

Una aportación a la reconstrucción del derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho

A contribution to the reconstruction of the subjective right in the constitutional state

Por Dr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)

RESUMEN

El Estado constitucional de Derecho reclama una profunda revisión de conceptos jurídicos fundamentales entre los que cobra particular relieve el de derecho subjetivo, dada la posición central que hoy ocupan los derechos fundamentales como bienes individuales y núcleo del bien común. Esta doble dimensión solo puede explicarse adecuadamente a partir de la superación del individualismo y la revalorización de la dimensión social de la persona como pauta para una nueva manera de entender qué significa tener un derecho, en la que sin renunciar a ver en él una posición de poder jurídico que corresponde a su titular se destaque como elemento primario e identificador del derecho lo reconocido o atribuido a cada cual. Se logra así evitar las confusiones entre el derecho, su fundamento y su justiciabilidad.

Palabras clave: *Derecho subjetivo, conceptos jurídicos, individualismo, Estado constitucional de Derecho, coercibilidad.*

ABSTRACT

The constitutional state demands a deep revision of basic legal concepts. The concept of subjective right is one of these, according to the position that

fundamental rights have today as individual goods and as core of the common good. This double dimension can only be correctly explained by leaving behind individualism and taking into account the social dimension of human being as the key of a new interpretation of what it means to have a right, which tries to emphasize that the right primarily stands in what it is recognized or attributed to somebody rather in the legal position that it gives. In this way it is easier to avoid confusions among the right, its basis and the legal actions provided to protect it.

Key words: *Subjective right, legal concepts, individualism, constitutional state, enforceability*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DECLARACIONES DE DERECHOS QUE NO CONTIENEN DERECHOS.—3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS.—4. DEL INDIVIDUALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO SUBJETIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.—5. ALGUNAS CLAVES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. BILLS OF RIGHTS WITHOUT RIGHTS.—3. THE LEGAL CONCEPTS.—4. FROM THE INDIVIDUALISM AS BASIS OF THE SUBJECTIVE RIGHT TO THE CONSTITUTIONAL STATE.—5. SOME KEYS FOR THE RECONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHT.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional de Derecho se caracteriza por la posición central que en él ocupan los derechos fundamentales. Asimismo, la praxis política aparece hoy muy ligada a la reivindicación de nuevos derechos. En España, esta tendencia ha sido especialmente visible desde la llegada al poder de José Luis Rodríguez Zapatero, quien hizo de la llamada extensión de derechos de ciudadanía uno de los pilares básicos de su acción política¹. Durante su mandato, además, se apro-

¹ Así lo sostuvo en su discurso de investidura pronunciado el 15 de abril de 2004 (<http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/Paginas/InvestiduraZapatero2004.aspx>). En él anunció su deseo de que la «etapa que ahora iniciamos suponga una oportunidad real para dotar de nueva dimensión, para llenar de nuevos contenidos, el concepto de ciudadanía. Lo haremos ampliando los derechos civiles y políticos de los ciudadanos españoles». Dicha política parecía ser una respuesta afirmativa a las reivindicaciones de diversos colectivos sociales que deseaban ver sus aspiraciones convertidas en derechos. Cabe citar el caso de los homosexuales, que han visto reconocido un derecho a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo. También podría citarse el movimiento feminista, que vio como la reforma de la ley del aborto introdujo lo que para algunos es un derecho a abortar, mientras que otros se

baron diversas reformas estatutarias como las de las Comunidades Autónomas de Valencia, Cataluña o Andalucía, que incluyeron polémicas declaraciones de derechos. La referencia a los derechos, y a los nuevos derechos emergentes², también es constante en el ámbito internacional³. Sin embargo, al tiempo que siguen reivindicándose y reconociéndose nuevos derechos, la respuesta a la pregunta qué significa tener un derecho, es decir, la pregunta sobre el concepto de derecho subjetivo, continua siendo objeto de polémica, sin que sea posible soslayarla, tanto si se desea avanzar en la teoría de los derechos fundamentales, como si el objetivo es valorar críticamente el fenómeno de los nuevos derechos, y el propio Estado constitucional de Derecho.

Igual que sucede ante otros problemas iusfilosóficos, buena parte de las discrepancias en torno al concepto de derecho subjetivo han sido de acento. Piénsese, por ejemplo, en las teorías de la voluntad y del interés. Las primeras han puesto el foco en que el titular del derecho puede determinar mediante su elección el comportamiento de otra persona, mientras que las segundas inciden en que esa elección tiene su origen en la existencia de un interés individual que el ordenamiento considera merecedor de protección⁴. Tampoco se duda de que el derecho subjetivo implique una correlación entre posiciones de poder y de deber jurídico, habiendo quienes destacan la prioridad del deber sobre el derecho y viceversa. Al tratarse de cuestiones de acento podría pensarse que nos encontramos ante debates teóricos con escasa trascendencia práctica, pero las cosas pueden cambiar radicalmente por el modo en que se acentúan⁵. El objetivo, pues, consiste en repensar el concepto de derecho subjetivo con el fin de determinar dónde se deben poner los acentos de modo que este concepto permita aprehender adecuadamente las principales características del modelo de organización política y jurídica que representa el Estado constitucional de Derecho. Comparto las palabras de Pérez Luño cuando en su conferencia «Nuevo derecho, nuevos derechos», pronunciada en las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, afirmó que el gran reto teórico es crear (o repensar con el fin de innovar, podría añadirse) nuevos conceptos para aprehender las nuevas realidades.

muestran en contra de considerar el aborto como tal, polémica que hoy sigue abierta. Finalmente, también puede señalarse que con ocasión del movimiento a favor de la recuperación de la memoria histórica se habló abiertamente de la existencia de un derecho a la memoria.

² Las XXV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Nuevo Derecho, nuevos derechos», celebradas los días 16 y 17 de abril de 2015 en Madrid, abordaron este tema como objeto central de las ponencias.

³ Cabe destacar al respecto al Declaración Universal de Derechos Humanos emergentes, http://www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#origenes.

⁴ Para una visión panorámica del debate teórico, cfr. De Páramo, Juan Ramón, «Derecho subjetivo», en AA. VV., *El derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Trotta/CSIC/BOE, 1996, pp. 367-394.

⁵ Cfr. GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, prólogo de Dalmacio Negro, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 68 y ss.

He apuntado que la discusión sobre qué significa tener un derecho permanece abierta. Prueba evidente de que esta disputa no es patrimonio exclusivo de los filósofos del derecho, así como de la estrecha relación entre teoría y práctica, es la sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina, aunque más por sus implicaciones relativas al desarrollo del Estado de las autonomías que por el debate teórico que en ella se produjo. Los términos del debate quedan fijados a la luz del voto particular discrepante que formuló el magistrado Conde Martín de Hijas. No creo exagerado afirmar que la decisión final que adoptó el Tribunal Constitucional descansó en buena medida en la concepción de lo que significa tener un derecho. Considero que analizar esta sentencia y el voto del magistrado Conde es una buena manera de comenzar a repensar el concepto de derecho subjetivo. Posteriormente, después de indagar en la cuestión relativa a la formación de los conceptos jurídicos, será el momento de avanzar en los puntos clave.

2. DECLARACIONES DE DERECHOS QUE NO CONTIENEN DERECHOS

La STC 247/2007 resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que otorgaba al art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana una nueva redacción en la que se reconoce y garantiza el derecho al agua de los valencianos en los siguientes términos: «Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley»⁶. El Tribunal Constitucional afirmó que, pese a que el título II del nuevo Estatuto Valenciano se refiere a los derechos de los valencianos, y en él se reconoce y garantiza el derecho al agua, en realidad se está ante un mandato dirigido a los poderes públicos, siendo esta interpretación la vía que permite salvar la constitucionalidad del precepto. Puede decirse, pues, que la consti-

⁶ Los principales motivos de queja del gobierno de Aragón residían en que, en su opinión, el reconocimiento del derecho al agua excede de los contenidos estatutarios constitucionalmente admisibles a la luz del art. 147.2 CE, e infringe los principios de unidad e igualdad de derechos entre todos los españoles que se desprenden de los arts. 139.1, 138.1 y 2, y 149.1.1 CE.

tucionalidad del derecho al agua, y por tanto de otros derechos estatutarios, depende de qué signifique tener un derecho.

En los fundamentos jurídicos 11 y 12 el Tribunal Constitucional había llegado a la conclusión de que «los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no solo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro» (fundamento jurídico 12). Teniendo esto presente, se puede comprender la afirmación que se realiza en el fundamento jurídico 15:

«Partiendo de este dato, nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. *Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan*⁷.

En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, *de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos*⁸, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)».

Del texto citado se desprende con absoluta claridad que el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que los Estatutos de Autonomía pueden contener mandatos a los poderes públicos autonómicos en materias de su competencia, y, en segundo lugar, que tales mandatos pueden formularse mediante enunciados que formulen explícitamente un mandato, o bien mediante enunciados de derechos individuales que habrá que interpretar como mandatos y no como derechos subjetivos en sentido estricto, habida cuenta de que carecen de justiciabilidad directa. Por tanto, aunque el Estatuto de Autonomía de la

⁷. Énfasis añadido.

⁸. Énfasis añadido.

Comunidad Valenciana reconozca y garantice a los valencianos el derecho al agua, en realidad hay que interpretar que se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos autonómicos para que hagan lo posible para lograr que los valencianos dispongan de agua suficiente en cantidad y calidad. En definitiva, nos encontramos con la sorprendente conclusión de que las declaraciones de derechos que han introducido los Estatutos de Autonomía no contienen derechos.

Como observa Conde Martín de Hijas en el voto particular que formula a esta sentencia, no es admisible salvar la constitucionalidad del precepto que se impugna obviando que tanto por su estructura normativa como por el contexto en el que se inserta se está ante el establecimiento de un derecho. Conde no explica qué entiende por estructura normativa, aunque parece que se refiere al lenguaje empleado por el legislador. A juicio del Magistrado no es indiferente el tenor de la disposición normativa en cuestión a la hora de determinar si se trata de un derecho o de un mandato dirigido a los poderes públicos. De ahí que Conde señale que «[e]l juicio de constitucionalidad de una declaración de derechos en los estatutos de autonomía no puede solventarse “con independencia de la veste de que se revistan”, pues deberá ser precisamente esa “veste” la que habrá de tenerse en cuenta para decidir si el Estatuto está estableciendo un derecho, directamente atribuido en él a los españoles residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, o si, en vez de contemplar la posición jurídica de los ciudadanos, atribuyéndoles un derecho, está impartiendo una directriz para el ejercicio de las competencias atribuidas a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma» (Punto 4.º del voto particular).

A partir de aquí Conde pasa a criticar la noción de derecho subjetivo que adopta el Tribunal Constitucional. La sentencia sostiene que cuando el Estatuto valenciano reconoce y garantiza el derecho al agua no consagra un derecho subjetivo, porque el Estatuto no atribuye a los ciudadanos posiciones jurídicas inmediatamente justiciables. Pues bien, Conde replica que «[s]i la estructura de la norma es tal, que propiamente puede verse en ella el establecimiento del derecho, el que la ulterior regulación de sus términos se remita a una norma infraordenada a la que lo establece, no resta virtualidad jurídica a la consagración estatutaria, sin que su existencia dependa ya de la ulterior norma de desarrollo, y ello independientemente de la eventual indefinición del contenido y de las dificultades que puedan derivarse de esa indefinición en el momento de su justiciabilidad». Más adelante profundiza en esta idea con más claridad si cabe. Concretamente, realiza dos afirmaciones especialmente importantes. En primer lugar, señala que «[s]i el texto estatutario es tal, que no puede negarse que en él se esté estableciendo un derecho, aunque su justiciabilidad directa pueda ser quizás imprecisa, no puede negarse apriorísticamente que pueda existir». Y seguidamente, en referencia a la justiciabilidad como rasgo identificador del concepto de derecho subjetivo, sostiene que «[n]o cabe invertir los términos del problema, anteponiendo el elemento de la justiciabilidad del

derecho, para admitir, o negar, la existencia de éste. La realidad es la contraria: si el derecho existe, (y eso le corresponde decirlo al legislador, y no a este Tribunal), es justiciable, cualquiera que pueda ser el problematismo de esa justiciabilidad»⁹. La tesis de Conde sobre la relación entre la justiciabilidad y el concepto de derecho subjetivo se completa con la referencia a los derechos reconocidos en el capítulo 3.º del título I de la Constitución que, como indica el propio Magistrado, estuvieron muy presentes en la deliberación que tuvo lugar entre los Magistrados del Tribunal Constitucional. Todo parece indicar que la mayoría que impuso su criterio sostuvo que, pese a que en dicho capítulo se reconozca el derecho a la vivienda (art. 47.1 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), o el derecho al medio ambiente (art. 45 CE), no se está propiamente ante derechos subjetivos, dado que estos derechos, tal como establece el art. 53.3 CE, informarán la legislación positiva y carecen de justiciabilidad inmediata. A ello replica Conde que «en este modo de argumentar se olvida que es la propia Constitución en el art. 53.3 la que propiamente degrada el alcance de esas declaraciones y les niega explícitamente la justiciabilidad. Pero sin una norma de ese tenor no cabe afirmar que los derechos inequívocamente declarados como tales en un Estatuto de Autonomía no son propiamente derechos, ni son directamente justiciables sin el soporte de una ley autonómica infraordenada al Estatuto» (punto 4.º del voto particular).

Según la posición del Tribunal Constitucional expresada en esta sentencia, el derecho subjetivo existe cuando los ciudadanos gozan de una posición jurídica directamente justiciable, es decir, cuando disponen de una acción procesal para proteger el derecho. Pero no hay que dejarse confundir por la referencia a la protección del derecho: sin la justiciabilidad no se estaría ante un derecho subjetivo desprotegido, sino que en sentido estricto no cabría afirmar la existencia del derecho¹⁰. Por tanto, tal como concibe el Tribunal Constitucional el dere-

⁹. En el resto de los votos particulares no se profundiza en la relación entre justiciabilidad y existencia del derecho, y si en algún caso se hace referencia a esta cuestión es para dar por buena la doctrina de la mayoría. Así se observa en el voto particular del Magistrado Delgado Barrio, que se pregunta si estamos ante un verdadero derecho respondiendo negativamente a la cuestión, debido a que, en su opinión, el derecho al agua sería una manifestación del derecho al medio ambiente, recogido en el art. 45 CE con el carácter de principio rector. Al «rebajarlo» a la categoría de principio rector, para Delgado «el derecho existirá si el legislador estatal lo dispone y no existirá si éste no lo decide». Es evidente, pues, que para Delgado la referencia al derecho al agua no constituye un auténtico derecho, por carecer, como él mismo afirma más adelante, de «virtualidad jurídica», término con el que en mi opinión pretende expresar la misma idea que traslada la mayoría del Tribunal al referirse a la justiciabilidad.

¹⁰. En la argumentación del Tribunal Constitucional hay dos expresiones ambiguas. Por una parte, se habla de «justiciabilidad directa», y, por otra, de derecho subjetivo en sentido estricto. Al aludir a la justiciabilidad directa el Tribunal permite que se piense en la posibilidad de una justiciabilidad indirecta o justiciabilidad a secas. En ocasiones, la existencia de una acción procesal es objeto de polémica y requiere ser cuidadosamente argumentada. En estos casos la justiciabilidad sería el resultado de una argumentación

cho subjetivo, la justiciabilidad es una nota esencial o necesaria de este concepto, tesis que refleja la posición kelseniana. Para valorar adecuadamente el concepto de derecho subjetivo conviene aclarar previamente cómo y en qué medida es posible discutir sobre los conceptos en general, y sobre los conceptos jurídicos en particular.

3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Toda teoría consiste en un sistema de conceptos con el que se aspira a ser capaz de dar razón de la realidad en su conjunto, en el caso de la filosofía, o de una parte de ella, por lo que respecta a las ciencias. Pero ¿qué es un concepto? Sin pretender dar cumplida respuesta a esta cuestión, siguiendo a Ortega podría decirse que un concepto representa el resultado de un esfuerzo intelectual, expresado a través del lenguaje, tendente al conocimiento de una determinada realidad¹¹. Esta aproximación permite entrever su complejidad. Por una parte, el concepto es una entidad que tiene una naturaleza convencional, al expresarse a través del lenguaje con el ánimo de avanzar intersubjetivamente en el conocimiento. Pero, como bien señala Alexy, los conceptos pretenden ser adecuados a su objeto, es decir, «procuran captar la naturaleza de las cosas a las que ellos se refieren tan perfecta o correctamente como sea posible»¹². Aquí se halla una primera dificultad, ya que el acceso a la realidad cuya naturaleza se desea conocer se realiza a través de conceptos. Con otras palabras,

que es admitida por los jueces, pero que no es claramente visible desde una perspectiva procesal. Por ejemplo, ¿carecen en absoluto de justiciabilidad los principios rectores del capítulo III de la Constitución? Es patente que los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo II de la Constitución disponen de instrumentos procesales claramente identificados para reaccionar frente a su violación; sin embargo, también hay autores que sostienen la posibilidad de construir una posición subjetiva basada en los principios rectores del capítulo III. En este sentido, cf. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derecho*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 104 y ss: «Así pues, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía judicial utilizada; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo» (cita textual en p. 105).

¹¹. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José, ¿Qué es filosofía?, en *Obras completas*, tomo VIII, Madrid, Taurus, 2008, p. 286.

¹². ALEXY, Robert, «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho” de Joseph Raz», en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, traducción, edición y estudio preliminar (titulado «Teoría del Derecho y análisis conceptual») de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigidó, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 90.

los conceptos filtran nuestro acceso a la realidad y, pese a ser un instrumento imprescindible para avanzar en el conocimiento, a su vez hay quienes piensan que en realidad no existen propiedades esenciales o necesarias de una cosa con independencia del concepto utilizado para identificar esa cosa¹³. Podría decirse, pues, que el concepto permite e impide al mismo tiempo conocer la cosa a la que se refiere. Además de esta dificultad, también merece mencionarse otra. Aquí me he referido a que el concepto pretende captar intelectualmente una realidad que no se agota en él. Pero, como señala Raz, «algunas cosas son sociales en un modo que significa que no pueden existir si su concepto no existe». Parece que Raz quiere decir que algunas realidades son puramente convencionales –pone como ejemplo, eso sí, muy matizado, el concepto de matrimonio–, lo cual significa, si interpretado correctamente su pensamiento, que en estos casos no es necesario buscar las propiedades esenciales del objeto en cuestión, pues el conocimiento se logrará mediante la elucidación del concepto, es decir, sin necesidad de confrontarlo con realidad objetiva alguna independiente de él¹⁴.

Respecto a la primera dificultad, es evidente que los seres humanos recibimos desde la infancia un conjunto de creencias, tradiciones, conceptos, etc., que condicionan nuestro acceso a la realidad. Ésta aparece troquelada por el bagaje de la tradición –en el sentido amplio en que la utiliza la filosofía hermenéutica– que la sociedad transmite a sus miembros. Ahora bien, el ser humano en un ejercicio de autocomprensión puede adquirir conciencia de ese legado y valorar críticamente diversos aspectos de esa tradición que condiciona su mirada,

¹³. Precisamente esta cuestión es objeto de polémica entre Raz, Alexy y Bulygin al referirse al concepto de derecho. Bulygin considera dudoso que se puedan conocer las propiedades esenciales de una cosa con independencia del concepto que se utilice para identificar tal cosa. Su postura huye de lo que denomina «esencialismo», que puede entenderse como la imposibilidad de acceder a las propiedades esenciales de las cosas no solo con independencia de su concepto. El párrafo de Bulygin en el que su posición se aprecia con mayor nitidez quizá sea el siguiente: «Pero si aceptamos la idea según la cual la naturaleza de una cosa depende del concepto usado para identificar esta cosa, entonces, hay efectivamente un paralelismo entre el análisis de un concepto y el análisis de la naturaleza de la cosa» (BULYGIN, Eugenio, «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz», traducción de Hernán Bouvier, en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., p. 104).

¹⁴. A pesar de ello, Raz aclara que en la mayoría de los casos las cosas «tienen la naturaleza que tienen independientemente de si tenemos conceptos que nos permiten referirnos a ellas. Podemos evaluar esto de modo bastante simple: ¿cambia la realidad física cuando adquirimos el concepto de molécula?, ¿cambia la realidad económica, en el aspecto relevante, una vez que adquirimos el concepto de inflación? Claramente no. Pero, entonces, la inflación y las moléculas estaban allí, y tenían las mismas propiedades esenciales independientemente de qué conceptos teníamos» (RAZ, Joseph, «Teoría y Conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin», traducción de Rodrigo Sánchez Brígido, en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., p. 117).

incluidos los conceptos¹⁵. Si esto no fuera posible, sería difícil explicar la evolución, el progreso y los cambios sociales. Asimismo, la discusión conceptual sería algo parecido a una práctica solipsista de retórica. Por todo ello es necesario admitir la capacidad del ser humano para acceder y contemplar la realidad a través de sus conceptos, y al mismo tiempo para valorar críticamente los conceptos con los que se ha aproximado a ella. Alexy lo expresa con estas palabras: «Ahora bien, parece que no hay acceso directo a la naturaleza de una cosa. Cualquiera que desee reconocerla tan solo lo puede hacer con la ayuda de conceptos. Todo aquel que esté interesado en la naturaleza del derecho, por consiguiente, primero, usará de todos un concepto de derecho y, segundo, preferirá el concepto que mejor capture sus rasgos esenciales sobre todas las alternativas disponibles. Esto muestra que el carácter local de la génesis del concepto es compatible con la universalidad de su validez. Esa podría ser la razón de por qué un análisis del concepto de derecho puede ser al mismo tiempo un análisis de su naturaleza»¹⁶.

La segunda dificultad estaba relacionada con el hecho de que parece que algunas realidades sociales no pueden existir si su concepto no existe. No cabe duda de que en el terreno social hay muchas instituciones creadas y moldeadas por convencionalismos, y podríamos referirnos a ellas diciendo que son productos culturales. Ciertamente, parece que estas realidades han sido creadas de forma pareja a su concepto. Ahora bien, ¿significa esto que se agotan en él? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Todo lo que hacen los seres humanos obedece a un fin cuya razón hay que buscar en el marco de una vida humana individual o de la vida colectiva. Las realidades sociales creadas en el marco de una cultura y expresadas conceptualmente obedecen también a una finalidad que va más allá del concepto y que le otorga la dimensión no convencional a la que se refiere Alexy. Si esto no fuera así podría identificarse lo convencional con lo arbitrario. Y aunque evidentemente en las convenciones está presente cierto grado de arbitrariedad –piénsese, por ejemplo, en las tendencias de la moda–, ésta se enmarca en un núcleo de sentido –continuando con el ejemplo, la moda refleja una dimensión de la vida cultural, pese a que pueda ser susceptible de crítica desde algún punto de vista–. Por ello es posible indagar si el concepto en cuestión es adecuado a la naturaleza del objeto –entendido en sentido amplio– al que se refiere¹⁷.

¹⁵. Cfr. SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 122-126.

¹⁶. ALEXY, Robert, «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho» de Joseph Raz”, en RAZ, Joseph, ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., pp. 90-91.

¹⁷. En su rechazo a todo «esencialismo», BULYGIN se pregunta «¿cuáles son las propiedades necesarias de la cosa que observo en este momento? Si la identificamos como una lámpara, entonces la propiedad de iluminar es esencial, y el material del

4. DEL INDIVIDUALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO SUBJETIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Si incluso aquellos autores que han propugnado una aproximación rigurosamente científica, basada en una perspectiva empírica¹⁸, reconocen que el concepto de derecho subjetivo cumple una función real, es decir, responde a un fin¹⁹, la mejor forma de hallar alguna luz en esta materia es indagar cuál pueda ser dicho fin repasando brevemente su origen histórico. Esta indagación ayudará a revelar la dimensión convencional de este concepto.

Se puede formular una definición breve y provisional de derecho subjetivo que sirva para avanzar en la tarea. Voy a entender por tal un poder o facultad atribuido a un individuo para la satisfacción de inte-

que está hecha resulta accidental. Pero si la identificamos como un objeto de bronce, entonces el material del cual está hecho resulta esencial, y su capacidad de iluminar accidental. Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto usado para identificar esa cosa. Si por «naturaleza» entendemos el conjunto de todas las propiedades esenciales o necesarias de una cosa, entonces, parece razonable sostener que es solo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza, *i.e.*, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales, y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente» (BULYGIN, EUGENIO, «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre «¿Puede haber una teoría del Derecho?» de Joseph Raz», *op.cit.*, pp. 101-102). Como se ve, BULYGIN no se refiere en esta reflexión a realidades sociales, sino a objetos físicos. Observa BULYGIN que dependiendo de la perspectiva que se adopte a la hora de examinar un determinado concepto se descubren diferentes propiedades esenciales. Esto es cierto, pero a mi juicio no extrae de ello una conclusión correcta. Su reflexión pone de manifiesto que la perspectiva del sujeto siempre está presente en el proceso de conocimiento, lo cual es interesante porque la perspectiva supone un punto de vista que obedece a un determinado fin o propósito que, como he indicado, otorga al concepto su dimensión no convencional. Ahora bien, no se entiende muy bien por qué a partir de ahí BULYGIN afirma que solo en virtud de nuestros conceptos las cosas tienen una naturaleza.

¹⁸. Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 25.

¹⁹. Aunque Alf Ross ve claros paralelismos entre el uso de concepto del concepto «derecho subjetivo» y el pensamiento mágico, afirma que, pese a que el derecho subjetivo carece de referencia semántica, sirve como técnica de presentación de situaciones jurídicas complejas y, por tanto, «es posible hablar con sentido acerca de derechos subjetivos, tanto en la forma de prescripciones como de descripciones» (Ross, Alf, *Tû-Tû*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 32-33. El original fue publicado en el volumen 70 (1957) de la *Harvard Law Review*). Por su parte, Karl Olivecrona coincide en que el derecho subjetivo no designa objeto alguno, pero cumple una función que él ubica en un ámbito psico-social. Aunque la palabra «derecho» no significa nada, no designa nada, «pasa visual o auditivamente a nuestra mente», y «nos hacemos la ilusión de que el término *derecho* significa 'poder' sobre el objeto, aun cuando se trate de un poder que no podemos aprehender. Y esta ilusión surge de un trasfondo emocional. En ciertas circunstancias, sobre todo en situaciones conflictivas, la idea de poseer un derecho da una sensación de poder» (OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, traducción de Luis López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 173).

reses propios²⁰, y del cual surgen deberes para una o varias personas. Aunque haya habido discrepancias en torno a la presencia del derecho subjetivo en las fuentes romanas, parece pacífico, como afirma Villey, que «dicha acepción no tendría sino un lugar muy secundario y que ella no se afirma con suficiente nitidez»²¹. El derecho, el *ius* para los juristas romanos, era la cosa justa, aquello debido a cada cual, el objeto de la justicia, entendida como la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual lo suyo, según la conocida fórmula de Ulpiano contenida en el Digesto²². El derecho era primariamente algo concreto y objetivo, o que había que tratar de determinar objetivamente, y no un poder del individuo para reclamar aquello que le era debido, al margen de que dicha facultad existiera²³. La subjetivización del derecho y con ella la aparición del derecho subjetivo entendido como poder o facultad otorgada a un individuo implica que «la materia del derecho ya no es la cosa exterior sino una realidad o cualidad personal, algo inherente a ésta»²⁴. Este profundo cambio puede verse como un proceso que tiene su origen en la Baja Edad Media y, sobre todo, alcanza verdadera importancia en los albores de la Edad Moderna.

En el marco de la polémica que tuvo lugar en el siglo XIV entre el Papa Juan XXII y los franciscanos se abrió paso una concepción diferente del *dominium*, elaborada doctrinalmente por Guillermo de Ockham, cuya finalidad fue defender la posibilidad de que los franciscanos hicieran un uso fáctico de los bienes que necesitaban para vivir sin ostentar título jurídico alguno sobre ellos. Como señala Carpintero, «las dos grandes preocupaciones 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 han inventado los cultivadores de las ciencias legales y jurídicas»²⁵. De ahí que Ockham destaque que todo dominio es una potestad o facultad que indican libertad de disposición, lo cual se opone a la ciencia jurídica romanista que «había entendido que el *dominium* es frecuentemente un *officium*, esto es, una situación jurídica objetiva vinculada al cumplimiento de unos fines determinados, de forma que el titular del derecho puede usar de

²⁰. Ese poder puede tenerse sobre una cosa, o puede concretarse en la posibilidad de actuar de determinada forma, o de exigir a otro/s un determinado comportamiento.

²¹. VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 35. Asimismo, cfr. AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 17-34.

²². Digesto, 1,1,10,1.

²³. Cfr. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 10.^a ed., Pamplona, Eunsa, pp. 15-53.

²⁴. GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, op. cit., p. 53. Cfr., también, CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, p. 264 y ss.

²⁵. CARPINTERO, Francisco, «El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica», en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, op. cit., p. 72.

la discreción pero no del arbitrio»²⁶. Esa libertad de disposición va a ser presentada por Ockham como la significación misma del derecho, aunque previa a la manifestación de la vida jurídica por cauces legales. Carpintero observa que «toda su doctrina sobre el derecho pivota sobre una facultad o potestad humana general que es anterior al derecho positivo»²⁷. A partir de este momento la subjetivización del derecho es claramente visible, y es habitual entender el derecho como cierta facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, tal como lo define Francisco Suárez, que además ve en esta facultad el último y más estricto significado de derecho²⁸.

Ockham introduce una modificación en el concepto de derecho con un fin muy concreto como es la defensa de las tesis de la orden franciscana. De igual forma es posible ver en el subjetivismo jurídico un instrumento al servicio de unas tesis que, matices –a veces muy importantes– aparte, responden a unos fines comunes inspirados por la misma filosofía política cuyas principales características conviene identificar.

El tránsito a la modernidad que se desarrolla gradualmente desde la Baja Edad Media supuso cambios muy importantes en todos los ámbitos de la vida colectiva. De todos ellos interesa destacar aquellos que afectan a la manera de entender la relación entre el individuo y la sociedad²⁹. El aristotelismo que inspira la filosofía política durante la Edad Media entra en crisis. Para Aristóteles el hombre es un animal político, es social por naturaleza, y, por consiguiente, la sociedad como tal no necesita justificarse. El individuo se integra en ella y, pese a que ello pueda dar lugar a dificultades con la consiguiente exigencia de «ajustar» las conductas, tarea en la que halla su núcleo original de sentido la actividad jurídica, no existe una oposición entre el individuo y la sociedad. Todo cambiará cuando se discuta esa visión organicista del mundo en el que los seres naturales tienen unas esencias metafísicas que constituyen la causa final del movimiento y les con-

²⁶ *Ibid.*, p. 74. Del mismo autor, cfr. *Libertad y derecho*, México, Escuela libre de Derecho, 1999, pp. 107-113.

²⁷ CARPINTERO, Francisco, «El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica», en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, op. cit., p. 77.

²⁸ CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, op. cit., p. 264.

²⁹ Cfr. SERNA, Pedro, «Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros*, Murcia, Universidad de Murcia, 2013, p. 702: «Lo que sí es cierto es que a partir de la baja Edad media la idea de un orden social natural comenzaría a decaer y que en el iusnaturalismo moderno el «estado natural» del hombre es contemplado más bien como un caos. La sociedad es vista como un artificio, dotado de un orden creado por vía de la legalidad. Razonablemente, la idea de derecho se desplaza entonces hacia la ley, hacia el sistema normativo, no porque se abandone la referencia a la idea de orden, sino porque se empieza a pensar que la ordenación de las relaciones sociales es fruto del pacto, o de la ley positiva, como se advierte con claridad en el pensamiento de Hobbes, Locke o Rousseau, por señalar solo a algunos de los autores más destacados».

ducen a su plena realización³⁰. La visión organicista del mundo da paso a una concepción mecanicista que para alcanzar conocimientos libres de error propone analizar cada uno de los elementos más simples de esa gran máquina que es el universo con el fin de observar cómo funcionan e identificar regularidades del comportamiento³¹. Como observa Sabine, «la filosofía moderna no podía encontrar nada aparentemente tan sólido e indudable como la naturaleza humana individual»³². En la antigüedad o en la filosofía política medieval la sociedad no exigía justificación alguna, «el hombre como miembro de una comunidad organizada podría haber constituido el axioma, como en términos generales lo fue para Platón y Aristóteles, y el hombre como individuo la deducción»³³. En cambio, para las teorías del iusnaturalismo racionalista, sobre todo las que surgen con posterioridad a Hobbes, es la calidad de miembro del grupo lo que necesita explicación: «La sociedad es para el hombre, no el hombre para la sociedad; como dijo Kant, la humanidad debe ser considerada siempre como un fin y no como un medio. El individuo es anterior lógica y éticamente. Para la filosofía del siglo XVII las relaciones aparecen siempre como menos importantes que las sustancias: el hombre era la sustancia; la sociedad, la relación. Esta supuesta prioridad del individuo pasó a ser la calidad más notoria y persistente de la teoría del derecho natural y lo que diferencia de modo más claro a la teoría medieval moderna»³⁴.

El derecho subjetivo se convierte en el concepto que expresa de la mejor manera posible la libertad originaria de la que gozaban los seres humanos, y ello va a conducir a una disyuntiva de la que va a ser difícil salir, pues «por un movimiento dialéctico se pasa insensiblemente a suponer que «la otra» categoría posible es la de *dominación*»³⁵. Esta dialéctica es claramente visible en la obra de Hobbes, pues si el derecho natural es la libertad de la que gozan los individuos en el estado de naturaleza³⁶, será necesario un pacto social que sirva para instituir

³⁰ Cfr. COPLESTON, Frederick, *Historia de la filosofía. Tomo 4.*, traducción de Juan Carlos García Borrón, 6.ª ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 19-20.

³¹ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 17-24.

³² SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, traducción de Vicente Herrero, 3.ª edición, México, Fondo de Económica, 1994, p. 336.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica, op. cit.*, p. 265.

³⁶ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, XIV, se cita por la edición de Alianza Editorial, con traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2004, p. 119: «El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca, para la preservación de su propia naturaleza, esto es, de su propia vida; y, consecuentemente, de hacer cualquier cosa que, conforme a su juicio y razón, se conciba como la más apta para alcanzar ese fin». En el mismo sentido *De Cive*, 1,7 (Se cita por la edición de Alianza Editorial con traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Madrid, 2000), p. 60: «La palabra *derecho* no significa otra cosa que la libertad que todo hombre tiene para hacer uso de sus propias facultades de acuerdo con la recta razón. Por lo tanto, el primer fundamento del dere-

un soberano capaz de poner orden a través de sus mandatos. El derecho en sentido estrictamente jurídico se manifiesta en los mandatos coactivos del soberano, que puede autolimitar su poder para atribuir a los individuos esferas de libertad jurídica. Sustraerse de la disyuntiva libertad-dominación solo es posible si la «dominación» en realidad no se interpreta como tal y es vista como garantía de la libertad. Es justo lo que sucede con Locke y con la tradición liberal en el continente europeo³⁷. Aquí el derecho natural no se interpreta en el sentido hobbesiano de una libertad omnímoda, sino como unos bienes concretos, la libertad natural, la vida, la salud y las posesiones en que se materializa el uso de esa libertad natural, de los que los individuos gozan en el estado de naturaleza, y que el poder político constituido por el consentimiento de los individuos debe garantizar³⁸. La única

cho natural es éste: que *todo hombre procure, en la medida de sus fuerzas, proteger su vida y sus miembros*». La existencia de lo que Hobbes denomina «leyes de la naturaleza» en el estado de naturaleza no supone la existencia de una reglas de contenido moral, habida cuenta de que para Hobbes dichas leyes no lo son propiamente. Al respecto, *Leviatán*, 15: «Los hombres han solido dar el nombre de leyes a estos dictados de la razón, pero lo han hecho impropriadamente. Porque los dictados de la razón solo son conclusiones o teoremas que se refieren a todo aquello que conduce a la conservación y defensa de uno mismo, mientras que la ley, propiamente hablando, es la palabra de quien, por derecho, tiene mando sobre los demás» (p. 143 de la citada edición). Pese a que autores como BOBBIO han sostenido que HOBBS es el iniciador del «iusnaturalismo» moderno (cfr. BOBBIO, Norberto, *Da Hobbes a Marx*, 2.ª ed., Napoli, Morano, 1971, p. 56 y ss.), parece más adecuado considerarlo el iniciador del positivismo jurídico habida cuenta de su rechazo a considerar tanto el derecho natural como las leyes naturales en sentido estrictamente jurídico. El propio Bobbio coincide en que para Hobbes el derecho natural es una libertad contrapuesta a cualquier regulación legal, una libertad a hacer cualquier cosa indispensable para conservar la vida (p. 57). En cualquier caso, coincido con LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, *Historia de la filosofía del derecho clásica y moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 287, en que «Hobbes concibe el derecho natural de una manera original y distinta de la mayoría de autores, tanto clásicos como modernos».

³⁷ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 6, 57: «La ley, entendida rectamente, no tanto constituye la limitación como la dirección de las acciones de un ser libre e inteligente hacia lo que es de su interés; y no prescribe más cosas de las que son necesarias para el bien general de quienes están sujetos a dicha ley. Si los hombres pudieran ser más felices sin ella, la ley se desvanecería como cosa inútil. Malamente podríamos dar el nombre de limitación a aquello que nos protege de andar por tierras movedizas y de caer en precipicios. De manera que, por muchos que sean los malentendidos sobre el asunto, la finalidad de la ley no es abolir o restringir, sino preservar y aumentar nuestra libertad». Se cita por la edición de Alianza Editorial, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2000, p. 79.

³⁸ Las referencias de LOCKE a la libertad y a las posesiones de las que disfrutaban los hombres en el estado de naturaleza aparecen desde el comienzo de su obra y permiten interpretar dichos bienes como derechos naturales. Ello especialmente claro cuando se refiere a que la ley de la naturaleza exige que nadie dañe a otro «en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones» (*Segundo Tratado...*, 2, 6, p. 38), pero sobre todo cuando se refiere a los fines de la sociedad política y del gobierno. LOCKE reconoce que aunque en el estado de naturaleza «tiene el hombre todos esos derechos, está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros» (*Segundo Tratado...*, 9, 123, p. 134). Por ello, la finalidad de la

forma de articular esas libertades será a través de la ley, que en este caso se interpreta de forma positiva, como garantía de los derechos: «Desde el punto de vista del ciudadano, todo ello es constitutivo de su máximo derecho individual: *el derecho de presumirse libre* mientras una ley no diga lo contrario. Las libertades no son por lo tanto límites eventuales a un poder potencialmente omnicompreensivo, sino ciertamente lo contrario: las libertades son *potencialmente indefinidas*, salvo su legítima limitación por parte de la ley»³⁹. Por uno u otro camino se desemboca en la primacía de la ley que constituye la base del modelo tradicional de Estado de Derecho.

Los presupuestos individualistas y contractualistas que caracterizan la modernidad y que inspiran la obra revolucionaria no solo desembocan en la primacía de la ley, sino que el mismo fundamento de las libertades en el Estado legalista de Derecho va a terminar viéndose afectado: «Se agota el desarrollo histórico del iusnaturalismo moderno que se inició en el siglo xvii. En otras palabras, ya no parece posible fundar los derechos y las libertades sobre el gran argumento del estado de naturaleza, contraponiendo el derecho natural de las libertades al derecho positivo del Estado. Tal operación parece *fruto del tiempo histórico específico de la revolución*, que se piensa definitivamente desaparecido y que todavía no conocía –como hemos visto– la plena e integral soberanía del Estado nacional y de su derecho. Ahora existe un solo y único derecho, el derecho positivo del Estado. En él, y solo en él, los derechos y libertades deben encontrar el fundamento y las oportunas formas de tutela»⁴⁰. El precio que se paga es elevado: se carece de argumentos frente a los posibles excesos del poder estatal cuando este se ejerce de forma despótica. Fioravanti lo ve con toda claridad cuando se pregunta cómo impedir que el legislador viole los derechos individuales que él mismo ha constituido, sobre todo cuando además las Declaraciones de derechos incorporadas a las Constituciones habían sido privadas de valor jurídico. Su respuesta no puede ser más clara: «en la lógica *rigurosa y exclusivamente* estatalista, son preguntas *sin respuesta*. En efecto, una vez emprendido el camino de la soberanía del Estado, y de la absoluta obligatoriedad de su derecho, resulta *absolutamente imposible* individualizar un punto de referencia

sociedad civil es garantizar mejor tales derechos: «Aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor» (*Segundo Tratado...*, 9, 131, p. 138).

³⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, presentación de Clara Álvarez Alonso, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, pp. 40-41.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 118.

externo –en hipótesis la constitución– para fundamentar la legitimidad del derecho estatal»⁴¹.

Por otra parte, es claramente visible a lo largo del siglo XIX y principios del XX la presencia en el continente europeo de corrientes de pensamiento jurídico contrarias al iusnaturalismo individualista que está en la base de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. Entre ellas destaca el historicismo característico de la Escuela histórica del Derecho, enraizado en el movimiento cultural romántico, que tanta importancia tiene para explicar el predominio de la visión estatalista del Derecho y de los derechos –interpretados como una autolimitación del Estado– en Alemania⁴². Por su parte, en Francia, la influencia del positivismo científico de Comte y de la sociología de Durkheim se proyectó en el ámbito jurídico en una corriente antiindividualista particularmente visible en la obra de Leon Duguit⁴³. Este autor, tras reconocer que «la Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del derecho»⁴⁴, criticará la noción de derecho subjetivo, que califica de «metafísica», y la concepción del Derecho que de ella se deriva⁴⁵. Duguit propondrá en su lugar un sistema jurídico que ponga en primer plano el concepto de «función social»: «El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar»⁴⁶. Estas corrientes antiindividualistas reforzaron una visión estatalista que en el terreno político se tradujo en apelaciones a la nación y a su elemento personal, el pueblo, entendido de una forma impersonal y abstracta, que favorecieron el surgimiento de partidos de masas que en la década de los años veinte y treinta del siglo XX condujeron a un totalitarismo frente al cual no se pudieron oponer ni la Constitución, ni los derechos individuales que en el modelo liberal de Locke constituían la razón de ser del poder político.

El actual Estado constitucional de Derecho presenta rasgos que lo diferencian notablemente del Estado de Derecho legalista, hasta el punto de que algún autor afirma que supone una transformación «tan

⁴¹ *Ibid.*, pp. 122.

⁴² Cfr. Fassò, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho 3*, traducción y apéndice final de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Eudema, 1996 (obra original publicada en 1970), pp. 43-56.

⁴³ Al respecto, cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del Derecho de Léon Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006, especialmente pp. 106-117.

⁴⁴ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos González Posada, Valparaíso, Edeval, 1987 (el original fue publicado en 1912), p. 23.

⁴⁵ Cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder... op. cit.*, pp. 134-147.

⁴⁶ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado, op. cit.*, p. 32.

grande como no se había dado desde hace unos dos siglos»⁴⁷. Destaca la posición central que en él ocupan los derechos fundamentales fundados en la dignidad humana. La primacía de la ley ha dejado paso a la primacía de los derechos, de forma que si en el clásico Estado de Derecho la ley daba la medida de los derechos, hoy son los derechos los que miden las leyes⁴⁸. Se aspira a convertir tales derechos en una barrera frente a los abusos que pueda cometer el poder político, y por ello podría pensarse que se trata de hacer realidad, esta vez sí, el modelo de Estado liberal de Derecho en el que la garantía de las libertades era el fin de toda asociación política, y en buena lógica debía hallar en ellas el límite de su actuación. Si en esa limitación del poder político por los derechos se halla la raíz del constitucionalismo, el Estado constitucional de Derecho representa un neoconstitucionalismo, término que ha terminado imponiéndose para referirse al Estado constitucional de Derecho. Pues bien, la pregunta que cabe formular es si estamos ante un movimiento pendular, de tal forma que, ante las atrocidades cometidas en nombre de la nación –entendida como ente orgánico que pervive en el tiempo y en la que se integran los individuos–, se trata de regresar a un modelo individualista de riguroso respeto a los derechos de la persona que en la práctica nunca terminó de triunfar en el continente europeo⁴⁹. Pienso que la respuesta debe ser negativa. Dejando al margen cuál fue la sensibilidad que inspiró las constituciones elaboradas con posterioridad a la II Guerra Mundial, hay un rasgo del Estado constitucional de Derecho que en mi opinión exige superar la visión individualista y subjetivista que caracteriza la filosofía política propia de la Edad moderna: la doble dimensión de los derechos fundamentales.

El cambio que introduce el Estado constitucional de Derecho –sobre todo gracias a la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán a mediados de los años cincuenta– con relación a los derechos fundamentales consiste en afirmar que estos no son únicamente un bien para su titular, sino que al mismo tiempo son un bien colectivo para la sociedad, de ahí que sean vistos como instituciones básicas del sistema democrático⁵⁰. Ciertamente, en algunas socieda-

⁴⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 114.

⁴⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2.ª ed., México, Fontamara, 1999, pp. 16-19.

⁴⁹ La dignidad de cada individuo, de cada persona humana, estuvo claramente presente en los trabajos preparatorios de la Ley Fundamental de Bonn. Así, por ejemplo, el art. 1.1, según el proyecto Herrenchiemsee, rezaba así: «El Estado está para servir los individuos y no el individuo para servir al Estado». Cfr. SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 17.

⁵⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Ignacio Villaverde y Juan Luis Requejo, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 99-116; HESSE, Konrad, «Constitución y Derecho Constitucional», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Dere-*

des esta afirmación puede quedarse en un simple deseo a la vista de las dificultades para ejercer algunos derechos fundamentales. También es posible pensar en derechos fundamentales del individuo al margen de una sociedad concreta, lo cual llevaría a pensar que los derechos son un bien individual que posteriormente hay que hacer valer en el marco de cada sociedad con los consiguientes conflictos de diversa índole, incluidas colisiones con bienes colectivos. Estas observaciones podrían llevar a pensar que la doble dimensión de los derechos fundamentales es una tesis política que no refleja la realidad. Sobre ello conviene realizar dos precisiones:

En primer lugar, que los derechos fundamentales sean pensables sin referencia a una determinada sociedad no significa que estemos ante bienes individuales cuya plena inteligibilidad pueda lograrse al margen de la inserción del individuo en la sociedad. Los perfiles de los derechos fundamentales se comprenden adecuadamente a partir de una indagación teleológica, frecuentemente antropológica, que no pasa por imaginar al individuo en un hipotético estado de naturaleza, sino teniendo presente la dimensión social del ser humano. Cuestión distinta es determinar cuándo se han ejercido legítimamente, para lo cual no basta pensar al individuo en sociedad, sino que es necesario conocer la estructura de la sociedad concreta en la que se lleva a cabo el ejercicio del derecho.

En segundo lugar, sin duda la tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales es una tesis política con importantes consecuencias jurídicas. Implica un modelo de convivencia en el que se sostiene que los derechos fundamentales, además de bienes individuales, son el núcleo del bien común. Si se desea que esa tesis tenga operatividad práctica, tanto la delimitación del derecho fundamental como la valoración de cuándo se han ejercido legítimamente deben contemplar la inserción de los derechos fundamentales en la estructura social. Esto no significa obviar que pueden producirse conflictos de pretensiones o desajustes en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino realizar un esfuerzo por cohonestar derechos fundamentales entre sí y también con otros bienes colectivos, y no optar por soluciones que conlleven su sacrificio⁵¹.

Si los derechos fundamentales son bienes colectivos, y lo son con carácter previo a la actuación de los poderes públicos –pues de lo contrario no tendría sentido la exigencia de respeto al contenido esencial

cho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 91. Esta doble dimensión de los derechos fundamentales ha sido consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a partir de la STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.º Cfr., también, CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores*, presentación de Pedro Serna, Granada, Comares, 2005.

⁵¹ Al respecto, cfr. DE DOMINGO, Tomás, ¿Conflictos entre derechos fundamentales?, estudio preliminar de Antonio Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*, op. cit., especialmente, pp. 107-138.

de los derechos fundamentales—, es evidente que la visión de los mismos como facultades del individuo que deben ser preservadas en caso de posibles colisiones con bienes colectivos debe ser reconsiderada⁵². La clave para ser capaces de entender el Estado constitucional de Derecho y, sobre todo, para lograr su correcta articulación práctica, consiste, a mi juicio, en recuperar una concepción social de la persona que supere la dialéctica individuo-sociedad y reestablezca la primacía de lo relacional frente al individuo abstracto. En este contexto, el concepto de derecho subjetivo debería ser repensado para destacar que disponer de un derecho consiste sobre todo en tener atribuido algo que es debido a su titular por un título justo, ocupando un lugar secundario, aunque sin duda importante, la existencia de un poder para ejercer aquello que nos es debido o para exigir que nos sea respetado. Es el momento de desarrollar esta idea.

5. ALGUNAS CLAVES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Alexy afirma que en la discusión sobre los derechos subjetivos pueden analizarse cuestiones sumamente distintas: normativas, empíricas y analíticas⁵³. Las observaciones realizadas sobre el origen y la vinculación del derecho subjetivo al individualismo propio de la filosofía política moderna y el cambio de filosofía política que introduce el Estado constitucional de Derecho se enmarcarían dentro de lo que Alexy denomina cuestiones normativas, concretamente de carácter ético-filosófico. No obstante, aunque se admita que no hay que confundir unas y otras cuestiones, una aproximación analítica al estudio del derecho subjetivo no puede prescindir de una toma de posición sobre los problemas que han sido puestos de relieve en el epígrafe anterior.

Al examinar los problemas analíticos, Alexy presenta el derecho subjetivo como una posición jurídica otorgada por una norma en la que el titular del derecho *a* tiene frente al destinatario del derecho *b* un derecho a *G*, y, en aras a evitar confusiones, propone distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos⁵⁴. Esta última cuestión es la relativa a la justicia-bilidad, y se trata de responder a si el derecho solo existe cuando es

⁵² La idea de que los derechos fundamentales constituyen bienes de carácter individual que pueden entrar en colisión con bienes colectivos, exigiendo una ponderación que examine la intensidad de afectación y sacrificio de unos y otros, ha continuado y continúa presente. Así se observa, por ejemplo, en ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de Jorge Alemán, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 186 y ss.

⁵³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173 y ss.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 178.

posible exigirlo eficazmente ante los tribunales de justicia. Antes de abordarla es necesario reflexionar sobre si un derecho subjetivo representa primariamente una posición de poder, o más bien dicha posición de poder es el resultado de tener un derecho.

A la hora de repensar un concepto hay que tener muy presente, e incluso es conveniente, partir del uso habitual que se hace del mismo. A partir de ese uso habitual, no parece haber inconveniente en proponer cambios de acento debidamente justificados con el fin de dar una mejor respuesta a nuevas realidades que emergen y que es necesario aprehender conceptualmente para lograr avances científicos, pero siempre sin violentar el uso habitual del concepto, pues en ese caso lo más honesto intelectualmente puede ser mostrar su carácter falaz o inútil y proponer desecharlo. En el caso del derecho subjetivo, parece indiscutible que este alude a algo valioso o positivo que le es debido actualmente a su titular o cuya exigencia de reconocimiento o atribución es demandada. Esta simple observación ya pone de relieve que no resulta razonable una interpretación del derecho subjetivo que suponga un retorno a la concepción clásica según la cual el *ius*, la cosa justa o el objeto de la justicia, era aquello que le correspondía a cada cual, y ello podía incluir no solo ventajas, sino cargas que en justicia se debía soportar⁵⁵. La connotación del derecho subjetivo como algo ventajoso o favorable a su titular parece un rasgo del que no se puede prescindir sin desdibujar por completo este concepto⁵⁶.

Si se atiende a la posición de poder del titular del derecho, es posible preguntarse si el derecho consiste propiamente en dicha posición o más bien la posición es el resultado de tener un derecho, en cuyo caso habría que determinar cuál es el elemento primario que identifica el derecho y que da lugar a la posición de poder de la que goza el titular del mismo. La cuestión planteada tiene más trascendencia de la que a primera vista puede parecer. Si el derecho consiste primariamente en la posición de poder con el consiguiente deber para el destinatario del mismo, el derecho subjetivo sería un concepto de naturaleza deóntica que reclamaría una indagación tendente a elucidar en términos deónticos las relaciones entre el titular y el destinatario del derecho. Obviamente, en la medida en que el derecho otorga una posición de poder y de deber, siempre admite un análisis en términos deónticos, pero si dicha posición no es el punto de arranque del concepto se vislumbra que estamos ante un concepto en el que los elementos valorativos tienen prioridad⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 238.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ En este sentido, cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 120: «[E]n los enunciados permisivos constitucionales hay un aspecto de juicio de valor que tiene prioridad sobre el aspecto directo de la prohibición de interferencia».

Si la posición de poder viene dada por el hecho de tener un derecho, el derecho solo puede consistir en tener reconocido o atribuido algo que se reputa valioso, al menos para su titular⁵⁸. Por esa razón sería posible caracterizar los derechos subjetivos como bienes. Como en muchas ocasiones lo reconocido o atribuido consiste en una posición de poder frente a un destinatario, es fácil confundir ambas cosas, pero la posibilidad de distinguir lo reconocido o atribuido de la posición en términos deónticos en que ello se traduce no solo permanece abierta, sino que resulta conveniente. Por ejemplo, la Constitución española establece en el art. 18.1 que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se ve aquí con toda claridad el momento del reconocimiento de dichos bienes como el elemento primario del derecho. Dado que el reconocimiento se produce en esos términos, se requiere una labor hermenéutica que precise las posiciones de poder y de deber del derecho, posiciones que pueden ir ampliándose como consecuencia de las nuevas dimensiones que se observan en el bien que constituye el derecho a la luz de las transformaciones que tienen lugar en la sociedad.

Si el elemento primario del derecho subjetivo es aquello que se reconoce o atribuye a su titular y por tanto le es debido, resulta significativo el cambio que se opera a la hora de pensar el derecho, ya que cobra primacía el débito frente a la exigibilidad, es decir, precisamente porque el derecho es algo debido resulta exigible y no al revés⁵⁹. Pero, a mi juicio, lo más relevante es que esta perspectiva conlleva la superación del individualismo al que tradicionalmente ha estado ligado este concepto. En efecto, si la mentalidad individualista subrayaba que el derecho constituía una facultad moral del individuo, aunque recayera sobre aquello que es suyo o se le debe –tal como reza la clásica definición de Francisco Suárez–, observar el derecho como algo debido a su titular sugiere volver a pensar el derecho desde una pers-

⁵⁸ Identificar el derecho con lo reconocido o atribuido a su titular presupone la existencia de un título que lleve a cabo dicho reconocimiento o atribución, título que lógicamente consistirá en una norma jurídica. Esto puede hacer pensar que se coincide con Kelsen cuando afirma que «allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo» (Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2.ª ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958, p. 93). Sin embargo, que la norma sea requisito para la plena existencia del derecho no implica, a diferencia de lo que sostiene Kelsen, una prioridad del deber sobre el derecho, pues la norma que atribuye o reconoce el derecho cumple una función constitutiva (también puede cumplir asimismo una función regulativa, aunque no necesariamente) a partir de la cual surgen deberes para los destinatarios del derecho.

⁵⁹ Cfr. GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, op. cit., pp.65-71; HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3.ª ed., Pamplona, Eunsa, 1991, p. 209: «Cumplido el plazo de devolución de un préstamo, existe el deber jurídico, de justicia, de pagar, sin esperar a la reclamación por parte del prestamista. Si fuese verdad la tesis de la primacía del derecho subjetivo [entendido como poder de exigir coercitivamente el pago], sin reclamación del acreedor no habría obligación de pagar, lo cual es a todas luces falso».

pectiva en la que el titular del mismo es punto de llegada y no de partida. Esto podría conducir a pensar que los derechos son una concesión del poder político y, por tanto, a una visión estatalista de los mismos incompatible con el fundamento axiológico del Estado constitucional de Derecho, que remite a la dignidad humana y al respeto a sus derechos como base de la comunidad política. No creo, sin embargo, que haya necesidad de interpretarlo así, porque la fuerza del derecho en términos axiológicos viene dada por la razón a la que se apela a la hora de reconocer o atribuir algo como debido. He venido señalando que lo debido puede ser algo que se reconoce o atribuye como tal, y que da lugar a posiciones de poder y a posiciones de deber. La visión estatalista incompatible con el Estado constitucional de Derecho sería aquella que considera que todos los derechos fundamentales se fundamentan en una concesión o atribución por parte del poder político. No sucede lo mismo cuando el poder constituyente reconoce como debidos determinados ámbitos de actuación o de la personalidad humana en atención a la dignidad humana. En este caso lo debido gana la fuerza de verse reconocido como algo inherente al individuo.

Si lo reconocido o atribuido constituye el elemento primario, el derecho subjetivo se abre a una dimensión social, dado que lo debido a cada cual es algo que se determina socialmente, aunque luego se traduzca en posiciones de poder individual⁶⁰. Por ello, esta manera de entender el derecho subjetivo, que me parece perfectamente compatible con el uso habitual del lenguaje, admite con mucha menor dificultad la doble dimensión de los derechos fundamentales a la que se hizo referencia en el epígrafe anterior que si se interpretan como posiciones jurídicas del individuo desvinculadas de las exigencias propias de la vida colectiva y, por tanto, llamadas a entrar en frecuentes colisiones cuando el titular de las mismas aspira a verlas satisfechas interpretándolas exclusivamente como parcelas de poder individual. Sólo cuando se contempla la comunidad política desde una perspectiva global tiene sentido pleno afirmar que aquello reconocido o atribuido al individuo es valioso para él y, además, valioso para el conjunto de la sociedad cuando es ejercido legítimamente. Y conviene señalar –aunque no es posible desarrollarlo aquí– que dicho ejercicio legítimo pasa por acomodarlo a las estructuras sociales buscando una vía de inserción armonizadora que no siempre es posible alcanzar⁶¹.

Conviene salir al paso de una posible objeción a la tesis formulada, según la cual los derechos subjetivos son primariamente bienes reconocidos o atribuidos a su titular. La objeción pondría de manifiesto que sería posible reconocer o atribuir algo a un individuo, sin que ello se traduzca en una posición de poder jurídico. En coherencia con lo

⁶⁰ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 239-246.

⁶¹ Al respecto, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*, op. cit., pp. 129-138.

expuesto, debería seguir hablándose de la existencia de un derecho; sin embargo, el uso habitual del lenguaje parece reclamar la existencia de una posición de poder jurídico individual, aunque ésta no constituya el elemento primario del derecho. Citando a Ihering, Alexy se refiere a una situación «caracterizada por el hecho de que no existe ninguna duda acerca de que *N* es aplicable en el caso de *a*, pero se duda acerca de si *N* confiere algún derecho subjetivo. El ejemplo clásico que se utiliza para ilustrar esta cuestión es el de la protección aduanera de Ihering: «La ley que, en interés de ciertos ramos industriales, introduce protecciones aduaneras *beneficia* a los fabricantes, los *promueve*, *protege* en sus negocios y, sin embargo, no les confiere ningún *derecho* [...]. Lo que existe aquí es solo un *efecto reflejo*, una relación que, desde luego, tiene una gran similitud con el derecho pero, con tanto mayor cuidado tiene que ser separado de él»⁶². Si una regulación legal introduce un cambio en un determinado sector social que indirectamente beneficia a determinadas personas no cabe afirmar que se estén reconociendo o atribuyendo derechos. Ahora bien, si una ley, pensemos en la denominada ley antitabaco, prohíbe fumar en determinados espacios, es decir, atribuye como algo debido a cualquier persona disfrutar de un aire limpio de las impurezas del tabaco, al margen de que la ley no articulara mecanismos de exigibilidad concretos para que los ciudadanos reaccionaran frente al establecimiento que incumple la ley, no veo dificultad en sostener que se tiene un derecho que, además, puede pensarse como una posición del sujeto con relación al bien. Si dicha posición no se tradujera en un mecanismo concreto para hacer valer el derecho, cabría argumentar que un derecho está siendo lesionado impunemente. Por lo tanto, la clave para poder identificar la existencia de un derecho radica en la posibilidad de individualizar algo como atribuido o debido a alguien.

Abordaré finalmente la justiciabilidad en relación con el derecho subjetivo. En la STC 247/2007, el Tribunal Constitucional sostiene que para que exista un derecho subjetivo en sentido estricto la posición jurídica a la que da lugar debe ser jurídicamente imponible. El Alto Tribunal comparte así la opinión de Kelsen, para quien el derecho subjetivo en sentido estricto es el poder jurídico, convenientemente precisado por la norma, para hacer valer un deber existente⁶³. Alexy reconoce el «alto grado de plausibilidad» de esta tesis, pero ello no es óbice para que considere posible seguir hablando de derechos subjetivos cuando se carece de capacidad para hacerlos valer judicialmente⁶⁴. ¿Estos derechos sin capacidad de imposición serían derechos en sentido jurídico? Alexy no responde a la pregunta, sino que se limita a

⁶² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 175.

⁶³ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 90.

⁶⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 182. En concreto, Alexy cita un ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn y afirma que «normas tales como la del art. 19 frase 4 LF, que abre la vía judicial a todo aquel que sea lesionado en

afirmar: «Aquí subyace un problema más profundo que afecta a la estructura del orden jurídico. ¿Pertenece a un orden jurídico solo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imposibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida pero, puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico?»⁶⁵.

En España, Laporta, en un trabajo que constituye un punto de referencia indiscutible en esta materia, niega que la idea usual de lo que se entiende por tener un derecho remita a la existencia previa de un deber exigible coactivamente, tesis en la que coincide con McCormick⁶⁶, quien ve en los derechos de los niños un claro ejemplo de que son los derechos los que justifican la existencia de los deberes y no al revés: «El lenguaje de los derechos (...) suele llevar consigo la sugerencia fuerte de que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* (en su doble sentido) yo tengo previamente un derecho, y no al revés como acaba forzosamente por concluir la tesis fuerte de la correlatividad»⁶⁷. Si es el derecho de alguien lo que justifica los deberes, la ausencia de mecanismos coercitivos para hacer cumplir esos deberes necesarios para la satisfacción del derecho no anula la posibilidad de seguir hablando de derechos, ni siquiera de afirmar su existencia como tales, porque para Laporta no hay que confundir los derechos con las técnicas de protección de los derechos: «Lo que quiero sugerir es que los “derechos” son *algo* que, por así decirlo, está *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos, *antes* que las libertades normativas y *antes* que las inmunidades de status. Se entienden mejor cuando se les concibe como el *título* que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más». Y, seguidamente, precisa: «Sugiero que cuando usamos la noción de “derecho” no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas»⁶⁸. Con ello Laporta está señalando que el lenguaje de los derechos remite primariamente al terreno axiológico y no tanto a enunciados deónticos.

sus derechos por el poder público, serían superfluas si se presupone una definición que incluye ya en el concepto de derecho subjetivo la capacidad de demandar»

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 182-183.

⁶⁶ MCCORMICK, Neil, «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», traducción de Mercedes Carreras y Antonio Luis Martínez-Pujalte, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 293-305.

⁶⁷ LAPORTA, Francisco, «Sobre el concepto de los derechos humanos», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 27-28.

Conviene aclarar la posición de Laporta, porque a su vez puede servir para precisar mejor la diferencia entre qué es un derecho y el fundamento del derecho. Laporta reitera que un derecho es algo valioso para alguien que sirve de razón para articular un mecanismo de protección. Al ser algo valioso también se refiere en alguna ocasión a ellos como «bienes» que «precisamente por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones, y suministran una justificación, para articular una protección específica para ellos»⁶⁹. Atienza y Ruiz Manero sostienen que a la posición de Laporta «podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los derechos»⁷⁰, y a ello replica Laporta que no cree que ello sea así «porque, entre otras cosas, los derechos se presentan como razones *intrasistemáticas* de normas de conducta y competencia, y el fundamento de un derecho sería más bien la justificación extrasistemática de sus componentes»⁷¹.

Creo que tiene razón Laporta cuando afirma que los derechos pueden ser razones intrasistemáticas para la elaboración de normas tendientes a lograr su efectividad. Al referirse posteriormente a las razones extrasistemáticas está remitiendo a la moral y a los derechos morales que, siguiendo su razonamiento, podrían verse como fundamento de derechos legales. Pero cabría plantear a lo expuesto por Laporta qué sucede con aquellos derechos que, incorporados al sistema jurídico, sirven como razones intrasistemáticas para articular en torno a ellos mecanismos de protección. ¿Se trata de derechos morales incorporados al sistema jurídico que mantienen su condición de «derechos morales» hasta que no sean justiciables? ¿Cuál es su naturaleza y, por ende, la clave de su juridicidad? Formulo esta pregunta porque su respuesta pasa por aclarar qué papel desempeña la justiciabilidad en el concepto de derecho subjetivo; pero antes es necesario realizar una aclaración previa por lo que respecta a la presentación de los derechos como «razones», tal como da a entender Laporta.

Como he mencionado páginas atrás, al ocuparse de los derechos subjetivos, Alexy destaca la importancia de no confundir los derechos como posiciones jurídicas, con las razones de los derechos ni con la imposibilidad de los mismos. En algunos pasajes de su trabajo da la impresión de que Laporta presenta los derechos como razones capaces de justificar mecanismos de protección para lograr su garantía. Por ello Atienza y Ruiz Manero opinan que quizá Laporta confunda los derechos con el fundamento de los derechos. Pues bien, en la tarea de repensar el concepto de derecho subjetivo, una vez se ha señalado ya que la posición de poder que corresponde al titular del derecho no

⁶⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 69.

⁷¹ LAPORTA, Francisco, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 72.

es propiamente el derecho, sino una consecuencia lógica de tener atribuido el derecho, coincido con Alexy en que igualmente conviene diferenciar el derecho y las razones o fundamento del mismo. El derecho sería *stricto sensu* aquello reconocido o atribuido a su titular, tesis que de alguna forma invita a aproximar el concepto de derecho subjetivo a la doctrina clásica, y que permite hablar de él como aquello debido a su titular (exigencia de respeto o reconocimiento de deuda con relación a él). Esta simple observación ya permite afirmar que todo aquello que no sea susceptible de ser reconocido o atribuido a alguien con precisión suficiente para generar deberes concretos en otras personas difícilmente puede considerarse un derecho⁷², y su presentación como tal puede ser una fuente de confusiones que pueden generar, entre otras consecuencias, un sentimiento de frustración. Además, tal como ya se ha destacado, aquello reconocido o atribuido debe ser algo valioso, al menos para el propio titular, pues esa connotación positiva del derecho es un rasgo que el uso habitual del concepto convierte en irrenunciable. Que el derecho sea algo valioso y constituya una razón para articular mecanismos de protección respecto a lo atribuido no implica presentar los derechos como razones. Así, por ejemplo, el derecho a la libre información consiste al menos en el reconocimiento a los ciudadanos de la posibilidad de comunicar libremente datos o acontecimientos veraces y de interés público. Ese derecho inmediatamente puede traducirse en posiciones jurídicas de poder para su titular y de deber para los destinatarios del mismo. Hay razones de índole social y antropológico que explican el valor de lo reconocido como derecho, y que a su vez sirven para justificar que en el marco del sistema jurídico este derecho sea eficazmente garantizado. Puede verse con claridad que el derecho no se confunde ni con las posiciones jurídicas que otorga ni con el fundamento del mismo. Falta por aclarar si la ausencia de mecanismos concretos de protección afecta a su juridicidad.

Cuando Alexy reconoce el «alto grado de plausibilidad» de la tesis kelseniana según la cual solo cabe hablar de derecho subjetivo en sentido estricto cuando el titular del mismo puede lograr su imponibilidad, probablemente ello obedece a que considera la coercibilidad una propiedad necesaria del derecho, y allí donde está ausente o bien no cabe hablar de derecho o, si ello es posible, se trataría de un derecho «defectuoso»⁷³. Obviamente, abordar con el rigor que requiere este problema es imposible en este trabajo, pero en tanto se habla de dere-

⁷² SERNA, Pedro, «Una discusión (no sólo) analítica del problema de los nuevos derechos», ponencia a las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Madrid el 16 y 17 de abril de 2015.

⁷³ Sobre la coercibilidad como propiedad necesaria del derecho, cfr. ALEXY, Robert, «Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho», traducción de Carlos Bernal Pulido, en *Doxa*, Alicante, 26 (2003), pp. 154-157.

chos subjetivos en sentido estricto por referencia a su justiciabilidad es imprescindible referirse a esta cuestión.

No creo que sea arriesgado afirmar que la gran mayoría de autores considera que el derecho es un fenómeno normativo ligado a la coacción institucionalizada en el marco de un sistema jurídico que funciona eficazmente. Incluso para quienes, como Cotta u Ollero, ponen en un primer plano que el derecho constituye una dimensión de la conducta humana tendente a hacer posible la coexistencia (Cotta)⁷⁴, o a ajustar debidamente las acciones humanas (Ollero)⁷⁵, es imprescindible el recurso a la coacción para que dicho ajuste no fracase o para que finalmente la coexistencia pueda lograrse. Quizá en el caso de estos autores la coacción no sea el rasgo primario y más característico del derecho, pero sin duda la posibilidad de hacer uso de la coacción está presente en la actividad jurídica. En mi opinión, el derecho es una actividad práctica cuya finalidad es hacer posible una convivencia pacífica digna de seres humanos, y logra dicho fin determinando en un complejo proceso qué le corresponde a cada cual y adoptando las medidas necesarias para su disfrute efectivo. Por consiguiente, se podrá discutir si la coercibilidad es una propiedad necesaria o contingente de la juridicidad, pero sin duda el éxito pleno del derecho como actividad tendente a lograr la citada convivencia reclama la posibilidad de recurrir a la fuerza *en último término*, como señala Prieto Sanchís⁷⁶.

Me parece muy apropiado que Prieto Sanchís resalte que en último término el derecho puede recurrir a la coacción, no tanto porque ello ponga de relieve que la fuerza es el último recurso como porque es posible ver el derecho como una actividad que se va realizando gradualmente, y en la cual cobra importancia la determinación de los derechos de cada cual. En efecto, cuando en el marco de un sistema jurídico se otorga a alguien un derecho, es decir, se le reconoce o atribuye algo capaz de ser realmente reconocido o atribuido como derecho, en tanto perteneciente al sistema jurídico tal derecho demanda efectividad real, y si no se logra puede hablarse propiamente de un defecto del sistema, de una injusticia jurídicamente relevante, o de una lesión del derecho en sentido estricto. A la luz de esta idea, para concluir, se puede traer a colación la crítica formulada por el Magistrado Conde Martín de Hijas en su voto particular a la STC 247/2007.

⁷⁴ Cfr. COTTA, Sergio, *El derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Pamplona, Eunsa, 1987, especialmente pp. 55-79.

⁷⁵ Cfr., entre otros muchos trabajos, OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 474-490.

⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, *op. cit.*, p. 84: «Entiendo por Derecho un orden regulador de los comportamientos donde *en último término* lo decisivo es el uso de la fuerza: las conductas que regula el Derecho no son distintas de las que regula la moral (social o crítica), sino que la diferencia se cifra en el modo de hacerlo, es decir, en hacerlo a través de la fuerza».

En él curiosamente también liga el derecho a la justiciabilidad, aunque en un sentido muy distinto a de la mayoría. Para Conde, si el derecho existe, y ello no depende de la capacidad para hacerlo valer, es justiciable. No es posible compartir completamente esta posición, pero en buena medida se aproxima a lo que se viene sosteniendo. Cabría matizar sus palabras afirmando que si el derecho existe demanda justiciabilidad, y la existencia del mismo depende de que las fuentes autorizadas en el marco de un sistema jurídico hayan reconocido o atribuido a alguien algo susceptible de ser atribuido individualmente. Siguiendo con el ejemplo del derecho de los valencianos al agua, Conde se deja guiar por la literalidad de los términos empleados en el Estatuto –lo cual en principio es perfectamente razonable– e interpreta que la atribución del llamado «derecho al agua» es incompatible con el art. 139.1 CE. El problema, grave por cierto, y merecedor de una consideración especial, consiste en presentar como derecho algo que no es posible atribuir como tal sin una mediación constitutiva por parte del legislador. Por ello, creo que tiene razón Serna cuando, como se vio en su momento, a la hora de referirse a los nuevos derechos exige como requisito de los mismos que sean posibles, algo tan evidente como olvidado en los últimos tiempos por los legisladores.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

