

UN ESTUDIO DEL DERECHO SUBJETIVO DESDE
LA PERSPECTIVA FORMAL DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL DERECHO.
ENTRE DERECHOS Y PSEUDO-DERECHOS

A STUDY OF SUBJECTIVE RIGHTS FROM THE FORMALISTIC
PERSPECTIVE OF COMMUNICATIONAL THEORY OF LAW.
BETWEEN RIGHTS AND PSEUDO-RIGHTS.

ANGELO ANZALONE*

Resumen: La teoría comunicacional del derecho, elaborada y presentada a la comunidad científica por Gregorio Robles, nos permite estudiar los conceptos jurídicos desde diferentes perspectivas. Con peculiar referencia al concepto de derecho subjetivo, veremos cómo esta teoría nos propone un estudio que tiene el objetivo final de elaborar un concepto de derecho subjetivo universalmente válido y aplicable en cualquier ordenamiento jurídico. Tarea ardua y que se mueve en un plan de análisis meramente formal, no exenta de dificultades y que deseamos presentar en el presente estudio.

Abstract: *The Communicational Theory of Law, developed and presented to the scientific community by Gregorio Robles, allow us to study the legal concepts from different perspectives. Making special reference to the concept of subjective Right, this theory proposes a study with the aim of developing a universally valid concept of subjective Right, applied in any legal order. This study shows that is a complex and a difficult task due to its merely formal analysis.*

* Doctor en Derecho. Profesor del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (España), Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales e Históricas y Filosofía del Derecho. Dirección de correo electrónico: ji2anana@uco.es. Dirección postal: Facultad de Derecho y CC.EE. –Plaza Puerta Nueva s/n– 14071, Córdoba (España).

Palabras claves: derecho subjetivo; teoría comunicacional; formalismo jurídico; idealismo jurídico.

Keywords: *subjective Right; Communicational Theory; legal formalism; legal idealism.*

Recepción original: 27/09/2016

Aceptación original: 10/10/2016

SUMARIO: I. A modo de introducción: la teoría comunicacional del derecho y sus tres dimensiones de análisis. II. Breve referencia histórica: un concepto algo polémico. II.A. ¿Derecho romano clásico u orden de los franciscanos? II.B. El psicologismo jurídico. II.C. El monismo de Kelsen. II.D. La perspectiva del neoidealismo italiano. III. El derecho subjetivo ante la teoría comunicacional del derecho. III.A. Estructura del concepto. III.B. Clasificación del concepto. IV. Reflexiones finales: norma objetiva y norma subjetiva al servicio de la libertad personal. V. Bibliografía citada.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO Y SUS TRES DIMENSIONES DE ANÁLISIS

Es habitual interrogarse sobre la naturaleza del derecho, así como sobre el significado de los principales conceptos ligados al fenómeno jurídico en su conjunto. Estudiosos de todo tiempo y lugar siguen buscando respuestas y soluciones que, la mayoría de las veces, llaman la atención por la originalidad de sus posturas. En este contexto, la teoría comunicacional del derecho, elaborada por Gregorio Robles, constituye una importante y novedosa herramienta de análisis. La relación entre derecho y texto, derecho y lenguaje, la diferencia entre ordenamiento y sistema, los conceptos de poder y de deber, el problema de la coactividad jurídica, entre otras, son importantes cuestiones que el autor convierte en objeto de estudio. En esta sede –y sin ninguna pretensión de ser exhaustivos– veremos como uno de los conceptos que, a lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico y político, ha ocupado gran parte de la literatura, ha sido enfocado por Robles dentro de una de las tres perspectivas ofrecidas por su teoría comunicacional. Me refiero al concepto de derecho subjetivo y a su estudio desde una perspectiva formal.

El tridimensionalismo que caracteriza la teoría comunicacional del derecho¹, en efecto, es aplicable al estudio del concepto de derecho subjetivo. Según la perspectiva formal, hay que buscar la definición de un concepto universal propio de cualquier ordenamiento jurídico; según la dogmática, hay que descubrir qué significados se le atribuyen –a través de la regulación normativa– a los derechos subjetivos en un ordenamiento jurídico determinado; según la pragmática –designada por Robles como la teoría de las decisiones jurídicas–, hay que debatir sobre el contenido (¿axiológico?) que deberá atribuirse a determinados derechos subjetivos. Demostrando una coherencia sistemática en su análisis, el autor prefiere plantear un estudio del concepto de derecho subjetivo que se coloca entre los rígidos y universales esquemas de la teoría formal, esto es, en la primera de las tres perspectivas de la teoría comunicacional del derecho.

Evidentemente, en las páginas que siguen, recordaremos también algunas otras visiones que han sido formuladas en el seno de la reflexión teórica y filosófica. De momento, y a efectos meramente intro-

¹ El citado tridimensionalismo acompaña este pensador español en otros ámbitos de su magistral contribución científica. En efecto, su producción intelectual y crítica, además de ser ampliamente conocida por haber desarrollado un original análisis de la dimensión y de la esencia comunicativa del derecho, ha tenido un importante impacto en la comunidad científica por la atención dedicada a la sociología del derecho. Precisamente, en ROBLES MORCHÓN (1997), el autor acompaña el lector hacia la comprensión del fenómeno sociológico-jurídico, sea desde un punto de vista histórico que sistemático. Ehrlich, Weber y Geiger son los tres autores que mejor le permiten entrar en las problemáticas presentadas por esta disciplina; tras haber descrito brevemente la génesis y la formación de la sociología del derecho, el autor propone un «programa de investigación» para esta nueva disciplina. Es interesante notar que, según Robles, el derecho es principalmente «un medio de comunicación» entre los seres humano y la teoría del derecho es «el análisis del lenguaje de los juristas». Los niveles de análisis de la teoría del derecho, lo hemos dicho, son tres: teoría formal del derecho, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la decisión jurídica. Se hace necesario, y con el objetivo de crear tres niveles de análisis paralelos, utilizar un método tridimensionalista también en el estudio del fenómeno sociológico-jurídico. Tendremos, así, la sociología formal del derecho, la sociología de las instituciones jurídicas y la sociología de la decisión jurídica. La sociología formal del derecho estudia las formas sociales y los conceptos sociológicos formales generales, relacionándolos con uno de los fenómenos más relevantes, el derecho; la sociología institucional del derecho pretende analizar las relaciones de las instituciones jurídicas con la realidad social; la sociología de la decisión jurídica se preocupa de analizar el aspecto, quizás, más dinámico del derecho que deriva precisamente de los procesos de decisión jurídica (muchas veces, como sugiere el autor, vinculados a la expresión de la voluntad del poder político). Dicho esto, simplemente queremos destacar que, en el marco de este ulterior análisis tridimensionalista (esta vez de corte sociológico), podemos apreciar como Robles enfoca el estudio del concepto de derecho subjetivo –una vez más– en el primer nivel de análisis, estos es el nivel de la sociología formal del derecho, puesto que considera el derecho subjetivo como uno de los conceptos sociológicos-jurídicos puros más relevantes.

ductorios, recordamos que la perspectiva objeto de nuestro análisis exige un estudio del concepto de derecho subjetivo entendido como núcleo esencial de una peculiar relación jurídica. Esto quiere decir que –en la opinión de Robles– las relaciones jurídicas pueden ser de tres tipos: 1) relaciones interpersonales, o sea aquellas conexiones que se establecen entre sujetos de derecho o personas; 2) relaciones intersistémicas, o sea el conjunto de relaciones que vinculan a los sistemas jurídicos; 3) relaciones interordinales, aquellas relaciones que ponen en contacto el derecho con otros ordenes normativos (como, por ejemplo, la moral o la religión).

El estudio del derecho subjetivo se hace posible centrando nuestra atención en el primer tipo de relaciones jurídicas, es decir, aquellas que se establecen entre dos sujetos de derecho. Si las normas jurídicas, fundamentalmente, relacionan las acciones de los sujetos, podemos afirmar –según Robles– que el centro de gravedad permanente de una relación jurídica está constituido por la relación entre deberes jurídicos y derechos subjetivos. Tendremos, pues, dos aspectos fundamentales de las relaciones jurídicas interpersonales: el aspecto activo, formado por el conjunto de derechos subjetivos, y el aspecto pasivo, formado por el conjunto de deberes jurídicos correspondientes.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA: UN CONCEPTO ALGO POLÉMICO

En el marco de la especulación teórica, cualquier concepto jurídico tiene su propia evolución histórica. Como no podía ser de otra manera, lo mismo ocurre con el concepto de derecho subjetivo, pues suele afirmarse que su teorización comienza en el seno de una orden religiosa y, precisamente, en la de los franciscanos.

II.A. ¿Derecho romano clásico u orden de los franciscanos?

Es Guillermo de Ockham, efectivamente, quien nos dice que habría que distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho subjetivo: en el primer caso, se considera como propietario aquel sujeto que tiene la titularidad de la cosa; en el segundo caso, el simple ejercicio de la cosa no implica dominio sobre la misma. Más adelante, el desarrollo conceptual operado por la escolástica nos ofrece un concepto de derecho subjetivo teorizado según la trilogía de leyes: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex positiva*. El derecho subjetivo será la expresión direc-

ta de la ley natural, la cual impone deberes naturales y concede derechos. En cualquier caso, y aunque no se puede negar que la famosa diatriba entre Ockham y el Papa Juan XXII –a la que también se refiere Robles– produce un importantísimo avance en el proceso histórico de conceptualización del derecho subjetivo, es de justicia reconocer que no tan pacíficamente se admite un derecho romano clásico en el cual se desconozca totalmente la idea de derecho subjetivo.

Sobre la existencia o no del derecho subjetivo en el derecho romano, famosa es la polémica entre Michel Villey y Giovanni Pugliesi. El primero negó que en el derecho romano clásico fuera posible apreciar la existencia de la categoría del derecho subjetivo –entendido según las construcciones de la dogmática contemporánea–; Pugliese, oponiéndose a las afirmaciones de Villey, afirmó que el término *ius* indicaba, también en el derecho romano, un auténtico derecho subjetivo. Con esto, el historicista italiano no pretendía reconocer que los romanos habían elaborado un concepto de derecho subjetivo, así como no lo hicieron para otras categorías jurídicas, pero ello no quería decir que esta categoría moderna no se pudiera utilizar y apreciar al estudiar y comentar los textos jurídicos romanos. Como podemos comprender, se trata de ver si en los textos romanos es posible apreciar una nítida distinción doctrinal entre *ius*, *potestas* y *facultas*².

Sobre la diatriba entre Juan XXII y Ockham, acerca de la pobreza evangélica, ha sido observado que es Villey quien intentó convencer la comunidad científica de que la categoría del derecho subjetivo fue elaborada por Guillermo de Ockham. Sin embargo, estudios de Alejandro Guzmán y de Brian Tierney pretenden demostrar que la noción de derecho subjetivo había sido una creación de los canonistas del siglo XII y que Ockham encontró ya formada, limitándose a usarla. En este sentido parece expresarse también Carpintero Benítez, quien observa que «Las dos grandes preocupaciones del de Ockham fueron demostrar que ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada, ni en común ni a título particular, y que el uso de una cosa, del tipo que sea, mueble o inmueble, en nada se relaciona con el *dominium* que se han inventado los cultivadores de las ciencias legales y jurídicas. Él se adentra por las Sagradas Escrituras –demuestra conocerlas con precisión, de memoria–, y de la mano de la mentalidad romanista que insistía en la «*communis omnium possessio*» y en la «*omnium una*

² Sobre este aspecto, remitimos al profundo estudio realizado por MEGÍAS QUIRÓS (2003), págs. 20-26.

libertas» (hechos incuestionables para el), trata de rebatir las tesis de Juan XXII»³.

II.B. El psicologismo jurídico

A pesar de recordar el polémico origen histórico del derecho subjetivo, el autor de la teoría comunicacional centra su atención en el terreno que –en su opinión– ha sido el más fecundo en la conceptualización de esta categoría jurídica, esto es, el terreno del iuspositivismo. La teoría de la voluntad, de Windscheid, y la teoría del interés, de Ihering, son las dos posturas que –en el siglo XIX– presentan un concepto de derecho subjetivo estrictamente relacionado con una interpretación de la realidad jurídica desde el punto de vista de la psicología de los individuos.

En Windscheid resulta de fundamental importancia el concepto de voluntad, o sea, aquella facultad del alma humana que tiene la capacidad de movilizar nuestras fuerzas para realizar las acciones. Un aspecto, pues, que se diferencia de la razón debido a que esta última tiene un carácter más contemplativo y estático. A la razón, le corresponde el razonar y el entender, mientras que a la voluntad le corresponde el querer. Según la teoría voluntarista, el ordenamiento jurídico no hace otra cosa que autorizar este querer y, por tanto, el derecho subjetivo es expresión de la voluntad del sujeto. Medina Morales afirma que, en este orden de ideas, derecho subjetivo puede significar dos cosas: en primer lugar, derecho a un cierto comportamiento de una o más personas con respecto al sujeto autorizado; en segundo lugar, el derecho subjetivo puede indicarnos que el ordenamiento jurídico hace posible que la voluntad del sujeto de lugar a mandatos jurídicos que generan, modifican o extinguen derechos. Habrá, pues, derechos subjetivos que recaen sobre la propia conducta y derechos subjetivos que se refieren a la conducta de otras personas⁴.

Robles señala que, en cualquier caso, no se pueden admitir instancias y nociones provenientes de la psicología para definir conceptos jurídicos en el marco de una teoría formal del derecho que, a su vez,

³ CARPINTERO BENÍTEZ (2003) pág. 72. Sobre la terminología utilizada por Guillermo de Ockham (*prima potestas, primum dominium, usus, usus facti, dominium originarium y principale, jus poli, jus utendi*, etc.) y para un exhaustivo análisis de la cuestión, remitimos al estudio de CARPINTERO BENÍTEZ (2003), págs. 41-81.

⁴ Cfr. MEDINA MORALES (2005), pág. 37.

constituye el núcleo esencial de su teoría comunicacional⁵. La teoría del interés de Ihering, en efecto, representa otra postura teórica formulada también en el seno del psicologismo jurídico. En todo derecho subjetivo –según Ihering– encontramos dos elementos: uno sustancial y otro formal. El elemento sustancial es el interés. El elemento formal es la protección jurídica de dicho interés. En resumidas cuentas, el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido, puesto que los derechos –según esta concepción– no pueden ser el fin de la voluntad sino más bien le pueden servir como medio a ésta. La voluntad, por tanto, no puede ser objeto único del derecho, porque sería difícil explicar cómo las personas sin voluntad tienen derechos. Los derechos, pues, existen para garantizar los intereses de la vida y no solo los intereses de naturaleza meramente económica⁶. Los intereses y los bienes protegidos por los derechos subjetivos pueden ser materiales o no y, en definitiva, todos los intereses reconocidos por el legislador tendrán relevancia jurídica y, una vez dotados de aparato de protección, serán elevados a derechos subjetivos. Ihering hace depender el derecho subjetivo de un sentimiento, hasta el punto que concibe a este como una lucha por lo que se siente «suyo»⁷. «... No es el interés material atacado quien pone al individuo que recibe tal lesión en el camino de reclamar una satisfacción, sino el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima»⁸. Un derecho subjetivo, pues, identificable con un sentimiento.

⁵ El autor, en efecto, advierte que «la teoría formal no puede introducir elementos de naturaleza fáctica en la definición de sus conceptos. En esto no nos separamos de los planteamientos propios de la Teoría pura del Derecho». ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 600.

⁶ Es preciso observar que, en este punto, Robles observa que «aunque los bienes e intereses son de muchas especies, no deja de ser cierto que, cuando se participa en un pleito en el que se trata de defender intereses de tipo espiritual, los jueces los suelen convertir a su equivalente económico. Puede afirmarse, por consiguiente, que el núcleo duro del concepto de interés es el económico. Esta manera de ver las cosas enlaza además muy bien con la mentalidad propia del utilitarismo, corriente que en buena parte inspiró las posiciones del “segundo Ihering”». ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 602.

⁷ Cfr. MEDINA MORALES (2005), pág. 34.

⁸ IHERING (1989), pág. 75. August Thon señala que la teoría del interés no es del todo acertada. Según este autor, en realidad, el derecho subjetivo no participa de dos elementos fundamentales (habíamos dicho, según Ihering, uno formal y otro sustancial) sino más bien de uno solo: según esta postura –crítica hacia la teoría de Ihering– el derecho subjetivo no es el interés jurídicamente protegido, sino la protección y el aparato formal-procesal y protector del interés. No el contenido sino la forma (como bien señala ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 603). En este sentido cabe señalar que, según THON (1939), pág. 17, el derecho de una sociedad no es otra cosa que un conjunto de imperativos.

Junto a la teoría del interés y la teoría de la voluntad –y siempre en el terreno del psicologismo jurídico– existe una tercera teoría que pretende armonizar el fin con la voluntad. Nos referimos a la tesis de Bernatzik, definida como la teoría de la combinación, según la cual el derecho subjetivo es «un fin humano por medio de cuya realización reconoce el orden jurídico la posibilidad de un señorío de la voluntad...»⁹. Como podemos apreciar, el autor austriaco quiere combinar los dos elementos (fin y voluntad) para llegar a una diferente conceptualización del derecho subjetivo. Sin embargo, la voluntad dirigida a un fin no se diferencia tanto del concepto de interés del que nos habla Ihering.

II.C. El monismo de Kelsen

Las tesis del psicologismo jurídico le servirán a Kelsen para perfilar su posicionamiento sobre el tema que nos ocupa¹⁰. La influencia kelseniana ha sido extraordinaria y su magistral obra ocupa un importante lugar en el pensamiento jurídico contemporáneo; se trata, sin lugar a dudas, de una contribución decisiva para la teoría del derecho y no podemos prescindir –aunque brevemente y sin pretensión de ser exhaustivos– del análisis de su postura¹¹.

Con respecto a la conceptualización del derecho subjetivo, es necesario partir del hecho que la doctrina kelseniana, en general, es una teoría monista¹². En ella no es admisible una distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo; el derecho subjetivo nunca precede al derecho objetivo y sin derecho objetivo no es posible hablar de derecho subjetivo. Esto no quiere decir que se esté negando la existencia del derecho subjetivo, pues Kelsen admite que se trata de la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de su relación con un sujeto. Más precisamente, en el marco de una relación jurídica, el

⁹ Cit. por LOPEZ HERNANDEZ (2005), págs. 73-74.

¹⁰ «... Kelsen opina que Windscheid, al igual que Ihering, cae en un concepto específicamente iusnaturalista del derecho subjetivo, pues lo concibe como toda órbita del individuo delimitada por el ordenamiento jurídico y libre de la injerencia del Estado, es decir como el «reflejo material» de los deberes estatuidos en el ordenamiento jurídico, y sostiene que, desde el punto de vista jurídico-formal, semejante derecho es algo tan inconcebible como lo sería un deber a una conducta ajena». MEDINA MORALES (2005), pág. 39.

¹¹ En la obra de Robles, por ejemplo, se hace constante referencia a las posturas doctrinales del austriaco, tanto para criticarlo como para compartir algunas de sus facetas teóricas.

¹² Sobre la superación de los dualismos en Kelsen, remitimos a las observaciones de ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 609-610.

deber sería la primera forma de subjetivación de la norma en el sujeto, puesto que surge, en los sujetos a la norma, la obligación de no vulnerar la misma o de no realizar el comportamiento indicado como condición a la correspondiente sanción. Observar un deber jurídico, pues, se concreta en la realización de conductas opuestas a las que constituyen condición de sanción. Si el deber –en Kelsen– es una modalidad subjetiva necesaria, el derecho subjetivo es una modalidad jurídica posible de la norma, o sea «la consecuencia o el mero reflejo del deber que ha de cumplir quien se encuentra sujeto a ciertas normas (procesales) para que, en virtud de las mismas, sobrevenga una consecuencia jurídica (sanción o ejecución). Por esta razón Kelsen proclama, frente a tantos otros autores, que el derecho no es el interés protegido, sino el medio de protección de un interés...El derecho subjetivo, en cuanto facultad, queda meramente convertido en una modalidad o forma peculiar del derecho objetivo. En definitiva, la razón por la que un sujeto puede tener facultad para exigir a otro que se comporte de determinada forma, desde un punto de vista jurídico se debe, al parecer de Kelsen, a que la ley confiere esta facultad a la voluntad de una parte, convirtiéndola así en condición necesaria para que se actualice la sanción»¹³.

Robles observa que el autor de la «Teoría pura del derecho» mantuvo, en un primer momento, una tesis casi negadora del derecho subjetivo. Se trata de una teorización del derecho subjetivo que podemos situar en una línea de continuidad con Ihering, pues propugnando la idea de los derechos reflejos hace que los derechos subjetivos sean los reflejos de los deberes jurídicos. Al mismo tiempo, la teorización kelseniana no esconde la influencia de Thon, pues es este último quien mantiene que el derecho subjetivo es la misma norma jurídica puesta a disposición de un sujeto (que será el titular del derecho subjetivo)¹⁴. Kelsen, por tanto, deja de lado el dualismo entre el sentido subjetivo y objetivo del derecho, considerando a la totalidad del derecho en su validez objetiva, como un todo jurídico.

Con la segunda edición de la «Reine Rechtslehre», sin embargo, encontramos una evolución positiva en la conceptualización del derecho subjetivo. Robles, refiriéndose al análisis que Kelsen realiza sobre el uso de la expresión «derecho subjetivo», señala que el filósofo de Viena va a hacer algo que no es muy frecuente en sus postulados teóricos. Las acepciones utilizadas por Kelsen, en efecto, son las siguientes: mero derecho reflejo, derecho privado subjetivo en el sentido

¹³ MEDINA MORALES (2005), págs. 201 y 204.

¹⁴ Cfr. ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 607-609.

técnico, derecho subjetivo político, derecho subjetivo referido al permiso positivo otorgado por una autoridad administrativa. En el primer caso (mero derecho reflejo), nos encontramos con la acepción ya utilizada anteriormente por Kelsen, en su primera edición de la teoría pura. El derecho subjetivo es el reflejo de la existencia de un deber jurídico. En el segundo caso (derecho privado subjetivo en sentido técnico), Kelsen se refiere a los derechos privados que otorgan un poder al individuo en virtud del cual puede hacer valer el cumplimiento de un deber jurídico, interponiendo una acción judicial. Destaca Robles que se está admitiendo la posibilidad de que un individuo contribuya a la creación de normas jurídicas individuales, que son las sentencias. No muy diferente, en este último sentido, es la tercera acepción de derecho subjetivo (político), pues se trata de aquellos poderes otorgados a determinados sujetos para participar activa y directamente a la creación de normas jurídicas generales. En último lugar, el derecho subjetivo puede referirse también al permiso otorgado por una autoridad, como es el caso de una licencia o de una concesión administrativa¹⁵.

II.D. La perspectiva del neoidealismo italiano

En el marco del neo-idealismo italiano, y en la opinión de Felice Battaglia, uno de sus máximos exponentes, ha sido acogida la tesis de Giorgio Del Vecchio. Según el jurista de Bolonia, representante del neokantismo italiano, si el derecho objetivo consiste en un criterio «superesistencial» para valorar el actuar, el derecho subjetivo es un querer no desarrollado. No es un querer o un actuar concreto, sino la posibilidad del querer, una posibilidad bien definida del querer lícito. El derecho subjetivo, así, no será otra cosa que un poder o un conjunto de poderes atribuidos al querer, una posibilidad de poder concedida al querer.

Los elementos fuertemente conexos, por tanto, son dos: la facultad de querer y la de actuar. Todo ello, sin embargo, según los límites indicados por el ordenamiento, puesto que nunca se debe salir fuera del marco indicado por los imperativos. Es necesario afirmar que la facultad de la que estamos hablando no es arbitraria, constituyendo una secuela de la norma que prevé su esfera de acción. El poder es,

¹⁵ Aquí hemos resumido, quizás excesivamente, el análisis que Kelsen realiza sobre las diversas acepciones del concepto de derecho subjetivo. Por esta razón, es necesario remitir al examen más profundo realizado por ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 615-617.

así, un poder regulado y nunca entregado al capricho, un poder que vive en las condiciones establecidas por el derecho objetivo para alcanzar los resultados que busca. El derecho subjetivo es una facultad para querer y para actuar, en vista de determinados fines, pero no entregada a un querer cualquiera, sino a un querer posible en la medida en la cual quiere actuar sin romper los límites normativos de naturaleza objetiva¹⁶.

Esta última observación es de fundamental importancia si queremos comprender y justificar la juridicidad total y completa del derecho subjetivo, ya sea desde un punto de vista intra-personal o interpersonal, y que permite sustentar que la juridicidad del derecho subjetivo no se agota en el derecho privado, sino que se desarrolla también en los meandros del derecho público¹⁷. Facultad y pretensión son, pues, elementos siempre presentes e indisolubles en la esfera subjetiva del derecho, son dos funciones del mismo derecho, aunque a veces una de las dos predomina y brilla con mayor relieve respecto a la otra. Existe, así, un indisoluble nexo entre las esferas objetiva y subjetiva del derecho, ya sea en el momento de la construcción formal y desarrollo de categorías, o bien en la aplicación del momento teórico (o sea del momento práctico), aquel momento que se puede identificar con el ejercicio de la acción judicial por parte del sujeto y que reconduce plenamente al típico ejercicio de lo que viene establecido por el derecho subjetivo, como consecuencia del dictado normativo objetivo. Uno no existiría y no encontraría constatación empírica sin el otro (y viceversa).

El ejercicio del derecho subjetivo, por tanto, y siguiendo los postulados de aire neoidealista, siempre se refiere al derecho objetivo como condición formal de su posibilidad. En todo caso, el ejercicio de un derecho subjetivo tiene que enfrentarse y armonizarse con los derechos e intereses concurrentes y, dado el caso, también con el interés general. Este aspecto subjetivo del derecho, recientemente definido como pretensión garantizada por el ordenamiento jurídico¹⁸, se puede entender como posibilidad o conjunto de posibilidades atribuidas por la norma y que son aseguradas por la obligación ajena, poniendo el derecho en la esfera de la libertad.

¹⁶ La postura del exponente del neoidealismo italiano, así como el análisis de la tesis de Del Vecchio, puede consultarse en BATTAGLIA (1951), págs. 195 y 196.

¹⁷ En este sentido, BATTAGLIA (1951), pág. 197, remite a las observaciones de ROMANO (1897), págs. 109-220.

¹⁸ Cfr. GUASTINI (1996), págs. 147-156. Véase también LA TORRE (1996).

En esta dialéctica, el concepto de lícito resultará extensivo con respecto al concepto de derecho subjetivo, ya que se tratará de una posibilidad o de un conjunto de posibilidades en una zona «inclusa». Estas situaciones «permitidas y garantizadas» varían constantemente, a veces son más amplias y otras veces más estrechas –en base al tiempo y al lugar (por ejemplo)–, estando siempre afectadas por las condiciones del sujeto. En todo caso, tales situaciones «permitidas y garantizadas», nunca podrán desviar y contravenir las perennes exigencias del hombre.

III. EL DERECHO SUBJETIVO ANTE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Decíamos que el tridimensionalismo de la teoría comunicacional del derecho es aplicable al estudio del concepto de derecho subjetivo y que, demostrando una cierta coherencia sistemática, Robles plantea el estudio del concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva formal, buscando la definición de un concepto universal propio de cualquier ordenamiento jurídico. Es probable que el autor decida adoptar un método de estudio puro para evitar que un concepto universal de derecho subjetivo –trazado por él– pueda sufrir ataques o críticas de corte valorativo. Efectivamente, para evitar confusiones de naturaleza ideológica, advierte Robles que, en la búsqueda de un concepto universal de derecho subjetivo, hay que diferenciar entre las expresiones «derecho de» y «derecho a». Esta última expresión es más típica de las manifestaciones políticas e ideológicas, mientras que con la expresión «derecho de» se suele hacer referencia a un derecho subjetivo ya organizado y regulado por el derecho positivo. En este caso, parece evidente que el autor quiera poner de manifiesto la diferencia y el abismo que existe entre el momento abstracto y el momento concreto del fenómeno jurídico. Es el mismo Robles quien advierte que la Constitución, por ejemplo, al proclamar el «derecho a la vida...», o «...a la libertad», o «...a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones», (etc.), no hace otra cosa que proclamar y no regular en sentido estricto. La «letra pequeña» –según el autor– se deja al legislador, quien tendrá la tarea de hacer madurar un «derecho a» en un «derecho de»¹⁹.

En cualquier caso, y antes de analizar la estructura del concepto, recordamos que la ubicación ideal del derecho subjetivo –en la teoría comunicacional– coincide con el campo de acción de las relaciones

¹⁹ ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 653-655.

jurídicas interpersonales y se limita al ámbito del derecho privado. A su vez, y apelando a la diferencia que suele realizarse entre situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas, el derecho subjetivo representa la situación jurídica activa por excelencia debido a que, mediante ese poder jurídico concreto, se capacita a uno o más sujetos para exigir algo, o sea una conducta de hacer o no hacer en presencia de determinadas circunstancias.

III. A. Estructura del concepto

Coherente con tales premisas, y por lo que se refiere a la estructura conceptual del derecho subjetivo, la perspectiva formal de la teoría comunicacional nos indica que la primera función de todo derecho subjetivo es la de atribuir títulos. El objeto jurídico, podríamos decir, tiene que pertenecer a un sujeto jurídico. Por esta razón, a través del título se especifica y se define al titular. Distribuyendo y atribuyendo derechos subjetivos a los diversos titulares asistimos a una verdadera distribución de bienes. Un punto, este, que suscita mucho interés, pues sería interesante conocer la opinión de Robles sobre el concepto de bien y sobre la dinámica de distribución de estos bienes. Pero sabemos que, de momento, nos estamos moviendo en el nivel formal de su teoría comunicacional y, por tanto, no hay lugar para disertaciones axiológicas o valorativas. Será necesario esperar, pues, la elaboración de la teoría de las decisiones jurídicas –tercera perspectiva de análisis de la teoría comunicacional del derecho– para enlazar estos rígidos esquemas formales con las consideraciones valorativas del autor. De momento, nos limitamos a destacar que los derechos subjetivos determinan los titulares (sujetos jurídicos) y las titularidades (bienes jurídicos correspondientes), y que la titularidad es una adscripción de un bien a una persona. Esta fase, en la búsqueda de un concepto universal de derecho subjetivo –desde una perspectiva meramente formal–, es primaria y fundamental²⁰.

Una segunda función del derecho subjetivo consiste en definir el poder jurídico concreto que los titulares pueden ejercer sobre las titularidades correspondientes. Si el título se refiere al sujeto del derecho subjetivo, el poder se refiere a su contenido. Por esta razón, el derecho subjetivo es un poder jurídico concreto, organizado y regulado por los textos jurídicos. Un doble sentido, por tanto, del verbo «poder»: por una parte, el sentido amplio de «poder», entendido como conjunto de acciones posibles, lícitas e ilícitas; por otra, el sentido

²⁰ Cfr. ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 657-658.

estricto de «poder», entendido como mero conjunto de actos lícitos. Es evidente que, en los ordenamientos jurídicos, las normas reguladoras de los derechos subjetivos establecerán las acciones que los sujetos podrán realizar. Un concepto auxiliar, en este sentido, será el concepto de abuso del derecho, pues delimitará las acciones ilícitas y, por esto, prohibidas, limitando a su vez las acciones propias de un determinado derecho subjetivo. Robles advierte que, para conocer el conjunto de acciones posibles y lícitas en un determinado sistema jurídico, habrá que realizar una operación de resta: a todas las acciones posibles que comprende un derecho subjetivo habrá que restarle las acciones que la ley prohíbe expresamente (límites extrínsecos) y, a este resultado, habrá que restarle también las acciones indicadas como abuso del derecho (límites intrínsecos)²¹.

En este sentido, razón tiene el autor cuando indica que, al cuestionarse en qué consiste la concreción de ese poder jurídico, nos introducimos en una cuestión filosófica bastante profunda, o sea, la diferencia entre lo abstracto y lo concreto. Sobre lo abstracto y lo concreto, como momentos esenciales de la juridicidad, mucho se ha dicho –por ejemplo– en el ámbito del neo-idealismo italiano. Esta corriente de pensamiento nos presenta la práctica bajo la forma de la juridicidad o la juridicidad como forma trascendental de la práctica, o sea, aquella forma que nos explica todas las conexiones entre los hombres y que constituyen la vida cotidiana. La juridicidad, de este modo, coincide con el «ethos»²², ya que ambos se legitiman en un principio común y en ambos la relación entre personas es, esencialmente, una ineludible forma de vida expresada en plena libertad y completa espontaneidad, en cuyo seno confluyen los momentos universal e individual. Se le podrá llamar ética o jurídica, pero la relación que da lugar a la dialéctica propia del «ethos», como específica actividad práctica, o del derecho como actividad jurídica, se desarrolla siempre según la dinámica que quiere individualizar el universal y universalizar el individual. Si admitimos todo esto, pues, la juridicidad es categóricamente práctica y concreta. En esta dialéctica, el concepto que desempeña un papel clave para el derecho es el concepto de relación jurídica en concreto. Por otra parte, la legalidad nace por la exigencia perenne del espíritu y, de la exigencia de proclamar un universal formal, en los módulos del derecho y de la legalidad (de-

²¹ ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 676. Por un estudio del verbo «poder», en relación al concepto de derecho subjetivo, y el consecuente análisis del concepto de «abuso de derecho», véase ROBLES MORCHÓN (2009a), págs. 66-88.

²² Palabra griega que, como es conocido, significa «costumbre y conducta» y que quiere indicar la forma común de vida o de comportamiento que adopta un grupo de individuos que pertenecen a una misma unidad social.

recho abstracto, ley exterior), podemos afirmar la instrumentalidad del derecho y de las leyes al servicio de las finalidades de la vida ética. La legalidad será, fundamentalmente, el esquema lógico-normativo de las acciones posibles inspiradas en un criterio supraexistencial de valor y justicia²³.

El derecho abstracto pone los pilares de la disciplina social según directrices y líneas que especifican de forma detallada, a través de sus normas y sus leyes, preordenando esquemáticamente las situaciones de los sujetos en las relaciones, aspirando a disciplinar acciones y conexiones, estableciendo un preciso sistema de facultades y deberes. El objetivo, una vez más, consiste en destacar la importancia que tiene el peligroso abismo que existe entre categorías abstractas y concretas, entre teoría y praxis, entre preceptos normativos y juridicidad práctica. El derecho, entendido como norma política de contenido intencional ético, para ser tal, debe reunir los elementos de justicia y seguridad. Las meras prescripciones abstractas persiguen, seguramente, fines de seguridad, pero no hay que olvidar que su misión justiciera concreta es la que las califica, definitivamente, como auténticamente jurídicas. Derecho y poder, o ética y política, viajan juntos en una relación dialéctica. La referencia a la justicia es, por tanto, el tributo que la política rinde a la ética o el homenaje que el derecho positivo rinde al derecho natural²⁴.

Según Robles, las normas de derecho no regulan puras abstracciones, sino tipos. El tipo se coloca entre lo abstracto y lo concreto y, a diferencia de lo puramente abstracto, sería una concreción generalizante que supone una cierta concreción²⁵. En cualquier caso, y puesto que el derecho tiene una gran importancia en la vida social, nosotros pensamos que debe acompañarla en cada momento, desde la acción concreta hasta el encuentro intersubjetivo y a su consolidación en las instituciones. Si la juridicidad es esencialmente constituida en virtud de la relación, como forma de organización ética, el derecho es el esquema ideal, o sea, la normatividad de relación y de organización. El derecho conserva el «deber-ser» delante del ser, pero un «deber-ser» no puede ignorar la íntima naturaleza del «ser», pues de otro modo no podría hablarse de reproducción abstracta ni de disciplina.

Titular, titularidades, sujeto, bienes jurídicos, poder concreto, abuso de derecho. Conceptos, todos ellos, que gravitan en torno al concepto universal –y, si queremos, abstracto y formal– de derecho subje-

²³ Cfr. BATTAGLIA (1951), págs. 112 y 113.

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE ESCALANTE (1978), pág. 224.

²⁵ ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 664.

tivo. Lo cierto es que –según Robles– por mucho que las normas puedan autorizar a un sujeto, este último siempre será libre de decidir si ejercer, o no, determinadas acciones²⁶. El derecho subjetivo, pues, existe también y sobre todo en virtud de la libertad de la persona. Y el individuo podrá realizar todas aquellas acciones que el ordenamiento no le prohíbe²⁷. Otra cosa serán los deberes, las cargas y las acciones procesales que conlleva el ser titular de un determinado derecho subjetivo. Tener que cumplir con un deber, con una determinada carga, o tener que ejercer una acción procesal, no creemos que pueda interpretarse como un atentado a esta esfera de libertad, la cual es posible adscribir, como decíamos, al concepto universal de derecho subjetivo. El sujeto sigue siendo libre. Simplemente se trata de requisitos a cumplir para que el «aparato jurídico concreto» funcione de forma coherente, según un juego de pesas y contrapesas.

III. B. Clasificación del concepto

Una vez definido el concepto de derecho subjetivo, desde una perspectiva prevalentemente formal, la teoría comunicacional nos propone una clasificación del mismo que puede variar según el bien jurídico protegido, el grado de renunciabilidad o el grado jerárquico. En esta sede, y debido al interés que suscita, nos vamos a detener brevemente en el tercer criterio de clasificación.

Los derechos subjetivos pueden clasificarse siguiendo un criterio jerárquico debido a que estos derechos se expresan, en el sistema jurídico, por medio de normas y a que las normas componen un tejido jerárquicamente estructurado. La primera y fundamental clasificación se refiere a la diferencia entre derechos constitucionales y derechos ordinarios. Pues bien, tendremos derechos subjetivos contemplados en la constitución y derechos subjetivos no recogidos en la constitución. Y este punto, precisamente, necesita más aclaraciones puesto que puede determinar alguna confusión. Robles sostiene que no todos los derechos proclamados por una constitución puedan ser clasificados, o considerados, como auténticos derechos subjetivos (por ejemplo, derecho al trabajo o derecho a una vivienda digna). La razón fundamental –en la opinión del autor– se debe a que, en algunos casos, se trata de «pseudo-derechos» o «sedicentes derechos»

²⁶ ROBLES MORCHÓN (2013), pág. 680.

²⁷ «El ordenamiento jurídico puede ser visto como concedente de un derecho subjetivo general de libertad, en virtud del cual los individuos podrían realizar aquellos actos que no estén prohibidos». ROBLES MORCHÓN (2009a), pág. 88.

que, no siendo respaldados por una protección procesal, no pueden ser calificados como auténticos derechos subjetivos. Vemos aquí, pues, otra característica fundamental del pretendido concepto universal de derecho subjetivo, o sea el necesario respaldo o la necesaria garantía procesal del mismo (nadie podrá presentar, o cuanto menos hacerlo con éxito, una demanda ante un tribunal para reclamar una vivienda digna o un empleo, haciendo valer así su derecho a la vivienda o su derecho al trabajo). ¿Qué decir, pues, de todas las eventuales medidas normativas que un ordenamiento establece para facilitar el acceso al bien jurídico que es objeto de tutela? Según Robles, se trata de meras «medidas paliativas» que pueden ser objeto de derechos subjetivos y que, sin embargo, nunca consentirán el cumplimiento efectivo de unos derechos subjetivos en sentido pleno, «... pág. ej., medidas que permitan facilitar el acceso a la vivienda o el derecho a la prestación por desempleo»²⁸. Por tanto, la mera proclamación constitucional de determinados derechos no permite, de por sí, otorgarles automáticamente las calidades típicas de los derechos subjetivos en sentido pleno.

Si todo lo anteriormente descrito es cierto, ¿cuál es la razón por la cual las constituciones prevén normas de este tipo? Por una parte, encontramos razones de carácter retórico y propagandístico. Por otra –sigue argumentando el autor–, esta presencia se justifica por el fuerte y positivo impacto social producido por todo lo que se relaciona, o se pretende relacionar, con los llamados derechos humanos. Es necesario, por tanto, reflexionar sobre la relación que Robles establece entre los conceptos de derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos humanos. Desde las primeras páginas dedicadas a la búsqueda de un concepto universal de derecho subjetivo, el autor de la teoría comunicacional del derecho relaciona muy directamente este concepto con los derechos de los individuos y de los grupos humanos o, en todo caso, con los derechos de las personas. En efecto, no se puede negar el profundo vínculo que existe entre los citados conceptos y sus respectivos contextos; no tendría sentido, sino, afirmar –como hicimos más arriba– que el derecho subjetivo pertenece íntima y profundamente a la esfera de la libertad de la persona. Particular aprecio, en este sentido, muestra el autor hacia la postura de Ulrich K. Preuss, sobre todo cuando este último conecta y enlaza el concepto de derecho subjetivo con el de derecho fundamental²⁹. Los derechos fundamentales, según Preuss, son los derechos subjetivos por excelencia y, según Robles, son derechos subjetivos privilegiados. Para ser más precisos,

²⁸ ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 697-699.

²⁹ Véase ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 638-639.

cuando hablamos de derechos humanos –argumenta nuestro autor– estamos refiriendo a meros criterios y/o principios morales, fruto de valoraciones ideológicas y –añadimos nosotros– interpretables en sus respectivos contextos, de tiempo y lugar (otra cuestión sería la pretendida universalidad de tales principios). Los derechos humanos, pues, no son calificables como derechos subjetivos en sentido pleno, sin negar que pudieran pasar a serlo una vez positivizados en un determinado ordenamiento. Nos encontraríamos, así, con los derechos fundamentales, auténticos derechos subjetivos, porque determinados positivamente y garantizados mediante un aparato procesal, y además privilegiados en cuanto que el ordenamiento jurídico les otorgará un tratamiento normativo y procesal privilegiado y diferente respecto a los derechos subjetivos ordinarios³⁰.

En resumidas cuentas, se perfilan dos categorías diferentes y opuestas: por una parte, los derechos humanos (casi impropriamente calificables como derechos) y por otra los derechos subjetivos ordinarios (*stricto sensu*). Justo en el medio encontramos esta categoría privilegiada de derechos subjetivos que es la categoría de los derechos fundamentales. Podemos ver, pues, que la idea de Robles no se difiere mucho de la de Preuss, sobre todo cuando este último afirma que los derechos fundamentales van dirigidos «a fijar esferas individuales de interés frente a la intervención de la autoridad estatal y también a conceder al autorizado el poder de hacer valer por sí mismo dicha esfera de intereses y, en caso necesario, acudiendo a los jueces»³¹.

IV. REFLEXIONES FINALES: NORMA OBJETIVA Y NORMA SUBJETIVA AL SERVICIO DE LA LIBERTAD PERSONAL

De la lectura y el análisis de la postura mantenida por Robles, podemos afirmar y recordar que el derecho coordina las acciones de dos o más sujetos, siendo, pues, norma de convivencia. No se trata de una norma cualquiera, sino de la que define una conexión entre sujetos en el doble vínculo obligación/facultad, deber/preensión. Si a la norma en la que encontramos encarnado el derecho la denominamos derecho objetivo (*norma agendi*), a la facultad o a la posibilidad que se concede podemos denominarla derecho subjetivo (*facultas agendi*). El derecho, siendo norma o facultad, distribuye los contenidos (los títulos, las titularidades y los bienes, diría Robles), en el sentido de que

³⁰ Una reflexión que es lectura combinada de ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 699-703, y ROBLES MORCHÓN (1992), págs. 17-24.

³¹ Cit. por ROBLES MORCHÓN (2013), págs. 638-639.

tales contenidos (propios del derecho) vienen creados en el respeto de la unidad del sistema, y no sobre la base de atribuciones particulares. El derecho, pues, al crear entidades y al forjar la sociedad, atribuye ciertas pretensiones e impone las correspondientes obligaciones en una sistemática unitaria. El derecho es, por tanto, principio de organización social. Desde la perspectiva objetiva, el derecho siempre es norma; desde la perspectiva subjetiva, el derecho es atribución de posibilidades. Se puede mantener, por tanto, que el derecho, a través de la norma, establece unificaciones amplias y complejas, en el intento de hacer emerger un todo orgánico.

Del fundamento de una exigencia ineludible de la conciencia, y sobre la realidad ética de la vida, el derecho crea los poderes del hombre, se los atribuye, constituyéndolo sujeto dentro de un ordenamiento y, por tanto, lo trata como persona. La personalidad jurídica del hombre es la principal consecuencia de lo que la norma, general y abstracta, establece. Una norma que se basa en la ética y que encuentra sentido en una ley de libertad. El hombre exige este tratamiento no solo por el derecho sino también por los demás hombres, delineándose así un contexto en el que avanzará una serie de pretensiones basadas en su naturaleza libre y espiritual³². La norma jurídica es bilateral y, al imponer una obligación o un deber respecto a un sujeto, concederá una facultad o, en todo caso, garantizará la pretensión de otro sujeto. El conjunto de facultades y pretensiones siempre serán definibles como normas y, por una mejor comprensión, como derechos en sentido subjetivo³³. El derecho subjetivo existe en función de la libertad, siendo al mismo tiempo garantía, ya que atribuye al sujeto las facultades para cumplir la norma o para exigir que otros la respeten. Por una parte, un derecho subjetivo que concede y, por otra, que tutela. Una peculiar pero coherente situación en la que, a cada esfera de posibilidad o licitud jurídica debida a un sujeto, corresponderá una zona de imposibilidad o ilicitud jurídica respecto a los demás sujetos.

Algunas orientaciones doctrinales pretenden negar el derecho subjetivo y su esencia, lo cual correspondería a la negación del papel de la voluntad en el mundo del derecho. Kelsen, por ejemplo, reduciendo

³² Esta es una de las principales conclusiones del filósofo italiano Felice Battaglia y que le permite sintetizar, de forma constructiva, las principales tesis de los neoidealistas italianos, Benedetto Croce y Giovanni Gentile. Véase BATTAGLIA (1951), págs. 227-228. Las referencias literarias del citado autor son DEL VECCHIO (1917) y PAGANO (1912-1913).

³³ Por una panorámica general sobre el derecho subjetivo en la literatura italiana del siglo XX, hemos consultado FERRANTE (1947), BARBERO (1939), TESAURO (1925), BONUCCI (1924), GIULIANO (1965) y GUARINO (1949).

todo a norma, reniega de los derechos subjetivos considerándolos como unos derechos objetivos vistos desde una perspectiva particular, que es la perspectiva de la obligación o de los contenidos, ya sean debidos o permitidos, y nunca facultades o pretensiones autónomas en las que la voluntad individual se opone a la voluntad negativa con un criterio discriminatorio; el derecho subjetivo, visto en esta óptica, será el mismo derecho objetivo. En este sentido, ha sido observado que la doctrina kelseniana, calificable como teoría monista, admite como derecho sólo la norma positiva; consecuentemente, la distinción radical entre derecho subjetivo y derecho objetivo no es posible en ella, de manera tal que el derecho será por excelencia derecho objetivo (norma). De ningún modo, pues, el derecho subjetivo precede o preexiste al derecho objetivo, y sin derecho objetivo nunca podrá hablarse de derecho subjetivo. A pesar de todo, y lo hemos dicho antes, Kelsen no niega radicalmente la existencia del derecho subjetivo, que define como parte integrante del orden jurídico y, más concretamente, como la norma jurídica misma, considerada por el punto de vista de su especial relación con un sujeto³⁴. Del mismo modo, ha sido observado que la teoría kelseniana responde a un modo de concebir el derecho como un sistema cerrado y perfecto, un sistema con cierta vocación a la permanencia. Un sistema de derecho perfecto, pues, fruto del racionalismo moderno y que aspira a tener una estructura «parmenidiana» cerrada y perfecta que se basa en la unidad³⁵.

Aprovechando el esfuerzo realizado por Robles, en su reconstrucción formal de un concepto de derecho subjetivo universalmente válido, en esta sede deseamos reafirmar que el derecho subjetivo no merece ser considerado como una construcción arbitraria, puesto que desarrolla una importante función. Es evidente que este concepto debe ser partícipe de todos los caracteres pertenecientes a la esfera objetiva del derecho, tratándose, efectivamente, de un imperativo abstracto y bilateral, en consecuencia, coercible y, por tanto, no inerte. De otro modo, constituiría una contradicción en términos. Es un poder tutelado, del cual se puede hacer valer su eficacia. Se trata, pues, de un análisis y de una visión que hace posible la participación casi total del derecho subjetivo en la esencia del derecho objetivo, siendo el primero un poder garantizado que se atribuye al querer. Si la norma (objetivamente hablando) es abstracta, imperativa, bilateral y coercible, también lo será el poder que emana de ella y, por tanto, el derecho subjetivo que arraiga en ella. Esto quiere decir que no hay función del derecho objetivo que no sea hecha propia por el derecho

³⁴ Así concluye MEDINA MORALES (2005), págs. 223-227.

³⁵ Cfr. MEDINA MORALES (2010), págs. 81-99.

subjetivo. Desde un punto de vista especulativo³⁶, además, interesa subrayar que por muy vaga que sea, en ocasiones, la indicación del titular y del contenido, no hay derecho subjetivo que no tenga en consideración el querer y el interés, suponiendo siempre un sujeto al cual se refiere dicho querer³⁷.

Con el objetivo de acompañar al lector hacia la conclusión de esta modesta contribución, pasamos a compendiar los puntos esenciales de la construcción teórico-formal del concepto universal de derecho subjetivo realizada en el seno de la teoría comunicacional del derecho.

- I. La constante tensión entre momento abstracto y momento concreto de la juridicidad tiene importantes consecuencias. Hemos visto que, en la construcción teórica elaborada por Robles, dicha tensión se presenta en dos momentos. Primero, a la hora de dar comienzo a la elaboración formal y universal del concepto de derecho subjetivo y, más precisamente, al destacar la diferencia que existe entre las expresiones «derecho a» y «derecho de». Segundo, a la hora de finalizar la citada elaboración conceptual y, precisamente, al definir el derecho subjetivo como un poder jurídico concreto.
- II. El concepto universal de derecho subjetivo deriva de algunas características esenciales del fenómeno jurídico. El derecho es, ante todo, un momento relacional de la vida y es definitivamente bilateral. La bilateralidad de la norma concierne los objetos y los efectos que de ella derivan, o sea las facultades, los poderes, las obligaciones y todo lo que es consecuencia del tejido normativo. Es por esto que no se puede negar la eficacia total de la bilateralidad, así como no se puede pensar en una bilateralidad de efectos que no sea bilateralidad de sujetos, siendo evidente que la norma no puede definir contenidos sin tener en cuenta los sujetos implicados. Las mencionadas características, de bilateralidad y relacionalidad del derecho, se hacen presentes en la teoría de Robles cuando el autor destaca que los derechos subjetivos determinan los titulares (sujetos jurídicos) y las titularidades (bienes jurídicos correspondientes), así como cuando aclara que la titularidad es una adscripción de un bien a una persona, definiendo esta fase como primaria y fundamental.

³⁶ En este sentido véase, entre otros, RECASÉNS SICHES (1926), págs. 473-501.

³⁷ Cfr. BATTAGLIA (1951), pág. 194.

- III. El derecho subjetivo es primariamente el derecho subjetivo de la persona, comprendido e interpretado en el sentido de la libertad, como plena asunción de la propia responsabilidad individual. El individuo, en su mundo de relaciones jurídicas, siempre será libre de decidir si ejercer, o no, determinadas acciones. Y es por esto que el derecho subjetivo existe en función de la libertad de la persona. En todo caso, una cierta carga de responsabilidad será necesario atribuir al titular de un determinado derecho subjetivo, teniendo que cumplir con precisos deberes a la hora de ejercer determinadas acciones. El sujeto, en cualquier caso, sigue siendo libre.
- IV. Del respeto absoluto de la persona deriva la fuerte conexión entre el concepto universal de derecho subjetivo y el concepto de derechos fundamentales. Los auténticos «derechos subjetivos privilegiados» –nos dice Robles– serán los derechos fundamentales, siempre y cuando no sean meras declaraciones de metas o principios, pues en este último caso nos encontraríamos con «pseudo-derechos». Para poder hablar de derecho subjetivo, pues, se hace necesario –según el autor– el respaldo o la garantía procesal del mismo. El grado jerárquico de estos derechos subjetivos y el fuerte interés que la autoridad demuestra hacia las esferas individuales protegidas, le conceden la categoría de derechos subjetivos privilegiados.

Queremos concluir observando que las teorías sobre el derecho subjetivo son el resultado de precisas referencias históricas y culturales. En consecuencia, la búsqueda de un concepto universal de derecho subjetivo es ardua y complicada. Para decantarse a favor o en contra de una determinada teoría es necesario descifrar el concepto de derecho, tarea que en esta sede no nos compete. Para nosotros es suficiente observar que en la moderna teoría del derecho se consuma una trascendente distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo y que la mencionada distinción no debería catalogar al primero como algo netamente distinto y separado del segundo. Con esto queremos decir que los dos momentos del fenómeno jurídico, objetivo y subjetivo, son cómplices necesarios en la misión principal del derecho: proteger los grupos humanos y prestar herramientas de seguridad para sus relaciones.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARBERO, Domenico (1939): *Il diritto soggettivo* (Roma, Società Editrice del Foro Italiano).

BATTAGLIA, Felice (1951): *Curso de filosofía del derecho*, Vol. II (trad. Elías De Tejada F. y Lucas Verdú P., Madrid, Reus).

BONUCCI, Alessandro (1924): *Diritto soggettivo e libertà* (Modena, Soc. Tipóg. Modenese).

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (2003): «El desarrollo de la facultad individual en la escolástica», en CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (et. al.), *El derecho subjetivo en su historia* (Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz) págs. 35-288.

DEL VECCHIO, Giorgio (1917): *Diritto e personalità umana nella storia del pensiero* (Bologna, Zanichelli).

FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, Manuel (1978): «Justicia, Derecho, Derecho Natural, opción revolucionaria», *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, n.º 7, 1978, págs. 185-226.

FERRANTE, Matteo (1947): *Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni* (Milano, Giuffrè).

GIULIANO, Mario (1965): *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico* (Bologna, Zanichelli).

GUARINO, Giuseppe (1949): *Potere giuridico e diritto soggettivo* (Napoli, Jovene).

GUASTINI, Riccardo (1966): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto* (Torino, Giappichelli).

IHERING, Rudolf von (1989): *La lucha por el Derecho* (Madrid, Civitas).

LA TORRE, Massimo (1996): *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica* (Milano, Giuffrè).

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (2005): *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea* (Colección Estudios de Derecho, Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia).

MEDINA MORALES, Diego (2005): *El derecho subjetivo en Hans Kelsen* (Córdoba, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba).

MEDINA MORALES, Diego (2010): «El derecho como idea de orden permanente en H. Kelsen. La dinamicidad jurídica como simple con-

secuencia de la sujeción al orden», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 62 (enero-junio), págs. 81-99.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (2003): «El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos», en CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (*et. al.*), *El derecho subjetivo en su historia* (Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz) págs. 17-34.

PAGANO, Antonio (1912-1913): *L'individuo nell'etica e nel diritto* (Torino, E. Loescher & C).

RECASÉNS SICHES, Luis (1926): «Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, anno VI, fasc. IV, págs. 473-501.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1992): *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* (Madrid, Civitas).

ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1997): *Sociología del Derecho* (Madrid, Civitas, Segunda edición).

— (2009a): *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho* (Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas).

— (2013): *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I* (Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, Civitas, Quinta edición).

ROMANO, Santi (1897): «La teoria dei diritti pubblici subbiettivi», en ORLANDO, Vittorio Emanuele (coord.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (Milano, Società Editrice Libreria) pp.109-220.

TESAURO, Alfonso (1925): *Il diritto soggettivo* (Napoli, Stabilimento Tipografico Tocco).

THON, August (1939): *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto* (Padova, Cedam).