente la posición jurídica (la facultad del acreedor, el deber del deudor) y deja a un lado la ventaja económica que resulta de la aplicación práctica de las normas (la perspectiva del acreedor de obtener la prestación)» <sup>234</sup>. Se trata, pues, según Ross, de una «distinción deformada, que mezcla criterios económicos y criterios relativos a funciones jurídicas» <sup>235</sup>.

En opinión de Ross, no estamos pues ante dos concepciones homogéneas que ocupan posiciones simétricas dentro de un sistema lógico, sino frente a dos momentos de diferente naturaleza y significación por los

<sup>230</sup> Cfr. HANS Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 100.

<sup>231</sup> *On law...*, cit., p. 192.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 196.



que atraviesa el proceso, jurídicamente protegido, que lleva al uso y al disfrute de los bienes. Para Ross, también los derechos de pretensión o facultad procuran establecer un uso y goce económicos. Para él «el derecho de pretensión o facultad constituye una etapa preliminar del derecho de disposición. Tarde o temprano —nos dice— todo derecho de pretensión o facultad se transforma en un derecho de disposición»<sup>236</sup>. Ross puntualiza que la distinción entre derechos de disposición y derechos de pretensión o facultad «está estrechamente conectada con algo dinámico: el desarrollo temporal de una situación jurídica. Un derecho de pretensión o facultad (en sentido económico) se transforma —dice— en un derecho de disposición; y un derecho de disposición (en sentido funcional) puede, según las circunstancias, transformarse en un derecho de pretensión o facultad»<sup>237</sup> (facultad de proceder contra los que perturben el uso y disfrute de su propiedad).

Tratando de revisar dicha distinción sobre supuestos homogéneos de significación estrictamente jurídica, Ross, desarrollando la concepción kelseniana del derecho subjetivo<sup>238</sup>, caracteriza el derecho de disposición como un derecho que consiste únicamente en facultades no exigibles (*inmature claims*) —(Para Ross el derecho de disposición designa «situaciones jurídicas en las que está presente una condición fundamental para los procedimientos jurídicos, pero hasta ese momento sólo es posible indicar en forma indefinida el curso de conducta que dará lugar a la efectiva potestad de iniciar un procedimiento») —, definiendo el *derecho de pretensión o facultad* como «un derecho con facultades exigibles» (*mature claims*) —(Para Ross, las facultades exigibles que integran el derecho de pretensión «designan situaciones jurídicas en las que el titular del derecho puede iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia o puede por lo menos indicar en forma definida la conducta que dará lugar a ello») <sup>239</sup>—.

#### 4. El derecho subjetivo y su protección

Alf Ross prolonga el análisis lógico y la revisión de la doctrina del derecho subjetivo hasta el problema de la protección de que goza cada tipo de derecho, para superar la teoría que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre el contenido del derecho y la clase de protec-

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>238</sup> Cfr. HANS Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>239</sup> *On law...*, cit., p. 195.



ción que se le dispensa, distinguiendo así entre protección «*in rem*» y protección «*in personam*».

Ross distingue dos especies de protección: la *protección procesal o «estática»*, que «se refiere a las sanciones que pueden ser aplicadas en caso de violación del derecho subjetivo», y la *protección dinámica*, que «nada tiene que ver con sanciones (... y cuyas reglas) regulan la competencia entre diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa legítima de sucesión (...), no es (pues) protección de una posición jurídica existente, sino de la expectativa de un sucesor de ser colocado en una posición jurídica»<sup>240</sup>.

Sobre los supuestos de esta distinción, el profesor de Copenhague viene a decirnos, en primer lugar, que no hay «ninguna conexión necesaria ni, en la práctica, natural entre el contenido de un derecho y su protección estática (... existiendo) buenas razones para acordar a los derechos de pretensión o facultad protección contra la interferencia de terceros, sobre la base de principios sustancialmente iguales a los que se aplican a los derechos de disposición»<sup>241</sup>. En segundo lugar, indica Ross, que «la idea de que un derecho está dotado de un tipo específico de protección dinámica (“*in rem*” o “*in personam*”) es (...) errónea», pues «las diferencias en la protección dinámica (... están) condicionadas por el tipo de colisión (y) no por el tipo de derecho»<sup>242</sup>.

Designando el derecho de disposición con la letra «*a*» y el de pretensión o facultad con la letra «*b*», Ross indica que se pueden dar tres tipos de colisiones, cada uno de los cuales se resuelve en función de un principio específico. Así tenemos:

— *Colisión a-a*: derecho de disposición frente a derecho de disposición. Se soluciona en función del principio de prioridad.

— *Colisión b-b*: derecho de pretensión o facultad frente a derecho de pretensión o facultad. Se resuelve de acuerdo con el principio de competencia.

— *Colisión a-b*: derecho de disposición frente a derecho de pretensión o facultad. Se soluciona en virtud del principio de preferencia<sup>243</sup>.

Para Ross las exigencias del análisis lógico muestran que lo que existe en realidad son tres tipos de protección atribuidos a tres tipos de colisiones diferentes y no dos tipos de protección dinámica («*in rem*» e

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>243</sup> *Ibid.*, pp. 199 y 200.



«in personam»), como tradicionalmente ha venido admitiéndose. La distinción entre una protección «in rem» y una protección «in personam» no descansa, según Ross, en unos principios específicos y homogéneos, pues mientras la protección «in rem» aparece referida al «principio de prioridad» en la colisión a-a, lo que constituye su dato específico, y la protección «in personam» está referida, con el mismo sentido y alcance, al «principio de competencia» en la colisión b-b, ambos tipos de protecciones, tanto la protección «in rem» como la protección «in personam», incluyen el «principio de preferencia» en la colisión a-b, que es contemplada en cada caso desde una perspectiva diferente<sup>244</sup>.

Con todo ello, Ross trata de poner de relieve la falta de consistencia y de rigor lógico de la distinción entre protección «in rem» y protección «in personam» —distinción que no descansa sobre unos supuestos específicos y homogéneos—, así como la intrincada y compleja problemática que se oculta tras esa aparentemente simple distinción, contribuyendo, de este modo, a depurar y a precisar las categorías del pensamiento y las palabras del lenguaje jurídico, explicando en términos rigurosamente lógicos y coherentes, desde sus específicos supuestos epistemológicos, la significación del derecho subjetivo.

## V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y CONCLUSIONES

### 1. *Insuficiencias y limitaciones de los supuestos y planteamientos del «realismo nórdico»*

La valoración crítica de la significación, del alcance y de las limitaciones de la aportación del realismo nórdico, y, de modo más concreto, de Karl Olivecrona y Alf Ross, al tema que nos ocupa, es algo que hay que encuadrar y llevar a cabo desde los supuestos del análisis de la significación, de las posibilidades y de los límites del positivismo lógico para el pensamiento jurídico.

El positivismo lógico, como observa Bochenski<sup>245</sup>, ha subrayado la necesidad de usar un lenguaje riguroso para comunicar las ideas científicas, toda vez que el empleo de un lenguaje común o poético puede entrañar con facilidad «un no-sentido sintáctico». Ello ha dado lugar, indica Bochenski, a la atención que se concede, en la filosofía actual, al análisis del sentido sintáctico.

<sup>244</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 200 y 201.

<sup>245</sup> *Los métodos...*, cit., p. 102.



Desde el punto de vista jurídico la trascendencia del análisis lingüístico resulta obvia, ya que en la investigación jurídica el lenguaje ocupa un plano que no tiene correspondencia en otros sectores del conocimiento científico, puesto que el derecho se expresa, fundamentalmente, a través de proposiciones lingüísticas. Una norma jurídica viene formulada, generalmente, en términos lingüísticos, y las grandes tareas de la Ciencia jurídica versan sobre el lenguaje; son análisis, interpretación y crítica del lenguaje a través del cual se expresa el derecho, con vistas a la elaboración de un metalenguaje claro, sistemático, riguroso y coherente que explicita las normas jurídicas<sup>246</sup>.

Sin embargo, el positivismo lógico adolece de grandes limitaciones en orden al conocimiento jurídico. Por lo pronto, la tesis de la unificación terminológica y conceptual de las ciencias, como exigencia del programa de la unificación de la ciencia postulado por el fisicalismo, y la reducción de la filosofía a un simple método ordenado al análisis y a la corrección del lenguaje científico, ignora la necesidad de un pluralismo gnoseológico que viene exigido por la pluralidad de objetos formales existentes en el Derecho, y cuyo desconocimiento supondría una mutilación y un empobrecimiento radicales del ámbito del saber jurídico, y humano en general. La Ciencia jurídica conoció una situación similar bajo la hegemonía del formalismo conceptualista y la consiguiente utilización de los métodos de las Ciencias naturales en su ámbito, lo cual, como observa Hernández Gil<sup>247</sup>, trajo consigo la elevación del nivel científico, pero originó problemas que justificaron el abandono de tal dirección metodológica. Es más, la misma idea de una ciencia unificada, preconizada por el positivismo lógico, ha resultado ser un proyecto utópico, pues a medida que los métodos de trabajo científico se especializan y se vuelven más rigurosos, más se restringe el campo de sus aplicaciones. Los modernos métodos lógicos se han aplicado con éxito en el campo de las matemáticas y de la física, pero su utilización en el ámbito de las ciencias de la cultura y las ciencias sociales resulta cuestionable.

Por otro lado, el empirismo radical del positivismo lógico parece que propiciaría la disolución de las diferentes ciencias jurídicas particulares en la Sociología del derecho, como ciencia jurídica fundamental. En este sentido resultan reveladoras las siguientes palabras de Otto Neurath: «presenta mayor interés (...) determinar qué efectos producen ciertas medidas y, menor, el precisar si los preceptos formulados en los códi-

<sup>246</sup> Cfr. JUAN RAMÓN CAPELLA: *El derecho como lenguaje* (Un análisis lógico), Ed. Ariel, S. A., Barcelona, 1968, pp. 27 y ss.

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 151.



gos son lógicamente consecuentes. No se necesita, evidentemente, ninguna disciplina especial para comprobar la compatibilidad lógica de las reglas para la administración de un hospital. Lo que se requiere conocer es cómo el funcionamiento conjunto de ciertas medidas afecta el estado de salud, para poder actuar en conformidad»<sup>248</sup>.

Desde estos supuestos epistemológicos y metodológicos, el pensamiento jurídico ha discurrido, especialmente, por los cauces estrechos y rígidos, aunque rigurosos, de la lógica jurídica y de la Teoría general del derecho, soslayando, cuando no negando abiertamente, la problemática ética del derecho, si bien no han faltado los esfuerzos, como sucede en el caso de Hart, por elevarse, desde los supuestos del análisis del lenguaje usual, a la admisión de unos contenidos mínimos de Derecho natural, que deben informar al derecho positivo<sup>249</sup>. También merece ser destacada la posición de Bobbio, que hace de la Teoría de la justicia un tema central de la Filosofía del derecho<sup>250</sup>.

En todo caso, el pensamiento de los juristas nórdicos, y, por lo que aquí nos interesa, el de Olivecrona y el de Ross, se ha mantenido y desenvuelto dentro de los límites del más estricto positivismo. Su pensamiento nos ofrece una doble perspectiva:

De un lado, desde los supuestos epistemológicos y metodológicos del positivismo lógico y de una concepción rigurosamente sociológica, realista, del derecho, tanto Olivecrona como Ross, en su estudio del derecho subjetivo, descubren aspectos y dimensiones del mismo, y encuentran fácil acceso a cuestiones y a problemas que pasan desapercibidos desde otros puntos de partida. En todo momento, fieles a los supuestos epistemológicos y metodológicos de los que parten, desenvuelven, con una coherencia y un rigor lógico impecables, su crítica del derecho subjetivo.

De otro lado, el pensamiento de Olivecrona y de Ross revelan, en todo momento, las consecuencias de una concepción simplista, insuficiente, del derecho. El derecho es una realidad compleja cuyas dimensiones ontológicas o momentos del proceso de su realización son los

<sup>248</sup> *Sociología en fiscalismo*, cit., p. 313.

<sup>249</sup> Cfr. H. L. HART: *El concepto del derecho*, trad. esp. de GENARO R. CARRÍO, 2.ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 239 y ss. Cfr. LUIS LEGAZ Y LA-CAMBRA: *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., cit., pp. 245 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 372 y siguientes.

<sup>250</sup> En relación con la posición de NORBERTO BOBBIO, véase su *Teoría della Scienza giuridica*, cit., pp. 9 y ss., 29 y ss. Cfr. GUIDO FASSÓ: *Storia...*, vol. III, cit., páginas 410 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 377, 379, 382 y ss.; ENRICO PÁTTARO: *Filosofía del derecho...*, cit., pp. 36, 40 y ss.



constituidos por la *legitimidad*, la *legalidad* (o validez dogmática) y la *eficacia* <sup>251</sup>. Tanto Olivecrona como Ross simplifican en exceso el derecho —y lógicamente ofrecen una imagen deformada, parcial, del mismo— al reducirlo a un fenómeno de fuerza social organizada cuyo ejercicio corresponde, en régimen de monopolio, al Estado <sup>252</sup>. Tanto Olivecrona como Ross confunden la parte con el todo; identifican la fuerza organizada, que es un elemento natural —no esencial— del derecho, con el derecho mismo.

Las insuficiencias y limitaciones de esa concepción del derecho se reflejan tanto en la crítica de la idea de derecho subjetivo que desenvuelven Olivecrona y Ross como en las consecuencias que pretenden extraer de la misma.

Estas consideraciones críticas se prolongan, por la propia dinámica del pensamiento, en las conclusiones que siguen, las cuales, en rigor, constituyen un programa de trabajo que será objeto de un futuro desarrollo en otro estudio; en especial, las consideraciones referidas a la problemática ético-ontológica del derecho subjetivo. Por ahora, nos limitaremos a apuntar lo que sigue:

## 2. *Significación y funciones de la idea de derecho subjetivo.*

### *Su significación ética*

a) La estructura integrada por la idea de derecho subjetivo constituye una forma habitual del pensar sobre el derecho. Aunque la elaboración científica de su concepto sea obra, fundamentalmente, de la Pandectística del siglo XIX, parece que la idea de derecho como poder o facultad de obrar, de disponer de algunas cosas y de exigir de otros determinados comportamientos, constituye una categoría propia de cualquier sistema jurídico conocido. Frosini advierte 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 ingenua (... El derecho subjetivo, añade), corresponde a una constante de la experiencia jurídica. En efecto —dice—, 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 —continúa diciendo— un derecho subjetivo; si, en cambio, se trata de

<sup>251</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO: *Teoría della norma giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1958, pp. 35 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *op. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>252</sup> Cfr. KARL OLIVECRONA: *El derecho como...*, cit., pp. 14, 15, 95 y ss., 103 y ss., 105 y ss., 133 y ss.



un comportamiento de obediencia o sujeción, de una acción vinculada, existe un deber jurídico»<sup>253</sup>.

b) La idea de derecho subjetivo —como han puesto de relieve tanto Olivecrona como Ross, según ya hemos visto— constituye una *categoría técnico-jurídica*, una *categoría metódica* que introduce economía, simplicidad, claridad, rapidez y seguridad en el pensamiento jurídico, permitiéndonos comprender y expresar, como una totalidad de sentido, la significación y el alcance de un complejo de normas y de situaciones jurídicas. En tal sentido, la idea de derecho subjetivo cumple una serie de *funciones pragmáticas* (informativas, prescriptivas, etc.), tanto en el plano de la teoría como en el de la praxis jurídica, haciendo practicable el derecho. El derecho subjetivo constituye, pues, una categoría metódica, pragmática, difícilmente sustituible, por razones de economía y eficacia del pensamiento, dentro del proceso de despliegue y realización de la función ordenadora del derecho.

c) Siendo verdad cuanto antecede pensamos que el derecho subjetivo quizá sea algo más que un mero hábito del pensamiento o que un concepto técnico-jurídico construido por la doctrina para la exposición sistemática, clara y segura del derecho vigente. En un plano más profundo que el meramente psico-sociológico que connota la idea de hábito mental, y que el meramente técnico-jurídico propio de la construcción doctrinal<sup>254</sup>, pensamos que la idea de derecho subjetivo constituye una *categoría ontológica* del derecho. Esto es, una *estructura o forma fundamental del derecho* de la misma naturaleza, significación y alcance que las de norma jurídica, relación jurídica, deber jurídico, etc. El derecho subjetivo, igual que esas categorías, constituye una estructura ontológica, sustancial, constitutiva del fenómeno jurídico, hasta el punto de que éste resulta difícilmente pensable sin aquélla. Del mismo modo que no cabe concebir un derecho que no consista en preceptos, que no imponga deberes, que no articule su orden en un complejo de relaciones jurídicas, tampoco cabe pensar un derecho cuyo sistema de relaciones y deberes no se encuentre complementado, garantizado y humanizado con la estructura básica, fundamental, del derecho subjetivo<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> *Op. cit.*, pp. 267 y 268.

<sup>254</sup> FEDERICO DE CASTRO advierte que los derechos subjetivos «son algo más que criaturas de la técnica jurídica». *Op. cit.*, p. 640.

<sup>255</sup> Cfr. JEAN DABIN: *El derecho subjetivo*, trad. esp. de FRANCISCO JAVIER OSSET, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 64.

Indica RADBRUCH: «... no sería posible construir ningún orden jurídico a base, exclusivamente, de normas imperativas. De la norma imperativa se desprende, evidentemente, el deber jurídico, que sirve, a su vez, a la protección del interés, y, por

Desde luego no es imaginable un orden jurídico-político, de significación no totalitaria, que no se apoye y fundamente, en parte, sobre un sistema de derechos subjetivos <sup>256</sup>.

d) En cuanto categoría ontológica del derecho, el derecho subjetivo participa de la *significación ética* del mismo.

Esa significación ética se pone de manifiesto en una pluralidad de funciones jurídico-políticas que el derecho subjetivo —especialmente, bajo la forma de «derechos fundamentales»— cumple en la vida social.

Dejando a un lado la discusión de si los derechos naturales o humanos son o no son derechos subjetivos, lo que sí parece cierto es que lo que un gran sector de la doctrina denomina «derechos fundamentales» (*Grundrechte*) <sup>257</sup> —en cuanto derechos naturales o humanos positivados

---

tanto, indirectamente, el concepto de bien jurídico como interés jurídicamente protegido. Pero por este camino no llegaríamos nunca al concepto de derecho subjetivo, más estrecho que el de bien jurídico: el derecho subjetivo implica la posibilidad de reclamar a favor de uno la protección de los bienes jurídicos y de poner en acción los medios necesarios para ello. Es evidente que el derecho subjetivo, así entendido, sólo puede basarse en una norma de otro tipo: en una norma facultativa. Al lado de las normas imperativas, que crean deberes jurídicos, protegiendo por medio de ellos los bienes jurídicos, tiene que haber —subraya RADBRUCH— normas facultativas, que son las que convierten estos bienes jurídicos en derechos subjetivos. Y es el propio legislador, con arreglo a la idea que tenga del hombre, quien decide a qué clase de normas desea encomendar la realización de una norma de valor, si a las normas imperativas o a las facultativas». *Introducción a la Filosofía del derecho*, trad. esp. de WENCESLAO ROCES, 3.ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 85 y 86.

<sup>256</sup> FEDERICO DE CASTRO observa a este respecto: «Es premisa para el buen funcionamiento de la organización jurídica reconocer —y no sólo el mínimo exigido por el Derecho natural— derechos subjetivos a la persona. La omnipotencia del Derecho administrativo secaría la fuerza espontánea de la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad. La concesión de un "ámbito de confianza" a la persona, de acuerdo con la propia naturaleza social del hombre, es, por ello, provechosa para la vida de toda la comunidad. Cada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la organización jurídica, aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social.» Y añade a continuación: «El concepto del derecho subjetivo está en contradicción con la concepción colectivista; pero tampoco puede basarse, adecuadamente, en la individualista. El error de ésta se halla en señalar distinto origen, justificación y fin a la organización de la comunidad jurídica y a los derechos subjetivos de la persona. Esta, como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la comunidad, sino en función de ella. La "summa ars" de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales.» *Op. cit.*, páginas 639 y 640.

<sup>257</sup> También se les denomina con la expresión más imprecisa, pero de indudable arraigo en la doctrina francesa, de «libertades públicas».



en las constituciones estatales y en documentos jurídicos internacionales— si constituyen auténticos derechos subjetivos<sup>258</sup>. Sobre todo los derechos reconocidos en las constituciones (las cuales, para la moderna doctrina —en virtud de los *principios de «aplicación inmediata»* y de «vinculación más fuerte»— adquieren la condición de «normas directamente aplicables») y en los pactos y convenios internacionales.

Los *derechos fundamentales* —categoría dentro de la cual queda absorbido el concepto de «derechos públicos subjetivos», relativos a las relaciones entre el Estado, como persona jurídica, y los ciudadanos particulares<sup>259</sup>—, en cuanto especie del derecho subjetivo, constituyen el cauce y la forma técnico-jurídica adecuada para la positivación de los derechos naturales, de carácter público y privado, preparando y haciendo así posible su concreción, su goce y disfrute, así como su protección y defensa<sup>260</sup>.

Entre las funciones primarias de significación ética que cumplen los derechos fundamentales cabe destacar:

1.º) *En el ámbito político* los derechos fundamentales de la persona humana constituyen:

— El fundamento del orden jurídico político. El reconocimiento, el respeto y la protección de dichos derechos es condición indispensable del orden social —tanto nacional como internacional— justo y pacífico.

— El criterio de legitimación y valoración del orden político. La democracia, en cuanto criterio supremo de legitimación política, culmina en el «Estado de derecho», el cual implica, entre otras exigencias, el reconocimiento, la promoción, la garantía y defensa de los derechos fundamentales de la persona humana<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Los derechos del hombre*, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 14 y 24; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: «Delimitación conceptual de los derechos humanos», en el vol. col. «Los derechos humanos» (Significación, estatuto jurídico y sistema), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Salamanca, 1979, pp. 23, 24, 29 y 30.

<sup>259</sup> Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *op. cit.*, pp. 22 y ss.; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Delimitación conceptual...*, *cit.*, pp. 26 y ss.

Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 34 y ss.

<sup>260</sup> Cfr. MICHEL VIRALLY: *op. cit.*, p. 63; VITTORIO FROSINI: *op. cit.*, p. 272. Significativo a este respecto es el título de la obra de ANTONIO ESTEBAN DRAKE: *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

<sup>261</sup> Cfr. GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del derecho*, trad. esp., 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 237 y ss., en especial p. 244; HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del derecho*, trad. esp. de JUAN MANUEL MAURI, Ed. Ariel,



— El fin del poder político —de la actividad política tanto nacional como internacional— que, en relación con los derechos fundamentales de la persona humana, debe reconocerlos, respetarlos, crear las condiciones que hagan posible su efectivo goce y ejercicio, removiendo cuantos obstáculos se opongan a ello, y protegerlos.

— Un límite al ejercicio del poder, y el fundamento de la resistencia, pasiva y activa, frente al poder tiránico y la opresión <sup>263</sup>.

2.º) *En el ámbito específicamente jurídico* los derechos fundamentales de la persona humana operan como:

— Criterio de legitimación y fin del derecho <sup>263</sup>.

— Instrumento para la concreción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, públicos y privados.

— Criterio guía o directriz —de significación ético-material— que inspira la legislación, así como el proceso hermenéutico de la interpretación e integración del orden jurídico, con especial referencia al ordenamiento constitucional <sup>264</sup>.

— Instancia crítica y factor que impulsa el proceso del perfeccionamiento ético del derecho positivo <sup>265</sup>.

### 3. *Notas para una fundamentación de la idea de derecho subjetivo desde los supuestos de la Filosofía jurídica tradicional*

La referencia a la significación y a las funciones ético-jurídicas y políticas del derecho subjetivo nos lleva a plantearnos el problema de la fundamentación ontológica y ética del mismo.

En la fundamentación del derecho subjetivo hay que distinguir dos planos o niveles:

En un primer plano —inmediato o próximo— el fundamento del de-

---

Barcelona, 1961, pp. 219 y ss.; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofía del derecho*, edic. cit., pp. 656 y ss.; ELÍAS DÍAZ: *Estado de derecho y sociedad democrática*, 2.ª ed., Ed. Cuadernos para el Diálogo, «Edicusa», Madrid, 1966, pp. 25 y ss.; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: «Estado de derecho y derechos fundamentales», en el vol. *Los derechos humanos*, cit., pp. 153 y ss.

<sup>262</sup> Estas funciones aparecen expresamente reconocidas en multitud de textos constitucionales, de declaraciones, pactos, convenciones y otros textos jurídicos de carácter internacional, así como en diferentes documentos de doctrina social de la Iglesia Católica.

<sup>263</sup> Cfr. VITTORIO FROSINI: *op. cit.*, pp. 272 y 274.

<sup>264</sup> Cfr. FRIEDRICH MÜLLER: *Juristische Methodik*, 2.ª Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1976: *Juristische Methodik und politisches System*, 1976.

<sup>265</sup> Cfr. VITTORIO FROSINI: *op. cit.*, pp. 269, 273 y 274.

recho subjetivo radica en el derecho positivo, en cuanto norma objetiva de conducta: el derecho subjetivo es una creación del ordenamiento jurídico positivo <sup>266</sup>.

En un plano más profundo, metafísico, el derecho subjetivo encuentra su fundamentación última, ontológica y ética, en la idea de justicia <sup>267</sup> y en los valores fundamentales de la persona humana.

#### A) *Justicia, seguridad jurídica y derecho subjetivo*

A nuestro modo de ver el fundamento ontológico del derecho subjetivo reside en la justicia, con lo cual la idea de derecho subjetivo —depurada de las adherencias y excesos en que incurrieron, tanto en el plano teórico como en el práctico, algunas de sus formulaciones individualistas— se configura como una categoría perfectamente compatible con los principios y supuestos fundamentales de la Filosofía jurídica tradicional, y directamente asimilable por la misma. «Admitir la existencia de derechos subjetivos —advierte Dabin— no es tomar partido por una doctrina individualista, y menos aún legitimar un ejercicio excesivo, abusivo, anti-social, del derecho subjetivo» <sup>268</sup>.

Veamos de qué modo la justicia se constituye en fundamento ontológico del derecho subjetivo.

¿Qué es la justicia? «Iustitia —sentencia Ulpiano— est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» <sup>269</sup>. «La justicia— dice Santo Tomás— es el modo de conducta (*habitus*) según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada cual su derecho» <sup>270</sup>. La justicia tiene pues por objeto el «derecho» (*dikaion, ius*); lo que corresponde a cada uno como «suyo» (como su «derecho»). El derecho es pues algo anterior al acto de justicia: «el derecho es el objeto de la justicia» <sup>271</sup>.

La justicia así concebida se diferencia de otras virtudes, que cons-

<sup>266</sup> Cfr. JEAN DABIN: *op. cit.*, pp. 61 y ss.; JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA: *op. cit.*, pp. 63 y ss.

<sup>267</sup> DABIN indica que si «en relación con la norma jurídica o regla de derecho (tenemos) el *derecho subjetivo jurídico*», «en relación con la norma moral de la justicia, se tendrá el *derecho subjetivo moral*», *op. cit.*, p. 61. Cfr. pp. 61 y ss.

<sup>268</sup> *Op. cit.*, p. 67. Cfr. pp. 9 y ss., 65 y ss.

<sup>269</sup> *Digesto*, 1,1,10, princ.

<sup>270</sup> S. Th. II-II. q. 58. a. 1.

<sup>271</sup> *Ibid.* II-II. q. 57. a. 1. Cfr. JOSEF PIEPER: «Über die Gerechtigkeit», en el vol. *Justicia y fortaleza*, trad. esp. de MANUEL GARRIDO, Ed. Rialp, Madrid, 1968, p. 17.



tituyen sus «partes potenciales», por tres notas fundamentales. Dichas notas son:

— *La relación de débito.* Lo característico de la justicia, para el pensamiento tradicional, es dar a cada uno lo que le *es debido como suyo*; como su propio derecho (*ius*). La justicia no excede nunca los límites de lo debido<sup>273</sup>: «lo bueno, bajo el concepto de debido, es propio de la justicia»<sup>273</sup>.

— *La igualdad.* Los límites de lo debido según la justicia vienen marcados por la idea de igualdad, aritmética, unas veces, y geométrica, otras. La justicia exige, en este sentido, tratar lo igual de igual manera, y lo desigual de modo diferente<sup>274</sup>. Dante subrayó esta nota o dimensión de la justicia cuando definió el derecho como «la proporción real y personal existente entre los hombres, que, si es conservada, conserva la sociedad, y si destruida, la destruye»<sup>275</sup>.

— *La alteridad.* La idea de igualdad implica alteridad: «como el nombre de justicia entraña igualdad —dice Santo Tomás—, es de naturaleza de la justicia referirse a otro, porque nada es igual a sí mismo, sino a otro»<sup>276</sup>. Como la justicia, explica Dabin, «tiene por función ordenar la conducta del hombre en las cosas que son relativas a otro (...), la justicia —añade— supone esencialmente la alteridad (*alietas*)»<sup>277</sup>.

Desde estos supuestos indica Pieper que «ser justo significa reconocer al otro en cuanto otro (...). La justicia enseña —añade— que hay un otro que no se confunde conmigo, pero *que tiene derecho a lo suyo*. El individuo —dice Pieper— es tal en la medida misma en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que le corresponda»<sup>278</sup>.

Por último hay que añadir que la alteridad, como nota constitutiva de la justicia, implica que ésta necesariamente ha de realizarse mediante un comportamiento externo: «la materia de la justicia —recuerda Santo Tomás— es la operación exterior»<sup>279</sup>. Quiere ello decir, explica Pieper, que «el *otro* no es, propiamente, alcanzado ni tocado por el

<sup>273</sup> Cfr. JOSEF PIEPER: *op. cit.*, pp. 94 y 100.

<sup>274</sup> S. Th. II-II. q. 79. a. 3.

<sup>275</sup> Cfr. ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, lib. V, 1129 a y ss.; EDUARDO GARCÍA MAYNEZ: *Doctrina aristotélica de la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973, pp. 75 y ss.; ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO: *Meditación sobre la justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pp. 43 y ss., 56 y ss.

<sup>276</sup> *De Monarchia*, lib. II, cap. V, 1.

<sup>277</sup> S. Th. I I-II. q. 58. a. 2.

<sup>278</sup> *Teoría general del derecho*, trad. esp. de FRANCISCO JAVIER OSSET, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 337. Cfr. JOSEF PIEPER: *op. cit.*, p. 37.

<sup>279</sup> *Op. cit.*, p. 39.

temple subjetivo de mi ánimo, por lo que yo opine, piense, sienta o quiera, sino por lo que haga. Sólo por la acción exterior —dice Pieper— se le restituye, en rigor, (al otro) lo que es suyo y le corresponde»<sup>280</sup>.

Caracterizada así la justicia tenemos ya los supuestos necesarios para explicar la fundamentación del derecho subjetivo. Este encuentra, como hemos indicado, su fundamento ontológico en la *justicia* y en la *seguridad jurídica*, la cual, como vamos a ver, no es un valor distinto de la justicia, sino un elemento o dimensión constitutiva de la misma.

a) La referencia de la *justicia* a lo «debido» a otro como «suyo», y la idea de «alteridad», esto es, el hecho de que la justicia sólo sea efectiva y se realice cuando en virtud de una acción exterior se le atribuye a cada uno lo que le corresponde como suyo (su «ius»), nos ofrecen los primeros supuestos para la fundamentación del derecho subjetivo.

De la referencia de la justicia a lo «debido» a «otro» se deduce, viene a decirnos Dabin, «la exigibilidad de la deuda de justicia. Puesto que (la justicia) —explica Dabin— tiene por objeto el derecho ajeno, y (...) este derecho ajeno es propio de su titular, este último tiene derecho a exigir su respeto, y si es preciso por la fuerza»<sup>281</sup>. La admisión de la exigibilidad de la deuda de justicia pone al descubierto el fundamento ético del derecho subjetivo. En este sentido indica Dabin, desde el supuesto de la exigibilidad de la deuda de justicia: «... de igual modo, y por su naturaleza, la regla jurídica está dotada de exigibilidad y funciona por la vía de la coacción: aquello que está requerido por el bien público o decidido de acuerdo con éste, pide que sea ejecutado, de modo voluntario o por la fuerza»<sup>282</sup>.

A la vista de cuanto antecede tenemos que la idea de derecho subjetivo, así como la coercibilidad, como elemento natural —no esencial— del derecho, encuentran su fundamentación ontológica en la «relación de débito» y en la «alteridad», en cuanto notas esenciales, constitutivas, de la justicia.

b) Una significación especial tiene en la fundamentación del derecho subjetivo el valor de la *seguridad jurídica*, en cuanto parte integrante o dimensión constitutiva de la justicia.

Como es sabido, la significación y las relaciones existentes entre la

<sup>279</sup> S. Th. II-II. q. 58. a. 10 y 11.

<sup>280</sup> *Op. cit.*, pp. 54 y 55. Cfr. las pp. 53 y ss.

<sup>281</sup> *Op. cit.*, p. 382.

<sup>282</sup> *Ibid.*, pp. 382 y 383.



justicia y la seguridad jurídica, en cuanto fines del derecho, son un tema controvertido, cuya problemática aún permanece abierta<sup>283</sup>.

A nuestro modo de ver las relaciones existentes entre justicia y seguridad podrían resumirse en los siguientes términos:

— La seguridad es un valor independiente de la justicia: es evidente que pueden existir relaciones o situaciones seguras pero injustas. La seguridad puede existir pues sin la justicia.

— Más problemático parece que la justicia pueda existir sin la seguridad. En nuestra opinión, la justicia no constituye un valor independiente, totalmente diferenciado, de la seguridad. No cabe imaginar —por contradictoria— una relación o una situación justa pero insegura, pues la inseguridad —al constituir la seguridad una exigencia primaria y constante de la naturaleza humana— contiene siempre, en mayor o en menor medida, una dosis de injusticia.

— Desde estos supuestos la seguridad se configura como un ingrediente o momento necesario del proceso de realización de la justicia: como una dimensión constitutiva de la misma. De este modo la seguridad constituye un valor asumido y trascendido por la justicia. De ahí resulta que si la seguridad puede existir sin la justicia, ésta es impensable sin aquélla. La seguridad constituye pues una parte necesaria, esencial, del contenido de la justicia.

La seguridad, en cuanto dimensión constitutiva de la justicia, exige que la atribución que ésta hace a cada uno de su *ius*, de su derecho, de lo que le corresponde como *suyo*, sea una atribución segura, en un doble plano, teórico y práctico.

En un *plano teórico*, la seguridad exige certeza en la determinación o concreción de lo que corresponde a cada uno como *suyo*, como su derecho (*ius*).

En un *plano práctico*, la seguridad exige certeza respecto de la atribución efectiva a cada uno de lo que le ha correspondido como *suyo*. Quiere ello decir que el valor de la seguridad jurídica no se realiza, en este orden de cosas, con la mera determinación cierta de lo que constituye el derecho (*ius*) de cada uno, sino que, en un momento posterior,

<sup>283</sup> Sobre el tema puede verse: LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE: *Los fines del derecho* (Bien común, justicia, seguridad), trad. esp. de DANIEL KURI BREÑA, 4.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1967; GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del derecho*, cit., pp. 95 y ss.; HEINRICH, HENKEL: *Introducción a la Filosofía del derecho* (Fundamentos del Derecho), trad. esp. de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Taurus Ed., Madrid, 1968, pp. 489 y ss., 493 y ss., 544 y ss. Y en especial pp. 553 y ss.; RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 7.ª ed., Ed. Jus, México, 1973, pp. 217 y ss., 233 y ss.



exige que, voluntaria o coactivamente, se atribuya de un modo real, efectivo, a cada uno lo que le corresponde como «suyo». Esto significa que las exigencias de la seguridad jurídica no se satisfacen pues con el mero conocimiento, por parte del sujeto de derecho, de lo que le corresponde como «suyo», sino que requiere también que éste tenga la certeza de que lo que es «suyo» —de que lo que constituye su «ius»— le será atribuido de modo efectivo, voluntaria o coactivamente, por quien resulte obligado a ello. Y esa certeza implica, en el sujeto de derecho, no sólo la facultad de exigir lo que le es debido, sino también la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del derecho para que, de modo efectivo, se le atribuya lo suyo.

De ahí resulta que la justicia —que como hemos indicado implica la seguridad, como un contenido esencial, constitutivo, de la misma— exige, como corolario necesario de la atribución de lo que a cada uno le corresponde como suyo, el reconocimiento, la atribución y la protección de cuantas facultades sean necesarias para que el sujeto de derecho pueda:

- exigir la atribución de lo que le corresponda como «suyo»;
- conservar, gozar y disponer de lo «suyo»;
- defender la posesión, goce y disfrute de lo «suyo» frente a cualquier pretensión o ataque contrarios a la justicia; defensa que no excluye, en determinados supuestos, el recurso a la fuerza física.

No otra cosa que ese complejo de facultades exigidas por la justicia es lo que se viene denominando derecho subjetivo; categoría ésta que puede ser plenamente asumida, sin ningún género de tensiones, violencias, ni fisuras, en sus supuestos, por la Filosofía jurídica de signo tradicional. Así aparece, por ejemplo, en el pensamiento de uno de los grandes renovadores de la doctrina escolástica del Derecho natural: el P. Viktor Cathrein. Cathrein, al estudiar el concepto de Derecho, admite, sin violentar su sistema, como una acepción del mismo, la idea de derecho en sentido subjetivo, entendido como la «facultad de poseer o exigir algo como suyo y disponer de ello para su propia utilidad, con exclusión de los demás»<sup>283 bis</sup>. En nuestros días, desde los supuestos, igualmente, de la Filosofía jurídica tradicional, Preciado Hernández ha incorporado la idea de derecho subjetivo a su sistema filosófico-jurídico, caracterizándolo como concepto fundamental del pensamiento jurídico,

<sup>283 bis</sup> *Recht, Naturrecht und positives Recht. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung.* (Reproducción fotomecánica de la ed. de Freiburg in Breisgau, 1909.) Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, pp. 70 y ss.



y definiéndolo como «el poder, pretensión, facultad o autorización que conforme a la norma jurídica tiene un sujeto, frente a otro u otros sujetos, ya sea para desarrollar su propia actividad o determinar la de aquellos»<sup>284</sup>. Otro tanto sucede en el pensamiento del profesor Antonio Truyol y Serra<sup>285</sup>.

B) *La dignidad y la libertad como valores fundamentales de la persona humana y el derecho subjetivo*

La justicia hace referencia al «ius», a lo «suyo». Pero ¿qué es lo «suyo»? ¿Cómo se determina?

Lo «suyo» no tiene una significación meramente formal, sino material, cuya determinación sólo puede llevarse a cabo en función de la naturaleza humana. «Al Derecho natural (...) venimos a parar inevitablemente —advierte Gómez Robledo— cuando quiera que nos esforzamos por llenar de un contenido material la noción formal de justicia»<sup>286</sup>.

El «ius», lo «suyo», es, en cada momento, lo exigido por la naturaleza humana, en función de su dignidad, en orden a su plena realización ontológica: «dar a cada uno lo *suyo* —escribe el profesor Luño Peña— equivale (...) a reconocerle aquello que está ordenado al bien inmediato de su naturaleza individual para el cumplimiento del fin social»<sup>287</sup>. Lo «suyo» es así lo «justo», lo ajustado, lo exigido por la naturaleza humana, en tensión hacia su plenitud ontológica.

El fundamento y criterio de lo «suyo», de lo debido a cada persona

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>285</sup> El profesor TRUYOL explica que junto al empleo de «la palabra *derecho* en sentido objetivo (...), otras veces, en cambio, la misma palabra se utiliza en *sentido subjetivo*, y entonces designa una facultad, un poder moral del hombre para un determinado comportamiento. Así, cuando se dice que alguien «tiene derecho a una cosa» (...Y añade:) Lo mismo que el derecho objetivo, el *derecho subjetivo* y el deber jurídico pueden ser *positivos* o *naturales*, según deriven de un reconocimiento de los hombres o de cualidades inherentes a la persona humana como tal». *Fundamentos de Derecho natural*, F. Seix Editor, Barcelona, 1954, pp. 3 y 8. Cfr. las pp. 7 y ss. Más adelante agrega TRUYOL, en relación con los derechos subjetivos naturales: «Las exigencias de esta naturaleza (humana, cualificada por las notas de racionalidad y sociabilidad) darán lugar a un conjunto de principios de convivencia (*derecho natural en sentido objetivo*) y a una serie de atribuciones inherentes a la persona humana (*derecho natural en sentido subjetivo*), anteriores, unos y otras, a toda determinación positiva.» *Ibid.*, p. 21.

<sup>286</sup> *Op. cit.*, p. 190.

<sup>287</sup> *Derecho natural*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed La Hormiga de Oro, Barcelona, 1950, p. 152.



como propio, en orden a la adquisición de su plenitud ontológica, radica en los valores supremos de su dignidad y su libertad.

En virtud de su dignidad el hombre se configura como un «*fin-en-sí*», que ha de realizarse libremente y que no puede ser reducido a la condición de medio para fines ajenos. Sólo las cosas pueden ser medios; el hombre, en función de su dignidad, sólo puede ser un fin en sí mismo. En este sentido ha podido escribir Pieper: «Si es cierto que hay algo que le corresponda al hombre sin paliativo de ningún género, que el hombre posee irrevocablemente un *suum*, un 'derecho' que pueda defender contra cualquiera y que a todos obliga al menos a no lesionarlo, ello es porque el hombre es 'persona', vale decir, un ser espiritual, que es un todo en sí, que existe para sí y por sí y en vista de su propia perfección»<sup>288</sup>.

En la dignidad del hombre, ha subrayado Flückiger, reside la raíz de sus derechos<sup>289</sup>, dignidad que encuentra su última fundamentación en la filiación divina. «Por la creación —dirá Santo Tomás— empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo»<sup>290</sup>. Y glosando a Santo Tomás dirá Pieper: «... si el hombre tiene derechos irrevocables, es porque ha sido creado como persona por una disposición divina, esto es, por una disposición que se encuentra fuera del alcance de toda discusión humana. Si hay algo, en última instancia, que pertenezca irrevocablemente al hombre, es porque éste es *creatura* (...) el derecho humano es intangible —concluye diciendo— porque el hombre es una criatura de Dios»<sup>291</sup>.

La dignidad y la libertad del hombre —como corolario de aquélla— constituyen la última respuesta al problema de la fundamentación de los derechos del hombre y, por lo que aquí nos interesa, al problema de la fundamentación del derecho subjetivo. El hecho radical de que el hombre sea un fin en sí —no un medio—, que ha de desenvolverse y realizarse libremente para alcanzar su plenitud ontológica, constituye el fundamento ontológico último de los derechos naturales y de la idea de derecho subjetivo —categoría directamente enraizada en el Derecho natural—, como medio para su concreción, su efectivo goce y ejercicio, y su defensa y protección.

<sup>288</sup> *Op. cit.*, p. 29. Cfr. las pp. 29 a 32.

<sup>289</sup> Cfr: FELIX FLÜCKIGER: *Geschichte des Naturrechtes*, t. I, Evangelischer Verlag, Zollikon-Zürich, 1954, p. 330.

<sup>290</sup> *Summa contra gentes*, II, 28.

<sup>291</sup> *Op. cit.*, pp. 31 y 32.



En este sentido —y por lo que se refiere a la *dignidad* de la persona humana, en relación con el problema que nos ocupa— ha escrito Federico de Castro: «*Existen derechos subjetivos por imperativo del Derecho natural*. Se puede afirmar, como dijera Santo Tomás de la propiedad —simbolizando en ella todos los derechos subjetivos—, que los derechos subjetivos se derivan del Derecho natural por un cuasi silogismo, '*per respectum et opportunitatem*'. A la persona, en reconocimiento de su valor de ser de fines, hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una '*potestas procurandi et dispensandi*'. No puede ser rebajada y reducida a la condición de simple medio ni siquiera de la comunidad. El reconocimiento efectivo de su valor por el derecho positivo —sin necesidad de enumeración pedante en tablas o declaraciones— es requisito de la legitimidad del mismo ordenamiento jurídico»<sup>292</sup>.

A propósito de la *libertad* —en cuanto valor fundamental de la persona humana— en relación con el derecho subjetivo, escribe Helmut Coing: «La esencia de la dignidad personal se encuentra (...) en su *autonomía* moral (...). En el orden jurídico —añade Coing— se realiza la dignidad humana cuando el derecho asegura a los hombres una esfera en la que puedan obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, una esfera en la cual el hombre no esté sometido a la decisión del poder de otros hombres ni convertido en mero instrumento al servicio de los fines de la comunidad, sino que es un hombre libre y responsable. Por ello es la *libertad* el bien supremo que la justicia jurídica puede entregar al hombre»<sup>293</sup>. Y señala Coing, en otro lugar: «*El reconocimiento de la esfera de la libertad (autonomía) fundamenta el derecho subjetivo*. Los derechos subjetivos son expresión de la protección jurídica de que disfruta la autonomía de la personalidad: el individuo titular de ellos puede utilizarlos y disponer de ellos como quiera. Esto le posibilita una vida personal bajo la protección del derecho»<sup>294</sup>.

Y concluye Coing, subrayando la conexión existente entre los derechos naturales o derechos del hombre y los derechos subjetivos: «El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre. Estos se basan en la exigencia moral de respetar la dignidad del hombre como persona moral (...). El derecho al respeto que resulta para la comuni-

<sup>292</sup> *Op. cit.*, p. 639. Cfr. HELMUT COING: *op. cit.*, p. 147; MICHEL VIRALLY: *op. cit.*, p. 63; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Louis Lachance y la fundamentación...*, cit., pp. 242, 243 y 247.

<sup>293</sup> *Op. cit.*, pp. 145 y 146.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 147.



dad jurídica y su orden constituye el derecho general de la personalidad y es el fundamento de la necesidad de reconocer *derechos subjetivos en general*»<sup>285</sup>.

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

---

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 180.

