

Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit

Por ALFONSO RODRIGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES

Sevilla

SUMARIO: I. La doctrina de DUGUIT sobre el derecho subjetivo: su negación. II. Algunas objeciones a la teoría de Duguit.—III. El derecho subjetivo y la alternativa propuesta.—IV. Rechazo de la negación. El derecho subjetivo: una categoría de necesaria existencia.

I. No vamos a hacer aquí una, ni siquiera breve, exposición de las discusiones, divergencias y teorías doctrinales que sobre la naturaleza del derecho subjetivo y sobre sus elementos han sido en la historia del pensamiento jurídico. Ello excedería en mucho el espacio de estas páginas y haría engañoso un título cuya misión es orientar al lector mediante su fidelidad al contenido de lo que le sigue. Estas teorías son, de otra parte, de todas conocidas y parten de la base de la existencia misma de la categoría.

Hay, por el contrario, ciertas corrientes doctrinales cuyas tesis suponen la discusión de la categoría en sí misma y que llegan o conducen a negar la existencia del derecho subjetivo.

Como es sobradamente conocido, el antecedente de estas teorías se encuentra en las obras de Augusto Comte, pero fue el jurista León Duguit su portaestandarte (1). Su obra actuó de revulsivo en la doctrina y es a él a quien van referidas las teorías negadoras del derecho subjetivo en sus inicios (2).

(1) A pesar de que el propio Duguit reconoce a Comte como a su inspirador y antecedente de su doctrina, no ha faltado alguna voz que le acuse de seguir «demasiado» a Augusto Comte; así, Jesús PABON S. DE ÚRBINA no duda en su obra *Positivismo y Propiedad (estudio sobre la idea de propiedad función social)*, Madrid, 1925 (que constituye su Tesis doctoral), al acusar a Duguit de plagiarlo de Comte, y así lo hace en la nota 3 al Cap. V de la segunda parte, pp. 148-149, afirmación que ratifica y explica profusamente mediante la comparación de textos de los dos autores en un Apéndice I a la ob. cit. «Comte y Duguit», pp. 247-257.

(2) Cfr. entre otros muchos, CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963, p. 35; CARBONNIER, *Flexible Droit*, 4.^a ed., revisada y aumentada, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1979,

Desde ese momento, inicial del actual siglo, se viene con insistencia hablando en la doctrina de una crisis del derecho subjetivo. En realidad esa crisis no se considera hoy como una crisis absoluta del derecho subjetivo, sino como una reacción contra una concepción, mejor utilización, ideológica de esta categoría.

Efectivamente, para esta teoría negadora, la expresión misma «derecho subjetivo» está fundada en un planteamiento liberal en el cual el individuo tiene derechos naturales, manifestaciones de su libertad que el Derecho objetivo debe reconocer y sancionar, y apunta a una situación y unos poderes puramente individuales. Desde esta concepción se concluye que el Derecho no puede tener como fin la satisfacción de intereses personales, sino la de los intereses generales (3).

Como señala Castán. «hay en efecto que reconocer que la exageración con que se apreciaba la importancia del derecho subjetivo, y el matiz tan acremente individualista con que se le presentó han producido una fuerte reacción contraria al mismo que ha desembocado en radicales y no menos desorbitadas negaciones de su mismo concepto (4), es decir, que «en el fondo lo que Duguit discute, más que el derecho subjetivo en sí, es la concepción del derecho individual» (5). Y es que «el derecho subjetivo parecía formar parte esencial de la filosofía liberal e individualista y por ello ha vacilado desde el momento en que ésta se ha visto duramente atacada» (6), porque es ésa, en realidad, lo que se combate, aunque este «cambio de atmósfera» ha conducido a discutir una noción, la de derecho subjetivo, que había sido indiscutida hasta entonces (7).

página 118 (hay traducción castellana de la 2.^a ed. francesa realizada por Díez-PICAZO, Tecnos, Madrid, 1974); LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed., revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, 1979, p. 725; VITTORIO FROSINI, «Diritto soggettivo e dovere giuridico», *Rivista di Diritto Civile*, 1961, I, páginas 115-133, pp. 119-120; CASTÁN TOBEÑAS, «El concepto de derecho subjetivo», *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 121-130, pp. 127-128.

No debe pensarse que tras el rechazo general de las teorías negadoras, que se ha venido produciendo desde principios de siglo, estas teorías son letra muerta. Son también notorias otras negaciones como las que se hacen desde el normativismo formalista y desde posiciones ideológicas tales como el nacionalsocialismo y el socialismo comunista. Pero tampoco son las únicas ni las últimas. Nuevas negaciones se producen especialmente en Francia, así M. VILLEY, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX, 1964, «Le droit subjectif en question», pp. 97-128.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Manual de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 123-124.

(4) CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 34.

(5) CASTÁN, *El concepto...*, cit., p. 128.

(6) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 132.

(7) Cfr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 118. En el marco de estas ideas, pone de relieve PÉREZ LUÑO, A. E., «Delimitación conceptual de los Derechos Humanos», en *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, ob. col. dirigida por A. E. PÉREZ LUÑO, p. 25, que «desde

Es éste el derecho subjetivo que entra en crisis, lo que ocurre es que al negarlo niega sin más la categoría considerándola fruto y representación de la concepción a la que combate, y por ello se opone «a la metafísica personalista legada al mundo por el cristianismo e hipertrofiada y deformada por las doctrinas individualistas y revolucionarias» (8).

De estas consideraciones se vale Duguit para afirmar, tras dejar sentado que «derecho subjetivo» es la noción fundamental base del sistema que se inaugura con la Revolución Francesa, que dicha categoría está en «contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas y con el realismo», en contradicción, según este autor, «con el positivismo de nuestra época» (9). Considera que «la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada» (10) y que es una categoría metafísica, artificial y precaria (11). Para demostrar lo que acabamos de transcribir Duguit afirma que «las controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo» son la mejor prueba. Pero a continuación se atreve a decir que «en definitiva todas esas controversias conducen a esta definición (¿?): es el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no está prohibida por la ley», añadiendo la concepción de Jellinek: «el derecho subjetivo es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad» (12) Pero es que además el propio Duguit comparte esta noción al reconocer que los derechos subjetivos «se traducen siempre de hecho en el poder que... (se tiene)... de

una óptica marxista se ha afirmado que la teoría de los derechos subjetivos no es otra cosa más que una construcción del pensamiento jurídico burgués, para, al amparo de su vinculación con la teoría de los derechos humanos, situar a nivel jurídico-positivo el libre disfrute de la propiedad privada; en realidad y a salvo la diferente óptica, el problema que subyace es el mismo: una categoría jurídica utilizada por una ideología y que al ser identificada con ésta es combatida junto a ella, y en este sentido, se explica «la crisis del derecho subjetivo como un fenómeno determinado por las nuevas condiciones económicas que presiden el desarrollo del capitalismo monopolista, el cual ha exigido una intervención estatal en los dominios de la propiedad privada» (PÉREZ LUÑO, ob. cit., p. 25).

(8) LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 725. En cualquier caso como se ha visto «hay que reconocer las exageraciones que, a causa de un subido tinte individualista, acompañaron a la teoría del derecho subjetivo» (CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., p. 70). Sobre esas exageraciones puede verse, v. gr., la obra de Giuseppe SALVIOLI, «Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y el Derecho moderno» (cuya redacción original data de la última década del siglo pasado), en *El Derecho civil y el proletariado*, ed. a cargo de B. CLAVERO, Sevilla, 1979.

(9) DUGUIT, Leon, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie F. Alcan, París 1920, p. 9. (Hay traducción española: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975).

(10) DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 13.

(11) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 9-17.

(12) DUGUIT, ob. cit., p. 10.

imponer, incluso por la fuerza, a otros individuos mi propia voluntad» (13).

De todo ello concluye Duguit que «la noción de derecho subjetivo... implica siempre dos voluntades una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad. Esto implica jerarquía de las voluntades y, en cierta manera, una medida de las voluntades», para, a continuación, preguntar, «¿una voluntad puede ser, en sí, superior a otra voluntad?», pregunta que, ante la obvia respuesta, deja sin contestar (14).

Todo ello fundamenta, según él, su opinión de que esos derechos subjetivos han revelado su carácter antisocial tendiendo siempre a consagrar la individualidad (15), lo cual es lógico ya que para Duguit «a esta noción metafísica del derecho subjetivo... (se corresponde)... una concepción puramente individualista de la sociedad y del Derecho objetivo» (16). Como esa sociedad y ese Derecho objetivo individualista, como el individualismo en sí mismo, son insostenibles ya que, cada vez más, se impone la idea del hombre ser social, habrán de desaparecer y ser sustituidos por una sociedad y un Derecho realista y «socialista» (17), basados, no en el derecho subjetivo, sino en la noción de función social (18).

Esta afirmación es coherente con su opinión de que «lo social» es fundamento y presupuesto de la ordenación jurídica, al señalar que la regla jurídica descansa en el fundamento de la estructura social: la necesidad de mantener coherentes entre sí a los diferentes elementos sociales (19).

El elemento constitutivo de la cohesión social es la solidaridad social, la interdependencia social. Esta interdependencia es un hecho de orden real susceptible de demostración, es el hecho de la estructura social misma. Cualquiera que sea el grado de civilización, la interdependencia está constituida por dos elementos que se encuentran siempre, en grado diverso, con formas variables, pero con caracteres esenciales idénticos: la semejanza de las

(13) DUGUIT, ob. cit., p. 12.

(14) DUGUIT, ob. cit., p. 13.

(15) Cfr. DUGUIT, ob. cit., p. 14.

(16) DUGUIT, ob. cit., p. 15.

(17) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 15-19.

(18) Cfr. DUGUIT, ob. cit., p. 19.

(19) Igual Gèorges RIPERT, *Les forces creatives du Droit*, Libr. Gènerale du Droit et de Jurispr., París 1955, pp. 71 y ss., que coincide en el hecho aunque no en las causas ni en los medios, señalando la importancia de las relaciones sociales como fundamento del Derecho; al igual que HERNÁNDEZ GIL, A. (*La función social de la posesión*, Alianza Ed., Madrid 1969, pp. 72 y ss.) señala la dicotomía «ordenación social-ordenación estatal», y plantea la cuestión en términos más clásicos y más concretos (refiriéndose, sin duda, a un estadio evolutivo posterior al contemplado por HERNÁNDEZ GIL): El Derecho es creado voluntariamente por el hombre para prevenir y regular los conflictos que se originan en la vida en sociedad. La creación del Derecho positivo (ordenación estatal) es fácil en las sociedades modernas ya que depende del poder político; la costumbre, formada muy lentamente, no

necesidades de los hombres de un mismo grupo social y la diversidad de necesidades y aptitudes de esos mismos hombres.

Los hombres de una misma sociedad están unidos los unos a los otros porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida en común: solidaridad por semejanzas. Pero, de otra parte, los hombres están unidos por sus diferentes necesidades y aptitudes y pueden, por eso, ayudarse y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas: solidaridad por diferencias, por la división del trabajo (20).

Ese es, pues, el fundamento de la sociedad para Duguit, fundamento que es, generalmente, aceptado aunque introduciendo una enorme variedad de matices.

En este sentido afirma Hernández Gil: «Si el contrato no es el origen histórico ni la explicación jurídico-política de la sociedad, un cierto *consensus* resulta indispensable para estar en el mundo» (21).

Es, pues, opinión común el admitir el presupuesto social de la regla de Derecho. Pero lo social no es sólo el presupuesto, sino también el fin del Derecho.

Efectivamente el presupuesto social es básicamente intrasocial (22). En este sentido es innegable la total referencia del De-

es considerada más que como fuente secundaria del Derecho. La regla jurídica, así, viene dada por la Ley y ésta es expresión de la voluntad de los gobernantes. Pero esta voluntad no es arbitraria: viene determinada por su deber y por su interés, que coinciden: mantener el orden. Deben dar reglas que sean deseadas y respetadas. Su voluntad viene determinada de este modo por millares de voluntades que están de acuerdo o que se oponen. Como toda regla nueva modificando algo, beneficia a unos y daña a otros; se ha de intentar en la creación del Derecho conciliar intereses opuestos a fin de alcanzar la aceptación general. El Derecho nace de esa lucha de fuerzas sociales, pero no surge espontáneamente de ese juego de fuerzas: las fuerzas sociales luchan por obtener la norma, pero no hay Derecho hasta tanto el poder no dé la Ley.

En resumen: el Derecho, en las sociedades modernas, es producto del Poder, de su voluntad, pero esta voluntad viene determinada por la voluntad de distintas fuerzas sociales, políticas, en oposición. El Poder quiere y debe mantener el orden, por ello ha de tener en cuenta esas otras voluntades e intentar conciliarlas o adoptar la del grupo más fuerte sin que peligre el orden: la Ley es el «resultado de una transacción entre fuerzas opuestas».

De este modo se llega al mismo resultado, «lo social» es presupuesto de toda ordenación jurídica. La creación misma del Derecho está determinada por el elemento social. Y su contenido hay que considerarlo «bajo la especie de lo social» (RECASENS SICHES, L., «Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla Filosofia Giuridica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1926, pp. 473-501, p. 497).

(20) DUGUIT, ob. cit., pp. 25-27.

(21) Ob. cit., p. 73.

(22) «Lo social como presupuesto —escribe HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 72— está representado por relaciones de interacción o interdependencia», añadiendo que «toda relación de esta clase es social».

En el mismo sentido, como nos hace observar Max WEBER (*Economía y Sociedad*, vol. I, Fondo de Cultura Económica, 1.ª ed. española, México, 1944, pp. 20-25), «no toda clase de contacto entre los hombres tiene carácter social, sino sólo una acción con sentido propio dirigida a la acción de otros. (...)

recho a la realidad social, pero ello no supone radical subordinación. El Derecho está al servicio de la realidad social, pero además el Derecho viene también referido a la realidad social con una misión o función (social) conformadora, modificadora, de la realidad social existente (23).

Por lo que hace al término «función social», para Duguit se trata de una noción que reposa en una concepción exclusivamente realista que elimina poco a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo.

Partiendo de esta premisa Duguit sostiene que ni el hombre ni la colectividad tienen derechos. Los derechos del individuo y los de la sociedad son cosas que no existen, por eso es absurdo decir que es preciso conciliar derechos individuales con los derechos de la colectividad.

Sin embargo, todo individuo tiene en la sociedad una función que cumplir. No puede dejar de cumplirla ya que si se abstiene de hacerlo resultaría un desorden o, al menos, un perjuicio social. De otro lado todos los actos contrarios a esa «función» serán socialmente reprimidos. Por el contrario todos los actos que realice para cumplir la misión que le corresponde en razón de su lugar en la sociedad serán socialmente protegidos y garantizados. De donde la libertad sería un medio para que cada cual pueda cumplir de la mejor manera y con la mayor amplitud su función social. Y, añade Duguit, aquí aparece muy claro el fundamento social de la regla de Derecho, del Derecho objetivo, cuestión a la que ya nos hemos referido.

Es ésta, para Duguit, una concepción de orden realista y socialista, que transforma profundamente todas las concepciones jurídicas anteriores.

Realista ya que descansa en el hecho de la función social observada.

Y socialista (ya veremos los inconvenientes —y las aclaraciones del propio Duguit, que no es socialista en absoluto— del uso de este término) porque descansa en las condiciones mismas de la vida social (24).

Como tendremos ocasión de repetir más adelante Duguit trata de concretas aplicaciones de su doctrina. La más llamativa de éstas es la que realiza sobre el derecho de propiedad, y, tras lo que antecede, no puede sino concluir en famosa y lapidaria frase,

Por relación social debe entenderse una conducta plural —de varios— ... que ... se presenta como recíprocamente referida. (...) Un mínimo de recíproca bilateralidad en la acción es, por tanto, una característica conceptual». Y RECASÉNS SICHES («Il concetto...», cit., p. 497) indica que «La sociabilidad supone, en su mínima expresión, por lo menos un centro de actividad humana que ejerce influencia sobre otro punto de acción análogo».

(23) Se trata de una idea tan arraigada y ahora comprobada por la moderna sociología jurídica que realizar cita alguna para apoyar el texto parece de todo punto innecesario.

(24) Cfr. DUGUIT, ob. cit., pp. 19 y ss.

al tiempo que grandemente expresiva de su concepción, que «*la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse*» (25).

Se pueden hacer diversas objeciones a la doctrina recién expuesta, pero antes aclaremos el sentido que, para Duguit, tiene la voz «socialista», problema terminológico que ya habíamos anunciado.

Duguit realiza aplicaciones concretas de su doctrina, en una de ellas, concretamente en la referida a la propiedad, el autor, llevado por el impulso de su propia terminología, no puede dejar de afirmar que la transformación a que nos hemos venido refiriendo, ha de influir en la propiedad y esta «evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista» y «de ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice» (26).

«Por decirlo así», en efecto, porque no está en el ánimo de Duguit decir lo que dice, reconociendo, inmediatamente, que «esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas» (es decir socialistas: término para cuyo uso Duguit ha quedado incapacitado, al utilizarlo incorrectamente, aplicándose a sí mismo sin merecerlo). A continuación, tras decir que al decir «socialista» no quiere decir socialista, explica el sentido con el cual él usa la palabra, «significa dos cosas: primeramente que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos» (27).

En cuanto al primer punto nos dice que la propiedad ya no es un derecho subjetivo sino una función social —tal como él la entiende— pero con ello no nos dice nada nuevo, pues es una simple proyección de su doctrina —v. supra— y no nos explica por qué eso da sentido a la utilización del término socialista, a no ser que sea simple reiteración de su concepción de función social, que ya hemos expuesto, y que tampoco justifica el uso de dicho término.

Y en el segundo punto no hace sino una referencia, no muy clara ni ortodoxa, al fenómeno asociativo, de creciente e innegable fuerza (incluso en la época en que habla Duguit) pero que está lejos, por sí solo, de justificar el uso del término «socialismo».

Por lo que antecede, queda claro que Duguit viendo el peligro de ser identificado con la auténtica tendencia socialista, se desdice pero manteniendo el término, si bien explicando el sentido exacto con que lo usa, y esa explicación nos permite, al margen de su propia declaración, afirmar que no se trata de socialismo. Pero no puede dejar de señalarse que Duguit representa una de las pri-

(25) DUGUIT, ob. cit., p. 158.

(26) DUGUIT, ob. cit., p. 148.

(27) DUGUIT, ob. cit., pp. 148 y 149.

meras propuestas de solución a la necesidad de fundar el Derecho en las exigencias sociales, de funcionalizarlo, base del moderno Estado Social de Derecho. Representa una preocupación que marcará el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho (28).

II. Retomamos en este punto la doctrina de Duguit para realizar las objeciones anunciadas. A nuestro juicio pueden hacerse las siguientes:

1. En opinión de Duguit, o al menos eso deja entrever, el derecho subjetivo es un producto de la ideología liberal y se asienta y adquiere su verdadera naturaleza con la Revolución francesa, afirmando que todo ello está en contradicción con el positivismo de nuestra época.

Parece que Duguit confunde la contraposición correcta entre Derecho objetivo y derecho subjetivo enfrentando éste al Derecho positivo.

Efectivamente, «Duguit se representa, pero de modo insensato... la concepción revolucionaria del Derecho natural y hablando de Derecho objetivo lo restringe a la idea que él ha construido de la norma positiva. Traduciendo su pensamiento al lenguaje corriente en la Ciencia Jurídica resulta reducido a esta afirmación: único Derecho es el positivo, que trae origen de la ley de solidaridad e interdependencia» (29), según habíamos visto.

De donde debe concluirse que puesto que se identifica Derecho objetivo con Derecho positivo, no puede existir un Derecho objetivo Natural del que deriven (como todos los derechos subjetivos lo hacen del objetivo) derechos subjetivos independientes del Derecho positivo, que para él es el único Derecho, y que, por tanto, lo que niega son derechos subjetivos naturales (30).

Creemos que al hilo de este razonamiento puede afirmarse que «Duguit ha malinterpretado el espíritu de la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano". De su texto resulta la existencia de derechos individuales naturales, inviolables y anteriores a toda ley *positiva* concreta, pero no que el derecho subjetivo sea anterior al objetivo y esté por encima de éste. Tal afirmación no puede tener ningún sentido. Si a una persona se atribuyen derechos subjetivos es simplemente porque en ella se ve la realiza-

(28) Obviamente no está tal paso en su doctrina, pero indica una de las primeras intenciones serias de sacar el Derecho del individualismo en que lo había enclaustrado la idea liberal por mor del fenómeno codificador. Posteriormente autores, al menos tan comprometidos en esta tarea como DUGUIT, rechazan su doctrina señalando, como se verá más adelante en el texto, que derecho social y derecho subjetivo no son términos incompatibles, sino más bien de complementación necesaria, así GURVITCH (cit. apud CASTÁN, «El concepto...», cit., pp. 128-129 y *Situaciones...*, cit., p. 37).

(29) RECASÉNS SICHES, L., «Il concetto...», cit., p. 478.

(30) Derechos subjetivos «no positivos» que, por otra parte, están admitidos en amplios sectores doctrinales, v., entre otros, RECASÉNS, «Il concetto...», cit., p. 486; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1949, p. 571; CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 71.

ción de un principio *ideal o positivo* que así lo establece, es decir, un Derecho objetivo. (...) De la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" no puede deducirse de ningún modo una extravagancia tan grande, que el derecho subjetivo goce de prioridad conceptual y cronológica sobre el Derecho objetivo, sino sólo que por encima e independientemente de toda ley *positiva* y de toda Constitución política imperan con carácter *universal* y moralmente *necesario* una serie de normas que expresan las exigencias morales de la naturaleza humana y revelan los derechos subjetivos» (31).

Que la noción de derecho subjetivo sea la noción fundamental del sistema, como afirma Duguit, es discutible, aunque, al menos un gran sector doctrinal considera que es uno de los fundamentos de la Ciencia del Derecho y así pueden leerse afirmaciones según las cuales «este concepto... es... la piedra angular de todo el edificio jurídico» (32), y aun cuando esta afirmación sea excesiva (hay un importante sector doctrinal que da prioridad al deber jurídico), no puede dejar de pensarse que el Derecho objetivo, sea cual sea, no puede dejar de reconocer las exigencias perennes del hombre y por ello y porque el Derecho objetivo debe mirar y ser para el hombre (como individuo y en sociedad), «desde un punto de vista absoluto no es posible concebir ningún sistema de normas que no defina derechos subjetivos» (33). No es pues la noción fundamental del sistema (liberal, como lo entiende Duguit) es que es una fundamental noción y categoría jurídica.

Ahora bien, lo que sucede es que «los derechos subjetivos esenciales no son abstractos, sino cabalmente históricos» (34) y, por ello, varían según el tiempo y el lugar al igual que lo hace el Derecho objetivo (35).

Puede, pues, deducirse que el Derecho subjetivo no nace con la ideología liberal-individualista, aunque es evidente que dicha ideología usa de la categoría, como usa del resto de las nociones jurídicas, económicas, sociales, culturales en general (36), y como otras ideologías también lo han hecho (37).

(31) RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., pp. 478 y 479. El subrayado es nuestro. Obsérvese que habla de unos derechos universales y necesarios, deben ser derechos naturales, pues las características a que se refiere son las tradicionalmente predicadas del Derecho Natural.

(32) CASTÁN TOBEÑAS, «El concepto...», cit., p. 121.

(33) BATTAGLIA, Felice, *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. II, Reus, Madrid 1951, p. 181.

(34) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 181.

(35) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 182.

(36) No es el lugar adecuado para plantearse la cuestión del origen e Historia del derecho subjetivo, sobre lo cual hay muy distintas opiniones (v. gr. VILLEY, en su ob. cit., coloca su origen doctrinal en Guillermo de Occam, para negar su anterior existencia, pretendiendo demostrar que su difusión y persistencia se deben a la mentalidad egoísta y a la deformación de valores religiosos; por el contrario CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 58, parece señalar su origen conceptual en la Escuela Teológica española). Pero no

2. Para Duguit debe rechazarse la categoría de los derechos subjetivos ya que está arruinada, pues siendo una categoría «metafísica, artificial y precaria» (v. supra) contradice el realismo de nuestra época. Sin embargo, una tal afirmación supone una intencionada desvirtuación del verdadero significado de la auténtica esencia de dicha categoría, como se puede comprobar con las objeciones que siguen a ésta, genérica y de principio. Para demostrar su afirmación general, Duguit argumenta y las contraargumentaciones que modestamente hacemos son la mejor prueba de la veracidad de esta objeción.

3. Como hemos adelantado, Duguit afirma que la mejor prueba de la artificialidad de la categoría viene constituida por las «controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo». Pero ello nada prueba a no ser la verdadera, esencial y natural existencia de una categoría sobre cuya naturaleza se discute, como es objeto de polémica, también, la naturaleza jurídica de la mayoría de las instituciones y categorías jurídicas. El hecho de la discusión sobre la naturaleza no puede ser prueba de la no existencia natural de la categoría. Esta

podemos dejar de señalar que esta categoría es un factor común a toda experiencia jurídica, desde remotos tiempos, haya sido o no tratado y trabajado por los estudiosos. Sobre esta idea, demostrada, como se verá más adelante en el texto, por la moderna Sociología del Derecho —v. v. gr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 119-121—, se volverá a insistir más adelante, resta indicar que otros autores también la ponen de relieve (FROSINI, «Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 112-118, pp. 112-113; BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 181 y ss.; y otros muchos).

Es también de reseñar que en Roma, cuna de nuestro actual Derecho, se dió pobre elaboración doctrinal (prácticamente inexistente) sobre el derecho subjetivo, pero, al parecer, ello no fue porque no se reconociera, sino por todo lo contrario, el *ius romano* era *norma agendi*, pero también *facultas agendi*, derecho subjetivo (véase BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 183; CASTÁN, «Derechos subjetivos», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Seix, Barcelona 1955, pp. 102-111, p. 103; FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 118; FROSINI, *La estructura del Derecho*, Studia Albornitiana, XVIII, 1974, pp. 34-35). Lo que sucede es que ese derecho subjetivo, *ius* entendido como poder de la voluntad, cambia con las doctrinas cristianas que sustituyen ese término *ius* por el de *directum* y someten la voluntad humana a un modelo, la Ley (de Dios, luego también del Estado), es el concepto cristiano de derecho subjetivo que así «dirige» a la voluntad del hombre en su poder jurídico, al que desde ahora se opondrá el nuevo *ius*, el Derecho con mayúscula, la Ley (FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 118; CASTÁN, *Situaciones...*, cit., p. 57). Y ahí comienza la elaboración doctrinal del derecho subjetivo que suele predicarse del iusnaturalismo por esa razón (FROSINI, ob. últ. cit., p. 119; *La estructura del Derecho*, cit., p. 37; «Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo», cit., p. 113).

(37) Como hemos visto, así lo hace la Teología medieval, lo hace también la moderna Doctrina Social de la Iglesia, y lo hacen incluso las democracias (v. gr. derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales que aun cuando no son necesariamente derechos subjetivos en la elaboración actual, sino una categoría diversa muy elaborada, no puede negarse la conexión al menos en su historia conceptual, etc.; v. PÉREZ LUÑO, «Delimitación conceptual...», cit.).

existe y no de un modo artificial, sino consustancial a cualquier construcción jurídica, lo cual queda comprobado precisamente por esa permanente polémica sobre su naturaleza, en todo tiempo y lugar, en todas las construcciones que del Derecho han sido y serán.

Tendría sentido la afirmación de Duguit si la polémica a la que se refiere versara no sobre la naturaleza y elementos de la categoría, sino sobre su existencia. Pero una tal discusión no comienza sino con Comte y sobre todo con Duguit, y más por errónea identificación entre la categoría y una ideología, por motivos ideológicos y de política jurídica, que por otros (38) En cualquier caso será la negación la artificial y no la existencia del derecho subjetivo, como se verá en estas páginas.

4. El propio Duguit reconoce que todas las controversias conducen a una única noción, es decir está reconociendo la natural existencia de la categoría y el hecho de que ésta posee una esencia indiscutida. Se puede discutir, y se hace, sobre cuál sea el elemento fundamental de la definición de derecho subjetivo (interés, volun-

(38) Como señala Giuseppe LUMIA (*Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto*, 2.^a ed. aumentada, Giuffrè, Milán 1978, p. 111) «la teoría iusnaturalista (de los derechos subjetivos, de donde parece arrancar, como hemos visto, su más precisa elaboración doctrinal) responde obviamente a una exigencia ideológica: sustraer algunos derechos al arbitrio del Estado, el cual no sólo tendría que reconocerlos sino además tutelarlos», evidentemente la consecución de este objetivo, consolidación y positivación de esos derechos (comandados por el de propiedad privada), por mor de las revoluciones burguesas, provoca de un lado la absolutización individualista y sacralización de esos derechos y, de otro, un Estado que no interviene más que para asegurar su inviolabilidad. Todo ello produce unas consecuencias ya conocidas y excesos individualistas en detrimento del equilibrio social, económico y político, conservando una igualdad jurídica formal. Cuando ello comienza a atacarse es casi imposible evitar igual ataque contra las categorías de las que dicha ideología se había servido. Como indica RECASÉNS SICHES (*Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, I, 1.^a ed., Porrúa, México 1963, p. 109) «lo que ocurre en verdad es que DUGUIT dirige sus ataques a la concepción iusnaturalista clásica, según la cual el individuo, en tanto que tal, posee necesaria y universalmente, con validez absoluta, unos derechos fundamentales de su personalidad innatos, imprescriptibles. Y trata de substituir esa concepción iusnaturalista por la idea del cumplimiento de las funciones que la solidaridad social asigna a los hombres». En resumen, en vez de proponer un cambio en la categoría para sustraerla a la influencia de esa ideología de modo que no se produzcan las consecuencias que se rechazan, arremete contra ella, tomándola como la más fiel representante de esa ideología. Ya veremos que ese cambio en los derechos subjetivos se ha producido.

Por todo ello es exacto, afirmar que de un examen en profundidad se deduce que «el derecho subjetivo sobre el que se ha suscitado toda la controversia, por razón de comodidad que no era inexcusable, es el que, en el espíritu del Código de Napoleón, era el más absoluto, el derecho subjetivo por excelencia, el derecho de propiedad. E incluso se ha estrechado aún más la hipótesis: es la propiedad más llamativa, la de la tierra, la que por regla general ha sido puesta en cuestión» (CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit. p. 119) porque se ha repetido hasta la saciedad que es precisamente en el derecho de propiedad, en su carácter sagrado e inviolable y absoluto, donde realmente se enmarcan las aspiraciones revolucionarias burguesas.

tad, ambos, su protección, etc.) pero no es discutida la esencia misma de la categoría en la que todos los autores coinciden. El mismo Duguit comparte la expresión de dicha esencia, aunque, como veremos más adelante, realiza añadidos dolosamente desfiguradores.

Efectivamente, como señala Duguit, la esencia del derecho subjetivo es el poder, el poder de hacer o de omitir y de obligar a soportar esa conducta, positiva o negativa. Y con éstas u otras fórmulas la mayoría de los autores coinciden en considerar que «derecho subjetivo es la facultad o poder reconocido a una persona por el Derecho objetivo que le permite imponer a los demás o exigir de los demás una determinada conducta» (39). Por encima y prescindiendo de las palabras, la noción que subyace es la esencia en la que coinciden las opiniones doctrinales (40).

Por ello, Duguit, en realidad, lejos de su intención, está reconociendo la existencia de la categoría y el hecho de que, por encima de controversias, los estudiosos y los hombres en general saben qué es y lo conocen, las controversias surgen en los términos usados, en los elementos definitorios destacados y en la extensión de su contenido, pero no sobre el hecho mismo de su existencia, ni sobre el núcleo atómico de su esencia.

(39) FRANCISCO RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, *Introducción al Derecho*, vol. I, Universidad de Sevilla, Sevilla 1980, p. 22.

(40) A modo de ejemplos, que pueden considerarse paradigmáticos, pueden citarse las siguientes nociones del derecho subjetivo:

Para ENNECERUS, «conceptualmente el derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el Ordenamiento Jurídico, según su fin es un medio para la satisfacción de intereses humanos». Considera que «únicamente mediante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo». Por ello, de una parte, advierte que la mera «protección por las normas y el derecho subjetivo no son cosas idénticas», que «sólo se da un derecho subjetivo cuando aquel poder reconocido por el Ordenamiento Jurídico es concebido como una relación fija de poder propio de la persona», es decir, cuando la norma «otorga ... la facultad de actuar su voluntad de alguna manera»; y, de otra parte, que este poder «es el contenido de los derechos pero no su fin último. El fin de los derechos no es sino el fin del Derecho objetivo mismo, pues aquéllos tienden también a la seguridad de las condiciones de vida del individuo y de la sociedad o a la seguridad de los verdaderos intereses humanos». Por todo ello concluye definiendo el derecho subjetivo como «*el poder concedido por el Ordenamiento Jurídico que sirve para la satisfacción de los intereses humanos*». (ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General por ENNECERUS, Ludwig, revisado por NIPPERDEY, vol. I, Bosch, Barcelona 1953, pp. 280-282 y 284 y 285).

El maestro CASTÁN señala que «en su sentido más general derecho subjetivo es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el Ordenamiento Jurídico» y dicha facultad se descompone en dos facetas una «posibilidad de hacer o de querer ... que puede llamarse elemento interno» y «una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento que podemos denominar externo». Como Enneccerus, considera que «todo derecho subjetivo ... supone una norma que lo delimite y garantice», pero, como aquél, añade que ello no basta, que puede haber normas que impongan deberes que supongan ventaja y protección para determinada persona sin que exista derecho subjetivo. Concluye afirmando que «la protección por las normas y

5. El propio Duguit conoce esa esencia pero la formula incorrectamente desfigurándola, y ello por varios motivos:

a) Afirma que los derechos subjetivos son «el poder que corresponde a una voluntad de imponerse... cuando quiere una cosa que no está prohibida por la Ley». Con ello está considerando al derecho subjetivo como una facultad residual, al tiempo que lo separa violentamente del Derecho objetivo, del que, como señalaremos más adelante, es emanación directa. Nos indica que el po-

el derecho subjetivo no son cosas idénticas» y que «se da derecho subjetivo cuando el precepto jurídico o la coercibilidad de una norma establecida en favor de alguien se deja a la iniciativa y libre disposición de él». Nos ofrece CASTÁN una definición, sincrética de las diversas teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo, según la cual «Derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades con significado unitario e independiente, que se otorga por el Ordenamiento Jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente» (Derecho Civil Común y Foral, Tomo I, vol. I, Reus, Madrid 1955, pp. 17-19 y 25).

Para DE CASTRO «el derecho subjetivo, en nuestro Derecho, puede ser considerado como la situación de poder concreto concedido a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (Derecho civil de España, I, cit., p. 573).

El profesor LEGAZ considera que el derecho subjetivo es «aquella situación del sujeto de derecho en la cual y por virtud de la cual ... la imposición de deberes jurídicos de otro sujeto y la creación de situaciones jurídicas nuevas en beneficio propio o de tercero se halla a su disposición» (Filosofía del Derecho, cit., p. 731). (Hemos de advertir que ese poder de actuar en beneficio de un tercero que LEGAZ incluye en la noción de derecho subjetivo, es considerado como «función» o «potestad» y distinguido del derecho subjetivo por amplios sectores de la doctrina, como se verá más adelante en esta misma nota. De otro lado este tipo de relaciones pueden ser estipulaciones en favor de tercero que tienen grandes especialidades y que hacen nacer derechos subjetivos precisamente para ese tercero y no para el estipulante).

No es muy distinta de las anteriores la definición propuesta por los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, según la cual se trata de «un poder jurídico, institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento Jurídico, que recibe de éste un tratamiento unitario e independiente y cuyo ejercicio y defensa se entregan al libre arbitrio de la persona» (Sistema de Derecho Civil, I, 1.ª ed., Tecnos, Madrid 1975, p. 411).

Desde otra óptica RECASÉNS SICHES, tras afirmar que el derecho subjetivo es un poder, pero un poder moral perteneciente a la idealidad, a los valores de orden ideal, intenta concebir al derecho subjetivo desde una perspectiva genérico-formal estableciendo que es «una cualidad de orden ideal (aunque su base o su presupuesto sea un hecho real) que la Ley ... atribuye a los sujetos en ciertas situaciones y que consiste en el poder de determinar coactivamente una especial actitud en una, alguna o todas las otras personas» que puede reclamar «en su ayuda para tener perfecta eficacia todos los medios físicos o psíquicos que están a disposición del órgano del Derecho. Es una determinación práctico-racional que va a afectar a un sujeto» en relación al cual puede exigirse determinada actitud de otro, «implica un poder social» («Il concetto ... », cit., p. 499).

Para BATTAGLIA el elemento definitorio del derecho subjetivo es la voluntad, el querer, y considera que el derecho subjetivo es «una posibilidad de poder otorgada al querer, más exactamente una posibilidad de querer atribuida a una posibilidad de querer» (ob. y vol. cit., p. 195), y es que él

der o facultad en que se expresa el derecho subjetivo tiene su antecedente y su base en una *falta de norma del Derecho objetivo, en una ausencia de Derecho objetivo*, pues el derecho subjetivo actúa en la extensión en la que el Derecho objetivo *no* prohíbe. Pero, por el contrario, como muy bien indica Gómez Orbaneja, «el derecho subjetivo... consiste en la atribución de una situación favorable a una determinada persona, mediante *normas dirigidas a* piensa que el derecho subjetivo tiene un elemento formal: el querer, y un contenido: los fines perseguidos (el interés que induce a obrar) (cfr. p. 191). Como esa posibilidad de querer (el poder) tiene que venir garantizada BARTAGLIA afirma la íntima relación con el Derecho objetivo ya que no hay «función del Derecho objetivo que no sea asumida por el derecho subjetivo y reflejada en éste» (p. 190).

Desde el estructuralismo FROSINI parte de la consideración del Derecho como la estructura formal del actuar, esto es el Derecho se refiere al actuar, pero a la acción en sí misma, desvinculada de su agente, por eso supone una alienación de la acción del sujeto agente, una objetivación frente a la voluntad individual «que es por su propio instinto voluble, particular, desordenada, al ser mudable según las necesidades, las oportunidades y las emociones», de esta forma el Derecho es una «lógica de las acciones humanas», un «conjunto de formas que confieren una estructura al quehacer social». Por ello afirma que «mejor que de Derecho objetivo y subjetivo debería hablarse de un actuar jurídico (esto es, objetivado en ciertas formas) que puede conjugarse en tercera persona, atribuido a un concepto impersonal... o bien, que puede conjugarse en primera persona referido al agente como *voluntad que exige hacerse valer en las formas jurídicas de la acción, o sea, como actitud jurídica del sujeto (es decir, especificado o particularizado en una cierta forma de comportamiento) dirigido hacia el mundo del obrar social, articulado en sus estructuras*» (*La estructura del Derecho*, cit., p. 35). A fin de cuentas se trata de avanzar una pretensión, traducir su voluntad subjetiva en las formas jurídicas de la acción. No es una *facultas agendi* («¿de qué otra cosa se podría tener facultad si no fuera de *agere* o *facere*?»), sino una *facultas exigendi*: «la facultad reconocida en las formas jurídicas y atribuida al sujeto individual de pretender el reconocimiento jurídico de la propia acción». Por eso es un derecho al Derecho (cfr. p. 36). En el mismo sentido, cfr. FROSINI, «Diritto soggettivo e ...», cit., p. 124; y «Le trasformazioni sociali...», cit., p. 118 *in fine*.

Por su parte, Matteo FERRANTE (*Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*, Giuffrè, Milán, 1947) entiende el derecho subjetivo como *el poder de actuar el contenido normativo dirigido a la potenciación de algún aspecto de la propia personalidad*, es decir, confiere a la voluntad individual el poder de actuar el contenido normativo necesario para realizar el aspecto de la propia vitalidad contenido en una norma (cfr. pp. 48-50).

Todas estas definiciones son, como cualquier definición, criticables por muy extensas o por excesivamente restringidas, por consideraciones simplemente conceptuales o claramente ideológicas, etc., pero por encima de las propias definiciones se puede observar, casi intuir, la esencia, libre de todo lo accesorio, del derecho subjetivo. Esta esencia se basa a nuestro parecer en un doble dato: una situación de *poder jurídico* conferido por las normas del Derecho objetivo, y la *libertad* del ser humano para realizar fines susceptibles de protección por el Derecho según un cúmulo de consideraciones éticas, sociales, económicas y jurídicas.

La lista de definiciones que se han propuesto sería interminable, pero todas quedarían incompletas sin la delimitación conveniente de la figura definida frente a figuras afines: así, los derechos potestativos o facultativos, las situaciones subjetivas, las meras facultades, las potestades, las acciones o poderes procesales... Algunas de ella plantean problemas, incluso en su propia autonomía conceptual, cuyo tratamiento, y aun breve enume-

otra u otras personas. Estas normas determinan conductas, esto es, señalan por modo imperativo lo que sus destinatarios han de hacer o dejar de hacer. Contienen, consecuentemente, prohibiciones o mandatos. Un segundo grupo de normas establecen la sanción para el caso de incumplimiento de las primeras» (41).

Es decir, continúa, que «para que exista un derecho subjetivo se precisa que haya en favor de determinada persona una norma jurídica cuya efectividad dependa de la voluntad individual del favorecido. La última diferencia consiste no en la protección sino en la disposición sobre ella» (esta idea ya la hemos señalado, v. nota 40: la protección no constituye por sí el Derecho subjetivo —(42)—, sino cuando se da la posibilidad de actuar su voluntad o la norma en su actuación se deja a la iniciativa y libre disposición de aquel a quien beneficia). Por eso, «derecho subjetivo es el poder de exigir que el imperativo legal se cumpla» (43). Pero añade que no se trata simplemente «de una disponibilidad sobre la norma "segunda" que establece la sanción, sino ya previamente sobre la primera». Esto se ve claro en el caso de que la norma primaria imponga una prestación positiva, un dar o un hacer. El Derecho subjetivo es, por de pronto, el poder pretender esa prestación ordenada; sólo secundariamente la que, por vía de sanción, sustituya (o complemente) a la incumplida (44).

ración, excedería en mucho del marco natural de este trabajo y más aún de lo que es una nota, ya demasiado extensa, por tanto, en aras de esas consideraciones, prescindiremos del examen de la cuestión (para una iniciación al tema puede verse, v. gr. y entre otros, M. FERRANTE, ob. cit., pp. 50-57; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., pp. 128-152; BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 200-205; CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., pp. 39-44 y 51-53; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 731-738; y la mayoría de las obras de parte general de Derecho civil).

No obstante, de algunas de estas figuras, como la situación jurídica o la acción, nos ocuparemos brevemente más adelante. Sólo aquí unas líneas dedicadas a las «potestades», por la relación directa que tienen con la doctrina de Duguít.

Efectivamente, del derecho subjetivo la doctrina separa las potestades. Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (ob., vol. y ed. cit., p. 410) «potestades son los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona, no para que ésta realice sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otra persona, de suerte que su ejercicio y defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en atención a los intereses en cuyo servicio se encuentran dados», y en ello se distinguen del derecho subjetivo. Casi con los mismos términos LACRUZ BERDEJO (ob. cit., p. 124) se refiere a estas «potestades» y creemos que a lo definido, tanto por unos como por otros autores, se corresponde mejor el término «función», que estimamos es preferible al de «potestades» (iguales concepto y distinción del derecho subjetivo en FERRANTE, ob. cit., pp. 56-57, en contra BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 200-202, donde critica esta distinción en la formulación que de la misma hace CARNELUTTI).

(41) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 35 y 36. El subrayado es nuestro.

(42) Precisamente eso opinan algunos autores, v. gr. THON, OERTMANN, etcétera. (cfr. FERRANTE, ob. cit., pp. 102-113). Véase nota 52.

(43) GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., p. 44.

(44) GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., p. 44.

Es, pues, evidente el error de Duguit: el Derecho subjetivo no trabaja en el campo de lo que la Ley no prohíbe, sino en el campo de lo que la Ley ordena o prohíbe; no en el de la ausencia de norma, sino en el del cumplimiento de las normas.

Efectivamente, como señala Legaz «el Derecho vincula la aplicación de un efecto jurídico cualquiera... a un acto facultativo de un sujeto. (...) la posibilidad jurídica de tales actos facultativos es el signo de que el Derecho ha establecido para un sujeto una situación que es la de derecho subjetivo» (45).

b) Para Duguit «la noción de Derecho subjetivo implica siempre dos voluntades, una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad» y pregunta «¿una voluntad puede ser en sí superior a otra voluntad?».

Naturalmente que *una voluntad no es en sí superior a otra voluntad*. Las voluntades consideradas en sí mismas son iguales para el Derecho, como iguales son todos los ciudadanos. Por eso cuando dos voluntades se encuentran en la misma circunstancia o gozan de igual condición, total o parcialmente, tienen idénticos derechos subjetivos (así por ejemplo el conocido principio de la *par conditio creditorum*), que, naciendo de normas de Derecho objetivo, no pueden sino ser iguales, pues por igual se aplica el Derecho objetivo. En este caso sus derechos colisionarán y la igualdad se comprueba porque, como dicen Díez-Picazo y Gullón, «el Ordenamiento Jurídico establece la igual condición de todos los derechos en colisión, de tal manera que éste impone un parcial y proporcional sacrificio de todos ellos» (46). Pero naturalmente para ello es condición *sine quae non* que las voluntades se encuentren en *idénticas circunstancias*, de otra forma, por nimia que sea la diferencia, ésta no puede dejar de influir en los derechos subjetivos que les correspondan, pues es aplicación debida el principio de Justicia según el cual se ha de dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Por eso, a veces, el Ordenamiento Jurídico establece un rango o jerarquización entre diversos derechos, prefiriendo el de mayor rango, rango que se otorga, precisamente, en virtud de las diferencias que los separan, v. gr., la mayor antigüedad (*prior tempore potior iure*), el mejor título, la relación jurídica que los origina, etc.; pero como se ve son las circunstancias las que no son iguales, no las voluntades ni los hombres de que emanan.

Y es cierto que, en muchas ocasiones, los derechos subjetivos suponen voluntades enfrentadas, pero enfrentadas porque en eso también precisamente consisten esas voluntades, por tanto enfrentadas *e iguales*. De no ser así no podrían enfrentarse, y de no aceptarse esto se vendría abajo el principio de la autonomía de la vo-

(45) LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 730.

(46) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 427.

luntad (basado precisamente en la igualdad de voluntades, de las partes, y en su libertad, para enfrentarse) y con él todo el sistema negocial, y no es ésta la intención de Duguit.

En base a esa igualdad las voluntades pueden consentir en contraponerse, pues contrapuestos son sus intereses, pero siempre en un clima de igualdad: el vendedor, v. gr., quiere el precio en dinero, el comprador lo que tiene el vendedor, pero su posición es paritaria, lo que quiere el vendedor es equivalente a lo que él tiene y es querido por el comprador; de esta situación, manifestadas esas voluntades, surgen derechos subjetivos, porque así lo dispone el Derecho objetivo para estos supuestos: el derecho del comprador a recibir la cosa objeto de la relación y el del vendedor a recibir el precio, ambos son iguales e igualmente protegidos, pero sólo cuando las circunstancias son iguales, si no es así y, v. gr., uno de los derechos es satisfecho y el otro no, el titular de este último puede hacer imponer su voluntad sobre la otra parte, imponiendo a ésta una conducta que satisfaga su derecho, para, así, restablecer la igualdad rota, porque ya las circunstancias, desiguales, exigen desigual trato y protección, otra cosa sí sería considerar que una voluntad puede ser, en sí, superior a otra (47).

Con independencia de este ejemplo, un tanto tópico pero válido, el Derecho objetivo declara que ciertos derechos y con ello ciertos intereses son superiores a otros, pero no en sí, sino en virtud de las circunstancias, ya que esta política jurídica se determina en función, entre otras razones, de la finalidad económica o social para la que el derecho se le ha atribuido a su titular, o las consecuencias de todo tipo que pueda tener su ejercicio, o en virtud de las convicciones éticas imperantes en la comunidad, etc. (48).

Como se ha escrito, si yo tengo un derecho no es «por consideración a mi naturaleza individual, ni al poder de mi voluntad, ni a mis características exclusivas, sino porque siendo ante todo hom-

(47) Ahora bien, debe quedar claro que la igualdad no puede ser una mera igualdad jurídica formal, sino una auténtica igualdad de condiciones y oportunidades jurídicas, sociales, políticas, económicas y culturales, ya que en otro caso cuando dos derechos iguales chocan, circunstancias totalmente extrañas al Derecho, como nos indica la Sociología, deciden en muchas ocasiones, v. gr. presión social, temor al coste de un procedimiento judicial o a su duración ante la imposibilidad de esperar una resolución jurisdiccional, ignorancia del propio derecho, etc. (cfr. CARBONNIER, «Flexible Droit», cit., p. 123). Por eso no deja de tener parte de razón la afirmación de Karl MARX: si hay «una antinomia, derecho contra derecho, sellados ambos igualmente por la ley del intercambio mercantil», «entre dos derechos lo que decide es la violencia» (*El Capital*, Libro I, Obras de Marx y Engels (OME), vol. 40, Grialbo, 1976, p. 255; según el traductor, M. Sacristán, la palabra usada por Marx, *Gewalt*, y que se ha traducido por «violencia», puede también traducirse por «fuerza» o por «poder»).

(48) Cfr. el epígrafe «Categorías de intereses en conflicto según su recíproca posición: criterios de preferencia», en E. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. de los Mozos, EDERSA, 1975, pp. 263-266.

bre... constituyo un caso particular de aplicación de algunos determinados principios» (49). Además, por otra parte, esos principios están establecidos en el Derecho objetivo, del que emana, como veremos, para todo sujeto «su derecho», el derecho subjetivo, de donde esta crítica de Duguit podría hacerse también al Derecho objetivo, incluso al positivo, para él el único existente.

Con ello queda suficientemente clara la inoportunidad de la afirmación de Duguit, que traslada de lugar el problema, de las circunstancias, los intereses, las finalidades, las convicciones éticas, al plano de la esencia de la voluntad humana, desvirtuando así, intencionadamente, la cuestión para mejor argumentar contra una categoría que no quiere comprender (conoce las «controversias sin fin» sobre la naturaleza del derecho subjetivo, pero sólo contempla la teoría de la voluntad), pues, además, en este punto no contempla la esencial noción de Derecho subjetivo, sino sólo uno de sus elementos: la voluntad, olvidando los demás y el hecho de que la voluntad precisa, para formar parte de un derecho subjetivo, estar jurídicamente protegida y reconocida, porque el Derecho objetivo entienda que es susceptible de un tal reconocimiento y tutela, por las convicciones éticas y sociales que conlleva, coincidentes con las de la comunidad, por los fines e intereses que pretende, etc.

c) Duguit nos muestra su desconocimiento desfigurador de los derechos subjetivos cuando dice que «se traducen siempre, de hecho, en el poder que... (se tiene)... de *imponer, incluso por la fuerza*, a otros individuos su propia voluntad».

Si por una parte es corriente en la doctrina distinguir entre el aspecto estático y el dinámico de derecho subjetivo, entre la titularidad, pertenencia o atribución a un sujeto y su ejercicio (50), no es menos frecuente observar en el derecho subjetivo un elemento interno (la facultad, la posibilidad de un *agere* lícito que vincule a otros —51—) y un elemento externo, llamado generalmente «pretensión», y que consiste esencialmente en el elemento que acompaña a la facultad dirigido al exterior, a los demás, a quienes no son titulares de ese derecho, y significa para éstos la obligación de

(49) RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., p. 479.

(50) Véase por todos FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., p. 128.

(51) Un importante sector doctrinal pretende dotar de autonomía a las «facultades», denominándolas «facultades jurídicas» y distinguiéndolas del derecho subjetivo (así, v. gr., CARNELUTTI o FERRARA; este sector doctrinal, por su parte, no es pacífico, ya que se encuentra en la necesidad de separar a su vez estas facultades de otras categorías de situaciones jurídicas subjetivas, como el derecho potestativo o «facultativo» (cfr. por todos sobre estas cuestiones, CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., pp. 40-44 y 51-53; en contra de distinguir la facultad del derecho subjetivo, BATTAGLIA, ob. y vol. cit. pp. 200-201, para quien la facultad no es más que la cara interna del derecho subjetivo —cfr. p. 198—).

En cualquier caso el elemento interno del derecho subjetivo suele denominarse genéricamente «facultad», aunque, claro es, para quienes separan derechos subjetivos y facultades jurídicas, esta «facultad» no es una «fa-

no crear obstáculos, de no impedir esa facultad, se trata, en suma, de una «pretensión» a que no haya trabas al ejercicio del derecho (52).

Pero con la admisión de este segundo elemento no se afirma que el titular pueda actuar sobre otros, sino tan sólo que por existir el derecho, por tener un titular y por comenzar a ejercerlo, surge, como algo inescindible de él, una obligación para otro u otros, un «deber jurídico» que puede consistir en dar, hacer, dejar hacer o soportar una inactividad. Hasta ese momento sólo hay pretensión a no ser obstaculizado, pero no «imposición» alguna.

Naturalmente el derecho subjetivo está tutelado por las normas del Derecho objetivo, pues sin esa tutela no podría existir. Esta protección se sitúa precisamente en el lado exterior del derecho subjetivo, como, por razones obvias, no podía ser de otro modo, y acompaña siempre al derecho, aunque no es más que un elemento instrumental del mismo que sirve para garantizar su efectividad (53). Por eso la pretensión se excita y, consiguientemente, la protección se acentúa ante alguna amenaza al derecho subjetivo o ante su violación (54), es decir cuando se prevé cercana o ya se ha producido la ineffectividad del derecho subjetivo

cultad jurídica», sino la posibilidad de hacer válida y lícitamente y la de vincular a los demás, de exigirles (CASTÁN, «El concepto de derecho subjetivo», cit., p. 130, y «Derechos subjetivos», cit., p. 110).

Más preciso nos parece FROSINI («Diritto soggettivo e...», cit., pp. 128 y 130), quien consigue encajar la facultad entre los momentos estático y dinámico del derecho subjetivo. Primero niega autonomía conceptual a la facultad para después indicar que «la facultad representa... el momento intermedio o de paso entre la titularidad y el ejercicio del Derecho subjetivo», de forma que «sólo en contemplación del interés que el Derecho objetivo quiere proteger, y cuando se hayan determinado las condiciones bajo las cuales el Derecho objetivo le otorga la tutela, la norma abstracta se concreta y da vida a una facultad en el titular del derecho subjetivo». Se trataría, por tanto, de aquel vehículo que es utilizado para atravesar la frontera entre el aspecto estático y el dinámico del derecho subjetivo.

(52) Cfr. BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 195-197; igual LEVI cit. apud FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., p. 129; y creemos que la misma es la opinión de LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 738. Igual distinción entre el elemento interno y externo del derecho subjetivo parece acoger FERRANTE, ob. cit., p. 101, siguiendo a TUHR, y está muy clara en CASTÁN, *Derecho Civil Común y Foral*, I, I, cit., p. 18.

Precisamente por tratarse de un elemento «externo» y por ello el más visible del derecho subjetivo, no han faltado quienes, identificando el todo con la parte, han considerado que sólo este elemento pertenece al derecho subjetivo excluyendo a cualquier otro y concibiendo al derecho subjetivo como una pretensión frente a alguno o frente a todos (según sea de crédito o real), así THON, OERTMANN y FERRARA entre otros (cfr. FERRANTE, ob. cit., pp. 102-113; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», cit., pp. 129-130). Esta doctrina es hoy generalmente rechazada (FERRANTE, ob. cit., pp. 114-121; FROSINI, «Diritto soggettivo e...», pp. 128 y 130; FROSINI, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 38, donde señala, parafraseando a THON que es un error intentar separar la «pulpa» y la «cáscara», y 39).

(53) CASTÁN, «El concepto ...», cit., p. 130.

(54) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 202.

(por no haber sido respetada, ni efectiva, la pretensión). Y como el Derecho es coercible en este momento puede imponerse el hacer del titular al obligado rebelde.

Pero esa imposición a otro u otros de la voluntad del titular del derecho subjetivo no se lleva a cabo *por la fuerza*, como dice Duguit, sino mediante la correspondiente *acción*, concepto que se separa claramente del de derecho subjetivo (55) y que según Díez-Picazo y Gullón «es la posibilidad que el individuo tiene de acudir ante los Tribunales de Justicia y reclamar ante ellos el pronunciamiento de una decisión» (56), y, en el caso del derecho subjetivo insatisfecho, de ese derecho subjetivo y de esa insatisfacción surgirá la posibilidad del ejercicio de una acción; es decir, reclamar de los Tribunales la protección de su derecho, disponiendo lo necesario para su satisfacción.

Pero esto no es ejercicio del derecho por la fuerza, a no ser que consideremos, como al parecer hace Duguit, que la petición a un órgano jurisdiccional de que exija e imponga el respeto y el cumplimiento de la pretensión legítima nacida de un derecho supone un ejercicio «por la fuerza» de un derecho subjetivo: la época de la autotutela de los derechos concluyó hace ya muchos siglos.

Por eso se puede escribir que «la defensa o la imposición privada de los derechos mediante la fuerza está excluida en todas las naciones civilizadas. El Poder Público concentra o se reserva esa *facultad tutelar* y sancionadora, unas veces mediante la *acción gubernativa...* y otras veces a través del procedimiento *judicial* ante los Tribunales» (57).

(55) En realidad la cuestión no es tan pacífica. Frente a los que indican que acción y derecho subjetivo son categorías jurídicas diversas (v. gr. CARNELUTTI, cit. apud BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 204; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 676-679; FERRANTE, ob. cit., pp. 50-53, donde señala que jamás se pueden confundir ni siquiera en la época de la autotutela porque, entre otras cosas, el derecho subjetivo autoriza una actividad que es fin en sí misma y la acción o poder procesal es medio para un fin), no faltan quienes consideran que la acción es el mismo derecho subjetivo, o al menos un (otro) derecho subjetivo (en este sentido, BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 205). Un planteamiento breve, pero lúcido y sistemático, puede verse en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1976, pp. 225-237.

(56) Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 411.

(57) Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad, sus problemas y su función social*, vol. II, 2.ª ed., Anaya, Salamanca, Madrid, 1961, p. 216. El subrayado es del autor citado.

Podría objetarse que tras ese momento, entraría en función el aparato jurídico coactivo, su «fuerza». Eso nos llevaría a un tema que obviamente escapa a este trabajo y que es de enorme magnitud: las relaciones entre el Derecho y la Fuerza. No obstante puede afirmarse lo que sigue: es fuerza, sí, pero fuerza coactiva del Derecho, esto es, medida, proporcionada y proporcional, sólo aplicada a supuestos jurídicos que se incardinarian en la patología del Derecho, fuerza organizada y estructurada y aplicada con todas las garantías posibles; además no es fuerza bruta, ciega y destructiva, sino, por el contrario, una compulsión sanadora de derechos subjetivos violados con infracción de normas jurídicas desobedecidas (cfr. FROSINI, *La*

Y, además, a fin de cuentas, lo que es coactivo es el Derecho objetivo; al impedir la efectividad de un derecho subjetivo, el Derecho objetivo, la norma, queda vulnerado y el aparato coactivo reacciona (tras el ejercicio privado o público de la acción) para restaurarla, por ello carece de base la objeción de Duguit al derecho subjetivo, y más cuando él en el sistema que propugna, y como más atrás se ha reflejado, señala que todo individuo tiene una función que cumplir y que todos los actos contrarios a esa función, serán socialmente reprimidos, ¿cuál es la diferencia?

6. Vistas las consideraciones que anteceden puede decirse que la afirmación de Duguit de que el derecho subjetivo es una categoría artificial que contradice al realismo de nuestra época y antisocial por individualista que contradice a la sociedad actual «socialista», no se corresponde con la verdad.

Interesa a estos efectos incidir en algo que ya se ha señalado, que el derecho subjetivo es proyección directa del Derecho objetivo, de las normas jurídicas, que son su presupuesto esencial, pues son las que otorgan el poder o facultad jurídica en que consiste tras valorar los fines que persigue y los intereses a que responde, y las que conceden su protección (y protección disponible) a esos fines e intereses. Por tanto será derecho subjetivo lo que en un momento concreto estime el Derecho objetivo que debe serlo. Como, entre otros muchos autores, indican Díez-Picazo y Gullón, al señalar los caracteres del derecho subjetivo, éste es un poder jurídico institucionalizado por el Ordenamiento Jurídico, ya que los derechos subjetivos «son formas relativamente estables de organización social, ... respuestas sociales básicas a problemas sociales típicos»; además es un poder tipificado por el Ordenamiento Jurídico, y, por tanto, «sólo pueden ser considerados como verdaderos y propios derechos subjetivos aquellos que el Ordenamiento considera como tales en cada momento». De esta forma se debe admitir la variabilidad histórica de los tipos de derechos subjetivos, pues «depende de los principios y normas imperantes en cada momento histórico el que determinadas situaciones de poder jurídico permitan o no la calificación de derecho subjetivo» (58).

estructura del Derecho, cit., pp. 123-124), es decir, que como señala Elías Díez (Sociología y Filosofía del Derecho, 2.ª ed., Taurus, Madrid, 1980, p. 30) «afirmar la dimensión coactiva del Derecho no significa rebajar el Derecho al nivel de la simple fuerza física. Al contrario, significa dignificar el uso de la fuerza... haciéndola legítima, justa, poniéndose ella y el Derecho al servicio de fines humanos como la libertad, la paz, la Justicia, la igualdad y el bienestar de todos los hombres», aunque, desde luego, ello exige un determinado ambiente social y político, ya que es evidente que la «legitimidad democrática marca, en definitiva, la diferencia esencial existente entre la coacción institucionalizada y la violencia o el terror». No puede negarse no obstante que el Derecho es, cuando menos, coercible y que es necesario que así sea (cfr., v. gr., entre muchos, BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 160-172; LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 385-392; Elías Díez, ob. cit., pp. 26-30).

(58) Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 411. El subrayado es nuestro.

Coincidimos, por tanto, con las enseñanzas de Legaz, para quien «el derecho subjetivo no es cosa distinta del Derecho objetivo», y ello «no porque lo subjetivo haya de absorberse en lo objetivo —en la norma legislada— sino porque son la misma realidad. *El Derecho es forma de vida social*, o sea, vida social en forma que, en cuanto tal, posee estructura normativa. *Es, pues, realidad existencial y el "derecho subjetivo" es también realidad existencial*, atributo de la persona en su dimensión social» (59). Los derechos subjetivos, por tanto, sólo «son jurídicamente eficaces en tanto en cuanto los reconoce y garantiza el Derecho objetivo, es decir, el sistema de normas vigentes en un pueblo determinado» (60).

Como corolario evidente de lo anterior se puede afirmar que el derecho subjetivo no es, en modo alguno, una categoría artificial, al menos no más artificial que el Derecho objetivo.

Desde otra óptica, desde la Sociología del Derecho, puede también afirmarse que el derecho subjetivo no es una categoría jurídica artificial, sino que, por el contrario, es «un fenómeno sociológico objetivamente observable» (61), por tanto las críticas sociológicas, históricas o etnológicas que se han hecho al derecho subjetivo (62) no tienen fundamento, pues pueden combatirse con la propia Sociología, la Historia y la Arqueología, la Psicología e incluso la Zoología (63), para concluir que «el derecho subjetivo no es puro artificio», sino que «con la parte inevitable de torpeza y de inadecuación propia de toda técnica jurídica, la noción traduce un fenómeno psico-sociológico elemental y, por decirlo así, visceral» (64).

(59) LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1953, p. 580 y nota 2 en esa misma p. En este último lugar sigue diciendo: «pero que no tendría dimensión social si, por de pronto, no fuese tal persona humana que ha de ser respetada en tal condición por la estructura social del Derecho». Nos anuncia con estas palabras algo que veremos en seguida, que si se niega el derecho subjetivo, se niega la libertad y con ella a la persona humana, que es, por naturaleza y al tiempo, libre y social (en la ed. de esta obra que venimos citando y que citaremos también en lo sucesivo, el texto citado no aparece literalmente, pero no se ha modificado en absoluto su sentido).

(60) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 213. El subrayado del texto es de este autor. Que no hay derecho subjetivo sin Derecho objetivo y que aquél no puede sino derivar de las normas de éste, es afirmación que, con una u otra fórmula, comparte la generalidad de la doctrina (por todos v. RECASÉNS SICHES, «Il concetto...», cit., pp. 478-480 y 496 y 497 especialmente; FERRANTE, ob. cit., pp. 47-50; CASTÁN, «El concepto...», cit., pp. 124 y 129-130 especialmente; FROSINI, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 33-39, y del mismo autor, «Diritto soggettivo e ...», cit., 123 y 124).

(61) CARBONNIER, *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 78, donde explica el error (desde el punto de vista sociológico) de Duguit afirmando que su personalidad era «demasiado dominante para someterse por mucho tiempo a la servidumbre del método sociológico».

(62) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 118-119.

(63) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., pp. 120-121.

(64) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 121.

Por razón de la íntima relación existente entre derecho subjetivo y Derecho objetivo, si en un momento concreto y en un lugar determinado puede decirse que los derechos subjetivos son anti-sociales, excesivamente individualistas, ello es por causa de que el Derecho objetivo, en ese lugar y en ese momento obedece a iguales caracteres (65). Dicho de otra forma, no puede achacarse al derecho subjetivo ser demasiado individualista o demasiado poco individualista y liberal, porque no influye en la existencia ni en la esencia del derecho subjetivo el que estemos en un sistema individualista o realista, positivo y socialista (usando los términos de Duguit), ya que el derecho subjetivo se basa en el Derecho objetivo, obedezca éste a aquella tendencia o a éstas; ello influye en su ejercicio y contenido, pero su esencia permanece inalterada.

Además, a mayor abundamiento, como escribe De Castro, «el concepto de derecho subjetivo... (no) puede basarse adecuadamente en la (concepción) individualista» ya que la persona, «como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la Comunidad, sino en función de ella. La *summa ars* de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales» para cuyo desarrollo «es instrumento jurídico inestimable la categoría de los derechos subjetivos». Además «la concesión de un "ámbito de confianza" a la persona de acuerdo con la propia naturaleza social del hombre es, por ello, provechosa para la vida de toda la comunidad. Cada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la Organización Jurídica aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social» (66).

Es en este mismo sentido en el que se considera que el derecho subjetivo no aparece como fenómeno único, con él nace un correlativo deber jurídico y esto constituye una conexión jurídica, pero además es evidente que tal conexión no es un fenómeno aislado, al lado de una concreta conexión existen otras muchas, de modo que todos en sociedad tienen derechos y deberes. Cuando este sistema institucional es regular y ordenado aparece como una unidad y de él se desprenden relaciones socio-jurídicas de coordinación que tienen como correlato relaciones de asistencia (tengo derecho a ser ayudado, asistido, porque he ayudado, asistido). Todo ello implica una participación general en una tarea común, supuesto que el querer, el interés, el fin, de este complejo sistema, el «querer institucional» es colectivo y coincide, al tiempo, con el de los individuos ya que «resulta de la identidad de valoraciones

(65) En el mismo sentido se pronuncia CASTÁN, «El concepto ...», cit., p. 129, siguiendo literalmente a GURVITCH a quien cita; y RECASÉNS SICHES, «El concetto...», cit., p. 501, para quien «que en la base del derecho subjetivo esté un contenido de interés individual o social, utilitarista o altruista, dependerá del criterio que informa a la norma según la concreta doctrina que se acepta o del espíritu del régimen positivo que se examina».

(66) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, I, cit., p. 572.

subjetivas por una colectividad de individuos que se resumen en una valoración objetiva única» (67). Como señala Santo Tomás «*ille qui quaerit bonum commune multitudinis, ex consequenti etiam quaerit bonum suum*» (68).

De donde tiene pleno sentido que se objete a Duguit que al negar el derecho subjetivo pretenda basar el orden jurídico en un concepto como el de solidaridad, sin tener presente que no es un hecho primario, sino un hecho complejo que supone otros anteriores, como es el de la individualidad (69).

Por otro lado, sociológicamente puede indicarse que existen fenómenos muy extensos de ineffectividad de derechos subjetivos, por generosidad, timidez, olvido, ajuridicidad congénita o adquirida, etc. (70), lo cual explica que, en la práctica, el sistema, aun considerado como individualista, sea menos duro y más flexible de lo que «permite suponer una visión abstracta de tantos derechos metidos dentro de un caparazón de egoísmo» (71). Por eso los sociólogos distinguen entre *Estatuto*: colección de derechos subjetivos y correlativos deberes, y *Rol*: forma cómo se realiza en la práctica el estatuto, para poner de relieve cómo casi nunca coinciden: frecuentemente el Rol es mucho más reducido que el Estatuto; no se puede negar que, en ocasiones, ha sido a la inversa, pero en esos casos generalmente estalla el Estatuto (72).

Desde luego no puede ocultarse que en base a la categoría del derecho subjetivo se han producido fenómenos de abuso, abuso de derecho, actos emulativos, etc. No podemos detenernos en esta cuestión sobre la que hay abundantísima bibliografía, pero sí indicar cómo, de un lado, los actos emulativos no son hoy considerados derechos subjetivos (ni siquiera con ejercicio excesivo o abusivo) por un gran sector doctrinal, y, de otro, que el abuso de derecho se impide hoy en todas las legislaciones, con mayor o menor fortuna, al haberse producido una positivación de doctrinas que, desde hace mucho tiempo, reclamaban un freno para este fenómeno.

III. Por todo ello no es admisible la negación de los derechos subjetivos y menos aún para sustituirlos por una noción menos útil, más indeterminada, más discutida (73), que la de la categoría

(67) BATTAGLIA, ob. y vol. cit., pp. 261-262 y 273-278.

(68) *Summa Theologiae*, ed. en latín de la B.A.C. (la *Secunda Secundae*, que citamos es el vol. III de esa Ed., Madrid, 1952), IIa., IIae., q. 47, a.10, ad.3.

(69) Crítica formulada por JARDÓN (cit. apud CASTÁN, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto de Derecho*, sep. de la Rev. Gen. de Legis. y Jurispr., Madrid, 1947, p. 101.

(70) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 123.

(71) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 101, nota 3.

(72) CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 124.

(73) Para CASTÁN efectivamente la situación jurídica ha sido muy criticada sobre todo achacándosele su no utilidad, sin embargo, él entiende que es útil como categoría genérica que, de un lado, engloba todos los fenómenos de subjetividad jurídica, y de otro, por su amplitud, expresa y recoge aquellos fenómenos que no pueden encajarse en otras categorías. Por consi-

que venimos estudiando, amén de funestas en sus consecuencias si se aplicara en sustitución de los derechos subjetivos destruidos.

En efecto, las tesis negadoras del derecho subjetivo pretenden sustituir esta categoría por la noción de «situación jurídica». Desde Duguit hasta posiciones nacional-socialistas, comunistas y normativistas, que se basan en un positivismo exacerbado, se niega el derecho subjetivo y se dice que nadie tiene derechos, sino funciones sociales, deberes de conducta, y así, al fin, unas y otras teorías, propugnan que el individuo no tendrá derechos, sino que sencillamente estará situado, «situado con referencia a la norma; es decir, se encontrará en situaciones jurídicas» (74). «Algunos autores contemporáneos (Duguit, Larenz, Kelsen, etc.) han pretendido negar ese concepto (el derecho subjetivo) y se han esforzado en reducirlo al Derecho objetivo, al Derecho como norma. Según esta corriente el derecho subjetivo no sería más que una "situación jurídica" o un reflejo de los deberes establecidos en las normas» (75).

IV. Todas las posiciones que defienden o propugnan una tal sustitución no pueden tener más que una «consecuencia lógica: la de una legislación que, suprimiendo la persona, reduzca a los hombres a la estricta condición de sometidos... una organización social en la que se excluya a los derechos subjetivos, en que toda actuación del individuo quede reglamentada administrativamente, sin que nada se confíe a su iniciativa»; consecuencia que sería «radicalmente contraria a nuestra idea de la vida, asentada en un profundo respeto a la persona» (76), y llevaría a la «omnipotencia del Derecho Administrativo (que) secaría la fuerza espontánea de

guiente indica que la noción no puede tener un sentido antisubjetivo (*Situaciones jurídicas subjetivas*, cit., cfr. pp. 45-48 y 72-74)). Igual LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 723-728, quien entiende que (así concebida) es integrante del concepto de persona. No obstante el propio CASTÁN («Derechos subjetivos», cit., p. 110) afirma que le «parecen absolutamente reprochables... las teorías que niegan la existencia del derecho subjetivo», ya que «tales doctrinas... (son) ... infecundas e inconvenientes para la técnica del Derecho Privado (pues sustituyen dicho concepto por otros, como el de situación jurídica, todavía más vagos e imprecisos)».

(74) Cfr. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, EDERSA, Madrid, 1979, p. 245 y DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, I, cit., página 570.

(75) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad ...*, cit., p. 212. En el breve párrafo citado se señala a Duguit en primer lugar, seguramente como primer, que no originario (ese honor le cabe a Comte), representante de esta amplia tendencia, y tras él, a Larenz, que pertenece al nacionalsocialismo, para citar, por último, a Kelsen, que niega el derecho subjetivo desde su Teoría Pura del Derecho, desde su normativismo formalista. Cabría completar la enumeración señalando que desde posiciones socialistas, concretamente desde el comunismo soviético, chino, albanés, yugoslavo, etc. (por citar distintas concepciones comunistas), también se niega el derecho subjetivo.

(76) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 570.

la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad» (77). Y por eso, por contradecir «a la persona, (que) en reconocimiento de su valor... hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una *potestas procurandi et dispensandi*, (que) no puede ser rebajada y reducida a la condición de simple medio, ni siquiera de la comunidad», los Ordenamientos Jurídicos que aceptan la negación del derecho subjetivo carecen de legitimidad, ya que «el reconocimiento efectivo (del valor de la persona) por el Derecho Positivo es requisito de la legitimidad del mismo Ordenamiento Jurídico» (78).

En el mismo sentido Legaz Lacambra señala que «no es posible renunciar (al derecho subjetivo), que tiene su fundamento en exigencias ineludibles de la naturaleza humana» (79). «El derecho subjetivo —escribe Lacruz— en forma imprecisa e instintiva responde a sentimientos profundos y arraigados en nuestra civilización: el del valor del individuo, el respeto a la persona humana»; «según su esencia ha nacido para realizar, en sociedad con los demás, ayudándoles y siendo ayudado, una empresa individual y libremente determinada por él dentro de los límites trazados por la presencia de los otros». Esa libertad radical no es compatible con la negación del derecho subjetivo que conlleva «una organización en la cual el único derecho del hombre fuera cumplir su deber: una monstruosa planificación que predeterminará todos los actos externos y acaso los pensamientos de cada individuo» (80).

Y Ruíz-Giménez, certeramente, nos dice que «importa insistir en la necesidad del concepto de derecho subjetivo», porque «el derecho subjetivo es la *crystalización de las proyecciones externas de la libertad profunda de la persona humana*» (81).

Díez-Picazo y Gullón resumen magistralmente cuanto acabamos de decir, señalando que «bajo el tema del derecho subjetivo subyace también la respuesta profunda que un orden social da a un problema socio-político... los derechos subjetivos de una persona constituyen la base de la libertad de esta persona dentro del Estado y de la Sociedad.

La concesión de derechos a una persona comporta dos radicales consecuencias. En primer lugar que la persona recibe el libre

(77) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 572. En el mismo sentido CASTÁN («Derechos subjetivos», cit., p. 110), recogiendo palabras del profesor argentino Guillermo A. BORDA, quien afirma que «la negación de los derechos subjetivos ... conduce siempre, aunque el asunto se plantee en el plano de la pura especulación lógica, a empequeñecer y destruir la personalidad humana frente al Estado».

(78) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 571.

(79) LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., cit., p. 580. En la 5.ª ed. no se encuentra ya la frase citada, pero sí su sentido muy claramente en pp. 725, 729, 731 y 734.

(80) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 124.

(81) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 213. El subrayado es de este autor. En el mismo sentido afirma BATTAGLIA, ob. y vol. cit., p. 179, que el derecho subjetivo es «constituidor de libertad, y aun de la auténtica libertad, que es la libertad jurídica».

goce de un bien (entendido en sentido amplio, tanto espiritual, v. gr., la libertad de conciencia, como material) y que esta libertad de goce le es asegurada. La idea de libertad significa que el portador del derecho decide todo lo relativo al goce del bien (si lo usará o no, cómo lo usará y en qué medida). En segundo lugar que los demás miembros del grupo social, el Estado como Organización política del grupo y las autoridades, como miembros del Estado, no pueden poner obstáculos al libre goce del bien, y deben acatar y respetar la atribución del mismo a la persona y dispensar al portador del derecho la correspondiente protección.

Bajo este aspecto sociológico la idea de "derecho subjetivo" pertenece al terreno de la "autonomía privada". En definitiva se trata de establecer que la persona, como un ser primario, tiene unos fines sustanciales y que para el desarrollo de estos fines y de su personalidad es preciso reconocerle unos derechos, pues los derechos son el cauce institucional de realización de los fines personales. El derecho subjetivo es libertad... posibilidades lícitas de actuación de la persona» (82).

En base a todas estas explicaciones los autores citados no pueden sino concluir que «es explicable que la idea de derecho subjetivo... tenga que ser mantenida por todos aquellos que admitan la sustancial dignidad del hombre, mientras que quieran proscribirla las teorías de carácter colectivista y totalitario, como sucedió en la Alemania de Hitler y sucede hoy con el comunismo soviético» (83).

Por eso «o la norma jurídica reconoce a la persona un campo de actuación libre o la norma jurídica se limita a prescribir conductas, a establecer rígidamente pautas de actuación de la persona por donde ha de moverse necesariamente, y, en este sentido, es claro que la idea del derecho subjetivo desaparece. Existirán únicamente *situaciones* ventajosas para aquellos a los que aproveche la observancia de la conducta impuesta por la norma» (84) (ya hemos visto que ello no constituye derecho subjetivo, v. supra nota 40). Es decir, situaciones jurídicas, lo cual es rechazable por las consecuencias a que lleva y de las que ya hemos dejado constancia.

Con todo lo que antecede y por las variadas razones que quedan señaladas no parece ni conveniente ni lógico, ni posible, olvidar la categoría, propugnar su sustitución; por el contrario, la categoría de los derechos subjetivos debe mantenerse, ser defendida y subsistir.

Y no se trata con ello de adoptar posturas reaccionarias, estáticas o excesivamente conservadoras, no se trata, en suma, de intentar mantener un régimen liberal-individualista. Cada día más lo social, la sociedad y sus necesidades y exigencias, la importancia del

(82) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., pp. 405 y 406.

(83) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

(84) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

elemento social en el hombre, adquiere mayor relieve. La defensa del derecho subjetivo es una defensa de la libertad del hombre, de la libertad del ser humano para conseguir fines individuales, para autodesarrollar sus propias potencias, pero ello no significa ni el olvido de las necesidades sociales del hombre, ni el olvido de las necesidades de la sociedad, ni dar la espalda al hecho, indiscutible, de la creciente fuerza de los fenómenos societarios, de la importancia de lo social.

Efectivamente, la continua presencia de estos datos permite escribir a Lacruz que una cosa es la defensa del derecho subjetivo y «cosa distinta es, no sólo que el poder en que consiste el derecho subjetivo nunca sea ilimitado, sino también que lleve inherentes ciertos deberes, incluso cuando confiere las facultades más extensas, como el dominio», señalando como ejemplo, entre otros, la «prohibición de un uso antisocial» (85).

«Ningún derecho humano es absoluto en el sentido riguroso del término ... —escribe Ruiz-Giménez— ... se quiere expresar con ello que no pueden ser desconocidos o violados por ningún Ordenamiento Jurídico positivo y que además se pueden esgrimir frente a todos los demás miembros del cuerpo social. Pero fuera de ello los derechos son *relativos*.

En realidad, el ejercicio del derecho está sometido de un lado a *límites extrínsecos* y, de otro, a lo que algunos llaman *límites intrínsecos* y que es preferible calificar de *sentido o función*...

El límite *intrínseco* o, mejor, la *función* de todo derecho subjetivo dimana por una parte de la *propia naturaleza* del derecho, y, por otra, de la finalidad *social* que toda persona tiene que cumplir ... el derecho ... además de servir para satisfacer las necesidades personales de su titular, tiene esencialmente que contribuir al bien del conjunto» (86).

No se olvida, pues, el elemento social, el interés de la propia comunidad como tal, y tampoco deja de reconocerse que ese elemento crece día a día en fuerza y trascendencia. Por eso Díez-Picazo y Gullón señalan que «en la actualidad y previsiblemente en un futuro próximo, se observa cómo el Ordenamiento Jurídico va cercenando la libertad de la persona para actuar, va obligando a que se mueva dentro de los cauces marcados por el legislador, que tiene por objeto la prosecución de los fines generales de la comunidad o, con otra terminología, el "Bien Común". Los fines del hombre se van satisfaciendo cada vez menos a través de la libertad personal y se van confiando al Estado, quien por medio

(85) LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 124.

(86) RUIZ-GIMÉNEZ, *La propiedad...*, cit., p. 215. El subrayado es de este autor. Se dice que los límites intrínsecos son funciones, pero no en su sentido técnico, como hace notar el propio autor en las páginas que siguen; no son potestades, sino se trata de función en el sentido de «función social», lo que se pone especialmente de manifiesto en la última frase del párrafo citado.

de sus normas señala prohibiciones, deberes o limitaciones al conjunto de los sometidos a su imperio» (87).

En base a estas consideraciones se puede afirmar que «en el derecho subjetivo subyace la idea, que constituye su fuerza, de que es un poder inmediato e independiente, una prerrogativa que para ejercerse no tiene necesidad a cada instante de la buena voluntad del Estado», y, por tanto, el proceso descrito puede hacer parecer que el derecho subjetivo se vuelve «fugitivo» y eso crea inquietud, pero ésta «está alimentada por un concepto abusivamente estático y conservador» del derecho subjetivo, frente a ello el proceso ofrece garantías, la garantía de la comunidad, que permite afirmar «¿derechos subjetivos inciertos?. Buen negocio si tenemos la certidumbre de una ayuda social ilimitada» (88).

No obstante, este proceso no debe, por las variadas razones aquí reflejadas, significar nunca ni llegar jamás al total desprecio por la categoría de los derechos subjetivos.

Esos crecientes límites en interés de la sociedad tienen su justificación en el propio fundamento del derecho subjetivo (que nosotros ya hemos indicado más de una vez) y que De Castro descubre de la siguiente manera: «el poder (derecho subjetivo) significa un acto de confianza de la comunidad hacia el titular; el poder se entrega por y para algo, tiene su propio fin y ni siquiera en las legislaciones más liberales dejó de tener sus propios límites.

Se manifiesta: 1.º En una cierta obligación a su ejercicio; ... el sentido antisocial de su no uso puede determinar su extinción ...

2.º En una limitación a la libertad general de crear nuevos tipos de derechos subjetivos; la prohibición de ciertos pactos y la tendencia doctrinal en favor del *numerus clausus* tienen su raíz en la necesidad de excluir cualquier intento de implantar derechos con un fin social o moralmente injustificado.

3.º La prohibición del abuso en su ejercicio; ... la naturaleza y fin de los derechos subjetivos en la organización jurídica excluye su ilimitación» (89).

Pero todo ello es un intento de compaginar, hacer compatibles, los fines y libertades de la persona con los fines e intereses de la comunidad, sin que pueda tener por consecuencia negar el derecho subjetivo. No justifica ello el considerar ciertos derechos subjetivos como funciones (90) porque, como hemos visto, derecho subjetivo y función son cosas distintas (91) y ni siquiera los derechos subjetivos que contemplan «lo social» pueden ser considerados funciones, ya que éstas se ejercen en interés ajeno, mientras que el derecho subjetivo siempre en atención a fines e intereses

(87) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y vol. cit., p. 406.

(88) Cfr. CARBONNIER, *Flexible Droit*, cit., p. 133.

(89) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, cit., p. 574.

(90) Así, v. gr., parece hacer GARCÍA AMIGO, ob. cit., pp. 249 y 250.

(91) V. nota 40.

propios aunque en su ejercicio se hagan presentes y se tengan en cuenta los intereses de la sociedad.

A fin de cuentas se trata de evitar, en esta materia, los excesos tanto de la concepción iusnaturalista clásica (al servicio, luego, de la ideología liberal-individualista) como del positivismo (sociológico o normativista) exacerbado (también utilizado ideológicamente). Como indica Frosini, para la primera el derecho subjetivo es un mito, para el segundo una metáfora. Y «mito o metáfora, el derecho subjetivo pierde su preciso contorno», en cualquier caso «huye el significado propiamente jurídico de la expresión» (92).

Para evitar estos extremos el derecho subjetivo ha ido cambiando, perdiendo la pátina que cobró con el liberal-individualismo, hasta poderse afirmar que el derecho subjetivo subsiste y es necesario pero que ha sufrido una transformación para recoger en su seno deberes, límites, que no alteran su núcleo esencial, pero que lo adaptan a las nuevas necesidades sociales (93).

(92) FROSINI, «Le trasformazioni sociali...», cit., pp. 114-115.

(93) Cfr. PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia», comentario al artículo 33 de la Constitución Española, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA, EDERSA, 1983, tomo III, pp. 422-424; y V. L. MONTÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 91, 93, 194, 185-186, etc., en general la idea subyace en toda la obra.