

Augusto Iglesias

## Algunas consideraciones liminares sobre el derecho subjetivo frente al derecho objetivo

(ENSAYO DE FILOSOFÍA JURÍDICA)

### CAPITULO I

#### CONCEPTOS QUE SE IMPUGNAN

1. Se entiende por Derecho Objetivo el conjunto de proposiciones jurídicas que imponen el ordenamiento social. Estas proposiciones — que son en sí mismas normas de conducta — pueden ser tanto del derecho escrito como del consuetudinario, y de ellas derivan para los miembros de la comunidad jurídica derechos subjetivos y pretensiones especiales, los que pueden hacerse valer lo mismo contra los demás asociados que contra el Estado.

*Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo* son conceptos que se completan; pues mientras el primero indica la norma, el segundo envuelve sólo la pretensión, o, en otras palabras, *representa el derecho que aun no tiene capacidad legal.*

Para comprender bien la posición de estos dos conceptos es preciso que antepongamos en nuestro juicio la idea de las dos entidades genéricas que completan la de derecho; a saber, las entidades de *sujeto y objeto.*

Formalmente, sujeto y objeto no pueden excluirse. En una abstracción, en un puro proceso especulativo, cabría discriminar la idea de ambos términos, pero en la existencia jurídica ellos se presentan sólidamente vinculados. Lo mismo po-

dría decirse de cualquier fenómeno en cuya experiencia inter venga la razón humana.

Detengámonos, por ejemplo, en la constitución del Derecho; aquí, como en todo el campo experimental, *sujeto* y *objeto* son inseparables. Esta verdad ya aparece nítida en el criterio de los viejos romanos, los cuales le agregan un tercer elemento que es la acción. (\*)

En Filosofía del Derecho, el «sujeto» representa el pensamiento jurídico (subjetivo); y el «objeto», la norma (objetivo). Deduciéndose del primer término que el derecho subjetivo deriva de un acto de la voluntad, realizado o en potencia; de ahí su carácter individualista *a outrance*.

\* \* \*

2. Esta noción es la que formula Savigny cuando dice que el derecho subjetivo *es la facultad de querer de un sujeto en correspondencia con una obligación de parte de otro*.

El anterior concepto de Savigny ha sido vivamente atacado. Adúcese, en contra de su aserto, numerosas pruebas, en las que no hay, manifiestamente, un acto de voluntad no obstante existir derecho; asimismo algunas en que la existencia del derecho no requiere voluntariedad, v. g., la del heredero que ignora su calidad de tal, la de los imbéciles y menores de edad; la del hijo que se encuentra en el claustro materno, casos los indicados en que hay incapacidad de querer o voluntad legalmente reconocida.

Pero en tales casos de incapacidad la voluntad la ejerce una persona autorizada en forma legal que representa, jurídicamente, al incapaz de querer. En consecuencia, cabe afirmar que la voluntad activa es sólo imprescindible para el ejercicio del derecho y sólo en este caso el requisito de la «facultad de querer», de que habla Savigny, se impone por estricta lógica.

Opuesta a la interpretación de Savigny, es la de Ihering. Según este jurisconsulto, el derecho está íntimamente vinculado

---

(\*) Gayo enseña que todo derecho supone tres elementos: una *persona* que es el sujeto que lo ejerce; una *cosa* que es el objeto en el cual recae; y una *acción* que es la sanción con la ayuda de la cual se obtiene su reconocimiento y se le protege en caso de litigio. Paul Girard sostiene que Gayo debió encontrar este principio en alguno de los jurisconsultos antiguos, pues es notoria su ignorancia de muchos detalles del plan que él mismo se propuso y en el que va incluido el principio que se indica. (V. Manuel Elementaire de Droit Romaine, p. 7, París, 1906.)

al interés; y, en consecuencia, razona diciendo que «los derechos son intereses jurídicamente protegidos», (\*) punto sobre el cual convergió la crítica sosteniendo que, para definir lo que es el derecho, no debe atenderse a la finalidad, sino a los elementos que lo caracterizan.

A estos conceptos conviene agregar dos más, de primera categoría, en el campo de las ciencias jurídicas: el de Koschembahr - Lyskowski, profesor de Derecho Romano en la Universidad de Varsovia, y el de M. Leon Duguit, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, opiniones que tienen para nuestro estudio, una significación especial; pues, tanto el maestro polaco como el catedrático francés, son enemigos declarados de la idea de un sistema de derechos subjetivos, negando ambos la existencia misma de este derecho.

Y a este respecto, por la importancia particular que le damos a las doctrinas de los jurisconsultos citados, debemos advertir a los que nos lean, que en este ensayo sólo nos hemos propuesto — agregando al mismo tiempo algunas consideraciones históricas — comentar los juicios que M. Duguit y M. Koschembahr - Lyskowski dictaminaron en sus cátedras a propósito del Derecho Subjetivo.

Comenzaremos por los puntos de vista del Maestro polaco.

\* \* \*

3. Opina Koschembahr que el derecho debería ser considerado adoptándose para él *una base objetiva*. Para conseguirlo habría que imprimirle, tanto al orden jurídico como a la jurisprudencia, un rumbo distinto en las finalidades sociales y económicas que se proponen las partes al producirse una relación jurídica.

Expliquémonos, siguiendo, en forma esquemática, el pensamiento del jurisconsulto citado. «Siempre que se produzca — prosigue — una relación jurídica, las partes tienen vista *una finalidad social o económica determinada*, la que debe realizarse por medio del acuerdo de la relación jurídica.» (\*\*). Cons-

(\*) *Sprit du Droit Romaine*, t. IV, p. 326. París, 1878.

(\*\*) Koschembahr - Lyskowski hace hincapié en que, por ahora, no habla de las relaciones jurídicas «en que el fin social o económico es determinado por una sola de las partes, por ejemplo, en las relaciones jurídicas constituídas por un testamento». (*Quelques dispositions generales d'un projet de Code Civil Polonais*. Deux conférences faites en 1928 a la Faculté de Droit de L'Université de Paris. Revue trimestrielle de Droit Civil, t. XXVII, 1928, p. 586.)

tituída esta relación, las partes determinan la finalidad social o económica que ellas esperan, y el derecho les da su sanción garantizando el conseguimiento de ese fin.

El derecho en estas circunstancias abandona a la vida misma la facultad de conducir las relaciones entre las personas, para sancionar luego, — en la forma en que la vida lo haya elaborado —, el estado de cosas que se produzca.

Ahora bien, si sometemos a análisis los efectos de la anterior situación, no tardaremos en comprobar que el imperio del *elemento social* en el derecho, lleva de continuo a situaciones cargadas de injusticia.

No sucedería lo mismo si se diera al derecho y a la jurisprudencia la *base objetiva* a que se refiere el Maestro polaco, las finalidades sociales o económicas que se proponen las partes de común acuerdo, deberían apreciarse *no sólo como voluntad de las partes*, sino, también, según las circunstancias en las cuales se encontraron las partes al constituirse la relación jurídica.

Es fácil deducir que este punto de vista de la noción de Koschembahr - Lyskowski se vincula aquí, de inmediato, con la doctrina del *abuso del derecho*.

\* \* \*

4. Esta doctrina no es todo lo moderna y revolucionaria que generalmente se la cree. Al contrario, ella constituye, — como dice Ripert — «un reconocimiento implícito de la idea cara a los jurisconsultos del siglo XIX sobre el absolutismo del derecho subjetivo.» (\*)

La teoría que entraña esta noción ha sido muy discutida por los jurisconsultos, en lo que va corrido del siglo. Pero, «¿es que en realidad existen derechos absolutos?» — se dicen—. Aceptar la idea de un derecho que lleva envuelto un abuso, es invalidar este derecho de antemano. Si yo tengo un derecho, y lo uso, el acto por el cual lo ejercito es lícito; y cuando el acto que yo ejecuto es ilícito es que yo he rebalsado mi derecho y que obro sin él, *pues el derecho cesa donde comienza el abuso*, «y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario a él.» (\*\*)

(\*) GEORGES RIPERT: *La regle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 154.

(\*\*) PLANIOL: *Traité élémentaire de D. C.*, 9eme. ed., t. II, N.º 871. (Ref. de Ripert. ob. cit.)

De ahí que la expresión misma «derecho abusivo» debe ser sometida a severas críticas; porque en la mayoría de los casos, cada vez que se le trae a colación, viene usada con cierta libertad discursiva, la cual desborda del sentido estricto que necesitan los vocablos en el lenguaje jurídico. Generalmente se consideran como abusivos de un derecho actos en que éste no da sino su apariencia; y con la cual apariencia, el derechohabiente trata de evitar en absoluto o esquivar en lo posible la indemnización que pide el daño causado por su acto. Pero existe, también, además del abuso *aparente* un verdadero abuso del derecho, pese a las ideas que se dan en contra. La definición de M. Savatier, nos servirá para aclarar éste concepto. «El abuso del derecho — dice — se nos presenta como un conflicto entre el derecho y la moral; o, con más precisión, entre un derecho positivo y un deber moral que le incumbe. Si ejercita su derecho, falta a su deber moral.» (\*)

He aquí un conflicto casi imposible de resolver objetivamente: Derecho Civil versus Etica. Tema bien desagradable para los simples abogados y harto escabroso y profundo para nuestra incompetencia.

Situémonos, pues, de nuevo frente al valor de las palabras. De acuerdo con el justo sentido de los vocablos que lo representan, no habría derecho abusivo sino cuando el acto ejecutado no fuera en sí mismo irreprochable.

La falta de utilidad positiva en el ejercicio de un derecho, y del que, por capricho de su titular, sólo se deseara obtener un daño para otro, caería dentro de la anterior señalación. Esto es lo que trata de evitar el Código Civil alemán al prescribir en su párrafo 226: «No es permitido el ejercicio de un derecho cuando él no puede tener otro fin que el de causar un daño a otro.» (\*\*)

En la literatura clásica existe un ejemplo, magnífico y terrible, sobre un caso de abuso del derecho; nos da este ejemplo Shakespeare en la escena en que Shylock, el judío avaricioso del «Mercader de Venecia», exige, de acuerdo con el contrato que tiene, que el veneciano Antonio, como deudor insolvente, le entregue una libra de carne de su cuerpo. Conviene recor-

---

(\*) SAVATIER: *Effets et sanctions du devoir moral*, 1916, p. 22. (Ref. de Ripert. ob. cit.)

(\*\*) Igual afirmación se encuentra en el Código Civil Suizo, pero más diluida y menos efectiva que la anterior; dice: «El abuso manifiesto de un derecho no está proseguido por la ley.»

dar los conceptos que se entrecruzan en aquella escena inmortal, y que a la vez que ennoblecen el sentido de la escena dramática del Renacimiento inglés, arrojan ampos de luz sobre muchos aspectos interesantes de la evolución del Derecho:

DUX. — Antonio y Shylock, acercaos.

PORTIA. — (Rica heredera que hace de abogado). ¿Sois vos Shylock?

SHYLOCK. — Ese es mi nombre.

PORTIA. — Raro litigio tenéis; extraña es vuestra demanda, y no se os puede negar conforme a las leyes de Venecia. Corre mucho peligro vuestra víctima ¿no es verdad?

ANTONIO. — Verdad es.

PORTIA. — ¿Confesáis haber hecho ese trato?

ANTONIO. — Lo confieso.

PORTIA. — Entonces es necesario que el juicio se compeza de vos.

SHYLOCK. — ¿Y por qué? ¿Qué obligación tengo? Decídmelo.

PORTIA. — La clemencia no quiere fuerza: es como la plácida lluvia del cielo que cae sobre un campo y lo fecunda: dos veces bendita porque consuela al que la da y al que la recibe. Ejerce su mayor poder entre los grandes: signo de su autoridad en la tierra es el cetro, rayo de los monarcas. Pero aun vence al cetro la clemencia, que vive como en su trono, en el alma de los reyes. La clemencia es atributo divino, y el poder humano se acerca al de Dios, cuando modera con la piedad la justicia. Hebreo, ya que pides no más que justicia, piensa que si sólo justicia hubiera, no se salvaría ninguno de nosotros. Todos los días en la oración pedimos clemencia, pero la misma oración nos enseña a perdonar como deseamos que nos perdonen. Te digo esto, sólo para moverte a compasión; porque como insistes en tu demanda, no habrá más remedio, con arreglo a las leyes de Venecia, que sentenciar el pleito en favor tuyo y contra Antonio.

SHYLOCK. — Yo cargo con la responsabilidad de mis actos. Pido que se ejecute la ley, y que se cumpla el contrato.

PORTIA. — ¿No puede pagar en dinero?

BASANIO. — (Amigo de Antonio). Yo le ofrezco en nombre suyo, y duplicaré la cantidad, y aun le pagaré diez veces, si es necesario, y daré en prenda las manos, la cabeza y hasta el corazón. Si esto no os parece bastante, será porque la malicia vence a la inocencia. Romped para este solo caso esa ley

tan dura. Evitaréis un gran mal con uno pequeño, y contendréis la ferocidad de ese tigre.

PORTIA. — Imposible; ninguno puede alterar las leyes de Venecia. Sería un ejemplar funesto, una causa de ruina para el Estado. No puede ser.....

SHYLOCK. — ¡Es un Daniel quien nos juzga! ¡Sabio y joven juez! ¡Bendito seas!

PORTIA. — Déjame examinar el contrato.

SHYLOCK. — Tómale, reverendísimo doctor.

PORTIA. — Te ofrecen tres veces el doble de esa cantidad.

SHYLOCK. — ¡No, no! Lo he jurado y no quiero ser perjuro, aunque se empeñe toda Venecia.

PORTIA. — Ha expirado el plazo y dentro de la ley puede el judío reclamar una libra de carne de su deudor. Ten piedad de él: recibe el triplo y déjame romper el contrato.

SHYLOCK. — Cuando en todas sus partes esté cumplido. Pareces, juez, íntegro; conoces la ley; haz expuesto bien el caso; sólo te pido que con arreglo a esa ley, de la cual eres fiel intérprete, sentencies pronto. Te juro que no hay poder humano que me haga dudar ni vacilar un punto. Pido que se cumpla la escritura.

ANTONIO. — Pido al Tribunal que sentencie.

PORTIA. — Bueno: preparad el pecho a recibir la herida.

SHYLOCK. — ¡Oh, sabio y excelente juez!

PORTIA. — La ley no admite duda ni tiene excepción en cuanto a la pena.

SHYLOCK. — ¡Cierto, cierto! ¡Oh, docto y severísimo juez! ¡Cuánto más viejo eres en jurisprudencia que en años!

Es conocido el subterfugio por el cual Portia evitó que Shylock exigiera el cumplimiento del contrato de acuerdo con su intención abusiva de perjudicar a Antonio. La carne del deudor debía ser cortada «pero sin derramar la sangre, y ha de ser una libra, ni más ni menos». «Si tomas más — le dice Portia al hebreo — aunque sea la vigésima parte de un adarme, o inclinas, por poco que sea, la balanza, perderás la vida y la hacienda.» Shylock, a fin de salvar su pellejo, renuncia a todo.

He aquí en, moldes literarios, un conflicto revelador entre el derecho objetivo y la regla moral. Si se ejercita el derecho de Shylock, se viola el principio moral que estatuye que no debe causarse daño a otro, con el solo fin de causárselo y sin que de

base a la declaratoria, el tribunal alzará la quiebra, sin más trámite.»

Hay también abuso del derecho, cuando los intereses ocultos de un monopolio o trust compran, con el solo objeto de llevar a la quiebra, las obligaciones de los pequeños industriales o comerciantes que hacen competencia al trust, y cuya directiva desea, por esto mismo, anularlos. En el ejercicio inmoderado de sus derechos, sin otra intención que la de ser inflexibles con el modesto competidor, hay un deseo doloso del cual las corrientes modernas de la jurisprudencia no pueden desentenderse, presionadas por el sentido moral que hoy gravita con más fuerza que nunca en la ordenación civil.

Sintetizaremos lo ya dicho: el derecho abusivo o abuso del derecho, se distingue por el daño que causa y que el derecho-habiente pudo evitar no extremando el ejercicio correspondiente. Y en los otros casos, es decir, cuando sólo una apariencia de derecho cubre el abuso producido, distínguese por la intención del derecho-habiente de no responder a la indemnización que exige el daño causado por su acto o el de esquivarla en lo posible.

Por esta doble característica — daño causado e intención de no repararlo — el abuso del derecho se encuentra sito «tanto en la teoría de la responsabilidad subjetiva, como en la teoría de la responsabilidad objetiva». (\*)

\* \* \*

5. Es precisamente en este último aspecto, es decir, en aquel en que se consideran las relaciones de la norma civil con la regla moral, donde ensambla el criterio de Koschembahr-Lyskowski. «En cuanto a este problema (el del abuso del derecho) — dice — cada vez se afirma con mayor fuerza el punto de vista según el cual no sólo hay abuso del derecho cuando una de las partes procede con la intención de dañar a la otra, sino, también, en el caso en que, sin existir esa intención, se conduce ella en tal forma que su conducta no puede ser tolerada.» (\*\*)

«El mismo punto de vista — continúa — ha sido adoptado también por el «Comité franco-italiano» que, en su *Proyecto de Código de Obligaciones y Contratos*, dice:

(\*) Ripert, ob. cit., p. 159.

(\*\*) Conf. cit., p. 557.



«ART. 74. *Toda falta que cause un daño a otro obliga al que la comete a repararla.*

»*Debe igualmente reparación aquel que ha causado un daño a otro excediéndose, en el ejercicio de su derecho, de los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho fue conferido.*» (\*)

A esta prescripción Koschembahr - Lyskowski le aplica sugerencias inmediatas:

*Adoptando la base objetiva, el juez tomará como punto de partida de su apreciación, el fin social o económico de la relación jurídica que une a las partes.* Mas él apreciará este fin, no por las afirmaciones de las partes, sino objetivamente, tomando en consideración las circunstancias en las cuales se encontraban las partes en el instante del nacimiento de la obligación jurídica. El juez no permitirá a la parte persistir en la argumentación de que tal o cual cosa ha sido dicha al término del contrato, afirmándose para ello en la declaración de testigos. Nosotros sabemos por la práctica de los hechos cómo las quejellas de este género, entran a la jurisprudencia en el camino de su alta misión.

«En cuanto al legislador, la concepción de las disposiciones de la ley que él dicta, debe hacerla de tal manera que la jurisprudencia pueda cumplir su misión, siguiendo el punto de vista ya indicado. Débese, entonces, antes que nada, autorizar al juez en una disposición general, para que pueda *apreciar desde un punto de vista objetivo* el fin social o económico de la relación jurídica por la cual están vinculadas las partes. Además, debe el legislador prescribir la obligación del juez de someter el fin social o económico deseado por las partes, al control de la ley, el que decidirá, también, si este fin está conforme con los fines sociales y económicos determinados por la ley.» (\*\*)

Valora su doctrina el eminente polaco trayendo a examen diversos ejemplos de la actual legislación positiva, los que le permiten sostener que esta base *del fin social o económico, traído a la vida por la voluntad de las partes contratantes*, tiene ya una existencia real. Ventajoso sería conocer estos ejemplos, pero las proporciones necesariamente reducidas de este ensayo, nos impiden hacerlo; por lo que hemos preferido remitir a los estu-

(\*) Disposiciones semejantes se encuentran ahora en varios Códigos Contemporáneos. Bastará que citemos los de México, Rusia y China.

(\*\*) Conf. cit., p. 559.

diosos a la lectura misma<sup>o</sup> del trabajo de Koschembahr Lyskowski varias veces citado.

De todas maneras haremos dos breves referencias que abonan la concepción de este Maestro. En el Capítulo I artículo 1.º del Código Civil de la Rusia Soviética, se estatuye como uno de los «principios fundamentales» del Libro I, que: «Los derechos civiles son protegidos por la ley, *salvo en los casos en que ellos se hayan ejercido en un sentido contrario a su destinación económica y social.*»

En el mismo sentido se inspiró, sin duda, con cien años de anticipación, el artículo 1135 del Código Civil francés; artículo que corresponde al 1546 del Código Civil chileno, que dice a la letra: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.» (\*)

Estas disposiciones deben ser consideradas, de preferencia, por los jueces; pues ellas capacitan de modo especial el desarrollo y progreso de la jurisprudencia. Las corrientes incesantemente renovadoras de la vida en sociedad, influyen primero en el medio ambiente nacional, y luego en las instituciones de derecho. Los códigos son los últimos reflejos de esa evolución constante, cuyo aporte principal para sus posibilidades de existencia le llega por las vías renovadoras del interés colectivo *objetivado* en las costumbres. Pues bien, «el juez — dice Koschembahr — en su calidad de ciudadano, es, claro está, un hijo de su ambiente. Como tal, participa de las opiniones e ideas de su medio y las hace penetrar en la interpretación de la ley.» (\*\*). De ahí que la jurisprudencia refleje una medida más amplia del «elemento social» de las colectividades humanas, que el espíritu del Código en lo que éste repre-

(\*) El art. 1.º del Proyecto de Código Civil Polaco de Koschembahr, hace una declaración en cierto modo coincidente: *Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que ellos sean ejercidos en un sentido contrario a su destinación económica y social.*

«El parecido entre estos dos artículos — comenta el propio autor polaco — se reduce a la noción de *finés económicos y sociales*; pero esta noción no es un descubrimiento ni del Código Civil Soviético ni del mío. El fué encontrado ya en la médula de la *causa* del derecho romano, que tenía el sentido de *fin económico*. Más tarde, durante siglos, la doctrina y la jurisprudencia no cesaron de ocuparse de la noción de *causa*. El apéndice *social* no es otra cosa que un alargamiento de la misma noción.» (Conf. cit., p. 563 - 564.)

(\*\*) Conf. cit., p. 568.

senta al «elemento estadual», como fuerza de ordenación jurídica.

Por desgracia, no siempre la calidad de estos intermediarios entre los códigos y las fuentes vivas del derecho (fuentes que se originan en la actividad social y en las costumbres saludablemente renovadas por el afán de encontrar un mejor «equilibrio en los intereses de las partes»), no siempre la calidad de estos intermediarios, repetimos, dan los frutos que de ellos deberían esperarse; y magníficas, aprovechables disposiciones permanecen arrumbadas para la utilidad social, en medio de una aplicación impermeable, seca y deshumanizada de la ley.

Veamos ahora cuáles son las oposiciones que Koschembahr - Lyskowski hace al concepto del derecho subjetivo.

—¿Qué cosa es — se pregunta — el orden jurídico conocido como un sistema de derechos subjetivos?

Para la opinión docta, el orden jurídico se presenta como «un conjunto de reglas de conducta que resultan de las disposiciones de derecho; reglas de conducta que las personas están obligadas a observar en todas las relaciones de la vida social». (\*)

Analizada la definición anterior, tendremos como corolario que el derecho «no da sino reglas de conducta»; y que, por lo mismo, «la situación social y económica es creada por la vida y no por el derecho.»

Pero según el concepto que deriva del «sistema de derechos subjetivos», *el orden jurídico atribuye a cada individuo su derecho, el cual le indica lo que le está permitido querer.*

Naturalmenté, este concepto particulariza el sistema entero del derecho en tantos hilos como haya individuos; existiendo para cada individuo «un hilo distinto que representa sus derechos subjetivos».

El centro del cual salen los rayos que forman estos hilos, es el *derecho subjetivo*, confeccionado, hoy sobre todo, pero no únicamente, por el conjunto de preceptos que dicta el legislador y que ordena la ley.

Aceptada la definición ya dicha de que el derecho es un conjunto de reglas de conducta, debemos convenir que frente a ellas el individuo deberá imponer a su voluntad tantas restricciones como le sean necesarias para no caer en el terreno de lo ilícito; trabajo éste que junto con facilitar el orden jurídico

(\*) Conf. cit., p. 570.

permite por medio de este saludable ejercicio de la conciencia, ascender en el camino de la cultura cívica facilitando, al mismo tiempo, el perfeccionamiento de la moral colectiva.

No ocurrirá lo mismo si consideramos el derecho como un «sistema de derechos subjetivos». Bajo este concepto el individuo, dueño absoluto de las fuentes que lo generan, querrá siempre, en forma sistemática y continua, extender las posibilidades de su derecho. Acto de voluntad como es este derecho, el individuo siempre estará deseoso de ejercerlo con mayor y más enérgica amplitud; llegándose por tal camino en sucesión de causo a efecto, a la consecuencia última de que *el derecho es la fuerza*.

Aquí es preciso no confundir los *derechos de la personalidad* considerándolos como dentro de un sistema de derechos subjetivos. Cuando la ley se refiere a la personalidad, no hace otra cosa que situar al hombre en su calidad de sujeto jurídico y establecer las protecciones o defensas que este sujeto le merece, pero no en modo alguno, autolimitarse por el hecho de una pretensión cuyo reconocimiento implícito se adelantaría a ofrecer. (\*)

Es éste, ni más ni menos, el punto de vista filosófico de Koschembahr. Oigámosle:

«Los derechos de la personalidad — dice — no tienen otro sentido que el de subrayar el lugar especial que la personalidad ocupa dentro del orden jurídico y de indicar la protección particular que el derecho le da a la personalidad. Este es el punto de vista del Código Civil Suizo de 1911 que le ha dado a sus artículos 27 - 30 el título de *Protección de la Personalidad*.»

Y continúa: «Cuando decimos que una persona es *sujeto de derecho* o, de otro modo, que ella posee un derecho subjetivo, nosotros queremos decir con esto que en ese caso el *derecho objetivo* está de parte de la persona y que la persona puede usarlo en su beneficio. Pero eso no significa, en manera alguna, que el *derecho subjetivo* se conceda al individuo como una parte del conjunto de derechos subjetivos, el conjunto que en-

---

(\*) Cuando se habla de derechos de la personalidad, no hay que entenderlos — como dice Coviello — en el sentido «de pretensión al reconocimiento de la calidad de persona, ya que tal reconocimiento es el presupuesto de todo derecho, sino en el sentido, de derecho que contiene en sí diferentes facultades que corresponden a quien es persona, precisamente porque lo es y en cuanto lo es, de tal suerte que su desconocimiento implicaría en el hombre la negociación de la dignidad de persona: (NICOLAS COVIELLO: *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 27). Edit.: «Unión Tipográfica Hispano - Americana, México.»

cuentra su expresión en el *derecho objetivo*. Si yo compro un caballo, yo tengo el derecho de exigir la entrega del caballo. Este derecho resulta del contrato que yo he realizado con el vendedor, siguiendo las reglas de conducta prescritas por la ley. Pero no se puede decir que yo tengo el *derecho subjetivo* de exigir la entrega del caballo. Si yo digo que tengo el derecho de exigir la entrega del caballo, ello sólo querrá decir que yo puedo aprovechar el derecho objetivo que le impone al vendedor la obligación de entregarme el caballo. *La noción de «derecho subjetivo» resulta, pues, inútil, ya que no tiene valor; y es a todas luces justo que Savigny hable del susodicho derecho subjetivo introducido por la terminología de algunos autores.»* (\*)

Después de este ataque a fondo al concepto mismo del sistema que nos ocupa, Koschembahr se pregunta: «¿de qué fuente procede esta concepción del derecho como *un sistema de derechos subjetivos?*»

De acuerdo con las investigaciones del maestro polaco, esta noción u otra parecida no existe en el antiguo Derecho griego. Tampoco los romanos tuvieron conocimiento de ella; y sí, en cambio, del derecho considerado como un conjunto de reglas de conducta; idea que aparece precisa en la célebre definición de Ulpiano: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Es incuestionable que el individuo usa de su derecho, cuando llama a su servicio al derecho objetivo en defensa de los derechos de su personalidad; pero la expresión «el individuo usa de su derecho» no se refiere a un «derecho subjetivo» acordado al individuo, sino al derecho objetivo del cual el individuo se aprovecha.

Tampoco hay motivos para sostener que el «sistema de derechos subjetivos» se apoya en la Declaración de los Derechos del Hombre; puesto que esta Declaración no proclama en modo alguno el «sistema de derechos subjetivos» como base del orden jurídico. «Ella — dice el maestro antedicho — no hace sino proclamar que ciertos derechos se garantizan al hombre como derechos de su personalidad.» (\*\*)

Podría creerse, por último, que el sistema de derechos subjetivos es de origen especialmente *germánico*. «En las *Leges*

(\*) Conf. cit., p. 573.

(\*\*) Conf. cit., p. 574.

*barbarorum* no encontramos tampoco alusión a un concepto del derecho como de «un sistema de derechos subjetivos»; en cambio, existe la noción entre estos pueblos bárbaros de un derecho «como un conjunto de reglas de conducta».

Ante esta obscuridad de los orígenes de un sistema de derechos subjetivos, Koschembahr - Lyskowski plantea una hipótesis, cuya expresión literal copiaremos de acuerdo con el texto mismo de su conferencia aquí comentada; dice:

«Sabemos ya que en la Edad Media se aplicaba el régimen de la *personalidad del derecho*, según el cual cada individuo tenía el derecho de ser juzgado según su ley patria. Este régimen no es, por cierto, de antiguo origen germánico, pero es conocido ya a la época de las leyes riburias.

»Es fácil comprender que bajo la dominación de este régimen el individuo declaraba que, según *su derecho* estaba autorizado para pedir tal o cual cosa; es decir — si era salio, por ejemplo, — que según la ley sálica estaba autorizado para pedir el pago de una suma determinada.

»Pero eso no prueba en modo alguno la existencia de un *sistema de derechos subjetivos*. Eso prueba solamente que el individuo pretendía ser juzgado según la ley sálica y que al usar la ley sálica exigía la suma indicada.

»Es, pues, la misma concepción que existe hoy día en el derecho privado internacional en el cual se establecen ciertas capacidades del individuo de acuerdo con la *lex patriae*.

»Es posible que un autor moderno (no he podido establecer su personalidad) haya creído encontrar la concepción del *sistema de derechos subjetivos* en algunas expresiones que, sin embargo, se refieren más al *régimen de la personalidad del derecho* que al *sistema de derechos subjetivos*. Y algunos autores han seguido sus pasos, como los romanistas han seguido por cerca de un siglo la doctrina de F. L. Keller sobre la *litis contestatio* (emitida en 1827) hasta que en 1889 el eminente romanista vienés M. Maurice Wlassack, destruyó este *fantasma doctrinal*.» (\*)

En resumen, según Koschembahr - Lyskowski, cuyo juicio venimos exponiendo sumariamente pero con la fidelidad de sus propios términos, el *sistema de derechos subjetivos* «tiene un origen puramente doctrinal, desprendido de una doctrina falsa,

(\*) Conf. cit., p. 576.

sin valor y al mismo tiempo contraria a los elementos esenciales del derecho.» (\*)

\* \* \*

6. Estas ideas del ilustre profesor de la Universidad de Varsovia, coinciden en sus generalidades, aunque no en la diversa formulación doctrinaria, con las que sostiene el malogrado profesor de la Universidad de Burdeos.

Para Duguit el Derecho «es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas — dice — los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la pretensión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien, por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba.» (\*\*)

Esto autoriza al profesor de Burdeos para hablar «de las transformaciones generales del derecho, y en particular del Derecho Privado».

Cree Duguit que el Código de Napoleón y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1879, «señalan el término de una larga evolución en el orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica, por otra parte no sin grandeza y sin fuerza». Esto debido a que la mayoría de los grandes jurisconsultos del siglo XIX, excepción hecha de Savigny y su escuela, tenían la convicción de que existía en esas dos expresiones del pensamiento jurídico un organismo de derecho definitivo, organismo que imponíase para ello «con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa aun sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo, en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de los pueblos civilizados no podría ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios formulados en esos textos.» He aquí por qué el maestro bordelés toma como punto de partida la Declaración de Derechos de 1789 y el Código de Napoleón.

(\*) Conf. cit., p. 577.

(\*\*) *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón.* Madrid, p. 9.

Ahora bien, esa fe en el sistema enunciado, pierde cada día adeptos y catecúmenos. Se producen grietas en el edificio apenas secular y nuevos elementos que tienden a la construcción de un orden jurídico nuevo inician la transformación general. Y no hay duda que lo es porque «presenta los mismos caracteres en todas las sociedades americano-europeas»; y se hace sentir «en todos los dominios del derecho: en el Público y en el Privado».

La diferencia entre el antiguo y el nuevo derecho estriba, según Duguit, en que la Declaración de 1789, el Código de Napoleón y los Códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del derecho, mientras que hoy el pensamiento jurídico de la raza blanca elabora un sistema «fundado sobre una concepción esencialmente socialista». (\*) Además, debe agregarse a lo anterior, que ambos elementos del sistema jurídico décimo-nonocentista — Código de Napoleón y Derechos del Hombre — descansan en el concepto metafísico del derecho subjetivo; en oposición a las corrientes actuales en que el sistema jurídico de los pueblos modernos «tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos». Por lo que se concluye que el «sistema jurídico civilista era de orden metafísico»; mientras que el nuevo que se elabora «es de orden realista».

\* \* \*

## 7. ¿Qué es para Duguit un derecho subjetivo?

Nada; una palabra vacía o de contenido artificial.

Principia el maestro recordando a las autoridades que defienden este derecho. «Los alemanes — escribe — principalmente el profesor Jellinek, dice: *El derecho subjetivo es un poder de querer, o el de poder imponer a los demás el respeto de su voluntad.*

»Tomad — prosigue — lo que se ha convenido en llamar derechos, los que nos son familiares; veréis fácilmente que se traducen siempre, de hecho, en el poder que tengo de imponer

---

(\*) Duguit aclara este pensamiento suyo asegurando que emplea la palabra *socialista* por no tener otra; pero que no implica en su pensamiento «ninguna adhesión a un partido socialista dado. Señalo — dice — solamente la oposición entre un sistema fundado sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y el fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo». (Ob. cit., p. 3 y sgtes.)



a otros individuos, incluso por la fuerza, mi propia voluntad. La libertad es un derecho: tengo el poder de imponer a otro el respeto a la voluntad que tengo de desenvolver libremente mi actividad física, intelectual y moral. Tengo el derecho de propiedad: tengo el poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad, de usar como me parezca de las cosas que posea a título de propietario. Tengo un derecho de crédito: tengo el poder de imponer a mi deudor el respeto a la voluntad que tengo de que ejecutar la prestación.

»De tal manera que la noción de derecho subjetivo — y esto es esencial notarlo y retenerlo — implica siempre dos voluntades: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad. Esto implica una jerarquía de las voluntades, y en cierta manera, una medida de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la substancia voluntad.

»Ahora bien, esta es, precisamente, ante todo, una afirmación de orden metafísico. Podemos señalar las manifestaciones exteriores de las voluntades humanas, ¿pero cuál es la naturaleza de la voluntad humana? ¿Cuál es su fuerza? ¿Una voluntad puede ser en sí superior a otra voluntad? He aquí, pues, unas cuantas cuestiones cuya solución es imposible en Ciencia positiva.

»Por esto mismo, la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y con razón puedo afirmar que es una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y positivismo como la nuestra.» (\*)

No hay duda, con todo el respeto que merece hombre tan ilustre y autorizado como M. Duguit, que el empleo de los términos que utiliza en la cita que acabamos de hacer, no es ni convincente ni siquiera preciso. Una subordinación basada en un principio de disciplina moral o jurídica, cualesquiera que sean los antecedentes erróneos en que se funde, podría ser considerada en buena lógica, un abuso de la costumbre arraigado por la ignorancia o defendido por la fuerza, (una medida extemporánea y dañina) un principio absurdo, considerado el adelanto de la llamada Ciencia Jurídica, frente a las realidades de una época más preclara; pero, ninguna de estas señalizaciones

---

(\*) Ob. cit., p. 18.

autorizaría a un verdadero filósofo para considerar tales principios como del «orden metafísico». (\*)

No queremos adelantarnos, sin embargo, a nuestras propias reflexiones. En capítulo aparte vamos a exponer lo que se nos vino a la mente al leer las doctrinas — a cuyo resumen acabamos de dar término — de los dos insignes maestros europeos que nos preocupan.

## CAPITULO II

### ANTECEDENTES IDEOLOGICOS DE KOSCHEMBAHR Y DE M. DUGUIT Y PARALELO DOCTRINARIO DE AMBOS.

1. De los términos en que están redactadas las dos conferencias sobre el Código Civil Polaco dictadas por Koschembahr - Lyskowski en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en 1928, se puede deducir — a nuestro entendimiento, sin lugar a duda — la grande influencia que han debido tener en su ánimo las corrientes jurídicas del positivismo francés.

Otro tanto se puede afirmar de las doctrinas, ya expuestas de M. Leon Duguit; por lo que podemos concluir, — sin grave peligro de caer en yerro — que el parentesco ideológico que une al maestro de la Universidad de Burdeos con el catedrático de la Universidad de Varsovia, deriva de un mismo ancestro espiritual: Augusto Comte.

Hemos evitado la afirmación rotunda, suavizándola con la frase intercalada «sin grave peligro de caer en yerro», porque los datos que poseemos sobre Koschembahr no son lo suficientemente explícitos como para permitirnos una actitud así

(\*) En un estudio preliminar del catedrático español Quintiliano Saldaña, a la traducción castellana de las dos conferencias que León Duguit diera en Madrid, y que luego se publicaran con el título de «El Pragmatismo Jurídico», Saldaña se detuvo, ya en 1924, en esta afirmación del Profesor de Burdeos que sostiene que el poder que pertenece a una persona para imponer a otra su propia personalidad, es una noción del orden metafísico.

¿Por qué?—se pregunta Saldaña.—«Si el embargo y desahucio con lanzamiento, si la detención en virtud de querrela y destierro, si la sumisión al domicilio conyugal y su separación son realidades empírico - sociales de aquel «poder», vivientes en lo más profundo de los sentimientos y de las costumbres, derivadas del primitivo poder de la justicia privada, ¿dónde está la ficción creada por una «metafísica»? El *dominium* y el *imperium*, en todas sus formas jurídicas, son inmoralidades históricas que deben combatirse, pero no ficciones metafísicas que puedan negarse.»

(V. *El Pragmatismo Jurídico*, ed. española de Francisco Beltrán. Madrid, p. 24.)

determinante. Pero, en lo que se refiere a Duguit, nuestra afirmación es franca y definitiva. Por razón muy sencilla: el mismo M. Duguit es el que nos pone en el camino de la prueba. ¿Acaso él no lo reconoce, de modo indirecto, en la primera conferencia que dió en Buenos Aires, en 1912, en la que trató de *El Derecho Subjetivo y la función Social*? Precisamente, para negar este derecho, hizo profesión de fe positiva en el párrafo que venimos comentando, y recordó en seguida al auditorio los términos enérgicos en que el Maestro del Positivismo combatió la idea que encerraba la palabra «derecho», aconsejando que fuese desterrada del lenguaje político, como la palabra «causa» del verdadero lenguaje filosófico. (\*)

Comte era, como todos los hombres de su época, un producto ideológico de los embates doctrinarios de la Revolución

(\*) Los términos precisos en que Augusto Comte sostiene su doctrina del «deber» individual frente a las obligaciones que éste lleva consigo como miembro integrante del Ser colectivo, son los que siguen:

«La palabra *derecho* debe ser desterrada del lenguaje político como la palabra causa del verdadero lenguaje filosófico. De estas dos nociones teológico - metafísicas, la una (la del derecho) es desde luego inmoral y anárquica, como la otra (la de causa) es irracional y sofística. . . . No puede existir verdadero derecho sino en tanto que los poderes regulares emanen de voluntades sobrenaturales. Para luchar contra esas autoridades teocráticas, la metafísica de los últimos cinco siglos introdujo los pretendidos derechos humanos, que no entrañaban más que una función negativa. Cuando se ha intentado darles un destino verdaderamente orgánico, pronto han revelado su naturaleza antisocial, tendiendo siempre a consagrar la individualidad. En el estado positivo, que no admite ningún título celeste, la idea del derecho desaparece irrevocablemente. Cada cual tiene deberes y para con todos, pero nadie tiene derecho alguno propiamente dicho. En otros términos, nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber.» (*Systeme de politique positive*, ed. 1890, I, p. 361.)

Saldaña, en el estudio preliminar ya citado, rastreando en la obra de Comte, llega a la conclusión de que la fórmula del Filósofo Positivista que coincide más exactamente con la de Duguit, no está en el pasaje citado del *Systeme de politique positive*, sino en este otro del *Cours de Philosophie Positive*, t. VI, 2eme. ed., p. 454: «Todo derecho humano es igualmente absurdo e inmoral. Y puesto que no existen derechos divinos, esta noción debe ser absolutamente borrada como relativa al régimen preliminar, y directamente incompatible con el estado final (de la Humanidad), que no admite sino deberes en relación con funciones.»

Siempre será curiosa aunque nunca nueva, la afirmación de que los extremos se tocan. Por eso no podríamos dejar de referirnos a las palabras con que el juriconsulto alemán Radbruch llega a las mismas conclusiones de Comte, aunque, está demás decirlo, por caminos absolutamente distintos.

De la doctrina comteana se desprende terminante la negación de todo intento de establecer un orden jurídico basado en un sistema de derechos subjetivos; y no otra cosa es lo que pretende Duguit y su escuela de la solidaridad social. Pero he aquí que Radbruch le sale al encuentro a estas fantasmagorías, por donde menos se piensa. Oigámosle: «La norma moral — dice — que por una parte nos impone deberes, por otra nos garantiza necesariamente todo aquellos que necesitamos para cumplirlos, cabalmente bajo la forma de derecho-subjetivo.» Y agrega en seguida como en respuesta tácita a la fórmula comteana: «En definitiva, el derecho subjetivo no es más que el derecho para cumplir el deber, y participa, por tanto, del *pathos* ético que emana de todo deber. Es el único punto en que se encuentran o cortan dos líneas harto divergentes — que, por lo demás, se enfrentan siempre hostilmente — a saber, propio interés y exigencia moral. Estos dos elementos se dan la mano en el derecho subjetivo.» G. RADBRUCH: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Madrid, 1930, p. 87.

Francesa. El mismo Filósofo del Positivismo lo confiesa sin ambages cuando dice que sin ella «ni la Teoría del Progreso ni, por consecuencia, la Ciencia Social, ni la misma Filosofía Positiva, habrían sido posibles».

Ahora bien, ¿en qué forma inquietó el pensamiento de este sabio el cataclismo cuyo foco de actividad crítica irradia su influencia desde 1789?

La respuesta fluye clara y espontáneamente: en la medida de las naturales posibilidades de especulación y análisis de los hechos que tenía su prodigioso cerebro, para enfrentar como filósofo el estudio de aquel magno fenómeno social. Agréguese a esto el sentimiento de oposición espontánea que surge en los hombres de una época post-revolucionaria para criticar las ideologías que popularizó la revuelta. La fuerza con que se imponen los dogmas dominantes en la época anterior y sobre los cuales se arquitectura a su vez la conciencia revolucionaria, siempre será para una parte considerable de las posteriores generaciones, motivo de repugnancia. Aparentemente, los llamados «derechos del hombre», habían significado para el tradicionalismo galo, algo así como las Tablas de una nueva ley, dictadas desde las cumbres de un diabólico Sinaí. Al conjuro de esos democráticos principios, la cultura europea había temblado sobre sus viejos pilares destruyendo grandes porciones de aquel edificio milenario.

Ahora bien, es cierto que Augusto Comte en sus años de pensador y de maestro eminente logró romper con serios y graves prejuicios recibidos en los días de su infancia; pero no debemos olvidar, que de muchacho su educación fué estrictamente católica y monárquica, que tales doctrinas le fueron inculcadas en esa época blanda de los sentidos que se extiende entre los 7 y los 14 años, y que, por último, la maestra que tuvo en estas cosas del sentimiento, fué su propia madre, mujer a quien quizo con cariño hondo, fervoroso, y la cual, junto con Matilde de Vaux — su amor de hombre — constituyó para él uno de los símbolos augustos del binomio místico-filosófico frente a cuya tutela edificara más tarde la *Religión de la Humanidad*.

El trabajo del subconsciente, como diría hoy un amigo de las teorías freudianas, debió ser, pues, continuo y firme.

Pensemos, también, que dentro de las ideas de Augusto Comte, aquella de reconstruir la anarquizada sociedad moderna sobre la base de nuevas instituciones políticas, resultaba

vana y estéril si antes no se organizaban las costumbres, lo que sólo podría ocurrir —siguiendo el hilo de estas mismas ideas— mediante el establecimiento de un sistema general de opiniones aceptadas como verdaderas por todos los espíritus «como lo ha sido, por ejemplo, en la Edad Media el dogma católico». (\*)

De ahí que las enseñanzas comteanas nunca deslindan en forma absoluta, ni aun en su primera época, con el *aspecto religioso* que inevitablemente tiene que ofrecer a cualquier reformador la perspectiva de una «reconstrucción moral del mundo». Y si es verdad que le preocupa la actitud con que se deben afrontar los problemas, no le interesan menos las condiciones espirituales en que esta actitud se apoya. «Hasta que no se haya efectuado la reorganización espiritual de la sociedad o, por lo menos, haya avanzado bastante —le escribe a su amigo Valat en carta de 25 de Diciembre de 1824— yo miraré todas las disputas sobre las instituciones como puras boberías.»

Sí; política *positiva* es la suya, pero que no se desentraña nunca de la moral, *positiva* también, que la inspira.

Lo anterior nos explicará ahora en forma psicológica, el valor que tiene la palabra *derecho* en el vocabulario comteano. En efecto, cuando Comte habla de «derechos», *interioriza la palabra*, la hunde en la conciencia del sujeto y le quita actividad externa. «Yo» no puedo obligar a nadie, porque los poderes regulares que alego tener no emanan de voluntades sobrenaturales; pero *debo*, sí, obligarme a mí mismo en bien del Ser Colectivo de cuya existencia unánime soy una partícula consciente y por cuya ascensión cultural debo trabajar. Ergo, mis «derechos» (supuestos) se convierten en obligaciones, en deberes.

Pero es precisamente en esta *interioridad* en que Comte coloca la palabra «derecho» donde comienza la confusión de los términos.

El derecho no es antagónico a la moral, ni debe oponerse a ella; *pero no es la moral*. Mientras ésta campea en los límites del fuero interno, el otro impone reglas de conducta y ofrece su protección a todas las personas del Ser Colectivo para hacer posible su vida en sociedad.

(\*) Consúltese sobre esta materia a Lévy Bruhl en *La Philosophie d'Auguste Comte*. París, 3eme. ed., p. 5.

«No matarás»; he aquí un deber que me impone el grupo a que pertenezco y que yo — aceptante de la regla de conducta — al hacerlo mío le doy fuerza a la norma. ¿Por qué? Porque en el punto inverso está mi conveniencia subjetiva. Alguien, también, puede amenazarme de muerte. Si ese instante llega, yo podré entonces hacer valer mi «derecho», el derecho subjetivo que tengo a mi *legítima* defensa. (\*) El Ser social, por otra parte, me reconoce este «derecho» y avanza en mi defensa poniéndome al abrigo de su norma objetiva. Esto es lo que Koschembahr llama los *derechos de la personalidad*, y para los cuales pide (tal vez porque ve en ellos la raíz lógica de todo el sistema que ataca) que no se les confunda con «los llamados derechos subjetivos». (\*\*) Colocándose en el antedicho punto de vista podría argüirse: «Aquí Ud. es sujeto activo, pues la obligación se ha transportado al cuerpo social que está en el deber de prestarle su amparo, por medio de la regla jurídica correspondiente.»

Bien; pero, en la realidad de la vida, ésta es una explicación para sancionar un hecho; no una *rectificación* del hecho mismo en todas sus posibles consecuencias. Tanto es así, que al margen de esta exigencia mía, mi derecho continúa activo en mi alma, incorporado en mi instintividad biológica, y puedo, si las circunstancias me urgen, llevarlo hasta el límite extremo de la muerte ejecutada por mi propia mano en virtud de la autoridad que da la legítima defensa en contra del que atenta contra la vida de otra persona.

No otra cosa que el implícito reconocimiento de lo que acabamos de decir es la teoría de «el delito necesario». Aquí, re-

(\*) Entendemos como *legítimo*, en su sentido natural obvio, todo aquello que va en defensa o favor de la conservación de la especie. En el caso que proponemos, la especie está amenazada en mí.

(\*\*) Se ha definido el derecho subjetivo como un *interés o pretensión garantizado por la ley* y también como un *poder de obrar en satisfacción de los propios intereses, garantizados por la ley*.

Sin embargo, algunos autores han criticado estas definiciones como defectuosas por el lado formal, «pues toma el fin, la utilidad o el interés, por la esencia misma del derecho, y porque puede haber intereses garantizados por la ley que no constituyen un derecho subjetivo como sucede con las normas de policía. En tales casos no existe un derecho, sino un estado análogo que puede llamarse un acomodo (*accomciamento*) un efecto reflejo de la norma legal (*reflexwirkung*) según la terminología usada por el mismo Ihering» (NICOLAS COVIELLO: *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 20.)

La idea de que hay intereses garantizados por la ley que no forman parte de un sistema de derechos subjetivos es un supuesto doctrinario, pero que en nada altera la pretensión individual en el sentido que hemos señalado. Si la norma se adelanta a establecer su pretensión, no quiere decir que esa pretensión no haya existido o pudiera existir independientemente del objeto social, como sucede en el caso de las normas de policía.

petimos, el derecho objetivo no tiene otro papel que sancionar mi derecho subjetivo a defenderme de no importa qué agresión o peligro; derecho que ni yo, individuo, podría modificar, por mi propio arbitrio, con respecto a su inmoralidad pretensa. (\*)

Comte no niega que sus ideas sobre la «inmoralidad» del «derecho, cotejada con la exaltación que hace del concepto del *deber*, puedan juzgarse como paradójales o quiméricas, pero esto es a causa de que la sociedad moderna «no tiene todavía una moral». (\*\*). Pero, aun dentro de sus propias doctrinas, no puede evitar el Maestro del Positivismo la imperiosa correlación a que obliga el concepto del *deber* frente a un posible incumplimiento de su mandato subjetivo. «En todo estado normal de la Humanidad — dice — cada ciudadano es un funcionario público, en el que las atribuciones más o menos definidas determinan, al mismo tiempo, las obligaciones y las pretensiones.» (\*\*\*)

Resultaría ingenuo advertir que estas pretensiones de que habla Comte, no son otra cosa que «derechos».....

Insistimos para que no se vea en nuestras palabras una oposición de los términos *moral* y *derecho*, (asunto por otra parte largamente debatido en sus diferencias por altos representantes de la Ciencia Jurídica), en que no hay derecho sin un *quantum* de moral intrínseca, sin un «mínimum ético», como enseña Jorge Jellinek. De manera que por su espíritu como por el afán de perfección que rige los principios evolutivos de la Ciencia Jurídica, el derecho sería como un campo beneficiado por ese grandioso caudal de inspiraciones que forma el sentimiento moral de los pueblos. De lo que se deduce que sin Moral no puede existir el Derecho, pero que el Derecho mismo, en sí, es otra cosa.

Por eso la subordinación del hombre a la ley no presupone en modo alguno su correlativa subordinación a una doctrina moral. Si Juan está obligado a una prestación en favor de Pedro, bastará que cumpla con ella para satisfacer la norma jurídica, no importa que su ánimo haya sido no cumplir con ella. En este caso, satisfecha la prestación, el derecho ha sido respetado en todas sus partes, y nada se puede aducir en con-

(\*) Lévy Bruhl. Ob. cit., p. 379.

(\*\*) Al *deber* que no se cumple, se opone, por correlación jurídica, la exigencia — o derecho ajeno — a pedir su cumplimiento.

(\*\*\*) *Politique Positive*, t. I, ed. 18, p. 156.

tra del ánimo adverso que tuviera Juan. Sin embargo, y en sentido contrario, con el simple ánimo o intención de burlar la norma jurídica, *el orden moral ha sido perturbado en una realidad individual*, no importa que de modo invisible, ya que es precisamente la conciencia la atmósfera natural en que este orden vive. De ahí que el sentimiento moral se escape de la objetividad jurídica y carezca generalmente de ubicación en ella. Por eso, cuando la moral es coercible es porque se ha confundido con el Derecho. En cambio, el Derecho siempre puede reducirse, pues la norma que impone para obligar a su observancia, en caso de que ella quiera ser burlada, no tiene otro camino para impedirlo que la coacción.

Sinteticemos. La diferencia entre deber y obligación soslayada en el ejemplo de más arriba, estriba en que mientras la obligación se refiere a la exterioridad normativa, el deber moral se vincula, en cambio, profundamente con los dominios más íntimos e incoercibles de la personalidad.

\* \* \*

2. Si se acepta la definición de que la Moral es un conjunto de principios que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal, y siendo la esencia misma de estos conceptos fundamentales dos abstracciones antipódicas relacionadas con un arquetipo de perfección absoluta, (\*) tenemos que llegar a la conclusión necesaria de que *la certidumbre moral no puede apoyarse en pruebas materiales*, postulado éste, por otra parte, filosóficamente indiscutible.

Siguiendo este mismo orden de ideas, tendremos que aceptar, pues, que la Moral sólo me impone obligaciones morales, deberes para conmigo y para con los demás, pero no puede facultarme en modo alguno, para que yo coaccione a otro al cumplimiento de una norma incoercible, pues si es verdad que yo puedo exigir el cumplimiento de un deber jurídico, es absolutamente imposible que yo imponga el sentimiento de un deber moral. Por eso la diferencia básica entre la *deuda* y el *deber*. Cuando yo me comprometo moralmente a realizar una cosa, yo debo realizarla, pero puedo no realizarla, aun sin vio-

---

(\*) El hecho de negarse que la Moral sea necesariamente la derivación de un credo religioso, no suprime en modo alguno su aspiración a un arquetipo absoluto. De tal modo que no importa el origen que se le atribuya, si la finalidad que busca se confunde con un tipo ideal y estético.



lar los principios éticos a que me rijo; como por ejemplo, en el caso de una persona que, habida consideración de sus actuales posibilidades económicas, se obligue moralmente a darle una mesada a otra, pero que se ve urgida a suspender este compromiso por haber variado la capacidad de su renta en un sentido contrario a sus intereses. En cambio, cuando yo me comprometo jurídicamente a realizar una cosa, yo quedo convertido en *deudor*. Y en caso de no cumplimiento de ésta mi deuda, tengo que responder a los daños o perjuicios que importe el no cumplimiento de la obligación.

Como se ve por el ejemplo anterior, el deber mío aquí, como medida de relación, es secundario en cuanto a la finalidad del pensamiento jurídico; porque lo que el legislador trata de asegurar en forma inviolable es el «derecho» — en su sentido de derecho subjetivo — que tiene el titular para exigir el cumplimiento de la obligación, sin otra razón ni mayores explicaciones que *su* derecho. (\*)

\* \* \*

3. Se queja Duguit de que «sobre la concepción artificial y caduca de derecho «subjetivo» se haya establecido la Declaración de 1789, el Código Napoleón y la mayor parte de las legislaciones modernas. Cita en su amparo los textos de casi todos conocidos: «Los hombres nacen y se mantienen libres e iguales en derechos. Estos derechos son la Libertad la propiedad. . . .» (Declaración de Derechos de 1789, Arts. 1.º y 2.º). En el Código de Napoleón el artículo 544 dice: «la propiedad es el derecho de gozar de una cosa de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos». (\*\*)

Para el Maestro bordelés «a esta noción metafísica del derecho subjetivo se refería una concepción puramente individualista de la sociedad y del derecho objetivo; es decir, del de-

---

(\*) No queremos insistir sobre este aspecto del pensamiento jurídico tradicional, porque ya en el N.º 4 del anterior capítulo, al hablar del abuso del derecho, dijimos — sucintamente, por cierto — lo que creímos oportuno.

(\*\*) La definición de propiedad del Código Civil chileno está calcada en la francesa:

«El dominio (que se llama también propiedad) — dice — es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.» (Art. 582.)

recho imponiéndose como regla de conducta a los individuos y a la colectividad personificada en el Estado».

«Este individualismo — agrega — tiene un pasado lejano; es el producto de una larga evolución; tiene su origen en la filosofía estoica; había encontrado su fórmula jurídica en el Derecho romano clásico: habiendo llegado en el siglo XVI, y en el siglo XVIII a una fórmula completa y definitiva que puede resumirse así: (\*)

»El hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus derechos individuales naturales. Sin duda, por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a los derechos de cada uno, pero sólo en la medida en que esto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. La colectividad organizada, el Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. La regla de derecho, o el derecho objetivo, tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer leyes o realizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás. El límite de la actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos. En el artículo 4.º de la *Declaración de los derechos del hombre* se lee: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.»

El artículo 5.º dice: «La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad.» Y en el título I, párrafo 3.º de la Constitución de 1791 se lee: «El poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente y sea obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles. ....»

---

(\*) Conviene cotejar el juicio de Duguit recién transcrito con el que, sobre el mismo tema y en forma opuesta, tiene Koschembahr - Lyskowski, citado anteriormente. (V. p. 168 y sgtes.)

»Esta concepción puramente individualista del derecho es tan artificial como la concepción metafísica del derecho subjetivo. Como ésta, es un producto histórico; ha tenido su valor de hecho en un momento dado; pero no puede subsistir.

»En primer lugar, está íntimamente ligada a la noción de derecho subjetivo, y si, como yo creo haber demostrado, esta es una noción de orden metafísico que no puede ser sostenida en nuestras sociedades modernas, dominadas por el realismo y el positivismo, la concepción individualista debe, también, desaparecer.

»Por otra parte, tomada en sí misma, la concepción individualista es insostenible. Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad.

»Además, hablar de los derechos del hombre natural, aislado, del individuo en sí, separado de sus semejantes, es hacer una contradicción *in adjecto*. Porque, todo derecho por definición implica una relación entre dos sujetos. Si se imagina un hombre aislado y absolutamente separado de sus semejantes, no tiene, no puede tener derechos. Robinsón en su isla no tiene derechos; no puede tenerlos en tanto no esté en relación con otros hombres. El individuo no puede, pues, tener derechos más que cuando vive en sociedad y porque vive en sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. Y como por otro lado hemos visto que en realidad el hombre social no puede tener derechos subjetivos, todo el sistema jurídico fundado en la noción del derecho subjetivo y sobre la concepción individualista, se derrumba, arruinado por su misma base.» (\*)

\* \* \*

4. Para Duguit, pues, «el hombre social no puede tener derechos subjetivos», puesto que la misma noción de derecho con la cual se resguarda e impone sus intereses sólo puede exis-

---

(\*) LEÓN DUGUIT: *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid, p. 20 y sigtes.

tir cuando entra en relación con otros hombres y no tiene significado alguno cuando se trata de un hombre aislado. «Robinsón en su isla — afirma sentenciosamente Duguit — no tiene derechos.»

Argumento éste que no es todo lo convincente como para decirlo en un auditorio de jurisconsultos. ¿Es que Robinsón por el hecho de no vivir en sociedad no tiene una «pretensión» respecto a lo que fabricó con sus manos u ocupó con ánimo de señor y dueño? ¿O es que su «pretensión» (derecho subjetivo) existe en germen, inmóvil, pero siempre lista a transformarse en vigorosa fuente de energías psíquicas en el momento en que alguien quiera atropellarlo en las cosas sobre las cuales él ejerce su dominio?

En la realidad dormida de nuestros instintos, el hombre siempre tiene una actitud de lucha y una serie de pretensiones para imponerse o acomodarse en el medio que lo rodea. Estas pretensiones, esta actitud de lucha, puede referirse a otros hombres, o a la naturaleza misma o a los dos a la vez. Cuando el hombre se encuentra solitario en medio de la naturaleza, es evidente que no puede hacer valer la relación jurídica que importaría el ejercicio de sus derechos en la vida en sociedad; pero es de la misma evidencia, que todos los actos que realice, para imponerse al medio en que actúa, tratará de hacerlos vigentes, hasta donde le permitan las posibilidades de su defensa, en el minuto en que por una u otra causa se restablezca la relación social.

Tan clara es esta deducción que bastaría leer el propio libro de Robinsón para caer en la misma cuenta. En efecto, cuando llegan a la isla las canoas indígenas de las cuales se evade Friday (Viernes), Robinsón no tiene otra actitud que la de prepararse para defender su derecho subjetivo a la propiedad de la isla y a los medios de producción con que la había enriquecido su esfuerzo. Y en seguida convertir al mismo Friday en sujeto pasivo de este derecho.

Imaginarse al Ser Colectivo como la sola entidad capaz de engendrar derechos, equivale, en otro aspecto, a suponer al individuo con una categoría intransformable dentro de la valoración de los fenómenos sociales. Es decir, de aceptarse esa premisa, quedaría absolutamente desconceptuada la teoría del «héroe» en el sentido carlyleano. Y esto, aunque pudiera ser atendible, no es en modo alguno una verdad científica; en el mejor de los casos es una teoría frente a otra teo-

ría pero sin mayores seguridades de evidencia para los que la afirman o la niegan. Lo que parece más razonable, desde este punto de vista, es la observación que deducé una cierta eficiencia recíproca entre el individuo y la colectividad personificada en el Estado; pudiendo decirse que *el individuo es Estado por participación y el Estado es individuo por elementación*. En otras palabras, que el individuo y la sociedad actúan simultáneamente el uno sobre el otro en mutua reacción influenciándose y compenetrándose en el tiempo en forma de un verdadero maridaje consubstancial. (\*)

\* \* \*

5. Reemplazando los conceptos jurídicos que hasta ahora han primado en la sociedad americana y europea, Duguit y Koschembahr afirman que en las sociedades occidentales que han llegado al mismo grado de cultura y civilización, se está elaborando sobre otras bases un nuevo sistema.

¿Cuál sistema?

Uno «cuya formación está más o menos adelantada según los países; un sistema jurídico que, lentamente, bajo la presión de los hechos, viene a reemplazar al antiguo sistema; y esto fuera de la intervención del legislador, a pesar de su silencio, y podría decirse que aun, a veces, a pesar de su intervención en sentido contrario». (\*\*)

Esta concepción que Duguit califica de realista, porque ella actúa como eliminadora de la concepción «metafísica» del derecho subjetivo, es la *función social*.

«El hombre no tiene derechos — afirma Duguit — la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar.

(\*) Saldaña, que propone esta fórmula, agrega:

«Sin individuos la sociedad es un imposible metafísico; sin sociedad, el individuo es un imposible moral — existiría el hombre, no el individuo. En su función, el hombre obra socialmente; la sociedad procede antropomórficamente, individualizándose. Así brotan — sobre las tres facultades fundamentales, los tipos sociales imitativos: la familia, que es el hombre afectivo; la ciudad, que es el hombre comprensivo, y el Estado, que es el hombre dominante. En la familia el varón y la hembra se completan sexualmente; los hijos y los padres, fisiológicamente. La ciudad es complemento material y moral de mutuos servicios. En el Estado este complemento de varios, opuestos poderes o facultades materiales, moralizado por la ciudad, es reconocido, valorado, garantido por modo eminente. He aquí el derecho.» Saldaña, *estud. cit.*, p. 34.

(\*\*) *Derecho Privado*, p. 25.

Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados.» (\*)

Comprendiendo la gravedad de sus afirmaciones, el Maestro se adelanta a reconocer que esta concepción de orden realista y socialista —son sus palabras— «transforma profundamente todas las concepciones jurídicas anteriores». Para aclarar sus ideas cita dos ejemplos que señalan «de una manera concreta el proceso de esta transformación» y en qué consiste esencialmente este proceso. Sus ejemplos se refieren a la libertad y a la propiedad; dice:

«A la libertad se la define en el sistema individualista como el derecho de hacer todo lo que no dañe a otro, y, por lo tanto, a fortiori, el derecho de no hacer nada. En la concepción moderna la libertad no es eso. Todo hombre tiene una función social que llenar, y, por consecuencia, tiene el deber social de desempeñarla; tiene el deber de desenvolver, tan completamente como sea posible, su individualidad física, intelectual y moral, para cumplir esa función lo mejor posible, y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento. Pero el hombre no tiene el poder de permanecer inactivo, de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo. Pueden incluso reglamentárselo; porque los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe.

En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su fun-

(\*) Ob. cit., p. 24.

ción social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino. (\*)

\* \* \*

6. De las ideas expuestas por M. Duguit y que nosotros hemos transcrito en sus partes más salientes, tenemos cuatro afirmaciones de máximo interés:

1. *Que hay ciertos períodos cuyo comienzo y fin están señalados por grandes hechos, que no pueden ocultarse al observador; que sería un grave error sociológico desconocerlos, y que es preciso, luego de señalarlos, determinar las grandes corrientes ideológicas que en ellos se manifiestan. Uno de estos períodos es el que se inicia en la Revolución Francesa, y otro, el que ahora estamos viviendo.*

2. *El período de los Derechos del Hombre y del Código Napoleón descansa en una concepción puramente individualista del derecho; escuela que se sustenta a su vez en la concepción metafísica del derecho subjetivo.*

3. *El actual período que vivimos elabora, a la inversa, un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista. (\*\*) O lo que es lo mismo, el sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos.*

4. *El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista. La noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra.*

Es conveniente enfrentar las afirmaciones del maestro bordelés con las de Koschembahr - Lyskowski, ya que movido por los conceptos de ambos, hemos intentado este ensayo de «anatomía» jurídica, pergeñado en el noble ejercicio que imponen las disciplinas filosóficas. Porque, modestos cultores de ellas, y aunque «impartibus infidelis», no queremos ni en éste ni en ningún otro lugar, hacer apostasía de nuestras viejas inclinaciones a rondar por el huerto de Akademos.

(\*) Ob. cit., p. 25 y 26.

(\*\*) V. la cita de la p. 171.

Koschembahr defiende, en síntesis, los siguientes postulados:

1. *Que el derecho debe considerarse adoptando para él una base objetiva.*
2. *Que el imperio del derecho, en la actualidad, lleva de continuo a situaciones cargadas de injusticia.*
3. *Que las finalidades sociales y económicas que se proponen las partes de común acuerdo, deberían apreciarse no sólo como voluntad de las partes, si no, también, según las circunstancias en las cuales se encontraron las partes al constituirse la relación jurídica; y*
4. *El sistema de derechos subjetivos tiene un origen puramente doctrinal, desprendido de una doctrina falsa, sin valor y al mismo tiempo contraria a los elementos esenciales del derecho.*

Ordenadas las cuatro afirmaciones de Duguit y de Koschembahr - Lyskowski, a nosotros nos resta en el próximo capítulo, analizar el contenido ideológico que dice relación con el tema propuesto — derecho subjetivo frente al derecho objetivo — y pronunciarnos sobre la calidad de los factores que determinan su creación y ordenación jurídicas.

### CAPITULO III

#### SINTESIS

1. Considerado el orden jurídico desde el ángulo de los intereses permanentes del individuo o desde el otro de la solidaridad social, ofrece características distintas que imprimen a todo el problema del Derecho un dualismo manifiesto que, según sea la temperatura o pasión de las diversas personas que lo estudien, llega a convertirse en antipódico.

Para la Escuela del Derecho Natural el hombre viene al mundo, armado, desde un plano superior de equivalencias, con ciertas facultades — o derechos *subjetivos* — que, junto con permitirle el comercio individual con sus semejantes, lo colocan en condiciones de defender e imponer sus pretensiones, obligando al medio social, en el cual tiene su atmósfera, a que le sirva de sujeto pasivo de su «derecho». Esto es, en otras palabras, que su pretensión o interés personal reciba la protección jurídica correspondiente, con el acatamiento simultáneo de la sociedad.



Bajo este prisma, el individuo pasa a convertirse en un ser de mera coexistencia orgánica con los otros individuos que integran, celularmente, el cuerpo de la colectividad; puesto que *los derechos* que, como persona, puede oponer al interés del grupo, no admiten — sin que se rompa todo el sistema de sus pretensiones — que el *imperium* de los llamados *derechos generales* lo anule o coaccione en el radio que él considera inviolable y propio a su personalidad.

\* \* \*

2. Situado en el punto de vista de la solidaridad social, el orden jurídico, como ya lo vimos en el Capítulo anterior, citando palabras de Duguit, muestra una faz muy distinta.

Así considerado el dualismo al que acabamos de referirnos, surgen dos conceptos que parecen no poder conformarse a ningún intento de síntesis global de las teorías del Derecho.

Por una parte, si se cree que existe una voluntad o un interés que la sociedad reconoce o garantiza, debe aceptarse, en seguida, por lógicas consecuencias, el hecho de una voluntad autónoma, personal, independiente y superior a las otras voluntades — una voluntad que es capaz de engendrar «derechos», *sus derechos*; una voluntad, en cierto modo, soberana. En otros términos: un supuesto anárquico, aceptado el vocablo *anarquía* en su noción fundamental.

Por otra parte, si se acepta que la persona no tiene «derechos» sino simplemente deberes, se invierten todos los términos del Derecho Natural y el individuo que mueve a esta persona queda convertido en un simple autómatas, vacío de contenido jurídico y amarrado a una férula de procedimientos, en los que *coopera*, pero no interviene. O lo que es igual: de la libertad máxima o individualismo puro, se arrastra a todo el orden jurídico, en vista de ciertas consideraciones positivas, (\*) a los límites mismos de la esclavitud.

\* \* \*

3. Sin embargo, la antítesis propuesta no existe en la vida jurídica. Filosóficamente, tampoco puede existir, si se

---

(\*) M. Duguit gusta mucho usar la palabra «positivo». Sin embargo, pocos escritores jurídicos hay que planeen en un terreno de mayores honduras metafísicas. Esto por otra parte, es una constatación que han hecho la mayoría de sus críticos y que cualquier estudioso puede comprobar leyendo sus obras.

discriminan bien en su significado los vocablos que se emplean.

¿Qué cosa es, en último término, «el derecho subjetivo»?

No otra cosa que el derecho de propiedad; la defensa de lo que es mío o yo considero mío.

Pero es desde aquí, precisamente, de donde parte el equívoco que divide el sentimiento de los hombres de Derecho, de la mayoría de los razonadores doctrinarios, cuando ven que con una nueva pregunta se complican las respuestas hasta el infinito. . . . .

Ensayemos.

¿Qué cosa es lo mío, o lo que yo considero mío?

Primitivamente, mi cuerpo, mis alimentos; aquello de lo que mi cuerpo se posesiona a fin de aumentar sus posibilidades de triunfo en su lucha por la vida; después, lo que obtuve del vencido; en seguida mis prerrogativas de vencedor. . . . .

Conforme. Pero ¿cuáles cosas puedo yo considerar susceptibles de convertirse en *mis bienes*?

La contestación se transformaría sencillamente en un absurdo, pues las cosas que una persona puede considerar susceptibles de convertirse en «sus bienes» son casi ilimitadas. Y esto a causa de un error básico: del error de establecer toda la vida jurídica como dependiente de la idea de *propiedad*. Desde hace siglos, la propiedad natural no es posible para los seres humanos en el mundo civilizado. Es millones de veces más fácil que un hombre se muera de hambre en Londres que no en la Isla de Juan Fernández. En la isla semi-solitaria le bastará a un hombre, para subsistir, con ponerse en contacto con la Naturaleza, y ésta le dará sus dones al igual que a las demás especies animadas que nutren sus existencia con las ofrendas de la tierra.

Pero, en el mundo mecanizado, no se concibe la propiedad natural, fruto del trabajo, en los límites que ese esfuerzo se refiere a la conservación de la especie, sin que invalide, explote, anule o desplace el trabajo de otro. Para evitar la competencia de hombre a hombre, el ritmo histórico impuso las normas de derecho, y la propiedad espontánea o natural fué reemplazada por la *propiedad jurídica*.

Mas, con esto no se substituyó la lucha; sino que se dividió anticipadamente al genio humano, mediante fórmulas estrictas en dos porciones igualmente antagónicas a las de vencedores y vencidos que informaron la vida tribal en las épocas pre-

jurídicas; estas dos porciones son las que hoy se enfrentan en todo el planeta: los poseedores y los desposeídos; en otras palabras, la clase de los propietarios, defendidos por el Derecho Privado, que es casi el derecho de ellos; y la clase de los que por no tener nada quieren la colectivización de la propiedad.

Lo terrible de esta competencia, es que la razón la tienen ambos, como hemos querido demostrarlo a través de estas páginas. ¿Hay manera de soslayar la dificultad? Sí; mas la ecuación, para salvarla, no está en el derecho objetivo sobre el cual se realiza la pugna, sino en el «derecho» subjetivo que estriba en la exigencia o pretensión de que los intereses individuales útiles para la propia conservación y para los de la especie, sean jurídicamente protegidos.

Pero los llamados «derechos subjetivos» — argüirán algunos — arrancan del grupo de los sentimientos egoístas, sentimientos los antedichos que extienden la noción de propiedad hacia el campo ilimitado de la posesión individual, derivando, consecuentemente, que la ocupación y posesión de las cosas quedan incluidos en el sistema de los derechos subjetivos. El Derecho Romano — continuarán argumentando — sintetizó la regla: «dominium et jus utendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur», la propiedad es el derecho de usar y abusar (de una cosa), en tanto lo permita la razón de la ley.» (\*) Regla monstruosa, que da al legislador la facultad de sancionar un *abuso*.

Todo el sistema de «derechos» subjetivos se argolla en esta definición romana: «jus utendi et abutendi.» ¿Por qué derecho no sólo a usar sino también a abusar? ¿Qué interés puede haber en este abuso? ¿Cuál, por último, la razón de Estado para sancionar un procedimiento que podía ir en contra del interés convergente del *individuo - sociedad* lesionado o amenazado indirectamente por el *individuo - persona*?

(\*) Se ha dicho por algunos autores que el «abuti» de los romanos tenía sólo el significado de una libre disposición, pero no el que encierra en sus otras acepciones la palabra abusar.

Esto no es verdad; pues el derecho de disponer — aun así considerado el vocablo latino en cuestión — envuelve al mismo tiempo la idea de no hacer o, lo que es lo mismo, de *no disponer* o en otros términos, de dejar en pasiva la actitud a que se refiere el verbo subrayado. Lo que produce, en resumen, el mismo efecto del abuso en su acepción extrema; pues, si yo descuido, abandono una cosa y la dejo que perezca y se deteriore, cometo ostensiblemente un mal uso de mi derecho si con ello perjudico a la economía colectiva.

La prueba más clara de lo que acabamos de afirmar es que la propia legislación romana se encargó de ponerle límites a esa facultad que muchos pretendían absoluta, pero a la cual siempre se opuso, en todos los tiempos, el interés coincidente de los demás; es decir, del organismo social.

Tenemos en este concepto, que la propiedad así comprendida *in extenso* e incorporada al sistema de «derechos» subjetivos, no sólo se impone al derecho objetivo sino que lo sobrepasa. . . . (\*)

A los que así piensan no tenemos sino que darles la razón. Pero no en cuanto a la caducidad del «derecho» subjetivo por ser contrario — como dice Duguit — al actual período que vivimos, el cual «elabora, a la inversa, un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista»; sino, a la inversa; para sostenerlo en una nueva lucha a favor del individuo. No del que defiende «pretensiones» injustas o desniveladoras; sino del individuo que batalla porque no se desconozcan atributos de su persona que él considera inalienables. Así, por ejemplo, ese de intervenir en la defensa de sus intereses justos, cuando ellos no se oponen a la conservación de la especie y sí facilitan el ascenso espontáneo y natural a mejores niveles de concurrencia y adaptación; porque es necesario no olvidar el axioma sociológico de que la *mentalidad social se modifica y toma nuevos rumbos en la mente de los individuos*.

\* \* \*

4. El antedicho modo de pensar deja en pie la célula primaria del «derecho» subjetivo: esto es la «pretensión que se refiere a la defensa jurídica del propio trabajo. Este trabajo puede ser intelectual o físico, puede referirse a un artificio o creación de mi mente o una actividad simplemente muscular.

Y aquí es menester hacer hincapié en una distinción que se nos impone como necesaria.

*Debemos separar en forma bien clara lo que es el derecho de lo que son los problemas de la Naturaleza.* No porque la ciencia jurídica radique en la sociedad y la sociedad se asiente en la Naturaleza, se vinculan ambas — como muchos creen — en mutua y efectiva correspondencia. El contacto existe, claro está, pero manteniendo cada una la independencia de sus ámbitos respectivos.

---

(\*) En este concepto de la propiedad, concretado a la propiedad de la tierra y a sus medios de producción, funda el socialismo su crítica aguda y terminante a toda construcción capitalista y, por lo mismo, la repulsa a todas las escuelas y partidarios del sistema de «derechos» subjetivos.

Así considerada la propiedad, y, especialmente, la propiedad de la tierra, grandes sectores del pensamiento contemporáneo no han podido menos que rebelarse en contra de ella y declararse sus enemigos.

Un ejemplo elemental y nítido. Si Juan mata a un hombre, este hecho no tiene, frente a la naturaleza sino un solo y simple significado: la muerte de un ser humano.

Sin embargo, para el Derecho, y para la regla moral, los significados son múltiples. Si Juan mató en defensa propia, Juan es inocente; si Juan mata en la guerra, el legislador no sólo lo considera inocente, sino que lo faculta para exigir determinadas compensaciones; si Juan mata en cierto estado de enajenación mental, para la ley y para la ética es un irresponsable; si Juan mata por robar, es un asesino; etc., etc.

Los modos cómo actúa la ley y la regla moral serán tan distintos como lo son los matices de que está dotada la norma jurídica o la norma subjetiva. Normas, las dos, que no derivan de la *naturaleza de la sociedad*, sino de la *naturaleza de las relaciones*, siempre variadas y artificiosas que vinculan al individuo y al grupo en esa representación de ideales y de conveniencias mutuas que es el Estado de Derecho. (\*)

En la vida jurídica los actos del hombre no son actos de una categoría psico-física, sino actos que tienen además un sentido «convencional». Este sentido «convencional» se lo da el derecho.

Si alguien grita en la plaza pública: Abajo la «teoría darwiniana», lo único que produciría a su alrededor este excéntrico, sería un círculo de miradas y de sonrisas burlonas; pero si ese mismo sujeto grita: «¡Abajo el Presidente de la República!», el efecto inmediato sería el de una justa alarma de los circundantes, además de la intervención policial inmediata.

En el primer caso se supone una exteriorización psico-biológica, que no roza la vida del derecho; pero en el segundo, la intención del grito va a perturbar una norma prohibitiva. Aquí, pues, no se castiga el grito, sino la falta cometida; falta

(\*) Es verdad que las modernísimas escuelas penales tratan de hacer sensible en todo momento el factor psico-biológico en la determinación del hecho delictuoso; pero mientras subsista la *pena* como reacción de la sociedad frente al delincuente, cualesquiera que sean las máscaras que se le desee poner a esta palabra, siempre habrá un «hecho jurídico», independiente del «hecho natural». Y aquí no hay cuestión, porque si se niega la voluntariedad o libre determinación de los impulsos del sujeto, *no hay crimen*, sino un «hecho natural»; y si luego de este razonamiento, se pena al sujeto que cometió el hecho llamado delictuoso, se está cometiendo la fantástica arbitrariedad de sancionar una ficción.

Pero hay pensadores que por no aceptar la separación de las ciencias culturales y las ciencias de la naturaleza, prefieren pasar como en volandas por estas absurdas constataciones que provoca la intemperancia doctrinaria.

que reside en la alteración del convencionalismo expresado en la regla.

Puede haber casos, sin embargo, en que el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto *coincidan* dentro de una determinada ordenación jurídica; v. gr., en la circunstancia del marido que sorprende a la mujer en flagrante delito de adulterio, y le da muerte a ella y al burlador. En nuestra legislación, el artículo 10 del Código Penal sale al encuentro del impulso irresistible y establece la norma:

«ART. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

»11. El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél, no haga excusable la falta de ésta.»

A la inversa: el duelo está penado por la ley (Art. 404 y sgtes.) del Código Penal; pero si un individuo se bate a muerte por defender, v. gr., el nombre de su patria ultrajada, no habría tribunal posible que se atreviera a sancionar este delito. Aquí la subjetividad del acto se impone a la objetividad del Derecho y la hace coincidir, tácitamente, a su favor; pues, el *convencionalismo* jurídico «prohíbe» que se declare su licitud.....

Estos ejemplos tienen que hacer pensar, desde luego, como se halla de distante, en su esencia el proceder jurídico de la concepción jurídica. Se piensa, se «crea» la regla de conducta de acuerdo con una pauta de justicia excelsa adoptada a la naturaleza humana, pero una vez que se establece como norma, ésta sólo admite contenidos de derecho y el pensamiento del legislador toma la forma de la letra. De ahí que, aun en los casos en que se consulta el «espíritu» de una disposición jurídica, cuya letra no es clara, siempre esa consulta se hará buscando «posibilidades de derecho» y no «posibilidades de vida».....

Ahora bien, en este «origen», en este espíritu enlaza, luego del subsecuente desarrollo primario, el sistema de «derechos subjetivos». Por eso es que puede decirse, de acuerdo con las exigencias que lo producen, que los derechos subjetivos son consubstanciales a los «hombres y los derechos objetivos, a las «personas».

El hombre antes de realizar algo, tiene que desear ese algo. Observemos al niño, primer escalón de un proceso de reacciones psicofísicas que se refieren a la humanidad toda. Mira un juguete, en seguida ambiciona tenerlo; se pone al al-

cance de él; lo aprehende; lo posee. La afirmación de dominio coronará, por último, la totalidad del proceso anímico:

— «Mío.»

Es indudable que aquí el párvulo se «apoya» en un germen de «derecho» que él, en seguida de la posesión, proclama. Esta pretensión suya se eslabona en el sistema de derechos subjetivos; sin embargo, para que esta «pretensión» tenga validez, necesita que el acto de la voluntad que acaba de realizar, sea protegido. En la vida jurídica es esta protección la que implica el *reconocimiento* del Derecho, y sólo desde el instante que esa protección existe, el Derecho Subjetivo existe. Pero aquí mismo, inmediato al acto de reconocimiento, se establece el círculo vicioso; porque una vez que la «pretensión» haya sido protegida, pierde ipso facto su carácter subjetivo para transformarse en derecho objetivo.

Ateniéndonos a las exteriorizaciones de sus sentimientos primordiales, el hombre, al concebir la propiedad individual extiende su íntimo «derecho» inalienable — el «derecho» a la conservación suya y de la especie y con ello al fruto de su trabajo — a una serie progresiva de pretensiones categóricas basadas en el hecho de la propiedad privada; pretensiones que, una vez establecidas la diferencia formal de los grupos, reconocida implícitamente en la regla jurídica impuesta por la ley del más fuerte, puso en movimiento el sistema económico de excepción que la lucha de clases inauguraba.

\* \* \*

5. Naturalmente la reacción del derecho contemporáneo ha sido motivada y lógica. Frente al orden jurídico no caben sino posibilidades de intenciones jurídicas que no podrían ser tales sino son de justicia para todos; y aceptar un sistema de derechos subjetivos, es aceptar doctrinariamente los efectos de un desequilibrio antijurídico provocado por el reconocimiento.

Pero si es verdad que el impulso que mueve a la nueva ciencia del Derecho tiende a limitar cada vez más la idea de propiedad privada y de libre y absoluta disposición de los bienes, no es menos cierto, también, que la característica pretenciosa del llamado *sistema de derechos subjetivos* vive y palpita en el orden actual; pues, el «derecho subjetivo» — como *razona Kelsen* — no es distinto del objetivo, sino que es el derecho objetivo mismo, ya cuando se dirige contra un sujeto con-

creto (deber), ya cuando se pone a disposición del mismo (facultad); porque la persona — defendida jurídicamente por la sociedad u obligada por ella — junto con reglamentar su «derecho» ha realizado su «pretensión»; y al cumplir con *su deber* ha reconocido implícitamente el derecho ajeno.

\* \* \*

6. Hemos llegado al término de nuestro ensayo, y necesitamos aprovechar las líneas que nos quedan para referirnos al aspecto actual del problema en su faz de mayor contensión dramática.

Hasta ayer el sistema de derechos subjetivos sirvió como una camisa de fuerza utilizada por los regímenes políticos que imperaron bajo las diversas formas del individualismo económico en la Europa moderna; permitiendo que el individuo económicamente libre, protegido por la ley, la impusiera al individuo económicamente subordinado, que la ley no consideraba en su desigual relación. Pero hoy esa camisa de fuerza, con todos los inconvenientes de su medida extrema, la aconsejan algunos teóricos para imponerla a los individuos «hombres». Es decir, se pretende reconocer al Estado el derecho de incursionar más allá de donde actúan las «personas»; actitud que corresponde precisamente a los ciclos de la vida jurídica por los cuales tuvo que pasar, en sus comienzos históricos, el desarrollo de la humanidad. Y esta vez sí que los verdaderos «derechos» subjetivos están en peligro, porque no puede comprenderse la existencia humana sin *libertad*.

Es absurdo reconocerle a la comunidad la pretensión de reemplazar *subjetivamente* al individuo. Un ejemplo concreto: si Pedro y María quieren casarse, la ley, velando por el orden jurídico, regulará las obligaciones recíprocas que nacerán del contrato matrimonial; pero la ley nunca podrá regular, sin caer en una monstruosa aberración, el «amor» o el «interés» que sirvió de antecedente psicológico al deseo de casarse de Pedro y María.

A esto equivaldría, v. gr., una «regla de conducta» que prohibiera a un nacional de Inglaterra o Alemania contraer matrimonio, con un nacional de raza araucana o con un semita.

Aquí la ley sobrepasaría su atención de la «persona» — que es el único sujeto de derecho — al «hombre», que no es



nunca sujeto de derecho, porque sus características psico-biológicas no son asuntos de la teoría jurídica, sino en una pauta muy corta.

El Derecho no es otra cosa que un *orden jurídico*, una organización sistemática de preceptos, de normas de conducta. Estos preceptos van dirigidos naturalmente a las personas, y se refieren a la sociedad.

«Hombre» y «persona» se integran pero no se confunden. (\*) Ahora bien, si la confusión se realiza, si el contenido de ambos términos queda preso en una regla común, es el orden jurídico el que pierde su noble calidad; pues por falta del contenido *subjetivo* que el individuo aporta, ese «orden» no puede transformarse sino en un vasto campamento de esclavos, de autómatas insustanciales que mueve una voluntad soberbia, premunida de facultades absolutas — el Estado — pero donde no palpita la emoción creadora que es sólo propia del *Hombre*.

\* \* \*

7. Y ahora una última reflexión, para concretar nuestro personal punto de vista en el análisis y observaciones que hemos venido haciendo de las doctrinas de Koschembahr y Duguit, motivo y culpa de estas páginas.

Creemos, en primer lugar, que no existe ninguna orientación ideológica en no importa qué campo de las actividades humanas, que no tenga un antecedente inmediatamente visible, e impenetrable en seguida.

Desconocemos el origen de las cosas, y resultaría petulancia extraordinaria creer que podemos conocer el origen de las ideas; mundo éste mucho más sutil y complejo que el de las formas materiales.

(\*) La persona sólo es la máscara del hombre; y el Derecho sólo se entiende *con personas*; el «hombre» psicofísico, pertenece a las ciencias naturales; son, pues, «unidades diversas, cuya diversidad no puede ser oscurecida más que por error» (*Kelsen*).

La palabra *persona*, deriva de la voz latina de idéntica estructura, que significa por extensión, *máscara*. Decimos por «extensión» porque, generalmente, aun en buenos diccionarios etimológicos, por un error lamentable no se advierte esta circunstancia. En efecto, *persona*, en un comienzo, no significó la máscara; sino la *boca* de la carátula que servía de bocina para extender y acrecentar la voz del actor, que la utilizaba en el teatro antiguo. Basta descomponer los términos del vocablo para que se adelante la sospecha que aclara y confirma en sus conclusiones la lexicografía clásica. Pero es una proposición de acusativo que delante de algunos nombres les da fuerza aumentativa o superlativa, como se puede comprobar con cientos de ejemplos en latín y en castellano, y *sonus* es sustantivo abstracto que significa sonido, palabra, voz. De manera que *persona*, etimológicamente considerados los dos elementos que la integran, valdría por *redoblar la voz, aumentar la voz, agrandar las palabras, hablar más fuerte*, etc., etc.

Deseamos la perfección de nuestros actos y un máximo de justicia en la relación de nuestra vida en sociedad, y para comprender este anhelo, decimos que él está fundado en principios de moral. Pero la moral, ¿en qué principios está fundada? En las costumbres más aptas y favorables a la conservación de la especie.

Cabe aún otra pregunta, que podría ser decisiva si tuviera respuesta. ¿De manera que no hay también tipos de conducta que regulan la existencia de las especies inferiores?

Sí que los hay; pero los moralistas no les conceden valor ético, sino el de simples acciones y reacciones instintivas dirigidas en beneficio de su conservación natural.

Y con ello comienza el misterio solemne de la dirección ontológica del mundo.

Esta aspiración nuestra hacia una continua superación de actitudes y comportamientos de perfección ideal, no entronca ni se define en un razonamiento estrictamente positivo. En un minuto y en un punto de nuestro análisis, la inteligencia se detiene abismada mirando las perspectivas del infinito, donde siguen enlazándose las causas y los efectos, a quienes ella atribuía clara y precisa definición.

Juzgamos la vida a través de un ensueño; aún más, juzgamos la vida a través de un ensueño de perfección. Pero el ensueño de lo perfecto es de raigambre ontológica, es decir, se nutre de una esencia super humana o sobre humana, considerando estos dos términos como una limitación de lo que no podemos comprender o razonar libremente, por estar más allá de nuestras facultades lógicas.

Creer que los ideales no contienen un mandato imperativo, es negarse a mirar el orden de la vida. Los ideales casi tienen más vida que la realidad. Por un ideal los hombres parecen gustosos en la guerra; desafían a los tiranos; mueren estoicamente en el patíbulo; desprecian el hambre, la sed, el destierro, los sacrificios máximos. De ahí que alguien haya dicho que para un individuo, para un pueblo, para la humanidad, los ideales no sólo son la fórmula de su deseo, sino exactamente la fórmula de su vida.

Impulso que brota irresistible del fondo misterioso de la sub-conciencia, no es, entonces, una simple especulación de la fantasía, ni una voluta entregada al juego caprichoso de los vientos, sino una fuerza en potencia, un tanteo necesario y preñado de posibilidades. Bajo este impulso el individuo - so-

ciudad avanza en busca de un mejor camino para el mejor desarrollo y adaptación de sus posibilidades de vida y anhelos de una convivencia mejor.

En la vida del Derecho, la ficción reemplaza al ideal; pero yerran los que se imaginan que en este juego de símbolos con que se nos aparece revestida la ciencia jurídica, no palpita un impulso vital tan poderoso y magnífico como el que informa a las ciencias naturales.

Realizado en la ficción, el ideal no pierde su garantía multitudinaria; porque el marco de la regla de conducta es — como dice Gabriel Dromard — la síntesis más o menos precisa de los materiales que nos aporta a diario el conocimiento y lo componemos, en realidad, por un trabajo activo de nuestra vida interior. «En efecto — continúa el pensador que acabamos de citar — nosotros no podemos determinar de una manera segura, lo que sería a la vez preferible y posible de llegar a ser, sin apoyarnos en la conciencia exacta de lo que somos y sin tener también en cuenta, con la mayor precisión posible, la relación de las cosas con el mundo exterior. En otros términos, la victoria de lo mejor que concebimos, no puede asegurarse, sino cuando su concepción no se muestra opuesta a la experiencia y a la razón.» (\*)

Para que una ley sea ley, basta que el legislador la imponga; pero para que una ley sea carne y sangre de la realidad social, necesita que esté positivamente alimentada por la adhesión del grupo; que el respeto a la autoridad, antes que temor, sea fe; y que todo el sistema en el que se incluye esa regla jurídica esté incorporado a las tendencias más profundas de la masa. Porque no es la ley la que crea la costumbre, sino la costumbre la que debe imponer la ley.

Por eso es que nunca se repetirá con insistencia sobrada que el hecho del convivir social y su perfecta garantía, debe propender a la educación y ritmo de las tendencias naturales del grupo, y no a un cuerpo de leyes superpuesto o adjetivo a su idiosincracia.

La tendencia milenaria de Italia, su ideal político fué siempre el Imperio; Roma en su mayor esplendor fué imperial y cesárea. Unos cuantos años de democracia, no podrían hundir en la nada las misteriosas y profundas raíces de la nacionalidad itálica.

---

(\*) G. DROMARD: *El ensueño y la acción*. Madrid, 1915, p. 176.

Así la obra de Mussolini no responde a otra cosa que a los impulsos dormidos que existían en el fondo de su raza por volver a los cauces de la tradición, de la mayor y más alta vida que tuvieron en el pasado. Una Italia democrática sería tan absurda como una Inglaterra bolchevique. Las fuerzas vivas de la tradición no mueren a firmas de decretos ni de creaciones legislativas.

Es verdad que la permanencia de un formulismo puramente arcaico dificultando el desarrollo y evolución de las normas jurídicas, tiene necesariamente que encontrarse, a la postre, con un movimiento revolucionario; pero no olvidemos que las revoluciones, por el hecho mismo de serlo, necesitan, para sedimentar las nuevas conquistas obtenidas por ellas, de un proceso inverso; es decir, de una *contra revolución* o *reacción inmediata*. El equilibrio entre estas dos fuerzas antagónicas es, seguramente, el que dará la justa regla de Derecho.

En el mundo de los fenómenos sociales hay que acomodar las cosas tomando en cuenta las resistencias del presente, pero sin obstruir el camino a las ilusiones del porvenir.

Ensueño y realidad, he aquí dos poderes que nunca deben olvidarse, ni mucho menos tratar de hacerlos aparecer como en divorcio permanente.

Todo lo contrario. En la vida jurídica lo mismo que en la vida del arte — el Derecho es un arte supremo — el ensueño y la realidad pocas veces logran separarse, ya que es un hecho indiscutible que en ambos términos de este binomio conceptual se desliza toda la actividad del pensamiento humano. El hombre vive para sí y para los demás de acuerdo con sus tendencias ego - altruistas, y en su altruismo reside, posiblemente, su mayor categoría de ensueño.

Mas, por las complejas mutaciones que experimenta su psicología en el juego de las experiencias diarias en que lo coloca la lucha por la vida, se apercibe, también, para defenderse; o se prepara para atacar.

Esta es la realidad. Hoy, como ayer, ¿no subsiste entera la cruel sentencia de Hobbes, *homo homini lupus*?

La sociología jurídica no puede ponerse de espaldas a esta terrible constatación.

TERMINAMOS. — La vida jurídica no es sino esto: una conformación entre un ideal y una norma práctica en la que ése debe ajustarse; una fórmula de arreglo entre una pretensión y una medida de conducta que concilie los intereses del individuo con

los de la colectividad; una solución entre dos términos que partiendo en sentido diferente completan, al encontrarse, un círculo absoluto; la conciliación, en fin, de dos nombres bajo el cual se enfilan dos doctrinas invulnerables: Derecho Subjetivo y Derecho Objetivo que, a la postre, significan una sola cosa: anhelos de *Justicia!*