

Evolución y negación del derecho subjetivo

JORGE AGUDO GONZÁLEZ¹

Sumario: I. Introducción. II. Estudio retrospectivo acerca de la evolución de la categoría jurídica "derecho subjetivo". A. Del Derecho romano a la Revolución francesa. B. Del siglo XIX hasta nuestros días. C. El análisis económico del Derecho: derechos y obligaciones o incentivos y rémoras implícitas para los destinatarios de las normas. D. La noción de derecho subjetivo en la doctrina iusprivatista y iuspublicista española.

RESUMEN

El debate sobre la naturaleza jurídica de la categoría del derecho subjetivo ha centrado la atención de grandes juristas. La polémica en torno a esta cuestión resulta en todo caso lógica, pues nos referimos a una categoría jurídica fundamental en la "arquitectura" dogmático-jurídica. Esta controversia alcanzaría una de sus más importantes manifestaciones con el gran jurista francés LEÓN DUGUIT, quien dedicó una parte primordial de su obra jurídica a contestar a las tesis clásicas, negando desde la teoría jurídico-sociológica, la existencia misma de los derechos subjetivos.

PALABRAS CLAVE

Derecho subjetivo.

EVOLUTION AND DENIAL OF THE SUBJECTIVE RIGHT

ABSTRACT

The debate about the juridical nature of the category of subjective rights has always focused the attention of the greatest jurist. This controversy reached

1 Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Correo electrónico: [jorge.agudo@uam.es]. Fecha de recepción: 24 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 4 de abril de 2011.

its highest point with the great French jurist LEÓN DUGUIT who dedicated a considerable part of its theoretic works to disclaim the existence of subjective rights.

KEYWORDS

Subjective rights.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la naturaleza jurídica de la categoría del derecho subjetivo ha centrado la atención de grandes juristas. La polémica en torno a esta cuestión resulta en todo caso lógica, pues nos referimos a una categoría jurídica fundamental en la "arquitectura" dogmático-jurídica. Esta controversia alcanzaría una de sus más importantes manifestaciones con el gran jurista francés LEÓN DUGUIT, quien dedicó una parte primordial de su obra jurídica a contestar a las tesis clásicas, negando desde la teoría jurídico-sociológica², la existencia misma de los derechos subjetivos.

DUGUIT, padre de la moderna sociología jurídica, defenderá un sistema jurídico basado en la teoría de la solidaridad, en el Derecho objetivo y en las denominadas "situaciones jurídicas subjetivas". A tal efecto, reconduce el Derecho al hecho social, al margen por tanto de cualquier clase de elemento metafísico, integrándose así en la corriente realista del Derecho y en el positivismo jurídico³, mostrando su rechazo frontal a la noción de derecho subjetivo nacido de la Revolución francesa por considerarlo "*de orden puramente metafísico, lo que está en contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas, y con el realismo, digamos la palabra, con el positivismo de nuestra época*"⁴.

En este marco, tiene su origen la "ética de la solidaridad", en virtud de la cual no cabe reconocer la existencia de un poder de voluntad del hombre, sino la sumisión a las necesidades solidarias del grupo en el que el hombre vive. Por esta razón, en la medida en que el hombre se somete al grupo, debe

2 La *Sociología del Derecho*, de LEÓN DUGUIT, tiene como base la construcción sociológica de DURKHEIM. *La división del trabajo social*, trad. de C.G. POSADA, Barcelona, 1993, 2 vols., para quien el fundamento del Derecho se sitúa en la noción de solidaridad humana y de interdependencia social. Del mismo modo, también es tributaria de la doctrina del "Derecho social" planteada por algunos solidaristas franceses, que realizaron la unidad e interdependencia existente en la sociedad (BOURGEOIS, BOUGLÉ, BELLEY, LAMOUREUX O NIORT) (MORENO PÉREZ Y CALVO GONZÁLEZ. *León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación*, ReDCE, 2005, n.º 4, pp. 486-487).

3 DE VEGA GARCÍA. "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", separata en la obra colectiva *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, s.f., p. 25.

4 L. DUGUIT. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de C.G. POSADA, Madrid, 1921, p. 25.

acomodar su conducta a los postulados derivados de la maximización de la solidaridad entre los hombres; solidaridad, en suma, que constituye un criterio de la justicia del Derecho a la que debe adecuarse la conducta humana. Desde esta perspectiva, esas convicciones nacidas de la solidaridad común constituyen normas, esto es, son Derecho objetivo en cuanto regla social de conducta que se impone a los hombres. Por consiguiente, el Derecho evoluciona en función de cada sociedad y de cada momento histórico, correspondiendo al jurista determinar, a la vista de los hechos sociales, las reglas de Derecho que emanan de la sociedad.

El resultado demoledor de la sociología jurídica "dugutiana" será una crítica frontal a las doctrinas individualistas y formalistas en el campo social y jurídico subrayando su rechazo a conceptos jurídicos fundamentales del Derecho entre los que se incluye, como ya hemos señalado, el de derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, para DUGUIT no hay derechos individuales subjetivos en el sentido mantenido por grandes juristas como WINSCHIED, IHERING, THON o JELLINEK; para DUGUIT el poder que caracteriza al derecho es más bien un poder objetivo, una situación jurídica conferida por las normas a las voluntades individuales cuando sus actos se muestren conformes con el Derecho objetivo, y cuya finalidad es producir obligaciones respecto de otras voluntades bajo sanción social. En fin, esa situación jurídica es la facultad de exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones. Por este motivo, bajo la doctrina "dugutiana" puede decirse que los derechos del hombre no le corresponden a éste por naturaleza, sino que son facultades que le advienen por los deberes, que como ser social, tiene que cumplir. Es por esta razón que pudiera afirmarse que "*nadie tiene más derechos que cumplir sus deberes*". En definitiva, para DUGUIT de la regla de Derecho no puede derivarse un derecho subjetivo, sino la creación de una situación jurídica. Desde lo que denominaría como "pragmática de la doctrina realista", la potencia pública no es un derecho, sino una función social.

Sin embargo, la "defunción" del derecho subjetivo refrendada por DUGUIT fue una pretensión que, no puede desconocerse, tuvo buena parte de concesión política, que luego fue incluso discutida por sus seguidores. En este trabajo recuperamos esa controversia centenaria sobre la naturaleza del derecho subjetivo, realizando una exposición sistemática de las teorías más influyentes en esta materia y que llevaron a culminar con la negación de esta categoría jurídica en la figura protagonista de DUGUIT. Más allá de esa retrospectiva, en este estudio también se afrontará un análisis de las nuevas tesis que sobre esta categoría se han venido postulando en los últimos años, revitalizando la polémica doctrinal en torno a la naturaleza del derecho subjetivo. Una conclusión parece clara: *el derecho subjetivo ha sobrevivido a los avatares de la dogmática moderna*.

II. ESTUDIO RETROSPECTIVO ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA JURÍDICA "DERECHO SUBJETIVO"

A. DEL DERECHO ROMANO A LA REVOLUCIÓN FRANCESA

El Derecho romano no elaboró un concepto sobre el derecho subjetivo, pero tampoco estableció sus caracteres básicos frente al Derecho objetivo. Sí que es cierto que el Derecho romano distinguía en ocasiones entre *ius*, *potestas* y *facultas*, pero no se preocupó de caracterizarlos⁵, de modo que la noción de derecho subjetivo se mantuvo en unos términos vagos, informes e indeferenciados⁶. El motivo que tal vez justifique que en las fuentes del Derecho romano no exista un concepto explícito de derecho subjetivo, quizás sea que se le entendiera incorporado en las *mores maiores*, o bien porque la técnica procesal romana, práctica y concreta, hizo innecesaria su formulación.

Efectivamente, en un primer momento, el orden romano no concibió derechos sustanciales, sino sólo acciones. En él, los derechos subjetivos eran más la consecuencia que la causa de la acción, de modo que en esta misma línea, era donde acción y derecho subjetivo aparecían como una misma realidad⁷. Ello suponía que para el Derecho romano lo fundamental para la realización efectiva del "Derecho" era la pretensión protegida, con el fin de lograr la coacción frente al incumplimiento⁸. Coacción que, como elemento de la norma jurídica, se suponía como indispensable para la vivencia de las instituciones jurídicas, aún sin declararlo específicamente.

La potencia y la fuerza, por tanto, constituían una parte fundamental de la vaga y primitiva noción de derecho, hasta el punto de que las instituciones fundamentales y originales del Derecho romano son afirmaciones de potencia total y absoluta (BIONDI). Esta fuerza, esa coacción, no pueden ser conside-

5 DE CASTRO. *Derecho Civil de España*, Madrid, 1955, t. 1, p. 632. Esta afirmación ha sido muy discutida entre los romanistas; en cualquier caso, parece que no se puede impedir aceptar que el Derecho romano constituye el germen y la base de la noción de derecho subjetivo actual. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS. *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pp. 29-30.

6 Sobre una visión crítica sobre el acogimiento de la noción jurídica de derecho subjetivo en el Derecho romano, M. VILLEY. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1976, *in toto*.

7 PUIG BRITAU. *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981, pp. 411 y ss.

8 LOZANO-HIGUERO Y PINTO. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, p. 43, entiende que en Roma sí se conoce el concepto de interés en sentido material, pues esa esfera de poderes personales que constituye el *ius*, se espiritualiza en cuanto excede de la materialidad física derivada de la *vis* que entraña la acción directa, aislándose de la mera proyección personal del sujeto para tender a la patrimonialización de esa zona de atribución, conglomerado de intereses, que obtienen tinte económico a través del proceso. En Roma, según el autor, se delimita como jurídicamente relevante aquel interés que es susceptible de tutelarse reactivamente frente a las inmisiones o ataques de terceros.

radas, en sí mismas como derecho subjetivo, pero sí que podrían justificar el concepto de poder que con el paso del tiempo se le reconocerá al derecho subjetivo⁹. En este sentido, no puede negarse que los romanos intuyeron que la conducta humana estaba ligada en gran parte a la voluntad. Ahora bien, será el cristianismo el que, al atribuir la trascendencia y centralidad que merece la persona, diera verdadera vida al concepto de derecho como facultad. No en vano, son los principios cristianos religiosos y morales los que contribuyeron definitivamente a imponer el respeto a la persona y a sus derechos naturales.

La concepción jurídica de la Edad Media, como una orientación total de la vida, hizo innecesaria cualquier preocupación por la significación del derecho subjetivo (DE CASTRO). No obstante, las primeras definiciones que se tercian cercanas a la noción de derecho subjetivo datan del siglo XIV, como la de GUILLERMO DE OCCAM, formulada en los términos de *potestas*. En este sentido, el derecho subjetivo sería un poder irrevocable sobre las cosas, un *ius in rem*, y no una precaria participación en la distribución de las cosas hecha por la norma objetiva del poder, al estilo de la tradición jurídica de la antigüedad. Es un poder irrevocable del sujeto y no una fracción o parte del conjunto de derecho y cargas distribuidas y sometidas a la arbitrariedad del poder.

Durante el período renacentista un dato decisivo en la formación del concepto de derecho subjetivo sería la distinción entre el significado objetivo y el significado subjetivo del Derecho, con el ánimo de reafirmar la independencia de la persona, proclamando la intangibilidad de los derechos adquiridos, ya sea por Derecho natural o por la Ley civil. La Escolástica española en pleno Renacimiento contribuyó especialmente a la configuración del concepto de derecho subjetivo, no sin implicaciones teológicas, pero con un punto de partida fundamental, cual es el sujeto autónomo a cuyo servicio se encuentra la sociedad, si bien tanto la persona, como la sociedad, tienen como punto de referencia un orden divino de creación que los comprende, dirige y condiciona. En esta corriente, uno de sus máximos exponentes, F. SUÁREZ, definió el derecho subjetivo como el poder que se tiene sobre una cosa que de alguna manera nos pertenece: "suele llamarse propiamente derecho a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que le es debido; así se dice que el propietario de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que el trabajador tiene derecho al salario ("*De legibus ac Deo legislatore*"). Dentro de la misma escuela, L. DE MOLINA definió el derecho subjetivo como el "poder que el hombre posee en relación con alguna cosa y en tal sentido se dice que alguien usa de su derecho ("*De iustitia et de iure*").

9 Según J. ARIAS RAMOS y J.A. ARIAS BONET. *Derecho Romano*, Madrid, 1979, t. 1, p. 30, es antiquísimo "el uso de *ius* como sinónimo de poder consentido y garantizado por el Derecho objetivo".

En la misma época, otro momento fundamental lo constituirá la Reforma protestante, provocando un giro en el desarrollo de la noción de derecho individual, orientando las teorías hacia la libertad de pensamiento y la tolerancia religiosa¹⁰.

Las escuelas iusnaturalistas e idealistas de los siglos XVII y XVIII exaltaron los derechos naturales del hombre, forjando un ordenamiento jurídico con base en el principio de autonomía de la voluntad. El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII se aparta del rígido esquema teológico y busca el fundamento en la propia razón humana: con base en un método deductivo racional se consideraba que se podrían extraer las reglas de Derecho de unos principios jurídicos universales, válidos en sí mismos con independencia de la concurrencia de la voluntad divina.

La escuela del Derecho natural racionalista llevó a su máxima expresión la concepción individualista del derecho subjetivo. En ella, los derechos naturales innatos al hombre, que ya admitía la tradición escolástica, se configuran y multiplican en una larga serie de *iura* propios del individuo. Los derechos innatos del hombre se colocan en el centro del sistema jurídico, el cual debe proteger tales derechos subjetivos para poder ser llamado Derecho. Por ello, los ordenamientos catalogan los derechos subjetivos, plasmándolos en las codificaciones y declaraciones de derechos, como elementos primarios a cuya protección y reconocimiento atiende el ordenamiento.

Fue a partir del siglo XVIII cuando se pusieron en primera línea de defensa los derechos innatos de la persona, expresión de la libertad (LOCKE), en una actitud de desconfianza frente al Estado y una reclamación de reformas políticas. En definitiva, a partir del siglo XVIII se produce una politización de las libertades que contribuyó a remarcar el carácter individualista que hoy todavía acompaña al concepto de derecho subjetivo y que supuso el verdadero nacimiento de la categoría jurídica: el derecho subjetivo existe cuando el individuo logra su consagración política.

La teoría del derecho subjetivo del iusnaturalismo racionalista tiene una base política fundamental: el derecho subjetivo es un derecho natural que

10 En este sentido, para Á. D'ORS. *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1977, p. 44, en nota 14, "la categoría del derecho subjetivo es una creación del racionalismo protestante". En contra, CASTÁN TOBEÑAS. *Situaciones...*, ob. cit., p. 32, quien rechaza esta afirmación, considerando que "ya con anterioridad al Renacimiento encontramos claros vestigios del voluntarismo jurídico y de la consiguiente estimación de lo que después habría de ser llamado el derecho subjetivo. El subjetivismo jurídico y la idea clara del derecho subjetivo tienen, en cierto modo, su iniciación en las postrimerías de la Edad Media, al ser rechazada por el occanismo la tradición aristotélica-cristiana del orden natural", añadiendo a continuación que "la noción, verdaderamente equilibrada del derecho subjetivo, que sabe conciliar el aspecto subjetivo del Derecho con el enfoque objetivo de la teoría tradicional, hay que buscarla en la concepción de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII".

encuentra protección en la creación del Estado y de la norma positiva por él establecida. En este sentido, la concepción del derecho subjetivo en la Edad Moderna remite a la noción política del contrato social. Esta tesis dota de fundamento consensual a la creación del Estado y su Derecho positivo (HOBBS, KANT...). Los derechos subjetivos tienen su origen en un diseño apriorístico y racional para todos los súbditos: se es titular de derechos como ciudadanos del Estado sin que interfiera ningún poder intermedio¹¹.

Así pues, el concepto de derecho subjetivo alcanza la primacía sobre el Derecho objetivo, invirtiendo la relación que hasta entonces se había dado entre ambos conceptos. Alrededor de la idea de derecho subjetivo gira el sistema de Derecho y la organización política de la sociedad, pues ahora el Derecho objetivo, es decir, el sistema de Derecho establecido por los poderes públicos, tiene la función de salvaguardar los derechos subjetivos naturales del Estado de la naturaleza, convertidos en derechos subjetivos civiles tras la creación de la sociedad política con base en el contrato social¹².

- 11 Como señala J.R. DE PÁRAMO. "Derecho subjetivo", en *El derecho y la justicia*, Madrid, 1996, edición de GARZÓN VALDÉS y LAPORTA, p. 373, la historia política moderna es un proceso de expropiación de los cuerpos intermedios que interfieren las relaciones entre los individuos y el soberano.
- 12 R. SORIANO. *Compendio de teoría general del Derecho*, Barcelona, 1986, pp. 114-115. El nuevo panorama jurídico-positivo construiría un sistema jurídico fundado en los siguientes elementos esenciales sistematizados por L. DUGUIT, en *Las transformaciones del Derecho público y privado*, Buenos Aires, 1975, traducido al castellano por A.G. POSADA, RAMÓN JAÉN y C.G. POSADA, con el ánimo posterior de preconizar su eliminación: 1.º) en primer lugar, la libertad individual, concebida como un derecho del hombre que vive en sociedad. Es el derecho de obrar y de desarrollarse sin trabas y frente a lo que el Estado nada puede hacer que lo lesione, siéndole únicamente legítimo intervenir cuando así sea necesario para garantizar y proteger la libertad de los demás. El derecho, en todo caso, se concibe desde una perspectiva individualista que implica que el hombre, por naturaleza, es libre y titular de derechos inalienables, que su integración en la sociedad tiene por fin asegurar la protección de esos derechos con la mínima limitación o restricción posible; por ello, el Estado no tiene otro fin que proteger los derechos individuales, pudiendo limitarlos o restringirlos cuando ello sea necesario a tal fin; el Derecho objetivo encuentra su fundamento en la protección de los derechos de cada uno, prohibiendo al Estado su lesión e imponiendo a cada uno la obligación de respeto de los derechos ajenos; 2.º) el segundo elemento fundamental es la autonomía de la voluntad, la personalidad y capacidad jurídicas correspondientes a un sujeto de derechos. La autonomía de la voluntad no es más que un elemento de la libertad, cuyo sujeto o titular sólo pueden ser las personas dotadas de tal voluntad; 3.º) el tercer elemento sería el contrato, como acto jurídico determinante de la relación jurídica entre dos o más sujetos de derechos. Salvo excepción legal, todas las relaciones jurídicas sólo pueden nacer contractualmente. Esto es así, porque toda situación jurídica nueva supone una modificación en la esfera jurídica de los sujetos. Ahora bien, la esfera jurídica de cada persona tiene como soporte y al mismo tiempo medida, la voluntad de esa misma persona, por lo que sólo puede modificarse mediante su propia voluntad; 4.º) el cuarto elemento es consecuencia del anterior: el principio de responsabilidad por culpa, pues todo acto realizado por un sujeto sin derecho para ello, es decir, que exceda de su derecho y actúe de forma culposa provocando un perjuicio a otro sujeto, entraña la

B. DEL SIGLO XIX HASTA NUESTROS DÍAS

A partir de mediados del siglo XIX la doctrina jurídica, principalmente la alemana, comienza a preocuparse por la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos. Es entonces cuando surge una larga sucesión de corrientes doctrinales influidas por la consideración del individuo "armado" con sus derechos individuales como figura central del sistema jurídico, y en las que la libertad individual quedaba configurada por un círculo tangente que representaba la libertad ajena como límite de la libertad propia, y donde el Estado goza del poder para evitar la superposición de esos círculos. Producido el hecho político, la Ciencia jurídica asume la labor de estudiar el contenido de esos ámbitos de libertad, afrontándose así la labor siempre inacabada de determinar la naturaleza del derecho subjetivo.

1. Teorías de la voluntad¹³

La doctrina alemana heredó nociones en torno al concepto de derecho subjetivo con el sentido de facultad o cualidad moral activa¹⁴. Para borrar el carácter político que tomara el concepto desde la Revolución francesa y dotarle de una base científica, se le apoyaría en las ideas de KANT y HEGEL. De este modo, se llegaría a la siguiente formulación: el derecho subjetivo es la "soberanía de la voluntad", entendiendo por voluntad, el querer o arbitrio de cada individuo.

Iniciando esa corriente, la Escuela Histórica, a pesar de su oposición a la Escuela del Derecho Natural, ofrecerá una concepción aún más individualista, con base en el dogma de la voluntad que se presenta como un *prius* frente al Derecho objetivo. Efectivamente, para SAVIGNY el derecho subjetivo refleja el señorío de la voluntad o del querer (*Willensherrschaft*), es decir, la esfera o ámbito en el cual reina la voluntad de la persona; esto es, el derecho se configura como un poder del individuo. En definitiva, para SAVIGNY la regla jurídica se caracterizaría por determinar los límites en los que esa voluntad individual puede moverse libremente, para hacer posible el desenvolvimiento de la de los

obligación para el autor de reparar el daño causado; y 5.º) el último elemento esencial es el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad, ligado a la libertad y la autonomía de la voluntad, que exige el poder de imponer a otro sujeto el respeto de la voluntad del propietario de usar, las cosas que sean objeto de mi propiedad, como le parezca a su titular.

- 13 También denominadas modernamente por la doctrina anglosajona como teorías de la elección, en la medida en que el elemento definitorio de los derechos subjetivos sería la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho.
- 14 Para GROCIO el derecho es una "cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente"; cualidad que, cuando es perfecta, es denominada "facultad". En la misma línea, PUFENDORF, FELTMANN y THOMASIIUS.

demás y garantizar al mismo tiempo esa libertad, acotando un ámbito donde la voluntad individual reina independientemente de toda voluntad extraña.

Los pandectistas alemanes posteriores llevarán esta concepción a su máxima expresión. Su principal objetivo fue trasladar del plano iusnaturalista al plano positivo, la idea del individuo sujeto de derechos con todos sus atributos, construyendo sobre su potestad de querer el sistema jurídico, apareciendo así éste como una proyección de los derechos subjetivos tutelados por el Estado.

Se debe en concreto a WINDSCHEID¹⁵ el llevar esta posición a sus últimas consecuencias. Presuponía este autor la tesis de KANT del Derecho objetivo como "un conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de unos puede acomodarse al arbitrio de otros con arreglo a una ley universal de libertad". De acuerdo con ello, entiende WINDSCHEID que la misión del Derecho privado es la de fijar los límites al dominio de la voluntad de los individuos a través de mandatos y prohibiciones. Con estas premisas, el derecho subjetivo consistiría, entonces, empleando la locución *Wollen-Dürfen*, en un querer-permitir que culmina en el poder de la voluntad cedida por el ordenamiento jurídico. De esta forma se configuraba un ámbito de autonomía individual procesalmente protegible, donde el individuo imponía su voluntad; el ordenamiento jurídico dictaría una norma, ordenando una conducta y poniéndose este precepto a la libre disposición del sujeto en cuyo favor se había dictado. De la norma así surgida podría valerse el sujeto de derechos con plena libertad para la consecución de sus fines, facilitándole el ordenamiento jurídico los medios para constreñir a los demás a la observancia de la norma.

En todo caso, en la tesis de WINDSCHEID, lo determinante es la voluntad del particular. El orden jurídico, una vez dictado el precepto normativo, se despoja de él en favor del particular, de modo que la norma abstracta se concreta en la protección específica del sujeto jurídico. Ahora bien, al entender el derecho subjetivo como un poder conferido por el ordenamiento jurídico, la tesis de WINSCHIED pone la primera piedra para la aparición de las tesis formalistas, al describir la función de la norma jurídica en relación con el derecho subjetivo.

Pronto se comenzó a argumentar contra esta teoría. En primer lugar, se alegó que, conforme a ella, los seres desprovistos de voluntad, como los niños y los dementes, no podrían ser titulares de derechos subjetivos. Esta objeción, formulada por THON, fue asumida por WINSCHIED, afirmando al respecto posteriormente que no se trataba de la voluntad del titular, sino del propio ordenamiento jurídico, que toma de la voluntad de éste el contenido de su precepto. Sin embargo, al admitir WINSCHIED este aspecto, parecería apartarse de la teoría voluntarista, ya que ahora el poder dejaba de depender de la

15 WINSCHIED. *Lehrbuch der Pandektenrechts*, Frankfurt, 1879, traducida al italiano por FADDA, BENSA, BONFANTE y MAROI, 1930. También siguieron esta corriente PUCHTA, KELLER, UNGER, GIERKE, ZITEMANN, HOLDER, WENDT, ROMAGNOSI, ROSMINI, DEL GIUDICE...

voluntad individual, para pasar a depender de la norma objetiva. Además, sus palabras tampoco servirían para salvar la objeción formulada por THON, pues aunque derivase el poder de la norma, siempre sería la voluntad individual la que le daría contenido; así pues, los derechos de los incapaces seguirían siendo igualmente injustificables con base en su respuesta.

En contra de esta teoría, también se alegó que confundía la titularidad del derecho con su ejercicio, pues la voluntad es necesaria para la actuación del derecho y no para su atribución subjetiva. En relación con ello esta teoría sería acusada de contradictoria, en la medida en que la voluntad del individuo no aparecería como fuente del poder originario, sino como un simple presupuesto para que se produzcan los efectos previstos por la norma (PUGLIATTI). Igualmente, también se afirmó de modo crítico que el derecho subjetivo podía existir, aún ignorándolo su titular y contra su propia voluntad (caso de los derechos irrenunciables). Finalmente, la teoría también fue criticada porque la voluntad que puede ser digna de respeto y tutelable por el ordenamiento jurídico sólo podría ser aquella que estuviera dirigida a un fin lícito y legítimo y no, por el contrario, una voluntad abstracta según se presenta por la teoría voluntarista.

El positivismo materialista, la decadencia de la filosofía individualista y la lucha contra el dogma de la voluntad en el negocio jurídico, coincidirían también en contra de la teoría de la voluntad, acusada en última instancia de que con base en ella el Derecho privado se convertiría en un marco en el que la voluntad tendría absoluta libertad para moverse y ejercitarse.

2. Teoría del interés¹⁶

Esta teoría surge como negativa a la consideración de la voluntad como objeto del derecho subjetivo, siendo su máximo exponente y formulador IHERING. Esta teoría considera que el elemento sustancial definitorio del derecho subjetivo estaría en "el goce, ganancia o ventaja" que proporciona y que el Derecho protege: "los derechos son intereses jurídicamente protegidos"; es decir, los derechos no existirían para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. En definitiva, la utilidad se convierte en la sustancia de los derechos¹⁷.

16 También denominadas por la doctrina anglosajona como teorías del beneficiario, en la medida en que el elemento que definiría a los derechos subjetivos sería el beneficio que se protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros.

17 Para IHERING. *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, p. 11, "no hay 'querer' sin un fin", esto es, el fin constituye el motivo determinante del "querer".

Precisando aún más, el derecho se integraría por dos elementos: uno sustancial, que sería el fin práctico del mismo, el que produciría la utilidad, y otro formal, que se referiría a ese fin como medio, esto es, a la protección del derecho. Frente a los iusnaturalistas y positivistas, esta teoría, si bien no concibe a los derechos subjetivos como fundados o derivados de un ordenamiento supraempírico, tampoco los considera como algo que el Derecho positivo crea, sino como algo que reconoce y protege.

Ahora bien, no todos los intereses protegidos constituirían derechos. Por ejemplo, cuando la ley establece derechos arancelarios a favor de ciertas industrias, protege a sus fabricantes, pero no les otorga ningún derecho; se trataría de una acción refleja que presenta gran analogía con el derecho, pero que no coincidirían con él. Para que exista un derecho sería necesario que el titular tuviera por sí mismo la misión de proteger su interés, pues el derecho subjetivo no sería otra cosa que "el interés que se protege a sí mismo", es decir, la autotutela del interés. Por este motivo, sujeto de derechos no sería "quien pueda querer", sino quien pueda aprovecharse, dejándose así la protección del interés en manos del propio titular, que es quien debe tomar la iniciativa accionando y solicitando del juez la protección contra los obstáculos en la realización de sus intereses derivados de las conductas de los demás. De este modo, la acción se convierte en elemento fundamental del derecho subjetivo.

A la teoría de IHERING se opuso THON, afirmando que si bien el fin práctico del derecho es una ventaja o provecho, este fin no pertenece al concepto del derecho. THON se propondrá dar un giro a la definición de IHERING, considerando que los derechos no son los intereses protegidos, sino el medio de protección del interés. Por otro lado, en opinión de TUHR, a menos que se admitiera una prueba sobre la existencia de un interés en cada caso concreto, necesariamente habría que entender que ese interés existe siempre por el simple hecho del libre ejercicio de la voluntad, con lo que la teoría del interés se reconduciría en última instancia a las teorías de la voluntad.

Por su parte, KELSEN también criticaría esta teoría afirmando que existen derechos sin un interés (e incluso contra ese mismo interés), como sucede en el caso de un acreedor a quien no le interesa la devolución del préstamo. No obstante esas críticas, KELSEN consideraría que IHERING se anticipó a las tesis positivistas al afirmar que el derecho subjetivo no se trata tanto del interés individual, como del interés medio protegido por el orden jurídico, lo que supone en definitiva el triunfo del Derecho objetivo: ya no habría más intereses individuales, sino norma jurídica.

3. Teorías eclécticas

Las teorías eclécticas son el resultado de la fusión entre las tesis voluntaristas y las del interés. En estas teorías destaca la idea de que el derecho subjetivo no existe sólo en orden a la concesión de un poder, sino que tiende a la

protección de intereses humanos o a la protección de los bienes de la vida. Únicamente, mediante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo (ENNECCERUS).

Siguiendo esta orientación, muchos autores combinaron (y todavía combinan) el elemento "poder" con el elemento "protección de intereses"¹⁸. No obstante, por el hecho de su origen, estas tesis adolecerían de los mismos defectos imputables a las teorías voluntaristas y del interés, aparte de haber sido tildadas de carecer de relevancia autónoma, en la medida en que no se definen respecto de si el interés está al servicio de la voluntad o viceversa.

Sin embargo, estas tesis se han mostrado muy útiles para la ciencia del Derecho, a la par que han permitido profundizar en la forma en que las dos teorías básicas se entrelazan. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que ambas concepciones son compatibles entre sí por cuanto, mientras el poder de la voluntad atiende a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, el interés protegido apunta a resaltar su *ratio*. Por otra parte, se ha señalado que ambas teorías son, en el fondo, mixtas, pues no se excluyen mutuamente desde el momento en que la teoría de la voluntad no niega que el poder de la voluntad del individuo esté al servicio de los intereses humanos e, inversamente, de que la teoría del interés no rechace la idea de que el interés protegido precise de la voluntad para hacerlo valer.

En otro orden de cosas, esta teoría hizo posible la extensión del derecho subjetivo al campo del Derecho público principalmente a través de la obra de JELLINEK. El concepto de derecho público-subjetivo decimonónico toma como referente el concepto del Derecho privado, pues la teoría de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos tiene su origen en este ámbito¹⁹. La noción de derecho subjetivo se introdujo en el campo jurídico público como la obligada consecuencia de que las relaciones entre el Estado y sus súbditos se concibieran como relaciones jurídicas. JELLINEK encontraría en ellos la base fundamental del Derecho público moderno, en la medida en que todo Derecho es una relación o conjunto de relaciones entre sujetos de derechos: no puede

18 MERKL definiría el derecho subjetivo como "un interés determinado por el poder concedido por el Derecho objetivo"; BEKKER como "la protección de intereses que funda un poder de la voluntad". Otras posturas eclécticas creen que el elemento del interés no debe ser el principal, dotando de tal papel a la voluntad, ya que, afirman, el derecho subjetivo es, ante todo, un poder. En este sentido, JELLINEK concibió al derecho subjetivo como "el bien o interés protegido mediante el reconocimiento del poder de la voluntad del hombre", o bien REGELBERGER, entendiéndolo por derecho subjetivo el "poder para la satisfacción de un interés reconocido", o LEHMAN ("la facultad de goce de un bien determinado"). También siguieron esta dirección RUGGIERO, MICHOUID, CAPITANT, SCHUPPE o GENY.

19 A este respecto, ver S. MARTÍN-RETORTILLO. *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996, pp. 47 y ss.

hablarse de derechos subjetivos de un individuo aislado, tan siquiera del propio Estado si no se concibe respecto y contrapuesto a otras personas²⁰.

La concepción tradicional consideraba que la norma jurídico-pública no era fuente de derechos subjetivos o relaciones jurídicas, sino que únicamente desde la perspectiva del principio de legalidad se consideraba como un límite externo a las intervenciones autoritarias de la burocracia pública en la sociedad civil. Efectivamente, el Derecho público contendría normas de organización y reguladoras de la acción administrativa ajenas a la idea de la existencia de relaciones jurídicas entre los ciudadanos y el Estado. Sin embargo, no podía dudarse del carácter jurídico de aquellas normas, por un lado, porque siendo sus destinatarios funcionarios públicos, daban lugar a una red de relaciones jurídicas entre éstos y el Estado suficiente como para llenar la exigencia de alteridad que el Derecho postula; segundo, porque también lo organizativo forma parte del Derecho público con directa relevancia en las relaciones jurídicas entre Estado y ciudadanos. Por ello, la existencia de normas de acción y de organización no constituiría una objeción grave contra las afirmaciones de JELLINEK.

A mediados del siglo XIX también comienza a consolidarse la base iusnaturalista de la teoría de los derechos subjetivos del ciudadano. Sin embargo, la obra de GERBER sobre los derechos públicos ("*Über öffentliche Rechte*", 1852), dividió las opiniones entre quienes mantenían la existencia de derechos públicos en el individuo, innatos a él e independientes de cualquier intervención estatal, y quienes negaban tal existencia ajena al Estado. Desde entonces, y salvo algunas excepciones, mantenidas con la principal influencia de BACHOF, la doctrina alemana ha mantenido una concepción limitada de los derechos públicos subjetivos. Efectivamente, la obra de GERBER es una reacción contra el iusnaturalismo, lo que le conduce a configurar los derechos como simples efectos reflejos del Derecho objetivo pertenecientes al Estado y existentes en cuanto existe el Estado y su soberanía (en el mismo sentido, LABAND u OTTO MAYER).

En cualquier caso, la doctrina todavía dominante acerca de la naturaleza del derecho público-subjetivo parte de las tesis de JELLINEK. Desde una posición ecléctica, y sometiendo a crítica las teorías voluntaristas y del interés²¹, llega

20 JELLINEK. *Sistema dei diritti subbietivi*, 1912, traducción italiana del original en alemán *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, ya afirmó que "una relación de dominio de hecho se hace jurídica solamente si ambos miembros, dominante y dominado, se reconocen investidos de derechos y deberes recíprocos (...). De que se reconozcan derechos públicos a aquellos que forman parte del Estado, depende la existencia del Derecho público en general".

21 JELLINEK alegó dos tipos de argumentos contra las teorías voluntaristas. Por un lado, de tipo psicológico, porque la definición del derecho subjetivo como "una facultad de querer conferida por el ordenamiento jurídico", constituiría una visión abstracta y de ahí que señalara que del mismo modo que no se piensa o siente en abstracto, tampoco es posible que el ordenamiento jurídico conceda abstracta y simplemente una facultad de querer alguna

a definir el derecho subjetivo, otorgando una mayor relevancia al contenido voluntarista del derecho subjetivo, como "la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o a un interés", o como "el bien o interés protegido mediante el reconocimiento del poder de la voluntad del hombre", o bien como "la capacidad de poner en movimiento, en interés individual, normas jurídicas".

Así configurada la naturaleza del derecho subjetivo, JELLINEK examina la especificidad pública del derecho como diferenciadora del derecho privado-subjetivo. Para JELLINEK como el derecho subjetivo implica un poder de querer frente a un tercero, presupone poder disponer del interés al que se refiere el derecho, es decir, pretender o permitir respecto de ellos. Una pretensión concreta y actual, con origen en un derecho subjetivo, y dirigida contra una determinada persona, constituye una pretensión jurídica. Por otro lado, un permiso concreto dado a una persona por aquel que está investido de un derecho, constituye una enajenación (limitación o renuncia) del poder de querer en que consiste el derecho. Pretensión jurídica y enajenación de la misma, son las dos funciones del derecho subjetivo a las que se añade la enajenación (transferencia) del propio derecho.

Pues bien, en la posibilidad de pretender una cosa de otro, en relación con la facultad de disponer del derecho y de la pretensión misma, se manifiesta el *licere* (*dürfen*). El derecho privado-subjetivo es separable de la persona de su titular mediante la voluntad de dicho titular. Esto sería lo característico del Derecho privado, ya que el goce del derecho en cuanto no implique una relación con terceros constituiría una acción irrelevante. Sin embargo, algo diferente sucede con el *posse* (*können*) que, caracterizaría al derecho público-subjetivo. Este *posse* no es separable de la persona sin que ésta experimente una disminución. Esto se entiende en la medida en que las capacidades jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo descansan en relaciones permanentes entre él y el Estado, y que este último tutela de forma general. De esta forma la personalidad del individuo resulta así como el conjunto de las capacidades permanentes y potenciales que el ordenamiento jurídico le confiere, y cuya funcionalidad se articula a través de las pretensiones jurídicas que se dirigen contra el mismo Estado. Así pues, la cualificación de Derecho

cosa, como contenido de una norma jurídica que confiere un derecho. El segundo tipo de alegaciones era de carácter jurídico, afirmando que bastaría una elemental reflexión para comprender que la relación existente entre el individuo y la cosa es precisamente lo que constituye el contenido de toda norma jurídica que crea un derecho, es decir, procurar esa cosa al individuo, conservársela o hacerle posible su goce son los fines del ordenamiento jurídico en cuanto creador de derechos individuales. Por otra parte, para JELLINEK la teoría de IHERING erraba al prescindir del elemento voluntad. En su opinión, el interés protegido por el ordenamiento deviene tal, cuando es puesto en relación con la voluntad humana. Para proteger un bien o interés, el ordenamiento jurídico comienza por reconocer y garantizar la potestad de querer, constituyéndose dicha voluntad en un medio, no en un fin.

público del individuo reposa sobre una relación con el Estado (que JELLINEK denomina *status*²²) y que no puede ser objeto de disposición por el individuo, salvo que se admita su renuncia.

El elemento material de ambos tipos de pretensiones es el interés. Pero mientras que en el derecho público-subjetivo nos encontramos ante un interés protegido por un poder de querer, en el derecho privado-subjetivo es un interés que además cuenta con una facultad de querer por parte de su titular. En definitiva, el problema de la distinción entre los derechos subjetivos públicos y privados es implícita a la distinción entre Derecho público y privado. Derechos públicos-subjetivos serán aquellas pretensiones garantizadas al individuo para la satisfacción de sus intereses por normas de Derecho objetivo público. O como afirmaríamos más tarde SANTI ROMANO, existe derecho público-subjetivo cuando aparece el Estado u otra entidad de carácter público como sujeto de la relación jurídica con un particular, en su calidad de poder público.

- 22 Dentro de los derechos públicos-subjetivos, entendidos como pretensiones jurídicas, JELLINEK distingue varios tipos generales en función de las distintas situaciones en las que el individuo puede encontrarse en sus relaciones con el Estado y en atención a las pretensiones que cada individuo puede requerir del Estado. En primer lugar, se puede distinguir un *status subiectionis* o pasivo que es la consecuencia de la sumisión al Estado. Un *status libertatis* o negativo que implica una esfera de libertad respecto del Estado en los cuales los fines individuales se realizan mediante la libre actividad del individuo. Un *status civitatis* o positivo, que reconoce al individuo la capacidad de pretender que el poder actúe en su favor. Por último, un *status activae civitatis* o activo que, dada la personalidad jurídica del Estado, hace necesario autorizar a ciertos individuos a realizar la actividad del Estado, reconociéndoles capacidad de obrar por cuenta del Estado, ejerciendo los derechos políticos. Los cuatro *status* fundamentarían el sistema total de las relaciones jurídicas entre individuo y Estado. El primero fundamentaría las prestaciones del individuo al Estado; el segundo, la libertad del individuo frente al Estado; el tercero, las prestaciones estatales a favor de los individuos; y el cuarto, las actuaciones de ciertos individuos por cuenta y en nombre del Estado.

Crítico con esta posición fue SANTI ROMANO, en GARRIDO FALLA. "Las tres crisis del Derecho público subjetivo", en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Sevilla, 1954, vol. 1, pp. 196-197, para quien hay una serie de derechos que no afectan a la capacidad jurídica del sujeto y que, por tanto, no formarían parte de ese *status*. Esto sucedería, por ejemplo, con la existencia del Derecho público patrimonial que JELLINEK niega. ¿Es que acaso el dominio público es un derecho privado? Para SANTI ROMANO la respuesta es negativa y señala que en ello está la diferencia con respecto a los bienes que posee el Estado como particular. Hay una serie de exigencias que el Estado puede hacer efectivas al particular, no en razón de su cualidad de súbdito (*status subiectionis*), sino por el carácter de propietario que a veces ostenta el ciudadano; y, viceversa, lo mismo puede decirse respecto del derecho del individuo a la prestación por parte del Estado de ciertas cosas, o al uso de ellas. Estos derechos tampoco caben en el *status civitatis* de JELLINEK. Con base en tales argumentos, SANTI ROMANO concluye con la insuficiencia de la clasificación de JELLINEK, ofreciendo lo siguiente: 1) derechos de supremacía, que pueden pertenecer tanto al Estado como a otros entes públicos dotados de personalidad jurídica autónoma; 2) derechos de libertad, oponibles por parte de los particulares contra el Estado; 3) derechos cívicos; 4) derechos políticos; 5) derechos públicos patrimoniales.

La eficacia de los derechos públicos subjetivos se encontró, desde la obra de JELLINEK, ligada al Estado de Derecho, en la medida en que en el contenido material de esta concepción del Estado se encuentra en la consideración del valor político de los súbditos como portadores de derechos cuya pervivencia exige una organización del Estado determinada que les proteja. Por esta razón, los diferentes períodos de crisis del Estado de Derecho han tenido su reflejo en la teoría de los derechos públicos-subjetivos.

4. Teorías de la protección

El choque entre las teorías voluntaristas y del interés y su mutua crítica, dejó abierto el camino a otras teorías. Con el objeto de superar las censuras argumentadas contra ambas teorías, se procede a recurrir a la norma jurídica como elemento determinante: es la voluntad del ordenamiento o el interés que el Derecho destaca lo relevante. De esta forma el derecho subjetivo constituiría un efecto de la norma individualizado y puesto a disposición del individuo. Con todo ello, se produce un traslado del centro de gravedad del individuo a la norma jurídica. Al ser el derecho subjetivo un poder jurídico, los pleitos entre voluntaristas y seguidores de la teoría del interés desaparecen, pues no se precisaría la existencia de voluntad, ni que se tratara de un interés propio para poder hablar de la existencia de un derecho subjetivo.

THON²³ coincidía con IHERING en que el fin práctico del derecho es la ventaja o utilidad, pero afirmaría que ese fin no pertenecía al concepto de derecho, por lo que propondría variar la definición de IHERING haciendo resaltar la idea de protección. En este sentido, el derecho subjetivo no sería el interés, sino el medio de protección del interés y la seguridad jurídica del disfrute. No obstante, la mera protección jurídica del Estado no constituiría un derecho subjetivo, sino que sería necesario que el mismo interesado estuviera llamado a utilizar la protección, transformando así la protección en un derecho del protegido. Así, podría decirse que la norma jurídica concede al protegido, para el caso de violación (el derecho surgiría sólo en caso de infracción), un medio, esto es, la pretensión por la cual se transforma la protección en un derecho del protegido. THON definiría la pretensión como el "poder concedido por el ordenamiento jurídico para poner en marcha los imperativos que ordenan a ciertos órganos estatales la concesión de asistencia jurídica". Desde este punto de vista, el derecho será definido como "una expectativa de pretensiones", según la cual surge el derecho subjetivo "para el sujeto tutelado por las normas, de la disposición del Derecho objetivo, según la cual, en el caso de transgresión de las normas mismas, le viene asegurado al sujeto un medio, la

23 THON. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878. Son partidarios de la tesis de THON, CICALA, SICHES o CUNHA GONÇALVES.

exigencia, con el fin de realizar aquello que se había ordenado o de remover lo que se había prohibido".

Siguiendo a THON, FERRARA concebiría el derecho subjetivo como un efecto del Derecho objetivo. Así pues, la norma jurídica impondría deberes, y mientras que en ocasiones lo haría para conseguir fines generales, donde sólo el Estado puede obligar su cumplimiento, en otros casos perseguiría intereses particulares, siendo entonces cuando deja su cumplimiento a disposición del individuo otorgándole un derecho subjetivo. FERRARA definiría el derecho subjetivo como "un poder jurídico que tiene por fuente el Derecho objetivo, que se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos". La propia existencia del derecho subjetivo se revelaría por la existencia de acción a favor del sujeto del derecho²⁴.

A la teoría de THON objetaría DUGUIT argumentando que si el derecho subjetivo fuera realmente el poder de poner en marcha los órganos del Estado encargados de la protección jurídica, entonces, estaríamos de nuevo ante un acto de voluntad con un contenido determinado. A ello añadiría que si la esencia del derecho subjetivo la constituye la acción, y si ésta surge de la violación de la norma, entonces la formulación del derecho subjetivo resultaría bajo una premisa contraria a la lógica, esto es, la violación del Derecho objetivo. En este sentido, FERRARA, a pesar de adherirse a la teoría formulada por THON, también le criticaría en la medida en que definió el derecho subjetivo como una "expectativa de pretensiones"; para FERRARA el derecho subjetivo constituye un poder constante que existe incluso antes de la violación de la norma y que surge de la misma posibilidad de obtener la realización de la norma. A éstas se añadirían otras críticas como las que acusaron a la tesis de THON de unilateral, en la medida en que el derecho subjetivo aparecería sólo como un poder dirigido a obtener la protección de su titular contra otros hombres para que cumplan los deberes que el ordenamiento les impone a favor de su titular, olvidando que el derecho subjetivo también implica la posibilidad de obrar en todos los modos que la ley no prohíbe.

5. Teorías negativas

Teorías que niegan la existencia del concepto jurídico

El ambiente positivista y sociologizante del siglo XIX fue el basamento de las teorías que niegan el concepto de derecho subjetivo al despreciar la voluntad y

24 Contra quienes argumentaron que existen derechos desprovistos de acción, contestará FERRARA que ello sólo conduce a ampliar el concepto de derecho subjetivo, sustituyendo la acción por la garantía jurídica que incluiría, no sólo la protección jurisdiccional mediante el ejercicio de la correspondiente acción, sino también la protección de un modo imperfecto como la defensa privada, el derecho de retención o la excepción.

encontrar en el orden objetivo (ya sea la sociedad o el Estado, la organización económica o la solidaridad) la base para apartarse de la noción de derecho subjetivo. Fue COMTE quien afirmó que "en el Estado positivo, que no admite ningún título celeste, la idea del derecho desaparece irrevocablemente. Cada cual tiene deberes y para con todos, pero nadie tiene derecho alguno propiamente dicho (...). En otros términos, nadie posee más derecho que el de cumplir siempre con su deber".

Dentro de la posición positivista pueden distinguirse dos corrientes: el *positivismo sociológico* y el *positivismo normativista*. A su vez, dentro de la primera vertiente pueden distinguirse tres posiciones²⁵, aunque aquí nos centraremos sólo en la que encarnaría principalmente LEÓN DUGUIT²⁶. Para el jurista francés²⁷, la controversia sobre el derecho subjetivo conduce en todo caso a considerarlo como un poder de querer, de imponer la voluntad propia sobre otros sujetos, independientemente de que se siga la teoría de la voluntad o la del interés, cuya oposición sólo sería aparente. Para DUGUIT también en la teoría del interés, la protección sólo se produce cuando existe una manifestación de voluntad del titular del derecho o de un tercero dirigida a poner en funcionamiento los órganos estatales de coacción; crítica que, por otro lado, sería extensible a la teoría de THON.

25 A este respecto, el análisis de A. MONTORO. *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Murcia, 1983, pp. 19 y ss.

26 La segunda posición dentro del positivismo sociológico es la mantenida por el *realismo jurídico americano* (HOLMES, CORBIN, LEWELLYN). Este movimiento afronta la tarea de liberar el lenguaje jurídico de nociones metafísicas, inverificables, redefiniendo los conceptos jurídicos en función de los hechos, con el fin de dotar de una base empírica a la Ciencia del Derecho. Partiendo del supuesto de que el Derecho, la realidad jurídica, consiste en las decisiones de los Tribunales, los autores tratan de reinterpretar y redefinir los conceptos jurídicos fundamentales en función de la conducta de los Tribunales. En este sentido, se afirma que los derechos y los deberes no son más que profecías, "lo que llamamos deber jurídico no es más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas, sufrirá tales o cuales consecuencias, debido a la sentencia de un Tribunal, y lo mismo ocurre con los derechos legales".

La última postura positivista, en su vertiente sociológica, está representada por el *realismo jurídico escandinavo* (LUNDSTEDT, HÄGESTRÖM, OLIVECRONA o ALF ROSS). En este sentido, véase ALF ROSS. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1977, traducido por G.R. CARRIÓ. La actitud radicalmente antimetafísica del realismo jurídico escandinavo le lleva a pretender depurar el pensamiento científico de conceptos metafísicos, los cuales son considerados como simples hechos psicológicos. Por esta razón, ante la imposibilidad de identificar la idea de derecho subjetivo con un hecho empírico, se llega a la conclusión de que se trata de una idea ajena a la realidad cuya génesis se encuentra en el fenómeno psicológico de la sensación de poder que se asocia a la convicción de poseer un derecho, o bien, una entidad imaginaria cuya explicación se encuentra en la presión psicológica que el funcionamiento de la maquinaria jurídica ejerce sobre nosotros.

27 DUGUIT. *Las transformaciones del Derecho público y privado*, ob. cit., pp. 171 y ss.

Como el derecho subjetivo se funda en la idea de imposición de voluntades, entonces, DUGUIT llega a la conclusión de que tal jerarquía sólo puede sostenerse desde un plano metafísico que no puede mantenerse. Así mismo, considera que la noción de derecho subjetivo, basada en el poder de la voluntad, es también de orden metafísico y debe ser rechazada en una época de realismo como la que participa DUGUIT. Bajo estas premisas DUGUIT propone la noción de "función social": el hombre no tiene derechos, sino una función que cumplir en la colectividad en la que todos deben cooperar para la satisfacción de sus necesidades y complementar sus aptitudes²⁸.

Para DUGUIT todo el derecho es Derecho objetivo. La regla jurídica es común para gobernantes y gobernados, superior a todos ellos. La norma prescribe conductas y deberes a los hombres, guiada por la solidaridad social que estructura la sociedad y que impone una ley social consecuencia del carácter social del hombre y que dirige y limita su actividad. Esta última afirmación no es de orden metafísico, pues resulta de la observación de los hechos y de la constitución fisiológica y psicológica del hombre. Esta ley social o Derecho objetivo impone a los miembros del grupo la obligación de cumplir ciertos actos y abstenerse de otros. Los individuos se hallan, unos respecto de otros, en una situación en virtud de la cual, tienen obligaciones recíprocas que cumplir y que, en caso de ser violadas, provocan una reacción social organizada o difusa, dependiendo del grado de desarrollo alcanzado por el grupo social. Se trata de situaciones sociales del individuo que le corresponden como miembro del cuerpo social y por el hecho de pertenecer a éste. Consecuentemente, si el individuo se comporta con arreglo a esa situación, obra conforme a Derecho.

De todo ello pueden originarse situaciones jurídicas ventajosas, pero que no son definibles como derechos subjetivos. Cuando se prohíbe el homicidio o el robo, no hay duda que todos los miembros de la colectividad se beneficiarían, pero no cabe afirmar que tengan un derecho a la vida o a la propiedad. Si el beneficio o ventaja no se alcanza porque alguien no hubiese cumplido con lo mandado, se abren las vías de reparación jurídica. Esto no implica que se tenga un derecho subjetivo porque se reclame aquella reparación contra la conducta del infractor, sino que estaríamos ante una aplicación de la misma regla objetiva que posibilita la reclamación como medio para conseguir su mayor efectividad. La consecuencia de todo ello es la lógica negación del derecho subjetivo: no hay derechos subjetivos, sino funciones sociales que el individuo ha de cumplir con arreglo a su situación social y que más que

28 DE CASTRO. *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 636, criticaría las posiciones positivistas fundadas en estas premisas, en la medida en que consideraba que entrañaban una concesión política. En contra de esta crítica, GARRIDO FALLA. *Las tres crisis...*, ob. cit., p. 185.

de situaciones jurídicas subjetivas de poder, permiten hablar de situaciones jurídicas objetivas de deber²⁹.

La tesis de DUGUIT queda sin embargo seriamente dañada con base en una crítica fundada en parámetros tradicionales. La mayoría de los críticos de esta teoría han puesto de manifiesto que la función social de los individuos y aquellas situaciones jurídicas objetivas en que se deducen, revisten todos los caracteres propios del derecho subjetivo, de forma que la diferencia de unas y otros se reducen a una cuestión terminológica³⁰. Así pues, los individuos en cuanto titulares de deberes, siempre y cuando cumplan con el ordenamiento jurídico, obtienen ventajas; es decir, las normas jurídicas reconocen también situaciones de ventaja que como tales deberán satisfacer los intereses de los beneficiados. Además, en caso de sufrir un daño o verse afectados por el incumplimiento ajeno, podrían acudir a obtener una reparación jurídica, que no será más que una manifestación de sus voluntades de querer ser resarcidos. En definitiva, a grandes rasgos una explicación de la teoría de DUGUIT reducida a términos clásicos nos reconduce a posturas bastante semejantes: norma jurídica-deber jurídico exigible por un sujeto activo que se ejerce en su favor o interés³¹.

29 En contra de la tesis de DUGUIT, GENY argumentaría que la consideración del derecho subjetivo como una cualidad sustancial del hombre que haga a la voluntad de su titular superior a la de otros hombres no es correcta, en la medida en que no es necesaria ninguna idea de superioridad intrínseca de la voluntad para explicar la esencia del derecho subjetivo, pues esa percepción no es más que el modo de expresar en fórmulas adecuadas la posibilidad de provocar la coacción social. Por otra parte, GURVITCH (fundador de la Escuela del Derecho Social) atribuyó la negación del derecho subjetivo al error de entenderlo sólo como la competencia atribuida por el orden del derecho individual y no admitir al derecho social más que en el dominio del Derecho objetivo. Sin embargo, el autor considera que el Derecho objetivo y el derecho subjetivo se encuentran el uno frente al otro del siguiente modo: "el derecho social no puede ser concebido sin que su orden objetivo atribuya a los sujetos a los cuales se dirige derechos sociales subjetivos y el derecho individual no puede afirmarse sin que los derechos subjetivos individuales se funden sobre un orden objetivo de este mismo derecho individual, sirviendo de base a la atribución de las pretensiones". Para GURVITCH, la tesis de DUGUIT es una reacción contra el individualismo e imperialismo jurídico que había explotado la noción de derecho subjetivo para sus necesidades propias: "el derecho subjetivo no conduce a la subordinación y a la jerarquía más que bajo el supuesto de que lo hagamos independiente del Derecho objetivo y lo apliquemos, bajo su aspecto de derecho individual, a las relaciones fundadas sobre el derecho social. Si DUGUIT se vio en la necesidad de negar los derechos subjetivos fue únicamente porque no acertó a deducir los derechos subjetivos del Derecho objetivo y, sobre todo, no llegó a construir la distinción entre los derechos sociales subjetivos que se interpenetran y los derechos subjetivos individuales que se contraponen".

30 VATTIER FUENZALIDA. "Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, t. XXXIV, fasc. I, p. 24; CASTÁN TOBEÑAS. "El concepto de derecho subjetivo", *Revista de Derecho Privado*, 1940, n.º 281, pp. 121 y ss.

31 Por último, no se puede dejar de recordar cómo tras la obra de DUGUIT, sus sucesores relativizaron su doctrina. Incluso, el propio DUGUIT, en su *Manual de Derecho Constitucio-*

Dejando a un lado el positivismo sociológico, la *concepción normativista positivista kelseniana*³² es calificada por la mayoría de autores como una teoría negativa. Aquí, siguiendo este consenso, se expone esta teoría entre las negadoras del derecho subjetivo³³. KELSEN entenderá que el derecho subjetivo, como categoría diferenciada de la norma jurídica, es un concepto cargado de adherencias y de significaciones iusnaturalistas e ideológicas (un concepto metajurídico), del que debe ser liberada la Ciencia jurídica en pos del postulado de la pureza del método. Comienza su teoría sobre la huella de la crítica de THON a las teorías de WINDSCHEID y IHERING. Tesis con las que coincide sustancialmente en los siguientes puntos: 1.º el derecho subjetivo no es un poder inmanente del individuo; 2.º el derecho subjetivo sólo nace del conflicto, es decir, del acto contrario a la norma; 3.º sólo a partir de ese momento la tutela que brinda el Derecho objetivo se individualiza y pasa a ser algo del individuo, llamado desde entonces "titular" del derecho; 4.º el aspecto estático del derecho subjetivo, es decir, hasta que se produce el conflicto, es indiferente para el Derecho; 5.º el contenido del derecho no constituye su esencia y, por ello, las llamadas "facultades" son intrascendentes para el concepto.

KELSEN pretende eliminar el dualismo entre derecho subjetivo y Derecho objetivo, pues un derecho subjetivo no sería más que la norma objetiva en relación con el sujeto cuya voluntad es decisiva para que se aplique la sanción ante una conducta prohibida, en la medida en que el Derecho, para inducir a los hombres a comportarse de una determinada manera, relaciona la sanción

nal, parece asumir la categoría del derecho subjetivo, señalando que "en todo caso las expresiones derecho subjetivo y Derecho objetivo son cómodas, y, por tanto, su empleo es completamente legítimo". En cuanto a sus sucesores, por ejemplo, JÈZE sustituiría el estudio de la relación jurídica por el de situación jurídica, pero ésta se compondría ya en derechos y deberes. BONNARD admitió los derechos subjetivos, eso sí, invocando la autoridad del Derecho objetivo, como único vestigio a la escuela realista francesa de la que forma parte. Para BONNARD era imposible la referencia a un poder de voluntad al definir el derecho subjetivo, pues ello supondría en los casos de colisión entre intereses del Estado y del particular, que venciese siempre la voluntad de aquél, puesto que es el poder más fuerte. En concreto, definiría el derecho subjetivo como el "poder de exigir de alguien, en virtud de una regla de Derecho objetivo, alguna cosa en la que se tiene interés, bajo la sanción de una acción en justicia".

32 KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1969, traducido al castellano por GARCÍA MAYNEZ.

33 Sin embargo, J.R. DE PÁRAMO. *Derecho subjetivo*, ob. cit., p. 375, considera que la tesis de KELSEN podría situarse entre la de los partidarios de la teoría de la voluntad, ya que parte del hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos. Por otra parte, también se ha afirmado (DÍAZ CRUZ. "Todavía sobre el derecho subjetivo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, n.º 181) que esta teoría no priva a nadie de derecho alguno, sino que "sencillamente dice lo que es el Derecho", para dejarlo reducido a un molde que cada cual puede llenar como quiera. De este modo, el Derecho para el positivismo jurídico podría servir tanto a ideales liberales, como totalitarios.

con la conducta contraria; dicha conducta, condición de la sanción, se halla, así, prohibida. En otras palabras, la norma jurídica pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta como condición del deber de realizar la conducta exigida y como condición de realización del acto coactivo en el titular del derecho. Es decir, los derechos subjetivos no serían más que la individualización de las normas generales: "derecho subjetivo es la norma jurídica en cuanto que ésta posee un contenido concreto individual", esto es, el ordenamiento puesto a disposición del individuo contra el obligado. En fin, para KELSEN hablar en términos de derechos subjetivos, no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada³⁴.

- 34 Desde esta perspectiva, KELSEN propone los siguientes usos del término en sentido jurídico: 1.º derecho como equivalente a "no prohibido", en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta de que se trate, ni tampoco una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. El problema radica en si es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, un derecho a ejecutarla. KELSEN sostiene que toda acción tiene una solución normativa (permisiva o prohibitiva) en todo sistema jurídico positivo, ya que mantiene el llamado "principio de clausura", que establece que "todo lo que no está prohibido está permitido"; 2.º derecho como equivalente a "autorización", en el sentido de que existen normas que permiten o autorizan las conductas de que se traten; 3.º derecho como correlativo de una "obligación activa", en el sentido de que tener un derecho tiene un significado equivalente al de otros enunciados que describen el deber jurídico de alguien. Para KELSEN, alguien tiene un deber jurídico cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta; pero como a veces la conducta obligatoria tiene como destinataria a otra persona, la misma relación jurídica puede ser descrita subrayando la situación del beneficiario del deber jurídico; por ello se dice que los derechos subjetivos son simples reflejos de los deberes jurídicos; 4.º derechos como correlativo de "obligaciones pasivas", en el sentido de que es el reflejo de una obligación de no hacer. La importancia de este uso reside en que KELSEN lo menciona para hablar de la propiedad, uno de los derechos subjetivos más importantes del ámbito jurídico privado. Entre los derechos correlativos KELSEN distingue entre relativos y absolutos. Los primeros se correlacionan con el deber de una persona o de un conjunto de personas determinadas, mientras que los segundos, son reflejo de una obligación de todas las demás personas. En todo caso, los derechos establecen relaciones entre personas, y no entre personas y cosas. En este sentido, KELSEN critica a la dogmática jurídico-privada, considerando que el derecho de propiedad no establece ningún vínculo entre un sujeto y una cosa, sino simplemente describe las obligaciones que todos tienen con respecto a su titular; 5.º derecho como "acción procesal", en el sentido de que tener un derecho, además de presuponer la existencia de una serie de obligaciones jurídicas, permite la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de las mismas o para imponer la sanción prevista en caso de incumplimiento. KELSEN llama a este uso sentido "técnico o estricto", ya que no es reductible al concepto de deber jurídico como los anteriores. Por ello, afirmar que alguien tiene un derecho en sentido técnico significa que su conducta es una de las condiciones que tiene una norma para que se aplique una sanción. Ahora bien, no todos los derechos subjetivos serían reconducibles a este sentido; 6.º derecho político, tanto en el sentido electoral, como en el de las garantías constitucionales. El derecho en sentido político es análogo al derecho en sentido técnico o acción procesal, ya que su ejercicio implica poner en movimiento (cuando su titular

El nacional-socialismo

El otro grupo de teorías negadoras del derecho subjetivo son las que dieron origen a las posiciones nacional-socialistas. La crítica al Estado liberal lo fue también a los derechos público-subjetivos. Al desaparecer la noción de derecho subjetivo y al desaparecer la noción de sujeto aislado y la oposición Estado-sociedad, surge la consideración del individuo como miembro de la comunidad. La doctrina rellena el hueco dejado por el concepto de derecho subjetivo con la noción de "situación jurídica" del individuo en el Estado. Posición esta, reflejamente protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto establecida por él y constitutiva de uno de sus elementos³⁵.

Para LARENZ "el derecho subjetivo, en el sentido de poder abstracto de la voluntad del particular, ha perdido su significación como concepto central del Derecho y como concepto fundamental del Derecho privado. En su lugar, nosotros procedemos desde la situación jurídica del asociado como su posición en el derecho, esto es, en el ordenamiento de la vida (ordenamiento vital) de la comunidad". LARENZ comienza su crítica con la noción de persona entendida como sujeto capaz de tener derechos. Para él "no todo hombre es persona jurídicamente capaz, sino sólo el nacional, el miembro del Pueblo", de ahí que capacidad jurídica no significara capacidad para tener derechos, sino para tomar parte en la vida jurídica de la comunidad y para ostentar determinada posición o situación como miembro de la comunidad del Pueblo³⁶.

Como decíamos, la sustitución del concepto de derecho subjetivo por el de situación jurídica es el segundo paso de su teoría. El autor crea el concepto sobre la base del deber jurídico, no para sustituir al concepto de derecho subjetivo, sino conjugando al deber como delimitación que configura la titularidad jurídica y, por ello, el derecho. Con esta base concibe el concepto de situación jurídica como la posición o situación de un nacional-sujeto de derechos en el

se ve afectado) la maquinaria judicial para su protección. No obstante, los objetivos son distintos: en el caso del derecho político, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de rango superior, mientras que el derecho en sentido técnico tiene como fin obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico.

35 Los representantes de esta corriente se integran en la llamada "Escuela de Kiel", encabezada por LARENZ y seguida de forma decidida por DIKOW y, parcialmente, pero en lo fundamental, por HUBER, MAUNZ, SCHEUNER, SCHMELZEISEN, SIEBERT, WIEACKER, BUSSE o BINDER.

36 En general, el totalitarismo y el comunismo son hostiles al derecho subjetivo. También en el ordenamiento de la extinguida Unión Soviética se utilizaba la noción de derecho en sentido subjetivo, pero inspirado en criterios de legalidad objetiva. Esto tenía como consecuencia la reducción del papel de los Tribunales como instrumentos de justicia administrativa, a cambio de la importante misión de la Fiscalía y Procuraduría General de la URSS dependiente del Soviet Supremo (CASTÁN TOBEÑAS. *Situaciones...*, ob. cit., pp. 36-37).

Derecho objetivo, lo que implica deberes en la comunidad y para con ella y, también, facultades debido derivadas de esos deberes. La situación jurídica no es un poder de voluntad subjetiva, sino una concreción del Derecho objetivo del orden de la comunidad. Así pues, lo determinante es el deber como manifestación de participación en la vida jurídica de la comunidad y lo posible la facultad. Por ello, cada sujeto tiene su misión y su deber y tiene un "derecho" a cumplir con la prestación atribuida en favor de la comunidad.

LARENZ concibe también otro tipo de relaciones de los sujetos, no con la comunidad, sino con otros particulares. En ellas no se encuentran determinados por el deber-función para la comunidad, sino más bien limitados. En estas relaciones, el acreedor, es decir, el miembro de una comunidad que se encuentra en situación de relación con otro, puede renunciar a su derecho o exigir su cumplimiento, porque aquí predomina su facultad y, por ello, la situación puede alterarse voluntariamente. Esto no implica la contraposición de dos tipos de situaciones jurídicas, sino que, como ya hemos adelantado, también en estas últimas la idea de comunidad es la base, puesto que el espíritu de la comunidad las determina, limita y, en su caso, elimina.

En cualquier caso, a esta tesis puede hacerse una crítica similar a la realizada contra la teoría de DUGUIT. Con esto no se quiere decir que estas teorías puedan reconducirse plenamente a las más clásicas, lo que se pretende señalar es que en el fondo mantienen posiciones eclécticas semejantes a las que ya conocemos. Ciertamente, ambas teorías prestan principal atención a la norma jurídica y al deber jurídico. En definitiva, no es más que la percepción de que en las relaciones jurídicas el *prius* es el deber, pues todo derecho implica la posibilidad de influir en otro para hacer o no hacer algo. En cualquier caso, la situación es reconducible a moldes clásicos: norma jurídica-deber jurídico-facultad (potencial en la medida en que se cumplen los deberes jurídicos)-protección jurídica.

Así mismo, e igualmente que con las tesis "dugutianas", la moderna doctrina alemana, incluido el propio LARENZ³⁷, mantiene sin fisuras la utilidad del concepto de derecho subjetivo³⁸. No cabe ninguna duda de que los principales autores alemanes consideran que el sistema constitucional alemán se basa

37 LARENZ, en: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munich, 1975, traducido al castellano por M. IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA.

38 Por todos, véase: E. SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 93 y ss., desde postulados claramente eclécticos, bajo los que también cabría citar a ERICHSEN o STERN. En la doctrina italiana, además de SANTI ROMANO, también mantienen posturas semejantes a la de JELLINEK, autores como RANELLETTI ("poder jurídico que el Derecho objetivo concede al sujeto para garantizarle la satisfacción de un interés") o ZANOBINI ("un interés protegido mediante el reconocimiento de la voluntad de su titular"). En Francia, HAURIUO definió los derechos subjetivos como los "poderes destinados a la satisfacción de los intereses del sujeto apropiados por el sujeto". También DABIN ha concebido el derecho subjetivo como un bien o valor vinculado a un sujeto por

en el valor libertad como límite a la actuación estatal, en el que el derecho público-subjetivo sirve de forma definitiva para fundamentar la defensa del ciudadano frente al Estado³⁹.

C. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DERECHOS Y OBLIGACIONES O INCENTIVOS Y RÉMORAS IMPLÍCITAS PARA LOS DESTINATARIOS DE LAS NORMAS

El Derecho puede ser analizado económicamente, porque muchas instituciones jurídicas están construidas, precisamente, sobre una lógica económica: el fomento de la eficiencia económica. Esta afirmación es especialmente predicable del Derecho privado patrimonial⁴⁰. Sin embargo, el análisis económico también tiene trascendencia en el ámbito del Derecho público⁴¹. Desde esta perspectiva, en la confluencia del Estado de Derecho y el Estado del bienestar con el Estado en cuanto metamercado, en esa intersección de valores dispares y de difícil compaginación, ya sea la libertad con la igualdad, la igualdad y la solidaridad con la eficiencia económica, etc., en ese punto, surge uno de los ámbitos de decisionalidad jurídico-política más interesante e importante: la positivización de derechos subjetivos. Ese ámbito, es un ámbito donde es imprescindible la ponderación entre valores, principios y bienes jurídicos que permita positivizar derechos que pueden entrar en conflicto, o bien que permita juridificar derechos absolutos o relativos, derechos limitados o ilimitados...

Aquí, precisamente, es donde concurre la configuración de derechos subjetivos de los denominados de segunda generación, propios del Estado de bienestar, constituidos sobre la base de prestaciones positivas por parte del

un lazo de pertenencia consagrada por el Derecho objetivo, de tal forma que dicho sujeto puede decir que el bien o valor es suyo.

- 39 OSSENBÜHL califica como "verdadero giro copernicano en el sistema jurídico administrativo", a la completa subjetivización de la relación entre ciudadano y Estado, subrayada por el concepto de tutela jurídica omnicompreensiva de los derechos del individuo. Igualmente, FORSTHOFF afirmaría la indispensabilidad del concepto para la exposición jurídica de las relaciones entre Estado y particulares, de modo que éstos dejen de constituir un objeto del poder. Ahora bien, como el mismo autor entiende, las relaciones jurídicas de las que goza el administrado frente al Estado deben ser entendidas eliminando el contenido liberal e individualista que éstas asumieron como consecuencia de la inicial elaboración de la teoría del derecho subjetivo en general y del derecho público subjetivo, en particular.
- 40 MERCADO PACHECO. "El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica", *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994, pp. 36 y ss.
- 41 En sentido similar, ARIÑO ORTIZ. *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, 2004, p. 33, quien añade que la aplicación del análisis económico del Derecho no puede afectar a los derechos fundamentales. En opinión de PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, 1989, p. 165, "el nuevo análisis económico del Derecho amplía el objeto de análisis a todo el sistema jurídico y utiliza en ello todo su aparato, no sólo teórico, sino también el cuantitativo de la teoría y cálculos económicos".

Estado. Estos derechos plantean abiertamente la confrontación entre valores encontrados como eficiencia y justicia o equidad distributiva, o igualdad y solidaridad. La juridificación de nuevos intereses que ya no son intereses de la productividad y de la eficiencia, sino intereses que responden a demandas de igualdad y solidaridad, la extensión de la intervención estatal en la esfera económica sobre la base de razones distintas a la corrección eficiente de los mecanismos de asignación y distribución de recursos del mercado, supone, entre otras cosas, dotar al sistema jurídico de una función de asignación y distribución de recursos totalmente explícita. Una asignación y distribución de recursos realizada sobre consideraciones de igualación material y de redistribución de rentas, y materializada en instrumentos jurídicos de carácter legislativo que traslucen la decisonalidad jurídica de la constitución de intereses económicos y no económicos en derechos⁴².

La crisis del modelo regulativo del Estado del bienestar y, por tanto, la crisis de un modelo regulativo estatal, conlleva la crisis de un modelo de legitimidad de la decisión jurídica basada en la extensión de la tutela estatal a los nuevos intereses, expectativas y demandas sociales: la decisión jurídico-política sobre qué intereses proteger se muestra incapaz de establecer mediaciones estables en el conflicto entre intereses y expectativas diversas y fragmentadas, provocando una crisis de legitimidad de la propia decisión jurídico-política, lo que ha venido en denominarse, el fenómeno de la ingobernabilidad. En estas condiciones, los derechos se muestran relativos y contingentes.

En definitiva, el modelo del Estado del bienestar constituye por tanto un diferente método de asignación y distribución de recursos de la sociedad. Frente a la delegación a la negociación privada en el mercado del conflicto distributivo, el Estado del bienestar se arrogó el objetivo de destinar, sobre la base de una decisión pública o una negociación política, los recursos de la sociedad según lógicas distintas a la lógica de la productividad y del mercado. La crisis de este modelo se manifiesta en la pérdida de la base legitimadora de esa decisión pública, esto es, la capacidad de producir riqueza y de mantener un consenso generalizado sobre los criterios de su distribución. La complejización y multiplicación de las demandas o pretensiones, unidas a la crisis de acumulación y a la crisis fiscal, producen como efecto la deslegitimación de la acción política como distribuidor de riqueza.

Es en este contexto donde aparece con toda claridad el significado de la teoría de los derechos subyacente al análisis económico del Derecho. Si alguna virtud tiene el análisis económico del Derecho desde esta perspectiva, es la de la síntesis y la homogeneización de situaciones jurídicas. Un conflicto jurídico puede ser comprendido y, por ello, solucionado, acudiendo a un número limitado de categorías, reglas y conceptos. En un mundo de individuos

42 MERCADO PACHECO. *El análisis económico...*, ob. cit., p. 160.

racionales, los conflictos jurídicos se reconstruyen en un lenguaje simple; bastaría sustituir los conceptos jurídicos por conceptos económicos, para que el panorama jurídico quede reconfigurado en términos fácilmente manejables. Así, se sustituye la retórica de derechos y obligaciones por supraconceptos como el de *property rights* o *entitlements*, para hacer entrar en ellos las más variadas situaciones jurídicas, reorganizando las relaciones intersubjetivas en términos propietarios. De este modo, los problemas jurídicos se reducen a problemas de externalidades y de costes de transacción.

La doctrina eficientista parte del hecho de que en su función de mecanismo para mejorar la eficiencia de la asignación de recursos, el Derecho actúa de dos modos: mejorando la definición de los derechos de apropiación y reduciendo los costes de transacción que lleve al óptimo de equilibrio. Es decir, en opinión de KORNHAUSER, el Derecho en estos casos interviene estableciendo incentivos para promover su cumplimiento, trasladando los costes que se derivan de la regulación jurídica dependiendo de la ordenación que de los derechos y obligaciones jurídicas se haga⁴³. Así pues, desde una perspectiva conductista, es decir, desde una teoría predictiva y explicativa del comportamiento de los individuos ante las normas jurídicas, es posible que una norma pueda tener al menos tres influencias diferentes en las decisiones individuales: 1) crea precios implícitos para diferentes tipos de conducta y las respuestas a dichos precios pueden ser examinadas de la misma manera que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de los bienes y servicios; 2) la asignación de un derecho puede alterar la distribución de la riqueza entre los titulares del derecho y los obligados y, por tanto, la estructura de la demanda de los agentes sujetos a la decisión jurídica; y 3) la distribución y estructura de los derechos vigentes puede ofrecer a los individuos titulares de esos derechos incentivos diferentes. En cualquier caso, el sistema jurídico aparece reformulado como un sistema de incentivos y rémoras que encauzan la conducta individual. Desde estos tres tipos de influencia sobre la conducta, se pueden sistematizar los diferentes enfoques del análisis económico del Derecho en dos tipos de análisis: el de las obligaciones jurídicas, que se centraría en los efectos descritos en el apartado 1.º anterior, y el de los *property rights*, que se centraría en los efectos tipo 2.º y 3.º.

El análisis económico de los *property rights* examina la influencia de las normas jurídicas sobre la conducta de los titulares de los derechos conferidos por dichas normas. Esto implica que el análisis se centre en los incentivos económicos que las distintas acciones permitidas y autorizadas por las normas tienen sobre los individuos, dejando al margen el esquema de derechos y obligaciones correlativas característico del primer enfoque. Lo importante

43 Por tanto, casualmente se provoca una vuelta general en el orden de residualidad de los instrumentos que dirigen el logro de la maximización del bienestar: el mercado necesita de los incentivos que el Derecho puede establecer para lograr un objetivo común.

sería el efecto económico que una estructura de derechos tiene sobre el uso eficiente de esos derechos, así como determinar las distintas posibilidades de conducta que tiene el titular del derecho. Además, también es importante comparar los incentivos y los efectos sobre la conducta y acciones de los individuos de distintos conjuntos de derechos. No se centra, pues, en la perfecta formulación de una norma jurídica, sino en la comparación de los efectos económicos sobre la conducta de los individuos de distintos regímenes legales: propiedad privada versus común, sociedades anónimas versus cooperativas, etc. Lo determinante es cómo diferentes estructuras de *property rights* determinan distintos incentivos para sus titulares.

En concreto, para los teóricos del análisis del Derecho como POSNER y sus seguidores (la Escuela de Chicago) la intervención del Derecho en la definición de derechos y reducción de costes de transacción se lleva a cabo mediante una definición adecuada de los derechos de propiedad (*property rights*) que permita fundamentar la eficiencia del sistema económico. La propuesta del análisis económico del Derecho es hacer desaparecer la vinculación y obligatoriedad política propia de los derechos, para devolverlos a la esfera del mercado en la que los conflictos se deciden con base en el análisis de costes y beneficios, bajo las determinaciones del principio de eficiencia. Y, en este sentido, se configura un esquema universal propietario extendido a todas las relaciones sociales y a todas las pretensiones candidatas a adquirir el *status* de derechos sancionados jurídicamente: se establecen un conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos (*property rights*) que implica la descripción de todas las relaciones sociales y de todas las acciones del individuo como relaciones propietarias. Una categoría susceptible de abarcar desde los derechos explícitamente patrimoniales a los derechos humanos no susceptibles aparentemente de ser relativizados en la lógica económica⁴⁴.

La extensión del principio propietario a todos los bienes que puedan ser valorables económicamente, tiene su cumplimiento si se asigna al llamado capital humano un valor económico que lo haga susceptible de intercambio. Desde esta perspectiva, los derechos de la personalidad, la educación, la salud..., se convierten en bienes valorables económicamente y, en consecuencia, son conceptuables como mercancías mediante la extensión de la tutela propietaria⁴⁵. Es decir, se produce la defensa del principio de la mercantilización

44 P. SCHWARTZ y A. CARBAJO. "Teoría económica de los derechos de propiedad", *Hacienda Pública Española*, 1981, n.º 68, p. 226, y MERCADO PACHECO. *El análisis económico...*, ob. cit., p. 162.

45 E. ANDERSON ha definido los bienes económicos en función de dos características (citada por GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI. "El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, n.ºs 15-16, pp. 941-942): 1.ª) su valor puede ser plenamente realizado con el uso, siendo un modo de valoración

universal y, consiguientemente, la desaparición de obligaciones políticas, así como de limitaciones en su ejercicio dictadas con base en criterios distintos de la maximización de riqueza. La puesta en marcha de esta nueva lógica exige la instrumentalización decidida del Derecho. Reconocida la existencia de costes de transacción y la inexistencia de mercados sin fricciones, el sistema jurídico ha de asumir las funciones de asignación y distribución de recursos con base en la eficiencia que correspondería al mercado. Y este reconocimiento de la función del Derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos significa la conversión de aquél en el instrumento decisivo mediante el cual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al de la legalidad.

Por otro lado, este planteamiento propone superar la concepción tradicional de la propiedad y reformular la cuestión en términos de estrictas relaciones entre sujetos, de modo que la propiedad ya no es un derecho sobre un recurso, sino que a través de estos derechos se definen qué conductas pueden ser realizadas por su titular y cuáles deben ser soportadas por los demás, deviniendo complementarios los conceptos de propiedad y de conducta prohibida. Por ello, pueden definirse los *property right* como las relaciones de conducta sancionadas entre los hombre que nacen de la existencia de bienes escasos (independientemente de su naturaleza) y que conciernen a su uso. Lo que se posee son derechos a usar recursos circunscritos por la prohibición de ciertas acciones, es decir, lo que se posee es el derecho a usar el bien para los usos socialmente reconocidos. Tales relaciones determinan normas de conducta que deben ser observadas en el actuar cotidiano con las demás personas, ya que quien no las observe, se le impone el coste de su incumplimiento. Por tanto, en esta línea de pensamiento, la función del Derecho es proceder a una cada vez mayor delimitación de derechos, es decir, de las modalidades permitidas y prohibidas⁴⁶.

bajo e impersonal que consiste en subordinar el bien en cuestión a los fines del sujeto sin considerar su valor intrínseco, 2.^o) su producción, distribución y disfrute están gobernados por las reglas constitutivas del mercado, es decir, impersonalidad (es la renta y no el status social, las características personales, o las relaciones sociales, la que determina el acceso a los bienes), egoísmo (las partes en el mercado persiguen la satisfacción de sus objetivos, definidos con absoluta independencia de los objetivos de la otra parte), exclusividad (el acceso a los beneficios está limitado al propietario), *want-regarding* (los bienes se intercambian sin tener en consideración las razones por las que la gente los quiere; el mercado no establece diferencias entre necesidades urgentes y meros caprichos) y *exit not voice* (los bienes en el mercado se toman o se dejan).

46 C. PAZ-ARES. "La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, n.º 34, pp. 642-643. El autor añade que esta nueva orientación muestra una "nueva edición de la teoría del derecho subjetivo", en la medida en que el *property right* es un concepto diseñado tomando como fundamento al derecho de propiedad, que a su vez ha sido el modelo básico con arreglo al cual se ha elaborado el concepto de derecho subjetivo. Pero aún más, la doctrina de los *property rights* aportaría también una visión dinámica del derecho subjetivo: "la teoría recí-

Prosiguiendo con la teoría de los *property rights* según es expuesta por sus creadores, el modo en que el Derecho objetivo pueda definir los derechos de apropiación, se logra mediante la decisión en torno a quién ha de ser titular de un derecho y, además, con el establecimiento de la forma en que esos derechos estén protegidos. Pero el elemento fundamental de esa construcción es que esos derechos son tales, precisamente, porque están protegidos. Por esta razón, cuando surge un conflicto jurídico la decisión es determinar qué derecho se privilegia⁴⁷.

En cualquier caso, si cabe alguna duda de que el concepto de *property right* no es más que una visión de la noción jurídica de derecho subjetivo, la noción de *entitlement*, formulada por CALABRESI y MELAMED, permite establecer

proca: la que ve el derecho subjetivo en situaciones recíprocas de posiciones unilaterales de derecho/deber". En definitiva, posiciones jurídicas dinámicas en equilibrio que están orientadas hacia utilidades alternativas más eficientes, considerando todos los derechos de propiedad, patrimoniales y de disposición. Por todo ello, el concepto de *property right* constituiría un supraconcepto dentro del cual es catalogable cualquier tipo de derecho que de un modo u otro defina una relación entre hombres relativamente a la disposición de bienes económicos. Y ello, sin perjuicio de que el modelo de construcción de la categoría venga proporcionado por el derecho de propiedad. Citando a GOTTHOLD (pp. 644-645, en nota 126), añade que el *property right* constituye una nueva interpretación del concepto económico de factor de producción, que ya no puede ser entendido simplemente como unidad física, lo que coincidiría con la tesis de COASE que señalaba que los factores de producción ya no pueden concebirse como entidades, sino como derechos a llevar a cabo acciones.

- 47 Siguiendo con la exposición de la doctrina de los *property rights*, un sistema eficiente de derechos de apropiación debería reunir ciertas características: 1.^ª) *exclusividad*, significa que de su disfrute y aprovechamiento pueden ser excluidos todos los demás, salvo su titular; cuanto más exclusivo sea el derecho de propiedad, existirá un mayor incentivo para invertir en él y obtener aprovechamiento de aquél; sin embargo, si se mediatiza o interviene la propiedad o si se imponen limitaciones o vinculaciones, se disminuye el incentivo de su titular a una inversión productiva en sus propiedades. Otra cosa es que el beneficio social de esa intervención pública pueda compensar la pérdida que experimente el titular del derecho; 2.^ª) *transferibilidad*, si un derecho no puede transferirse o tiene altos costes de transferencia, se le condena a ser explotado en usos menos productivos, privando de incentivos a su titular para obtener rendimientos del mismo; en definitiva, la transferibilidad garantiza la asignación eficiente de recursos. En cualquier caso, desde el punto de vista de la eficiencia económica, es esencial la existencia de mecanismos sociales para garantizar la óptima asignación de derechos de propiedad sin que padezca la seguridad ni queden decepcionadas las expectativas, es decir, la existencia de instituciones que aseguren la colocación de los recursos en manos de quien mejor sepa explotarlos, sin que por ello padezca la seguridad del tráfico. Para ello son precisos acuerdos entre los propietarios de esos derechos y los explotadores de un derecho, para que a éstos les valga la pena hacer inversiones: si el propietario, por lo numeroso no es identificable, los inversores tenderán a inhibirse; de ahí que la tendencia sea la atribución de derechos a individuos o entidades jurídicas bien definidas; y 3.^ª) *universalidad*, un sistema de derecho de propiedad debería tender idealmente hacia su universalidad: todos los recursos deberían ser propiedad de alguien, excepto los recursos que sean tan abundantes que todo el mundo pueda consumir cuanto quiera de ellos sin reducir el consumo de nadie y sin producir externalidades.

el correlato jurídico definitivo entre derechos y *property right*. El *entitlement* no diverge de la categoría de derecho subjetivo y expresa, consecuentemente, la atribución al individuo de un poder por el Estado que le legitima para actuar en un cierto modo frente a algo o alguien.

Como ya hemos señalado, el análisis económico de las obligaciones jurídicas centra su atención en la conducta de los obligados por la norma jurídica. Desde esta perspectiva, toda norma jurídica estaría compuesta por dos elementos fundamentales: un *entitlement* o derecho y su protección. El derecho establecería usos o acciones permitidas y prohibidas al titular y la protección determinaría las consecuencias de las acciones del titular no autorizadas, así como las incursiones de terceras personas en las actividades permitidas al titular del derecho. Las acciones del obligado por la norma jurídica estarían determinadas por la protección establecida. La protección de un derecho sería el precio de las posibles acciones de los individuos. Finalmente, el incumplimiento de la norma sería una función de los costes relativos asociados a las acciones incumplidoras. De este modo, al elegir un curso de acción los individuos considerarán el precio establecido de los derechos que su acción puede infringir.

El Estado por tanto no tiene que decidir sólo "qué da y a quién da el derecho", sino que además debe definir cómo proteger a su destinatario. En ese sentido, cabe distinguir tres tipos de *entitlements*: a) un derecho se encontrará protegido por una "regla de propiedad", en la medida en que cuando alguien pretenda obtenerlo de su titular tiene necesariamente que "comprárselo" en una transacción voluntaria, en la que el valor del derecho mismo se acuerda entre las partes. En estos casos la intervención del Estado es mínima, pues la decisión en que consiste la intervención estatal sólo tiene lugar para decidir a quién se asigna el derecho, pero no para determinar el valor de ese derecho; b) un *entitlement* está protegido por una "regla de responsabilidad", cuando su valor no venga determinado autónomamente por las partes mediante un acuerdo voluntario, sino que es fijado autoritariamente por el Estado. En este caso, el Estado no sólo asigna derechos, sino que también establece una estimación de su valor; c) finalmente, un *entitlement* está protegido por una "regla de inalienabilidad", cuando su transferencia no sea permitida entre un comprador que lo quiere vender y un vendedor que lo quiere comprar. El Estado en estos supuestos interviene no tanto para determinar a quién está asignado el derecho y para fijar la medida compensatoria, cuanto para prohibir su transferencia en las circunstancias que se concreten⁴⁸.

48 Respecto a qué tipo de protección es preferible, desde un punto de vista de la eficiencia, podría llegarse a las siguientes conclusiones: 1.^a) que la regla de propiedad entra en juego en las situaciones en las que el cambio entre operadores no produce externalidades dignas de corrección. En tal caso, al no existir efectos sobre terceros, las partes son totalmente libres para convenir acerca de la disposición de ese derecho; 2.^a) las reglas de responsabi-

Desde esta perspectiva, todos los derechos imaginables pueden ser encuadrados en alguno de estos tipos, desde los derechos reales, que se integrarían en los derechos protegidos por un *property right*, hasta determinados derechos fundamentales cuya característica definitoria estaría en su inalienabilidad (libertad, integridad física, derecho de voto...). Además, aunque cada una de estas reglas se revele diferente desde un punto de vista funcional, es evidente que sus finalidades son complementarias. Por ello, no extraña que la mayoría de *entitlements* o derechos sean de carácter mixto. Los diferentes tipos de derechos asignados a los individuos pueden ser protegidos por una regla u otra dependiendo de las circunstancias y de las finalidades que se pretendan conseguir.

D. LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO EN LA DOCTRINA IUSPRIVATISTA Y IUSPUBLICISTA ESPAÑOLA

La ciencia jurídica no actúa siempre con conceptos puros e invariables. A ello "conspiran" dos circunstancias: la seguridad jurídica y las exigencias de tiempo y lugar que obligan a abandonar las abstracciones en favor de fórmulas eficientes para la realización del Derecho. Es decir, de poco sirve pretender construir categorías jurídicas perfectas, si luego no es posible su realización práctica. Por ello, en muchas ocasiones es aconsejable abandonar la pureza para optar por formas de más fácil manejo.

Esta premisa nos conduce a un problema complejo: conocer dónde termina la ciencia jurídica y dónde comienza la filosofía del Derecho⁴⁹. En todo fenómeno complejo se produce la siguiente concatenación: primero se presenta el hecho social, después el hecho político e inmediatamente el hecho jurídico, al que sigue el hecho científico y, por último, el hecho filosófico. De esta correlación puede obtenerse una consecuencia: la práctica del Derecho y su interpretación y aplicación no puede quedar condicionada a los avances en la filosofía jurídica. Efectivamente, mientras que la ciencia jurídica trabaja con

lidad son útiles en supuestos de recursos que no pueden ser valorados, o bien de recursos impropiaamente valorados. En suma, se trata de supuestos en que el coste de establecer el valor de un recurso-derecho es tan grande que el intercambio deviene prohibido, a pesar de ser óptimo en la escala paretiana. En estas ocasiones, se hace imprescindible el recurso a la regla de responsabilidad, la cual, a través de una determinación heterónoma del valor del recurso, facilitará un cambio socialmente deseable, que, sin embargo, en el ámbito de la regla de propiedad no tendría lugar a causa de los altos costes de transacción; 3.^a) los supuestos que comportan un mayor grado de intervención estatal son aquellos gobernados por las reglas de inalienabilidad. En tales casos, el Derecho reglamenta la posibilidad misma de la transmisión del Derecho y así, por ejemplo, establece condiciones a las que debe someterse la transmisión de un recurso, o bien, prohíbe tal disposición. Básicamente el recurso a este tipo de reglas es llevada a cabo cuando los intercambios pueden ocasionar externalidades considerables.

49 DÍAZ CRUZ. *Todavía sobre el derecho subjetivo*, ob. cit., pp. 555 y ss.

el Derecho como algo "dado", refiriéndose tanto al Derecho en general, no sólo al vigente, sino también al Derecho no previsto en normas positivas (la costumbre), las preocupaciones de la filosofía aspiran, primero, a determinar la esencia de lo jurídico (teoría fundamental), segundo, a indagar la realidad del Derecho o su manera de existir (ontología) y, tercero, a ocuparse de los valores ideales del Derecho (estimativa jurídica). Esa búsqueda de lo apriorístico, es decir, el pretender encontrar "lo jurídico fuera del Derecho, para convertirlo en jurídico" o hallar la trascendencia óntica, en muchos casos no es asumible como una realidad aplicable. La ciencia jurídica ha de trabajar con conceptos útiles, funcionales, prácticos y operativos. En definitiva, a los juristas nos ha de preocupar no sólo crear un ideal de justicia, sino también elaborar el Derecho al menos de forma eficiente a la vista de las contingencias históricas⁵⁰.

En el análisis de la categoría derecho subjetivo, esta dosis de pragmatismo se observa con toda claridad en la mayoría de los autores de la doctrina española. Ese pragmatismo se manifiesta fundamentalmente en la tendencia generalizada a mantener posiciones eclécticas, formuladas con respeto de la definición de JELLINEK. Así pues, aunque la teoría ecléctica pueda adolecer de los mismos defectos imputables a las teorías que le sirven de base, lo cierto es que se ha confirmado como especialmente útil para la ciencia jurídica. En este sentido, se suele concebir la naturaleza del derecho subjetivo en dos esferas orientadas a la satisfacción de un elemento teleológico (interés), por un lado, los elementos internos (poder) y, por otro, los elementos externos integrados en el propio derecho (protección), todos ellos trayendo causa original del ordenamiento jurídico (elemento objetivo).

La mayoría de los autores, tanto en el marco del Derecho privado (DE CASTRO, CASTÁN, DÍEZ PICAZO, ALBADALEJO, PUIG BRUTAU), como del Derecho público (ROYO-VILLANOVA, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ENTRENA CUESTA, SANTAMARÍA PASTOR, GARRIDO FALLA, PARADA VÁZQUEZ,

50 Esta función tiene como base la construcción jurídica, propia de la dogmática jurídica y como marco la descripción jurídica positivista. G. ROBLES. *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*, Madrid, 1998, p. 23, considera que el ordenamiento jurídico constituye un texto jurídico "en bruto", material jurídico que ha de ser elaborado a través del resultado de la dogmática jurídica. En este sentido, considera que la dogmática jurídica, o ciencia del Derecho en sentido estricto, "tiene como tarea presentar, en forma sistemáticamente construida y conceptualmente rigurosa, el material o texto jurídico". La dogmática construye mediante la interpretación el sistema jurídico. A esta labor de sistematización del material jurídico es a la que aquí se hace referencia. Pero, téngase en cuenta que esta labor tiene como marco, en todo caso, el Derecho positivo, es decir, que no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el Derecho "dado". No obstante, lo que sí caracteriza a esa labor jurídica, es que la ciencia del Derecho no es sólo una descripción del ordenamiento jurídico, sino también trata de ser una reelaboración constructiva del material jurídico, una interpretación del texto jurídico en atención a las necesidades jurídicas de la sociedad, que es a la que ha de servir el Derecho.

COSCULLUELA MONTANER, GARCÍA-TREVIJANO FOS), fundamentan la esencia del derecho subjetivo en el poder otorgado por el ordenamiento jurídico para la protección y respecto de determinados intereses que se suelen calificar como "propios" del titular de tales poderes, sin referencia alguna a si esos intereses se encuentran o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, si constituyen intereses jurídicos. No obstante, hay dos diferencias entre la concepción del derecho subjetivo desde la perspectiva del Derecho privado y la mantenida por los autores iuspublicistas. Ambas diferencias están en relación con la protección del derecho subjetivo: 1) precisamente porque en el marco de las relaciones jurídico-públicas la situación de la Administración es, en principio, más fuerte que la del administrado, se pone mayor énfasis en la garantía o protección de estas situaciones jurídicas activas reconocidas por el ordenamiento jurídico; 2) puede vislumbrarse como se pone de relieve que esa protección se garantiza por el ordenamiento jurídico, pero no como un elemento externo que integre el contenido del derecho, sino como una garantía imprescindible que se presupone con base en el reconocimiento de un derecho de acción que no se concibe como el mismo derecho sustancial.

En definitiva, el paradigma en torno a la categoría jurídica "derecho subjetivo" ha quedado marcado por las denominadas teorías eclécticas⁵¹. Por esta razón, *cabe definir al derecho subjetivo como el poder/facultad del individuo otorgado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de sus intereses*. Así pues, la configuración del derecho subjetivo puede reducirse a un doblete conceptual, al que se le añadiría un elemento teleológico que es aquel que se pretendería asegurar: *norma-individuo/poder-interés, complementado en todo caso por el elemento "protección", el cual permitiría lograr la tutela judicial del derecho*.

51 SERRANO MORENO. "El derecho subjetivo al ambiente", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1988, n.º 106, pp. 83-84, citando a LUHMANN, señala que "la construcción dogmática del derecho subjetivo no ha podido llegar al menos ahora hasta una total problematización de la asimetría. Se ha limitado a unir el concepto de poder de la voluntad que proviene de KANT y SAVIGNY con el concepto de IHERING del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido y afirma que el derecho subjetivo es ambas cosas".