

DR 07 59

Carrera Derecho, Asignatura Derecho Civil I, título El Derecho Es Subjetivo, autor Jesús María Álvarez Calvallo, fecha de grabación 22 de diciembre de 1983, fecha de emisión 9 de enero de 1984. El Derecho Es Subjetivo, como construcción dogmática, necesita un replanteo a la luz de las nuevas realidades sociales y de los propios movimientos políticos cuando en realidad no ha sido posible, ni lo será fácilmente en algún tiempo, el proceder a una elaboración que sea fácilmente aceptada en medio del enorme número de oposiciones doctrinales que no pueden servir de una base unívoca para emprender su adecuada construcción. Es un tema que reúne unos planteamientos filosóficos de indudable envergadura que se encuentran teñidos por concepciones ideológicas de las cuales no es fácil prescindir y que entraña como punto de partida inevitable un átomo de posición en torno al propio ser del ordenamiento jurídico con una incidencia que desborda en su más radical dimensión el análisis concreto de cada uno de los diversos ordenamientos jurídicos.

Esta es la razón, aunque no la única, por la cual la construcción dogmática del Derecho Es Subjetivo se ve afectada por una serie de teorías parciales que intentan explicar tres problemas fundamentales. Primero, si la propia naturaleza del ser humano implica el reconocimiento de una serie de facultades, sean o no reconocidas por cada uno de los ordenamientos positivos en concreto contemplados, o, si se prefiere, saber si existen unos derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico concreto no tiene más remedio que reconocer como existentes, mal que le pese, con lo cual ese no reconocimiento vendría a constituir una piedra de contraste para un juicio de valor de cada ordenamiento positivo. Segundo, si se opta por el reconocimiento de unos derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que reconocer como inevitablemente unidos a la peculiar naturaleza humana, se plantea el también inquietante problema de precisar sus límites con el fin de determinar hasta qué punto puede intervenir en ese campo el ordenamiento jurídico.

Tercero, la elaboración de un concepto dogmático que, con el máximo rigor técnico posible o alcanzable, sea susceptible de distinguir entre la inmensa masa de poderes y facultades atribuibles a cada sujeto cuáles deben ser considerados como tales en un momento en que, por el excesivo número de teorías elaboradas, es posible configurar a ese término de uso y abuso tan frecuente como un concepto gaseoso de carácter volátil del cual se apropian las ideologías y que padece una crónica indefinición. Por eso, aunque a mí no me convencen demasiado las puras elaboraciones teóricas, en este caso concreto no hay más remedio que tratar de afrontar con la máxima brevedad posible el hacer una alusión a las diversas teorías formuladas para tratar de apresar ese concepto que yo intentaré sistematizar simplificándolas sin perjuicio de la pérdida de mordiente que toda simplificación sistemática implica. De esta suerte se podría comenzar a plantear la exposición haciendo dos grandes grupos.

El primero, para seguir la terminología de Federico de Castro, está constituido por las llamadas teorías sobre su naturaleza, dentro de las cuales distinguiré dos direcciones principales. El

segundo grupo está constituido por las que el propio Federico de Castro, con frase afortunada, ha llamado teorías delimitadoras. Y de las breves alusiones que se hagan a las diversas direcciones de cada grupo, será posible el intentar esbozar un concepto mínimamente válido, pese al atroz riesgo de que sea susceptible de una crítica que puede ser feroz, desde más de una posición ideológica.

Y el reconocer eso no constituye más que una elemental muestra de prudencia o de humildad, aderezada con unas pocas gotas de ácido cínico. Teorías sobre su naturaleza. Creo que por una clara manifestación de las ideas dominantes en la etapa codificadora, es dable decir que la idea de los derechos innatos, y por lo tanto con naturaleza al hombre y a los cuales el ordenamiento positivo de cada país concreto no tenía más remedio que reconocer, es la piedra clave para entender el intento de construir la categoría dogmática del derecho subjetivo, que teniendo su origen inicialmente en una ideología revolucionaria frente al poder señorial y feudal, se transforma pronto en una conquista general que se aburguesa al servir a la consolidación de un nuevo ideario político que a su vez se va a centrar en el respeto a los derechos adquiridos, que pierden así su primer acento revolucionario paulatinamente, pero a la misma exacta velocidad que se va creando una nueva estructura social que va a suplantarse, si bien muy lentamente, a la antigua estructura de poder.

De esta suerte, en los primeros códigos civiles se habla de los derechos civiles de los ciudadanos, y el primer acento revolucionario consistía precisamente en este otorgamiento de derechos a todos en cuanto eran ciudadanos, para en una segunda generalización, ya de carácter más abstracto y teórico, pasar a entender que esos derechos civiles son connaturales a la naturaleza humana, y a la luz de esta concepción surgen las dos grandes direcciones que se suelen caracterizar como la teoría de la voluntad y la teoría del interés. Siendo la teoría de la voluntad patrocinada fundamentalmente por Savigny, para quien el derecho subjetivo es el ámbito independiente de la soberanía de la voluntad, en tanto que la otra dirección centraba su afirmación del derecho subjetivo en la existencia de un interés concreto del titular que era respaldada por Jering, manifestando que lo importante no era tanto quién podía querer, sino únicamente quién podía beneficiarse de un goce o aprovechamiento particular al cual respalda el derecho positivo. Y de esta forma surge la afortunada y difundida frase de que el derecho subjetivo no es más que un interés jurídicamente protegido.

Los acentos críticos de cada uno de los adscritos a estas dos concepciones pusieron en manifiesto la endeblez de ambas, intentándose fórmulas conciliadoras que en esencia pretendían sumar los dos elementos, voluntad e interés, y que sirven como claro antecedente histórico para introducir un cambio de orientación. El derecho subjetivo va a ser concebido como un efecto reflejo de las normas que lo reconocen. Es, se dice concisamente, un simple derecho objetivo que se ha individualizado y del que se ha apropiado un sujeto de derecho, con lo cual se ha puesto ya el primer paso para que se abra camino a una serie de teorías negadoras de la realidad de la categoría jurídica, que, confluyendo con la divulgación de la teoría pura del derecho, van a dar origen más tarde a las corrientes totalitarias, cuyo mejor ejemplo podría ser el constituido por el artículo 4 del Código Civil Ruso, cuando nos dice, con el

fin de que se desarrollen las fuerzas productoras del país, la República Federada Socialista Rusa concede capacidad jurídica a todos los ciudadanos que no tengan restringidos sus derechos por una sentencia judicial.

Va a ser, precisamente, esa paladina declaración la que va a provocar una reacción estimando que se había ido demasiado lejos propiciando un retorno a las concepciones del derecho natural, o si se prefiere, de la orientación justnaturalista, que poco antes se había dado una vez más por definitivamente enterrada y según la cual, sin menospreciar la existencia de las normas, se afirma que existen derechos connaturales al ser humano, que ningún ordenamiento jurídico positivo se puede permitir el lujo de omitir, ya que el ordenamiento está al servicio de la persona y de su convivencia ordenada y justa, y no es la persona un instrumento al servicio de ninguna estructura de poder. Teoría sobre su delimitación. Esta expresión, que yo tomo también de Federico de Castro, a mí no me parece, sin embargo, excesivamente afortunada, por cuanto más bien se trata de una generalización como vía de escape al apresamiento del mismo concepto que de una propia y verdadera delimitación.

En efecto, con frases que, por su desenfado, casi podrían ser más, a pesar de su venerable antigüedad, se intenta una desmedida extensión del concepto sin definir del derecho subjetivo, para llegar a considerar que hasta el derecho a estornudar sea un derecho subjetivo. Por este camino, se intenta escapar del riesgo de una definición, y se cae en el defecto contrario de no saber distinguir un derecho subjetivo de una simple facultad o una simple esperanza. Como resumen, y aún a riesgo de que parezca una de mis manifestaciones de cinismo, yo deseo poner de manifiesto que en todas y cada una de las teorías hay una porción de verdad, pero que ninguna ha sido capaz de crear un concepto válido, sino que solamente ha puesto de manifiesto un aspecto lateral.

Y así se puede decir que la teoría voluntarista señala la esencia íntima, la del interés destaca al primer plano la finalidad de los derechos subjetivos, y finalmente las teorías lógico-normativas ponen de manifiesto, desde su peculiar ángulo positivista, la fuente que lo regula, limite y garantiza, aún a costa de eludir el problema de si existen o no como realidad al margen de su reconocimiento estatal. Pero ya llevo consumida casi la mitad del tiempo y aún no he ofrecido mi concepto de derecho subjetivo, cosa que remedio ya, sin más preámbulos. Para mí el derecho subjetivo es cada una de las facultades con significado unitario e independiente, que cualquier ordenamiento jurídico positivo no tiene más remedio que reconocer a cada ser dotado de capacidad jurídica para su plena realización personal y gestión de sus intereses, que le legitima para actuar dentro de los límites concedidos y a su vez para impetrar la protección, tanto frente al resto de los conciudadanos como frente al propio Estado del ordenamiento jurídico.

Caracteres del derecho subjetivo. Para mí, los caracteres del derecho subjetivo podrían enumerarse así. Primero, un poder.

El derecho subjetivo atribuye al sujeto de derecho una capacidad de actuación en el ejercicio de

su libertad personal que constituye un conjunto de facultades. Segundo, la unidad. Este conjunto de facultades tiene dos sentidos unitarios, diversos en su extensión, pues por una parte son susceptibles de ser agrupados por referencia a la unidad conceptual de la persona humana individual que es titular de los mismos y, por otro lado, es a su vez susceptible de ser entendido unitariamente respecto a cada objeto concreto de los que esa misma persona es titular.

Tercero, la individualidad. La importancia práctica y la justificación técnica del derecho subjetivo escriben que hace posible configurar aisladamente determinados poderes, independizándolos de la relación jurídica básica en que están fundados. Cuarto, identificabilidad.

Cada uno de los diversos derechos subjetivos funciona en el comercio jurídico con un cierto grado de objetividad que facilita su reconocimiento y circulación mediante una expresión abreviada que es para todos transparente. Estructura del derecho subjetivo. El esceno del derecho subjetivo de cada derecho subjetivo es habitual distinguir como elementos estructurales.

El sujeto que es la persona a quien se le atribuye la situación de poder y que yo he aludido antes como el titular. El objeto que es la porción de la realidad social acotada a la que se refiere el poder del sujeto. El contenido que es el ámbito de poder conferido al sujeto con relación al objeto y que estriba en un conjunto de facultades atribuidas al sujeto y cuyo ejercicio queda al arbitrio de éste.

Una situación amparada por el ordenamiento que a instancia del interesado deberá ser protegida jurídicamente. Un poder de disposición sobre el propio derecho subjetivo. La inmanencia que más tarde veremos en la primera clasificación que de ellos haré en virtud de la cual determinados derechos subjetivos existen y son atribuidos a la persona en cuanto tal con absoluta independencia de que su existencia esté o no reconocida por el ordenamiento jurídico concreto al cual esa persona se encuentra sometida en cuanto subdito.

Debo reconocer que éste, para mi vital elemento del derecho subjetivo, no es unánimemente reconocido por la totalidad de la doctrina jurídica, pero yo insisto en esta idea aún a riesgo de que sea tomada como una manifestación de anarquismo respecto a la cual no puedo demorarme aquí por su entronque filosófico y porque esto ya es bastante rollo para complicarlo más. Clases de derechos subjetivos. La primera clasificación que yo deseo establecer es la que distingue entre derechos subjetivos primarios y derechos subjetivos secundarios, que también podría ser aludida, para ser más claro, como la que alude a un sentido estricto y de reducida extensión en su comprensión que abarca solamente a los derechos subjetivos que necesariamente tiene que reconocer el ordenamiento jurídico si no quiere ser juzgado desfavorablemente por ser absolutamente inseparables de la dignidad de la persona humana.

Los que yo llamo derechos subjetivos en sentido amplio, que son mucho más numerosos y menos incisivos en el concepto de persona, serán todos aquellos cuya existencia se debe a un

simple reconocimiento del ordenamiento jurídico positivo y tienen por ello su propia existencia un simple carácter aleatorio. La segunda clasificación que yo deseo hacer, no muy explicitada aún por la doctrina, ni siquiera las obras más recientes, acaso por el carácter conservador que es un tópico atribuir a la doctrina civilística mundial, estriben la moderna tendencia a constitucionalizar los derechos subjetivos, tal como recientemente ha sucedido en España con la vigente Constitución de 1978, y consiguientemente con esta tendencia se puede distinguir entre derechos subjetivos públicos o constitucionalizados, y derechos subjetivos privados o no constitucionalizados. Bastante acaso para entender esta clasificación mía, la simple comparación entre el artículo 10 y 15, contraponiéndolos al artículo 33 de la propia Constitución vigente.

Las restantes y numerosas clasificaciones que se hacen usualmente de los derechos subjetivos, o bien carecen en absoluto de interés práctico y son meras argucias sistemáticas, o son absolutamente equívocas, y así yo prescindo olímpicamente de ellas, por más que reconozca la libertad de mis alumnos para tragárselas todas, si tienen un desmedido interés en ello. Desearía ocuparme ahora de las llamadas situaciones secundarias, pero como no me va a dar tiempo para tratarlo hoy, pienso ocuparme de ellas otro día dejando solamente una idea para remachar, que es la siguiente. Hagamos tres grados, de mayor a menor, y nos encontraremos entonces con tres realidades distintas.

Derechos subjetivos en sentido estricto, derechos subjetivos en sentido amplio, situaciones jurídicas secundarias, es decir, de menor categoría, ya sea por su imprecisión conceptual o por su carácter provisional o transitorio, de las que me ocuparé en la próxima ocasión.