

## Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: 1. Plantamiento metodológico y encuadre sistemático.—2. Breve esquema de la evolución del concepto de derecho subjetivo. El siglo XIX.—3. Las orientaciones negativas y afirmativas del siglo XX. Una fórmula analítica y una fórmula sintética.—4. La tesis de la situación jurídica. Juicio crítico.

1. Es sabido que la noción de derecho subjetivo es, desde su elaboración por la escuela del Derecho natural racionalista, una de las categorías básicas del ordenamiento jurídico, hasta el extremo de ser considerada, incluso de cara al Derecho positivo actual, como una «noción central» que está en la base del sistema (1). Su concepto es, desde otro punto de vista, una especie de banco de pruebas sobre el que han repercutido las distintas concepciones generales del Derecho. Por estar situada en el centro del sistema jurídico, en efecto, se reflejan en ella muchas de las polémicas filosóficas y metodológicas que han agitado a la doctrina en los siglos XIX y XX. Así, muy esquemáticamente, cabe advertir que el debate entre la *Begriffsjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz*, cuyas raíces se hundían en el pandectismo alemán del siglo pasado,

---

(1) Ha puesto de relieve la posición básica del derecho subjetivo en el sistema jurídico de la época actual, recientemente, MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, en «RTDPC», 1966, página 216. Para el significado de la escuela del Derecho natural en la historia de la ciencia del Derecho privado, *vid.* WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, págs. 197 y ss., y, entre nosotros, DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios Castán», VI, Pamplona, 1968, págs. 583 y ss., ahora en *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, páginas 249 y ss.; el mismo autor ha vuelto sobre el tema con matizaciones nuevas en su obra general *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, páginas 75 y ss.; con observaciones de gran interés, RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho natural e historia*, Madrid, 1973.

es el que está en la base de las teorías que conciben el derecho subjetivo como voluntad, o poder de la voluntad, y como interés jurídicamente protegido, de la misma manera que, superadas las tendencias extremas del sociologismo y del normativismo puros, que en la época de entre guerras llegaron a negar su existencia, es el positivismo sistemático, axiológicamente relativista, el que inspira la larga serie de definiciones mixtas del derecho subjetivo, o la jurisprudencia de valores, enriquecida por una importante dosis de historicismo, la que parece estar tras el actual fenómeno de revalorización de la teoría de la situación jurídica subjetiva, cuando menos, en su versión italiana reciente (2). Es más, el realismo que ha resultado de la confluencia de estas dos últimas tendencias es el que ha puesto de relieve acertadamente, a nuestro juicio, que la categoría que nos ocupa, antes que obedecer a una realidad institucional fija, significa ante todo un medio técnico de tipo analítico, una categoría descriptiva que permite exponer en términos científicos adecuados la relación que, con arreglo a los datos normativos, corresponde a los sujetos respecto a los bienes, y a su utilización, en el cuadro del Derecho históricamente existente en cada momento y lugar, y los presupuestos que éste exige *in concreto* para que dicha relación merezca tutela jurídica (3). Sintomático de todo esto es que las teorías de la voluntad y del interés se remonten a Savigny y a Ihering, que las teorías negativas arranquen de Duguit y de Kelsen y que las teorías mixtas hayan sido acogidas tan favorablemente por los grandes sistemáticos de mediados de siglo; asimismo, que se haya ocupado del tema una literatura importante ajena al Derecho civil, que algunos romanistas le hayan dedicado estudios significativos y que autores de orientación historicista o realista hayan hecho resurgir, hoy en día, la tesis de la situación jurídica, bien que sin solución de continuidad con la versión original propuesta por Larenz, en 1935, quien la ha abandonado, por lo demás, posteriormente (4). No sólo hay, pues, una

---

(2) Nos referimos a la línea teórica que va desde PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935 (reimpresión inalterada, Camedino, 1978) e *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, a COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en «Studi Santoro-Passarelli», I, Napoli, 1972, págs. 475 y ss., la que se aparta en cierto modo de las tendencias que se aprecian en el Derecho comparado con la notable excepción de ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963. Para una visión de conjunto de las grandes orientaciones metodológicas mencionadas en el texto, *vid.* LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., por GIMBERNAT, Barcelona, 1966, págs. 25 y ss.

(3) Como bien lo ha observado COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, en «Archives de Philosophie du Droit», IX, Paris, 1964, págs. 1 y ss., especialmente, 15 y ss.

(4) Para una panorámica amplia de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, sigue siendo útil y actual CASTÁN TOBEÑAS, *El concepto de Derecho subjetivo*, en «RDP», 1940, págs. 121 y ss., trabajo resumido en su voz *Derechos subjetivos*, en «NEJ», VII, Barcelona, 1974, páginas 102 y ss.; también, DABIN, *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952; los estudios reunidos en «Archives», IX, cit.; FROSINI, *Diritto soggettivo*, en «Noviss.

«historicidad del derecho subjetivo», según se ha escrito, sino que la actitud metodológica idónea para aproximarse al mismo ha de contemplar, como bien ha hecho notar un sector importante de la doctrina, la evolución del dogma y la transformación de los datos del Derecho positivo (5). Conviene señalar que, en cuanto al concepto de derecho subjetivo, el estado actual de la cuestión ha desdibujado en parte los rasgos esenciales de la concepción tradicional, pues la figura ha pasado de gravitar sobre la voluntad, interés o poder del individuo a gravitar sobre las condiciones precisas para que el Derecho objetivo le proteja, esto es, de una orientación individualista se ha pasado a una orientación que podemos calificar, cuando menos, de comunitaria. Por lo que a los datos normativos se refiere, la evolución reciente de la figura nos muestra que el peso específico del Derecho común tiende a ser desplazado, como ocurre con tantos otros institutos, por la nueva fisonomía que resulta de la legislación especial. Esta nueva configuración dogmática es la que se quiere subrayar por los autores que propenden la sustitución de la categoría tradicional por la situación jurídica subjetiva (6), cri-

---

Dig. It», V, Torino, 1960, págs. 1048 y ss., y CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, en «Enc. Dir», XII, Milano, 1964, págs. 659 y ss., muy informativos acerca del estado actual de la cuestión. Referencias a los autores y a la literatura mencionados, las haremos más adelante; con todo, entre las obras sistemáticas aludidas destacan DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I-1, primera edición. Valladolid, 1942, págs. 475 y ss., y el propio CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 12.ª ed. revisada y ampliada por DE LOS MOZOS, Madrid, 1978, págs. 23 y ss. Aludimos a la obra de LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, Berlín, 1935, acerca de la cual, en nuestra doctrina, vid. LEGAZ LACAMBRA, *Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, en «RDP», 1943, págs. 716 y ss., y MARTÍN BLANCO, *El concepto de situación jurídica en Karl Larenz*, en «RGLJ», 1950, págs. 670 y ss., ambos sustancialmente conformes; esto no obstante, abandona expresamente esta postura, que considera un intento desacertado, el propio LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, trad. esp., Madrid, 1979, pág. 257, nota 13.

(5) Así se expresa, con acierto, PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, pág. 139. Importa señalar que la perspectiva historicista ha sido muy significativa en tema de derecho subjetivo; por ejemplo, ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, en «Jus», 1960, páginas 149 y ss.; RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, en «Giur. it.», 1968, págs. 209 y ss.; FASSÒ, *Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo*, en «RTDPC», 1972, págs. 373 y ss.; en cierto modo, RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, en «JZ», 1961, págs. 468 y ss.; en nuestra literatura, DÍAZ CRUZ, *La doctrina del Derecho subjetivo. (En pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales)*, en «RGLJ», 1947, págs. 1 y ss. de la ed. sep., y FOLGADO, *Evolución Histórica del Concepto de Derecho subjetivo. (Estudio especial de los teólogos juristas españoles en el siglo XVI)*, El Escorial, 1960. Sin embargo, se aparta de esta orientación la obra dogmática fundamental de BÜCHER, *Das subjektives Recht als Normsetzungsbezugnis*, Tübingen, 1965, pág. 15, quien se declara partidario de buscar un concepto de derecho subjetivo «ahistorisch».

(6) En este sentido, COMPORI, *Op. cit.*, págs. 740 y ss., por todos. Para el problema de la legislación especial, y algunas consecuencias, IRTI, *Leggi speciali. (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, en «RDC», 1979, págs. 141 y ss., y, ampliamente, en su ensayo *L'età della decodificazione*, Milano, 1980, pá-

terio que no podemos compartir, entre otras razones, precisamente porque creemos que no se trata de una mera cuestión terminológica; antes bien, sin desconocer los resultados positivos que se derivan de esta nueva configuración del derecho subjetivo, pensamos que se puede conservar el *nomen iuris* habitual al par que renovar su contenido (7). Notemos, en fin, que la *sedes materiae* del derecho subjetivo está en el límite entre la filosofía y el Derecho civil, tal como se puede entrever en la literatura alemana que, en el decenio de los años sesenta, ha vuelto una vez más sobre el tema (8). En pocas palabras, el *status quaestionis* sitúa nuestra categoría a caballo del dogma y la realidad, en los términos que más adelante veremos.

De aquí, pues, la importancia singular que reviste la colocación sistemática del derecho subjetivo. Acierta De Castro —el autor que se ha ocupado del mismo de forma más extensa y constructiva, quizá, entre nosotros— al estudiar la figura en cuanto manifestación típica del efecto constitutivo de las normas jurídicas, situándola, por tanto, en una posición subordinada al Derecho objetivo; pero examinemos con alguna detención la línea fundamental de su pensamiento, pues ella nos revela, además de tan importante subordinación, que el problema que está en la base del derecho subjetivo es el problema de la «relación entre persona y ordenamiento» (9), o, lo que es igual, la posición que corresponde a la persona de cara al Derecho objetivo y las posibilidades de actuación que éste, respecto de ciertos bienes, le garantiza y tutela. Comienza el autor con una observación de tipo histórico de conformidad con la que nos dice, con toda razón, que «en las distintas épocas, los juristas han empleado con preferencia a ciertos conceptos; los institutistas a los de persona, cosa y acción; los pandectistas aportan el de negocio jurídico; el positivismo a los

---

ginas 15 y ss. y 43 y ss., con observaciones de mucho interés, aunque no podamos suscribir todas las conclusiones, tema en el que no es oportuno que entremos aquí.

(7) Hay que agregar que opina en sentido semejante ya MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 703.

(8) Muy significativo en el sentido del texto es la reimpresión en 1963 del clásico libro de SCHUPPE, *Begriff der subjektives Recht*, Breslau, 1887; entre las obras aludidas destacan OERTEL, *Des Begriff des subjektiven Rechts und seiner Negierung*, Tübingen, 1965; KASPERS, *Das subjektive Recht*, 1967; HOFFMANN, *Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung*, Stuttgart, 1968; HÖHNER, *Subjektive Rechte*, Bielefeld, 1969; últimamente, SCHAPP, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1977; también, en el marco de la teoría general, WIETHÖLTER, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie*, y KÜBLER, *Privatrecht und Demokratie*, ambos en «Festschrift für Raiser», Tübingen, 1974, págs. 645 y ss., y 697 y ss.

(9) Según el expresivo título del estudio de BARCELONA, *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, en «Scritti Pugliatti», I-1, Milano, 1978, págs. 45 y ss., al que más adelante nos referimos. Asimismo, en la sistemática de DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 458 y ss., resplandece esta misma pre-ocupación, pues el derecho subjetivo viene colocado inmediatamente después de la «situación jurídica de la persona», págs. 473 y ss.

hechos jurídicos; la escuela histórica a la relación jurídica; el individualismo al derecho subjetivo. Cada uno de ellos —nos explica— sirve para destacar un aspecto parcial de la realidad jurídica, pero —seguramente— no puede lograrse una visión total mientras no se les reduce a su verdadero significado instrumental —técnico— y se observa su mutua interdependencia». Y en este sentido, añade, que con tales medios técnicos «la ciencia jurídica muestra los distintos efectos de la fuerza constructiva del Derecho, que inviste al hombre con el valor de persona, le atribuye cosas en concepto de bienes, determina el significado de las distintas relaciones sociales, desde la familia al simple vínculo crediticio, y marca las situaciones de poder concedidas sobre personas o sobre bienes». He aquí, pues, la función técnica que corresponde a estas categorías, y entre ellas al concepto de derecho subjetivo, y su respectiva interdependencia recíproca, la que el propio autor nos explicita, algo más adelante, cuando dice que «la conexión entre los conceptos de persona, relación jurídica y derecho subjetivo es evidente. La posición de la persona —efectivamente— está determinada por la posibilidad de ser sujeto de derechos subjetivos y de poder, en su consecuencia, ejercerlos y hacer negocios jurídicos» (10). Observemos que, de acuerdo con esta construcción, el derecho subjetivo no sólo ocupa un puesto central en el sistema científico sino que sirve de punto de referencia objetivo y uniforme para aludir al área de actuación reconocida por el ordenamiento a la persona y a los efectos y consecuencias que el propio ordenamiento une a su actividad; diríamos que se trata de la propia persona en cuanto sujeto activo de relaciones jurídicas; *rectius*, en cuanto titular del contenido que corresponde a la posición activa en las mismas. Por eso, está bien encaminada la doctrina que, al

---

(10) *Vid.* DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 458, 459 y 473. Para el concepto de persona en sentido jurídico, y su estatuto, son de interés FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; DE CUPIS, *La persona humana en el Derecho privado*, en «RDP», 1957, págs. 863 y ss.; FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en «RDC», 1969, págs. 277 y ss.; PERLINGIERI, *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, Camerino, 1972; GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974; IRTI, *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, en «RDC», 1970, págs. 501 y ss., y en *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973; entre nosotros, COSSÍO, *Evolución del concepto de personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado*, en «RDP», 1942, páginas 749 y ss., y *El moderno concepto de personalidad y la teoría de los «estados» en el Derecho civil*, en «Ibidem», 1943, págs. 1 y ss.; ALVAREZ VIGARAY, *El domicilio*, en «ADC», 1972, págs. 549 y ss.; RICO PÉREZ, *La individualización de la persona humana en el Derecho civil*, en «RGLJ», 1975, págs. 9 y ss., y, en general, BERCOVITZ, *Derecho de la Persona*, Madrid, 1976. Cabe observar en los últimos años una marcada tendencia a profundizar en el tema sobre todo en orden a perfeccionar las técnicas encaminadas a la protección de la persona; así, DE CASTRO, *Op. cit.*, II-1, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1955, *passim*, y BÜCHER, en *Berner Kommentar zum Schw. Privatrecht*, I-2-1, Bern, 1976; muy importante es la revisión llevada a cabo por STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975.

examinar el problema del derecho subjetivo y su relación con el concepto de obligación, reconduce tal problema, en última instancia, al juego de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar (11).

Dejando a un lado la noción de subjetividad, resaltemos, en cambio, la naturaleza del nexo que existe, con arreglo a este mismo cuadro sistemático, entre derecho subjetivo y relación jurídica, categorías que, desde su origen, aparecen enlazadas sobre todo por la actitud polémica de la escuela histórica contra el Derecho natural racionalista cuya organización interna se lleva a cabo, como veremos, sobre la base del derecho subjetivo. Frente a esta categoría, Savigny plantea la relación jurídica como principio básico de ordenación y de exposición del *System*, paralelismo que, sin embargo, el autor olvida, pues, al concebir la relación jurídica, según dice literalmente, como el «dominio de la libre voluntad», la confunde con el concepto de derecho subjetivo que —tendremos ocasión de ver más adelante— él mismo nos ofrece; antagonismo de la escuela histórica ante los excesos dogmáticos y políticos del iusracionalismo que, como ocurre, por ejemplo, con la técnica formalista de construcción del sistema, su propio fundador acabó por abandonar (12). Esto no obstante, la intención de Savigny, tendente a enmarcar el derecho subjetivo en la relación jurídica, ha perdurado hasta nuestros días a través de una larga *dogmengeschichte* en la que no podemos entrar aquí (13). Así se infiere, en efecto, de

---

(11) Se orienta en este sentido BARCELONA, *Op. cit.*, págs. 83 y ss., en polémica contra la concepción normativista que han divulgado en Italia FROSINI e IRTI en las obras citadas en la nota anterior, últimamente.

(12) Así, SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, I, trad. esp., con prólogo de DURÁN Y BAS, Madrid, s. f., p. 52, p. 259. Se ha ocupado del componente racionalista que reaparece, inevitablemente, en la fase constructiva de la escuela histórica WIEACKER, *Storicismo e formalismo alle origine della scienza giuridica moderna*, en «Scritti Pugliatti», V, cit., págs. 891 y ss, sobre todo en conexión con los presupuestos metodológicos de la obra madura de SAVIGNY; precisamente, el *System*.

(13) Para el concepto de relación jurídica, *vid.* el clásico estudio de OERTMANN, *Der Ringlichketsbegriff*, en «IJ» 1892, págs. 413 y ss.; anticipándose al normativismo, CICALA, *Rapporto giuridico, diritto soggettivo e pretesa*, Torino, 1909; intenta superar esta orientación, BAGOLINI, *Note intorno al rapporto giuridico*, en «Arch. giur.», 1944, págs. 193 y ss., cuyo influjo en nuestra doctrina es apreciable por la traducción de su obra en «ADC», 1950, págs. 7 y ss.; entre nosotros destacan DE CASTRO, *La relación jurídica en el Derecho internacional privado*, en «RJC», 1933, págs. 453 y ss., y la contribución de DE BUEN, *La teoría de la relación jurídica*, en «Libro-Homenaje a De Diego», Madrid, 1943, págs. 181 y ss.; han vuelto sobre el tema con observaciones de interés RESCIGNO, *Rapporto giuridico*, en «Enc. fil», Venezia-Milano, 1957, vol. III, págs. 1853 y ss., y LIPARÌ, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, en «RTDPC», 1968, págs. 419 y ss., además de lo relativo al aspecto funcional e instrumental de la relación jurídica a que aludimos más adelante en el texto. De momento, importa señalar que la teoría de la situación jurídica se estimó perfectamente compatible con la relación jurídica por cuanto estaba referida a las posiciones de ventaja y de desventaja dentro de la misma, incluso en el caso extremo de la relación jurídica uniper-

la construcción del propio De Castro, a saber: La relación jurídica se define como la «situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico»; en su estructura, además de los elementos subjetivos, objetivos y finales o causales, hallamos un contenido típico constituido por las consecuencias jurídicas que el ordenamiento determina para las personas que intervienen en ella, de modo que, para la posición activa, estas consecuencias consisten *grosso modo* en la protección otorgada por el Derecho y en la puesta a disposición de la misma de los medios conducentes a su tutela, mientras que, para la posición pasiva, tales consecuencias se traducen, en términos generales, en el hecho de quedar sujeta la persona al cumplimiento de determinados deberes. En pocas palabras, dentro de la relación jurídica corresponde a la posición activa un derecho subjetivo y a la posición pasiva, en cambio, un deber jurídico correlativo (14).

Aparte de la necesaria correlación de derecho subjetivo y deber jurídico, queremos llamar la atención sobre dos aspectos de índole diversa. Por una parte, es fácil ver que esta construcción de la relación jurídica, así de abstracta y generalizante, tiene por base la disciplina positiva de las obligaciones por cuanto la posición activa se la configura a imagen del régimen jurídico del acreedor, lo mismo que la posición pasiva con respecto a la del deudor, hasta el extremo de que algún autor incluye en su contenido la categoría del interés que la relación jurídica, se supone, ha de significar para el titular de la posición activa (15). No es que esta construcción, por muy abstracta que sea, nos parezca inútil; pero sí hay que reconocer que, concebida así, se compagina poco con la estructura de los llamados derechos subjetivos absolutos, lo mismo de índole patrimonial que no patrimonial, como son los derechos reales y los derechos de la personalidad, al par que es sumamente extensa, puesto que tienen cabida supuestos tan heterogéneos entre sí como pueden ser, con arreglo a la tipología que nos ofrece De Castro, las relaciones de tipo político u organizadoras del Estado, las relaciones de estado civil y de parentesco, las relaciones derivadas de contratos de sociedad, mandato y trabajo y las relaciones de tráfico de índole real y obligacional, entre muchos otros (16). Así,

---

sonal, como bien lo pone de relieve el propio PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, en «Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica», Milano, 1951, páginas 395 y ss.

(14) Vid. DE CASTRO, *Derecho Civil*, cit., pág. 465; desarrolla este mismo esquema DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970 (reimpresión 1972), págs. 49 y ss., ampliamente.

(15) Así, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, I, 7.ª ed., Madrid, 1979, pág. 214.

(16) Para esta y otras clasificaciones de la relación jurídica nos remitimos al propio DE CASTRO, *Op. últ. cit.*, págs. 468 y ss., sobre las que se puede observar que no siempre las categorías que propone el autor son excluyentes entre sí.

pues, la relación jurídica aparece como un superconcepto de escaso valor analítico y de recortada eficacia descriptiva, lo que constituye, en sustancia, la función técnica que, como lo hemos visto, le corresponde. Si a esto unimos, de una parte, que críticas similares se han formulado, no sin cierta exageración, contra la categoría paralela del negocio jurídico y, de otra parte, que se ha recomendado, en este momento de crisis del Derecho privado, un retorno a la exégesis, creemos que, sin abandonar la categoría, hay que someterla a una revisión profunda, sobre todo para ajustarla a los datos diversificados de nuestro Derecho positivo (17).

Importante, en este sentido, es la doctrina que subraya el perfil funcional de la relación jurídica, de acuerdo con la que se la concibe, fundamentalmente, como un reglamento de intereses que afecta lo mismo a las partes que a la colectividad de modo que su estudio no se agota en el examen estructural de las posiciones activa y pasiva; antes bien, desde el punto de vista funcional, el juego de intereses que está en la base de la constitución, evolución y extinción de cada relación jurídica concreta adquiere un valor muy significativo de cara a precisar, no sólo su existencia, sino su contenido, límites y modalidades, los que no son indiferentes a la comunidad. Esto pone de relieve, ante todo, la singularidad de cada relación jurídica y, en seguida, que la realización completa de los intereses que ella regula supone, de una parte, la cooperación necesaria de los titulares de cada posición jurídica y, de otra, una constelación de deberes, intereses, facultades y derechos, de extensión diversa, que acompaña a cada una de ellas. Esta perspectiva funcional, se complementa con una consideración instrumental de la relación jurídica por virtud de la cual se la entiende como una entidad jurídica provisional en orden a la realización de los intereses individuales y colectivos que ella misma tutela, lo que configura la prestación o, en general, el comportamiento debido por la posición jurídica pasiva, como el medio técnico principal que las partes consideran idóneo para la satisfacción de tales intereses, pero no el único, y no sólo los intereses propios de la posición activa, sino, también, los de la posición pasiva y de los terceros. Digamos, en fin, que, aun cuando es cierto que esta construcción aparece

---

(17) Nos referimos a la revisión crítica del negocio jurídico en cuanto categoría, iniciada, quizá, por LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1974, la que se ha extremado, en sentidos diversos, por GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, en «RTDPC», 1976, págs. 449 y ss.; para un examente equilibrado de la cuestión, vid. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 7, Milano, 1978, págs. 395 y ss.; sobre este punto, es importante el trabajo de DE LOS MOZOS, *La renovación dogmática del concepto de 'causa' del negocio jurídico en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, en la *Op. cit.*, págs. 421 y ss. El retorno a la exégesis ha sido sugerido por el propio IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1974, página 322, sobre el que nos hemos ocupado en la recensión de este libro en «ADC», 1976, págs. 487 y ss.

muy ligada todavía al modelo típico de la obligación, no es menos cierto que se ha ensayado su extensión a los derechos subjetivos absolutos de forma que el derecho de propiedad e, incluso, los derechos de la personalidad, se conciben en el cuadro de una determinada relación jurídica. Piénsese en las consecuencias que de ello se derivan de cara a una configuración técnica moderna del derecho de propiedad si consideramos que la propia relación jurídica, concebida así, protege la satisfacción de los intereses de la posición jurídica pasiva (18). Con todo, aunque esta orientación doctrinal habla de situación jurídica subjetiva para referirse lo mismo a la posición activa que a la posición pasiva de la relación jurídica, creemos que utiliza esta expresión en términos puramente descriptivos que son perfectamente compatibles con el derecho subjetivo que incumbe, por definición, a la posición activa, única que aquí nos interesa; orientación ésta que nos aporta, sin duda, elementos de juicio nuevos que deben tenerse en cuenta en orden a la renovación del concepto que nos ocupa.

El otro aspecto que queremos poner de relieve del cuadro sistemático a que nos estamos refiriendo está en conexión con el contenido de la relación jurídica en el que el derecho subjetivo aparece colocado en una situación de subordinación y dependencia con respecto a ella. Efectivamente, bien nos advierte De Castro que tal contenido «está formado —dice literalmente— por la situación respectiva en que quedan los distintos sujetos (de la relación jurídica, situación que puede ser), de preferencia, subordinación, oficio, etc.; creadora de titularidades, diversificada en derechos subjetivos, facultades y deberes especiales», derechos subjetivos que, en particular, además de poder adquirir una cierta independencia, «a su vez pueden ser considerados —añade el autor— como relaciones jurídicas subordinadas». Y agrega la explicación siguiente: «El nacimiento de la relación jurídica condiciona el de todos los derechos subjetivos que en ella se apoyan y la extinción de aquélla

---

(18) Entre la literatura que se ha ocupado directa e indirectamente del perfil funcional de la relación jurídica destaca, sobre todo, PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en SCIALOJA-BRANCA, «Commentario del Codice civile», Bologna-Roma, 1975, sub arts. 1230-1259, especialmente, págs. 42 y ss., y anteriormente, *Profili*, cit., págs. 219 y ss, especialmente, 225-227. El mismo autor ha intentado la aplicación de este esquema de la relación jurídica a los derechos subjetivos absolutos, en *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli, 1970, págs. 91 y siguientes, y *La personalità umana*, cit., en colaboración con CAPIZZANO, páginas 275 y ss.; últimamente, RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, en «Enc. Dir.», XXIX, Milano, 1979, pág. 145. Una construcción similar, centrada en la relación jurídica, nos ofrece LARENZ, *Derecho Civil*, cit., en tema de persona, págs. 46 y ss., y en materia de relación jurídica en general, páginas 245 y ss., en cuyo contenido destacan, al lado de los deberes jurídicos, los que llama deberes de cumplimiento que acompañan a cada posición jurídica de la relación (p. 266-268). Asimismo, entre nosotros, DIEZ-PICAZO, *Op. cit.*, 362 y ss. y 372 y ss., examina ampliamente las cargas del acreedor y las facultades del deudor, e, igualmente, aplica el esquema de la relación jurídica a los derechos reales en la *Op. cit.*, II, Madrid, 1978, *passim*.

supone la liquidación de éstos; la relación jurídica no depende, en cambio, para su principio y su fin, del nacimiento y extinción de los distintos derechos subjetivos. El carácter orgánico de la relación jurídica hace que mientras los derechos no personales sean fácilmente transmisibles y enajenables, sea de una dificultad casi insuperable la transmisión de las relaciones jurídicas, a no ser por título *mortis causa*», lo mismo que se advierte, agregamos nosotros, en la transmisión de deudas, las que se sitúan en la posición pasiva de la relación (19). De acuerdo con esto, el derecho subjetivo se nos presenta subordinado a la relación jurídica en términos tales que el nexo de uno y otra reviste los mismos caracteres técnicos que la accesoria, conforme con la regla *accessorium sequitur principale*, que hemos estudiado en otra ocasión en tema de obligaciones (20); se trataría, pues, de una relación jurídica accesoria a una relación jurídica básica, por lo menos, en los supuestos normales en que el derecho subjetivo forma parte integrante del contenido de la relación jurídica. Señalemos, de una parte, que el derecho subjetivo se configura él mismo como una relación jurídica y, de otra, que aparece sujeto, en último término, a una doble subordinación. Por un lado, está la subordinación inmediata del derecho subjetivo a la relación jurídica y, por otro lado, la subordinación del mismo de forma mediata al Derecho objetivo el cual determina las consecuencias jurídicas que se derivan de ella o, lo que es igual, que regula el contenido típico de la relación jurídica, como entiende la generalidad de nuestros autores (21). Conviene señalar que, aunque esta concepción que minimiza el derecho subjetivo está en línea con la orientación iniciada por la escuela histórica y es el resultado de la reacción contra la exasperación individualista que invierte los términos de la subordinación, no resuelve el problema de forma radical, pues la determinación del contenido de la relación jurídica depende, fundamentalmente, de la autonomía privada sobre todo en los ordenamientos que, como el nuestro, no fijan un *numerus clausus* de derechos subjetivos (22). Asimismo, notemos que esta concep-

(19) Vid. DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 468, texto y nota 2.

(20) Nos remitimos para esto a nuestro estudio *La regla 'accessorium sequitur principale' y la prestación*, en «Sobre la Estructura de la Obligación», Palma de Mallorca, 1980, págs. 11 y ss.; también, *Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, en «RDP», 1980, págs. 28 y ss., y allí referencias.

(21) Planteamientos similares en lo sustancial, con matices diversos, mantienen, entre otros, CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho Civil, cit.*, págs. 9 y ss.; ESPÍN, *Op. cit.*, pág. 216; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2, Barcelona, 1977, páginas 7 y ss., y *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, Barcelona, 1977, págs. 269 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona, 1974, págs. 236 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, especialmente, pág. 403; expresamente en el sentido del texto, DíEZ-PICAZO, *Op. cit.*, I, págs. 50-51; concuerda, últimamente, GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1979, págs. 219 y ss. y 241 y ss.

(22) Mientras el punto es claro en tema de derechos personales, dentro de los límites que marcan los artículos 7, 1255 y 1258, C. c., no lo es tanto,

ción que subordina el derecho subjetivo a la relación jurídica está en la misma línea que la tesis de la situación jurídica, si dejamos de lado la propuesta, de todo punto excesiva, que se ha formulado en el marco de esta última corriente tendente a sustituir la propia relación jurídica por la situación jurídica subjetiva (23). Esta última idea nos parece inadmisibles, de una parte, por cuanto olvida la necesidad el principio de *neminem laedere*, el cual, por ser aplicable, ha de presentar con respecto a la relación jurídica; de otra parte, porque la situación jurídica, concebida como equivalente a la relación jurídica, se compagina mal con la estructura de la obligación y con la disciplina positiva del derecho subjetivo de crédito, las que presuponen, como es evidente, la existencia de la posición jurídica pasiva —la existencia del deudor— sin la cual la relación jurídica de obligación, básica para la categoría de los derechos subjetivos relativos, pierde su razón de ser; en fin, porque en el campo de los derechos subjetivos absolutos corresponde a la posición pasiva, como se sabe, el deber negativo de respeto en cuya base está el principio de *neminem laedere*, el cual, por ser aplicable, precisamente, a los derechos subjetivos relativos, en lugar de demostrar que se puede prescindir de la relación jurídica, como erróneamente se ha creído, prueba lo contrario: que presupone la existencia, en todo caso, de una relación intersubjetiva, aun sin tomar en consideración el aspecto funcional e instrumental de la misma en los términos en que ha quedado expuesto (24). Es más,

---

sobre todo desde el punto de vista práctico y registral, en materia de derechos reales; así, Díez-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en «RCDI», 1976, págs. 273 y ss. Incide sobre este último aspecto, DE LOS MOZOS, *La obligación real: aproximación a su concepto*, en «Estudios Roca Sastre», II, Madrid, 1977, págs. 331 y ss., con referencias a la literatura anterior.

(23) En este sentido, el «redimensionamiento» de la teoría de la relación jurídica que propone COMPORI, *Op. cit.*, págs. 779 y ss., a nuestro modo de ver, injustificadamente, por las razones apuntadas en el texto.

(24) En efecto, insiste, entre nosotros, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 487, en la idea de subordinación del derecho subjetivo cuando dice que, en ciertos casos, «los derechos subjetivos constituyen unidades independientes, pero están siempre dentro de una relación jurídica», por todos. Por el contrario, el principal punto débil de la argumentación de COMPORI, *Op. cit.*, págs. 783-784, está en relación con los derechos subjetivos relativos, pues se apoya en los supuestos marginales de derechos que no son correlativos de obligaciones y viceversa, llegando a concluir que, a base de estos casos excepcionales, «el esquema de la relación jurídica parece asumir una posición no ya de necesidad, sino de mera eventualidad en la teoría de las situaciones subjetivas»; tampoco parece convincente recordar con este propósito, como hace el autor, *loc. cit.*, la escasa nitidez de la distinción de derechos personales y reales ni la posibilidad de que ambos tipos de derecho subjetivo puedan ser objeto de lesión por parte de terceros, como bien lo ha estudiado BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*, y, entre nosotros, el propio Díez-PICAZO, *Op. cit.*, I, págs. 275 y ss., sin inferir la consecuencia que criticamos. Asimismo, en tema de derechos subjetivos absolutos, la argumentación de COMPORI, *Op. cit.*, págs. 782-783, se basa en que el deber de *alterum non laedere* se aplica, también, a los dere-

la categoría de la situación jurídica, reducida a sus dimensiones justas, en cuanto categoría alternativa al derecho subjetivo, creemos que, sin llegar a sustituirle, puede ser útil de cara a la interpretación renovadora de su concepto sobre todo porque hace resaltar la función de tipo social que corresponde a su titularidad y la posibilidad de un control objetivo, a base del Derecho positivo, sobre las condiciones en que su ejercicio merece tutela jurídica; incluso, algunos atributos del derecho subjetivo se comprenden mejor, si se los contempla desde la óptica de la situación jurídica a la que, por otra parte, tales atributos son, asimismo, aplicables con muy leves matizaciones. Bien entendido que nos referimos a la situación jurídica subjetiva que corresponde a la posición activa en la relación jurídica; concebidos así, pues, situación jurídica y derecho subjetivo pueden ser considerados como términos intercambiables, pero solamente si se los concibe de éste y no de otro modo.

2. Una nota importante de la categoría que nos ocupa es que no hay en las fuentes del Derecho romano un concepto explícito de derecho subjetivo, bien porque se lo entendía incorporado en las *mores maiores*, bien porque la técnica procesal romana, práctica y concreta, hizo innecesaria su formulación, como sugieren los autores (25). Lo cierto es que investigaciones recientes han venido

---

chos de crédito y en la idea de PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., pág. 23, según la cual la relación jurídica surge en los derechos reales sólo una vez que han sido violados, de modo que antes de la violación, infiere el autor, *loc. cit.*, tal deber «no debería presentarse como correlativo del derecho absoluto»; apoya esto último en el criterio no sólo discutible de SANTORO-PASARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, según el cual «el deber general de abstención es secundario y reflejo, no correlativo al poder del titular», sino que el propio SANTORO-PASARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, en «Enc. Dir.», XII, cit., pág. 752, abandonó más tarde al entender que se trata de un deber reconducible a la prohibición general de *neminem laedere*, la que presupone la existencia necesaria de una relación jurídica, tal como lo hemos señalado en el texto. La tesis de COMPORI, pues, no sólo es errónea, sino que el autor, *Op. cit.*, pág. 784, infiere de ella una consecuencia extrema que nos parece grave por cuanto termina por negar, en contra de «*tutta la costante tradizione dottrinaría*» (*loc. cit.*, nota 160), que la figura del deber o de la sujeción merezca consideración jurídica autónoma, puesto que, en cuanto constitutiva del término pasivo de la relación jurídica, «se trata de una cualificación inactiva» y común a todos los sujetos que la doctrina ha creado, a su juicio, «sólo por exigencias conceptualísticas derivadas de la exaltación dogmática del esquema de la relación jurídica en el cuadro de la concepción imperativa del Derecho». Esta conclusión infundada se debe, a nuestro modo de ver, a la oposición del autor a la concepción normativista del derecho subjetivo que, como veremos, acaba por disolverlo en la noción de deber jurídico, aun cuando el autor parece no tener conciencia de ello; para esta última concepción, *vid. IRTI, Introduzione*, cit., págs. 36 y ss.; también, *Sul concetto di titolarità*, cit., págs. 7 y ss. (en *Due saggi*, cit., de donde citamos); en general, BÜCHER, *Das subjektive Recht*, cit., *passim*.

(25) Es de la primera opinión DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 475, y de la segunda, COMPORI, *Op. cit.*, pág. 718.

a confirmar que figuras tales como *ius*, *ius in re*, *proprietas*, *usus fructus* y los *iura praediorum* pertenecían a la categoría de la *res* y tenían el régimen jurídico de las cosas, según se puede apreciar, sobre todo, en la conocida *summa divisio* de las *Institutiones* de Gayo (26). Significativo, en este mismo sentido, parece ser que los textos clásicos que aluden a los *ius in aliqua re* o a los *ius in ea re*, variantes de la fórmula *ius in re*, no comprenden al derecho de propiedad de modo que, según se ha inferido de un fragmento del propio Gayo, que se recoge en *D. 39.2.19*, el *dominium* no es un *ius in re* (27). Con todo, frente a esta opinión extrema, que se aparta totalmente de la tradición pandectista, se ha señalado que cabe advertir en la evolución del Derecho romano una progresiva relevancia de las situaciones jurídicas subjetivas, cuya tutela se llevó a cabo, con plena conciencia, con técnicas equivalentes a las que protegen el derecho subjetivo en el ordenamiento moderno, esto es, mediante la *actio* (28). Notemos que se ha observado, entre nosotros, que el *ius* presentaba en Roma lo mismo aspectos objetivos que subjetivos, los que parecen aludir al concepto de «posición justa», muy próximo al *suum cuique*, el cual, parece ser, tampoco puede ser concebido como derecho subjetivo en el sentido moderno (29).

(26) Nos referimos a los trabajos de VILLEY, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, en «RHDFE», 1946-1947, págs. 201 y ss., y *Le 'ius in re' du droit romain classique au droit moderne*, en «Conférence faite à l'Institut de Droit Romain en 1947», París, 1950, págs. 187 y ss., ambos incluidos en el volumen que reúne las obras del autor sobre el tema bajo el título colectivo *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, cuidado por GUZMÁN BRITO, Valparaíso, 1976, págs. 71 y ss. y 125 y ss., de donde citamos; de interés, la presentación de GUZMÁN BRITO, págs. 11 y siguientes, con referencias a la doctrina romanista. En general, para una valoración de la tesis mencionada en el texto, KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, págs. 96 y ss., por todos; entre nosotros, acepta la opinión de Villey, VALLET DE GOYTISOLO, *Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de terceros*, ahora en «Estudios sobre Derecho de Cosas», Madrid, 1973, págs. 177 y ss., especialmente, págs. 209 y ss.

(27) Según lo pone de relieve el propio VILLEY, *Du sens de la expression 'ius in re' en droit romain classique*, en «RIDA», 1949, págs. 417 y ss., y en *Estudios*, cit., págs. 101 y ss., especialmente, 104-105. Examina el problema, entre nosotros, ROBLEDA, *El Derecho subjetivo en Gayo*, en «Studi Scherillo», I, Milano, 1972, págs. 7 y ss.

(28) En este sentido PUGLIESE, *'Res corporales' e 'res incorporeales' e il problema del diritto soggettivo*, en «RISG», 1951, págs. 237 y ss., y ALBANESE, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, en «Schritti Jemolo», IV, Milano, 1963, págs. 3 y ss. En general, GUARINO, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, y el importante estudio de BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, ambos en «Studi Arangio-Ruiz», Napoli, 1953, I, págs. 389 y ss., y IV, páginas 83 y ss.; también BISCARDI, *Azzioni e rapporto giuridico nel sistema formulare classico*, Milano, 1968.

(29) Así, en el primer sentido señalado en el texto, D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de 'ius'*, en «Studi Albertario», Milano, 1943, páginas 277 y ss., y en el segundo, VILLEY, *'Suum ius cuique tribuens' en 'Studi De Francisci'*, I, Milano, 1956, págs. 363 y ss.

En el *ius commune*, aunque hay antecedentes del derecho subjetivo tales como los llamados derechos naturales inherentes al *status* de las corporaciones religiosas y profesionales o, incluso, a partir del Renacimiento, la intangibilidad de los derechos adquiridos frente al poder real, una de las primeras definiciones se debe a Occam, quien, en el siglo XIV, la formula en los términos modernos de *potestas*, lo mismo que se puede apreciar, todavía en el siglo XVII, cuando Suárez dice que el *ius*, en su último y más estricto significado, es «cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe»; así, también, Donellus quien entiende, en este mismo sentido, que «todo lo que nos pertenece es *duplex*», aludiendo a los derechos reales y personales, autor que utiliza esta bipartición como criterio de ordenación de la materia que expone en cada parte del *Corpus Iuris Civilis*, sin llegar a elaborar un concepto unitario ni a hablar de derecho subjetivo, lo mismo que Cuyacio, Duaren e, incluso, Domat (30). Pero a comienzos del siglo para Grocio, en cambio, el «sentido propio y estricto» de la palabra derecho es la «cualidad moral que corresponde a una persona para tener o

(30) Recuerda la categoría de los derechos naturales y de los derechos adquiridos, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 475 y 476; a la primera se refiere GIERKE, *Althusius*, II, 1902, pág. 275, nota 29, erróneamente, según VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en «Archives», II, Paris, 1953-1954, páginas 163 y ss., ahora en *Estudios*, cit., págs. 23 y ss., especialmente, pág. 46, nota 52. En cuanto a Occam, *vid* del mismo VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, en «Archives», IX, cit., págs. 97 y ss., ahora en *Estudios*, cit., págs. 149 y ss., sobre todo a base de *Opus nonaginta dierum* (1332 aproximadamente). Recoge la tradición tomista SUÁREZ, *De Legibus ac Deo Legislatore*, I.2.5 (ed. bilingüe del C.S.I.C., Madrid, 1971, pág. 26), de donde hemos tomado la definición trascrita, si bien es cierto que, como observa VILLEY, *Les origines*, cit., en *Estudios*, cit., págs. 48-49, nota 59, al contraponer en la *Op. cit.*, I.2.6, la *moralis facultas* y el *ius objectum iustitiae*, el autor se aproxima a la concepción moderna del derecho subjetivo. Sin embargo, no advierte el autor que cuando SUÁREZ dice en el mismo fragmento (ed. cit. pág. 26): «Porque la ley consiste en una orden o mandato. Y así lo emplean con frecuencia los jurisconsultos al decir, por ejemplo, que hacemos uso de este o de aquel derecho, que tal cosa se basa en un derecho cierto y comprobado, y frases semejantes. En este sentido—añade—se habla también de Derecho cuando se lo contrapone a hecho», el derecho subjetivo nada tiene que ver con la voluntad ni con el individuo; por el contrario, aun cuando se podría hablar de una contraposición de *ius reale* y *ius legale*, el derecho subjetivo radicaría en este último, en el Derecho objetivo, de donde proviene el «poder o facultad moral» del sujeto, con lo que SUÁREZ se anticipa, en más de trescientos años, a la concepción que, según veremos, prospera en la doctrina moderna. En cuanto a DONELLUS, el fragmento transcrito pertenece a *Opera omnia. Commentarium de iure civile*, I, Florentiae, 1840 col. 238; señala VILLEY, *Le 'ius in re'*, cit., en *Estudios*, cit., pág. 130, que esta idea unitaria, implícita en el pensamiento del autor, influyó en su ordenación sistemática original del Derecho civil. Para los autores franceses citados, *vid.* el propio VILLEY, *Les origines*, cit., en *Estudios*, cit., pág. 49, texto y notas, con referencias. Notemos que la concepción individualista aparece plenamente consolidada en POTHIER, *Oeuvres*, París, 1847, vol. IX, pág. 101, cuando define los derechos reales como «el derechos que tenemos sobre una cosa», por ser absolutos y vincular la cosa directamente al hombre.

hacer algo justamente», cualidad que cuando es perfecta el autor llama facultad, la que se manifiesta, dice literalmente, en «la potestad sobre sí mismo (*libertas*); hacia otros (como la *patria dominica*); el dominio pleno, el menos pleno». He aquí el punto de partida de la concepción individualista del derecho subjetivo que desarrollan sus comentaristas Pufendorf, Feltmann y Thomasius, y que la escuela del Derecho natural racionalista llevó a su máxima expresión; invierte ésta los derechos naturales del hombre, que admitía, como vimos, la tradición escolástica, para configurarlos y multiplicarlos en una larga serie de *iura* propios del individuo (31). Así, los llamados derechos innatos se colocan en el centro del sistema jurídico el cual se concibe, pues, como un catálogo de derechos subjetivos que se plasma en las codificaciones lo mismo iusnaturalistas que liberales de principios del siglo pasado, tanto en el campo del Derecho público, según se advierte en las famosas Declaraciones de los derechos del hombre de 1776 y 1789, cuanto en el Derecho privado, sobre todo en el *ABGB* y en el *Code* (32).

Pero esta evolución no acaba aquí sino que continúa a lo largo del siglo XIX. La escuela histórica, a pesar de su oposición a la escuela del Derecho natural, nos ofrece una concepción aún más individualista, si cabe, a base del dogma de la voluntad que se presenta como un *prius* frente al Derecho objetivo. Con todo, en los últimos pandectistas se aprecian desviaciones importantes; así, Ihering formula el conocido concepto del interés jurídicamente protegido; Dernburg subraya la idea de que consiste en una cuota en los bienes de la vida; Windscheid, además de afirmar la prioridad del Derecho objetivo, pone el acento en el aspecto externo del derecho subjetivo, en la tutela de la situación subjetiva activa; Thon y Regelsberger, en fin, identifican el derecho subjetivo con

(31) Vid. GROCIUS, *De jure Belli ac Pacis* (1625), I.1.4 y 5; PUFENDORF, *Elementarum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660), I.8.; FELTMANN, *Tractatus de jure in re et ad rem* (1665), I.27 y THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae* (1718), I.5.1, todos citados por VILLEY, *Les régimes*, cit., en *Estudios*, cit., págs. 25 a 27; entre las fuentes del primero destaca DE SOTO, *De justitia et iure*, IV.4.7.1.99; sobre éste último, THIEME, *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural*, en «RDP», 1954, págs. 596 y ss., y *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?* en el vol. *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, págs. 7 y ss., recientemente. En esta misma línea, CASTÁN VÁZQUEZ, *El Derecho civil en la obra de Luis Vives*, en «ADC», 1950, págs. 411 y ss., y CUEVILLAS, *Luis de Molina: el creador de la idea de derecho facultad*, en «REP», 1954, págs. 103 y ss.; con todo, DÍAZ CRUZ, *Op. cit.*, págs. 7 y ss., afirma que hasta 1750 la escuela del Derecho natural no conoció la categoría de los derechos subjetivos, lo que parece admitir CASTÁN, *Derechos subjetivos*, cit., pág. 102, si bien es, como vemos, inexacto.

(32) Para esto, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 476 y 477; extensamente, DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, cit., págs. 189 y ss. Todavía BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *Explicaciones del Curso Monográfico del Doctorado*, Salamanca, 1948-1949, citado por MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 671 texto y nota 2, entiende que el «Derecho civil se integra por un haz o conjunto de derechos subjetivos».

el medio técnico de protección del interés tutelado por el Derecho objetivo (33). Ha quedado abierto, como vemos, el camino a las teorías mixtas y a las teorías negativas que, en polémica con las distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, ocupan nuestra casi agotada centuria.

Pero veamos con algún detalle las líneas fundamentales de esta evolución. Es sabido, en efecto, que para la escuela del Derecho natural el derecho subjetivo es una potestad o una facultad inherente a la cualidad de persona, que el Derecho objetivo no sólo no puede vulnerar sino que tiene por misión principal reconocer y proteger, hasta el extremo de concebir el Derecho civil, por ejemplo, como el reino de la libertad del individuo. Frente a esta concepción, Savigny opone, según sabemos, la llamada teoría de la voluntad por motivaciones lo mismo dogmáticas que políticas; de acuerdo con esta teoría, el derecho subjetivo se concibe como el «terreno del señorío independiente de la voluntad», si bien la fórmula propuesta no es radicalmente distinta de la anterior (34). Y esta similitud se acentúa por los pandectistas alemanes posteriores, pues la interpretan, durante una primera época, bien como el ámbito de libertad reservado al individuo, bien como una facultad que se caracteriza sobre todo por el señorío de la voluntad, en línea

(33) Vid. IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, IV, trad. fr., París, 1890, pág. 70, págs. 315 y ss.; DERNBURG, *Pandette*, I, trad. it., Torino, 1906, pág. 39; WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, I-1, trad. it., Torino, 1902, pág. 27; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, págs. 218 y ss. (hay trad. it. *Norma giurídica e diritto soggettivo*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova, 1951), y REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, págs. 76 y ss.

(34) Muy significativa de la orientación iusnaturalista es la definición de Derecho civil que nos da SPINOZA, *Traité theologico-politique*, trad. fr., París, 1928, pág. 305, según la cual «por Derecho civil privado no podemos entender otra cosa que la libertad que cada individuo tiene de conservarse en su estado, tal como ella es determinada por los Edictos del poder soberano». El texto de SAVIGNY lo hemos tomado de DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 477, lo mismo que la intención política del autor expuesta, en pág. 461, a propósito de la relación jurídica. Muy expresiva del pensamiento de SAVIGNY es la frase con que comienza, prácticamente, su «investigación sobre la naturaleza general del Derecho»; dice así: «El Derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos *derecho* y algunos, derecho en sentido subjetivo» (*vid. Sistema*, ed. cit. par. 4, pág. 65). Y añade lo que ha sido decisivo para la doctrina moderna: «El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión» (*loc. cit.*). Con todo, el paso siguiente es la subordinación del derecho subjetivo a la relación jurídica, cuando agrega: «pero un examen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface sólo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relación de derecho*, de la cual no es más que una faz diversa abstractamente considerada» (*Ibidem*). Vemos, pues, que aquí está el germen de todas las vicisitudes de nuestro concepto hasta el presente. Para el retorno de la escuela histórica a algunos postulados iusnaturalistas, WTEACKER, *Storicismo e formalismo*, cit., especialmente, págs. 895 y ss., por todos.

con la concepción kantiana del Derecho. Esta concepción es la que está en la base del pensamiento de Windscheid que, en época más tardía, procura mantener la teoría de la voluntad, aunque la deforma. Presupone este autor, en efecto, la tesis de Kant según la cual el Derecho objetivo es un «conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de unos puede acomodarse al arbitrio de otros con arreglo a una ley universal de libertad»; de acuerdo con esto, entiende Windscheid que la misión del Derecho privado es la de «fijar los límites al dominio de la voluntad de los individuos que conviven», a través de «mandatos y prohibiciones —normas jurídicas imperativas y prohibitivas», y ello de tal manera que, afirmada la prioridad del Derecho objetivo, el derecho subjetivo consiste para el autor, primero, en un «permitir-querer», el famoso *Wollen-Dürfen*, y luego, en el «señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico», el cual se concreta en la posibilidad reconocida al sujeto de accionar frente a otro un mandato del propio ordenamiento, de modo que, como vemos, lo determinante no es la voluntad del individuo sino la voluntad objetiva de la norma (35). Numerosas son las críticas que se han esgrimido contra esta concepción del derecho subjetivo. Muy esquemáticamente, digamos que se trata, para Ihering, de una construcción irrealista y formal que no agota la sustancia del derecho subjetivo; para Thon, de una construcción errónea que no explica supuestos marginales tales como, por ejemplo, los derechos subjetivos que pertenecen a las personas incapaces de querer y entender; para Pugliatti, de una construcción que se contradice a sí misma puesto que la voluntad del individuo aparece, no como la fuente de poder originario que el Derecho objetivo debe necesariamente reconocer, sino como un simple presupuesto de hecho para que se produzcan los efectos previstos por la norma y Guarino, en fin, llevando esta concepción hasta un punto extremo, ha puesto de relieve que la voluntad no entra en el esquema típico del derecho subjetivo sino que permanece fuera del mismo (36).

(35) Para los primeros pandectistas, *vid.* las interesantes observaciones de LARENZ, *Metodología*, cit., págs. 33 y ss., y, sobre el derecho subjetivo en PUCHTA, en particular, pág. 36. El fragmento de KANT pertenece a su obra *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, trad. esp., México, 1968, páginas 32-33. En cuanto a WINDSCHEID, *Op. cit.*, págs. 169 y 351, respectivamente; la relación entre norma y derecho subjetivo nos la explica así: «El Derecho objetivo dicta un precepto obligando a un determinado comportamiento, y pone este precepto a disposición de aquel a cuyo favor lo ha establecido. Le queda confiado a éste el valerse o no del precepto y en particular el poner o no en obra los medios garantizados por el ordenamiento jurídico frente al rebelde. De este modo, su voluntad es decisiva para la actuación del precepto emitido por el ordenamiento jurídico. Este se ha despojado en favor de aquél del precepto que dictó: del precepto propio ha hecho un precepto del titular. El Derecho ha pasado a ser un derecho del titular» (*loc. ult. cit.*). La alusión a *Wollen-Dürfen* la recuerda DE CASTRO, *Op. cit.*, página 477, nota 5, refiriéndose a las primeras ediciones de las *Pandekten*.

(36) *Vid.* IHERING, *Op. cit.*, págs. 320 y ss.; para el autor, de acuerdo con la teoría que critica «el Derecho privado no sería más que un ruedo para la

Como se sabe, en oposición a esta tesis, Ihering propone la llamada teoría del interés de acuerdo con la que el concepto de derecho subjetivo pasa a gravitar, no sobre la voluntad del individuo, sino sobre el interés; con arreglo a este criterio sustancial, entiende el autor, en efecto, que el derecho subjetivo consiste en un «goce, ganancia o ventaja» tendente a la satisfacción de los intereses individuales, el cual se desdobra en un aspecto material, el fin práctico de utilidad, y un aspecto formal, la protección instrumental que a tal fin otorga el Derecho objetivo, aspectos ambos que se recogen en la conocida definición del «interés jurídicamente protegido», esto es, la «seguridad jurídica del goce»; según esto, no todos los intereses protegidos son de índole económica ni corresponden a derechos subjetivos, como es el caso de los efectos reflejos de las normas jurídicas. Los intereses legítimos no son, para esta concepción, derechos subjetivos sino cuando «el interés se protege a sí mismo», cuando existe la posibilidad de una especie de autotutela encomendada al titular (37). Múltiples son, también, las objeciones que esta concepción merece. Así, señalemos que Thon observa fundamentalmente dos cosas: de una parte, que el interés, por ser objeto y fin del derecho subjetivo, no es un elemento que forme parte de su concepto, sino que está fuera de él y, de otra, que, por ser el fin práctico ajeno al derecho subjetivo, éste no es el interés protegido sino, en último análisis, el medio a través del cual se lo protege. Tuhr dice que, a menos que se admita prueba sobre la existencia del interés en cada caso, habría que entender que tal interés existe siempre por el mero hecho del libre ejercicio de la voluntad, con lo que esta teoría vuelve a la anterior; Kelsen, desde su postura radical, advierte que los intereses son siempre de los individuos, que hay derechos sin interés y que el interés protegido por el Derecho es el interés medio el cual reside, no en el sujeto, sino en la norma; en fin, se ha puesto de relieve que cabe la disociación de derecho e interés y que los intereses protegidos admiten una interpretación lo mismo objetiva que subjetiva los que dependen, en última instancia, de la voluntad del legislador, del Derecho objetivo (38).

---

voluntad, en el que caracolear, ensayarse, probar sus fuerzas y gozarse en sus propias evoluciones», según refiere DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 477 y 478, nota 1, que cita la ed. alem. Para las otras consideraciones críticas mencionadas en el texto, THON, *Op. cit.*, págs. 115 y ss.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., págs. 55 y ss., con referencias abundantes a la pandectística, y, en fin, GUARINO, G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, en «Rass. dir. pubb.», 1949, páginas 283-284, citado por COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 724, nota 16.

(37) Así, IHERING, *Op. cit.*, pág. 70, págs. 315 y ss.; los fragmentos están tomados de DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 478, texto y nota 1, que cita la ed. alem. En sentido similar, para DERNBURG, *Op. cit.*, pág. 30, el derecho subjetivo es «la participación en los bienes de la vida que a una persona corresponde en la sociedad humana y que garantiza el orden jurídico»; asimismo, KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1909, pág. 46, cuando afirma que se trata del contenido del disfrute asegurado jurídicamente, entre otros.

(38) *Vid.* THON, *Op. cit.*, págs. 218-219; TUHR, *Parte General del Derecho*

Ante esta situación, la doctrina se divide en dos direcciones diversas, fundamentalmente: de una parte, la larga serie de fórmulas mixtas que combinan de forma varia las nociones de voluntad y de interés y, de otra parte, la llamada teoría de la protección cuya formulación inicial debemos a la obra básica de Thon. Ante todo, digamos que estas dos orientaciones, que tienen su origen en el pandectismo tardío, se proyectan a lo largo del siglo xx hasta nuestros días. Manifestaciones significativas de las llamadas teorías mixtas son las definiciones de derecho subjetivo que lo conciben, en términos bastante ambiguos, como «la protección de intereses que funda un poder de la voluntad» o como «el poder para la satisfacción de un interés reconocido», entre las fórmulas más divulgadas por la doctrina moderna. Por supuesto que han sido fáciles las críticas lanzadas contra estas posturas por cuanto es cierto que, aparte de no resolver el fondo de la cuestión, adolecen de los defectos e inconvenientes de las teorías de la voluntad y del interés, y carecen de relevancia autónoma porque no acaban de definirse respecto a si el interés está al servicio de la voluntad o viceversa (39). Sin embargo, hay que destacar que estas fórmulas mixtas han sido útiles a la ciencia general del Derecho al par que han permitido profundizar en la forma en que las dos teorías básicas se entrelazan. En efecto, definiciones mixtas como la que entiende que el derecho subjetivo es «un poder jurídico que tiene por fuente el derecho objetivo, que se dirige contra los hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos», o aquella sintética según la cual es el «poder de dejar que sean eficaces los imperativos del Derecho», son las que han hecho posible la extensión del derecho subjetivo al campo del Derecho público. Fortuna ha tenido, en efecto, la tesis iuspublicista, según la cual el derecho subjetivo consiste en el poder de la voluntad reconocido y protegido por el ordenamiento, que tiene por objeto un bien o un interés, y a partir de ella, se ha desarrollado la importante categoría de los intereses legítimos (40).

---

*Civil*, I, trad. esp., Madrid, 1927, págs. 59-60; KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, págs. 148 y ss. Alude DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 478, a los supuestos de disociación que se presentan cuando hay derechos subjetivos sin interés en casos tales como, por ejemplo, contratos a favor de tercero, titularidad fiduciaria o actuación del tutor. Sobre la ambigüedad del concepto de interés protegido, PUGLIATTI, *Op. ult. cit.*, pág. 57, y NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrì*, Milano, 1936 (reimpresión, Camerino, 1978), páginas 70 y ss., extensamente.

(39) Las definiciones mixtas o combinadas que hemos transcrito pertenecen a REGELSBERGER, *Op. cit.*, pág. 14, pág. 76, y a BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, pág. 18, pág. 49. Destacan las consideraciones críticas de RECASENS SICHES, *Il concetto di diritto soggettivo inanzi alla filosofia del diritto*, en «RIFD», 1926, págs. 493 y ss., y de DABIN, *Op. cit.*, páginas 79 y ss.

(40) La primera definición transcrita es la conocida fórmula propuesta por FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2.ª ed., pág. 354, que cita CASTÁN,

Y en la observación de las relaciones que existen entre las teorías de la voluntad y del interés se ha puesto de relieve, de una parte, que ambas concepciones son compatibles entre sí por cuanto, mientras el poder de la voluntad atiende a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, el interés protegido apunta a resaltar su *ratio*; de otra parte, se ha señalado que ambas teorías son, en el fondo, mixtas, pues no se excluyen mutuamente desde que la teoría de la voluntad, se ha dicho, no niega que el poder de la voluntad del individuo esté al servicio de los intereses humanos e, inversamente, la teoría del interés no rechaza la idea de que el interés protegido precise de la voluntad para hacerlo valer (41).

Gran aceptación en el siglo xx ha tenido la teoría de la protección propuesta por Thon a fines del siglo pasado, a partir del aspecto formal del derecho subjetivo, puesto de relieve por la teoría del interés. Afirma este autor, en efecto, que su núcleo central no radica tanto en el interés protegido cuanto en la técnica de protección, en la seguridad jurídica del disfrute, pero no basta que

---

*Derechos subjetivos, cit.*, pág. 108, nota 38; vid., además, del mismo autor, *Le persone giuridiche*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1956, págs. 27 y ss. La fórmula sintética pertenece a GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 233. En el campo del Derecho público, aludimos a JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechten*, 2.<sup>a</sup> ed. Tübingen, 1919, págs. 43-45 (hay trad. it., Milano, 1912), a quien IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le Droit privé*, París, 1931, pág. 94, nota 1, califica erróneamente de voluntarista por haber ampliado el papel de la voluntad con respecto a la primera ed. de su obra en 1892; como demuestra PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 60, nota 142, se trata de un error por cuanto el destacado iuspublicista siempre mantuvo el criterio de la *Kombinationstheorie*, aunque voluntad e interés graduados de diversa forma. Una orientación similar mantiene ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, Padova, 1932, pág. 123, lo mismo que, entre nosotros, GARRIDO FALLA, *Derechos públicos subjetivos*, en «NEJ», VII, cit., p. 63 y ss., últimamente. Para la categoría de los intereses legítimos, vid. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, en «RTDP», 1952, págs. 611 y ss., con quien concuerda GARRIDO FALLA, *Op. cit.*, páginas 76-77, al aceptar la distinción de intereses legítimos materiales o sustanciales e intereses legítimos instrumentales; para su aplicabilidad al Derecho civil, BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, *passim*.

(41) Advierte<sup>el</sup> primer aspecto, RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Milano, 1961, pág. 176, autor que entiende en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp., México, 1955, pág. 83, que el derecho subjetivo «implica la posibilidad de reclamar a favor de uno la protección de los bienes jurídicos y de poder poner en acción los medios necesarios para ello», lo que se basa, a su juicio, en una norma facultativa; el segundo, DABIN, *Op. cit.*, pág. 80; en particular, dice en este mismo sentido PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 59, que «el interés del sujeto presupone la voluntad». Veremos más adelante que la noción analítica de derecho subjetivo que nos ofrece este último autor está muy próxima a esta línea de profundización a partir de una concepción mixta; se basa para ello en la idea de que la suma de voluntad e interés constituye la categoría autónoma de poder jurídico en la que la voluntad representa el medio y el interés el fin del derecho subjetivo, según expresa en la *Op. cit.*, pág. 62. Para un elenco amplio de definiciones próximas a esta línea, CASTÁN, *Op. cit.*, págs. 105, nota 18, y 107, nota 31.

esta protección exista a favor del titular, sino que el derecho subjetivo precisa que sea el propio interesado el llamado por el Derecho objetivo a ejercitar la técnica de protección, esto es, que la norma que reconozca un derecho subjetivo ha de conferir simultáneamente al titular la posibilidad de actuar su protección. De acuerdo con esto, el derecho subjetivo se define como el «poder concedido por el ordenamiento para poner en marcha los imperativos que ordenan a ciertos órganos estatales la concesión de asistencia jurídica»; en pocas palabras, el derecho subjetivo se reduce a una simple pretensión, una «expectativa de pretensión», o, en rigor, al medio técnico de protección del interés (42). Diversas son las críticas principales que cabe hacer a esta concepción. Ante todo, notemos que parece confundir el derecho subjetivo con la acción, el medio técnico previsto para su actuación y defensa; en segundo término, se ha objetado que la acción no surge por la violación del derecho subjetivo sino por violación de la norma de la que trae su origen y que el derecho subjetivo concebido así se contrae, en su esencia, a la posibilidad conferida al titular de actuar o no la técnica de protección, de modo que vuelve a consistir fundamentalmente en un acto de voluntad; en esta misma línea crítica, se ha apuntado la idea de que la acción no surge a consecuencia de la violación sino que es *prius* por cuanto existe con entera independencia de ella; en fin, se ha advertido que esta teoría es la «expresión máxima de la concepción imperativa del Derecho (que coincide históricamente —se ha escrito— con la fase más conservadora de la política liberal)». Desde un punto de vista general, se ha señalado que esta teoría, lo mismo que las anteriores, adolece del vicio de origen de un individualismo exasperado, lo que le impide salir del círculo vicioso inherente a esta postura filosófica y que representa, asimismo, la gran ilusión, propia del pandectismo, de intentar trasladar la idea de individuo-sujeto de derecho al sistema jurídico a base del concepto, de suyo ambiguo, del poder querer, a lo que hay que unir las críticas abundantes al voluntarismo y al dogma de la voluntad (43). He aquí, pues,

(42) Así, THON, *Op. cit.*, págs. 115 y ss. (ed. it. cit., págs. 206 y ss.); cabe señalar que mientras CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 107, califica esta teoría como normativista o puramente lógica, para DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 479, en cambio, prepara el camino para la negación del derecho subjetivo.

(43) Subrayan la idea de que la acción es *prius* a la violación, DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, París, 1901, págs. 6 y ss., entre otros trabajos suyos, y FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, págs. 320 y ss. Aluden a los presupuestos ideológicos implícitos en esta concepción, respectivamente, COMPARTI, *Op. cit.*, pág. 723, y DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 479-480; también ORESTANO, *Op. cit.*, págs. 159 y ss., por lo que se refiere a la idea de sujeto señalada en el texto. En fin, consideraciones críticas de mucho interés sobre el llamado dogma de la voluntad, LARENZ, *Metodologia*, cit., págs. 51 y ss., y BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, I, trad. y notas por DE LOS MOZOS, Madrid, 1969, págs. 1 y ss., entre muchos otros; últimamente, RUFFOLO, *Il paralelismo colpa aquiliana-volontà negoziale e l'autonomia negoziale nella pianificazione privata*, en «RTDPC», 1978, págs. 1 y ss.

algunos de los resultados, frustrantes, en cierto modo, a que conducen las construcciones brillantes del pandectismo decimonónico.

3. No hay que extrañarse, por consiguiente, que aparezcan en el siglo xx tendencias diversas que niegan la existencia del derecho subjetivo. Una primera manifestación en este sentido es, como se sabe, la que encarna Duguit, quien da preponderancia a la categoría del deber jurídico por cuanto estima que nadie posee más derechos que los de cumplir siempre los propios deberes de forma que la situación subjetiva, lo mismo activa que pasiva, se transforma en una situación objetiva y el derecho subjetivo no es otra cosa, de acuerdo con este planteamiento, que la función social que corresponde a todos los miembros de la comunidad de cumplir con los deberes que ella misma impone; más que situaciones jurídicas subjetivas de poder, lo que hay son situaciones jurídicas objetivas de deber. Críticas importantes han opuesto a esta concepción autores muy significativos en cuyo detalle no podemos, ciertamente, entrar aquí. Notemos, brevemente, que todos concuerdan en subrayar que las situaciones objetivas, tal como las configura el autor, revisten todos los caracteres propios del derecho subjetivo de modo que la diferencia de unas y otro se reducen a una cuestión puramente terminológica, aparte de que él mismo, y sus continuadores de la escuela iuspublicista del sur de Francia, parece que han abandonado esta concepción posteriormente (44). Una orientación similar se aprecia en la doctrina alemana de los años treinta que, no sin importantes disidencias, consideró el derecho subjetivo incompatible con la *Volksgemeinschaft*, idea de acuerdo con la que la posición jurídica de los individuos se pensó en términos de subordinación al cuadro de deberes que la comunidad organizada exige. Importa señalar que, a partir de esta negación, la doctrina alemana posterior tiende a repensar la categoría que nos ocupa, bien en los términos de las orientaciones afirmativas que veremos más adelante, bien acentuando la nota personalista propia de las concepciones iusnaturalistas, de modo que la tesis

---

(44) Así, DUGUIT, *Op. cit.*, *loc. cit.*, y *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1927, págs. 2 y ss.; es de señalar que el autor en *Les transformations générales du droit privé*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1920, pág. 13, se declara partidario de la versión comtiana del positivismo jurídico. En la literatura francesa abundan las críticas a esta concepción supuestamente negativa del derecho subjetivo; destacan, entre otros, GÉNY, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, IV, París, 1927, págs. 181 y ss.; IONESCU, *Op. cit.*, páginas 23 y ss., especialmente, 39-40; DABIN, *Op. cit.*, págs. 24 y ss.; ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 80 y ss.; extensamente, LONGCHAMPS, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, en «Archives», IX, cit., págs. 61 y ss. También PUGLIATTI, *Op. cit.*, págs. 48 y ss.; CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 108, y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 479. GARRIDO FALLA, *Op. cit.*, pág. 70, da cuenta del abandono posterior de esta teoría por la doctrina iuspublicista; en general, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, págs. 26 y ss., con referencias bibliográficas muy completas en págs. 52-53.

de la *Rechtsstellung*, que surge, como lo hemos indicado, por esos años, ha permanecido aislada (45). En cuanto a los llamados Derechos socialistas, si bien es cierto que en los primeros tiempos el derecho subjetivo tendió a declinar, no es menos cierto que, más tarde, se manifiestan tendencias que intentan, incluso, resaltarlo, según lo muestran investigaciones recientes sobre el Derecho soviético y el alemán oriental (46). Por contraste, ha sido tradicional que en el sistema anglosajón los *rights of the subject* se conciben como los derechos del individuo frente a la Administración; de aquí que el clásico Blackstone los configure como derechos públicos subjetivos. Esto, no obstante, hay tendencias realistas que se muestran, también, contrarias al derecho subjetivo. Así, para el sociologismo norteamericano se trataría sólo de una fórmula convencional cuyo contenido se agota con la posibilidad de prever el comportamiento futuro y probable de jueces y magistrados; en sentido similar, para el realismo escandinavo el derecho subjetivo no sería más que una imagen ideal de eficacia muy limitada, aun cuando puede suscitar un sentimiento capaz de influir en el curso de los hechos, o bien se lo concibe como un instrumento semántico que describe el fenómeno de la aplicación de las normas al caso concreto (47).

---

(45) Para esto, MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, especialmente, págs. 695 y ss., donde informa de las reacciones que produjo la tesis de la situación jurídica en la literatura alemana de la época. Es de señalar una vez más que el propio LARENZ, después de su postura crítica inicial manifestada en *Rechtsperson und subjektives Recht, cit.*, ha vuelto a posiciones iusnaturalistas de signo comunitario a base de la llamada jurisprudencia de valores o de valoraciones, según pone de manifiesto en *Metodología, cit.*, páginas 136 y ss.; incluso en *Derecho civil. Parte general, cit.*, págs. 44 y ss., habla extensamente sobre el «personalismo ético como fundamento ideológico del Código civil», lo que es muy significativo de cara a la revalorización de que ha sido objeto esta teoría por la doctrina italiana reciente.

(46) Para esto FROSINI, *Le trasformazioni sociali e diritto soggettivo*, en «RIFD», 1968, págs. 117 y ss., y RODOTÀ, *Discussioni e polemiche sul diritto soggettivo nella Germania orientale*, en «RDComm», 1963, págs. 51 y ss., respectivamente. En general, SACCO, *Il sustratto romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, en «Studi Grosso», IV, Torino, 1974, págs. 736 y ss., y STANZIONE, *Introduzione*, en MARKOVITS, *Il diritto civile tra socialismo e ideologia borghese nella Repubblica democratica tedesca*, Camerino, 1977, especialmente, págs. XLI y ss., de la ed. sep. con bibliografía.

(47) Así, BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 18.<sup>a</sup> ed., London, 1821, págs. 207 y ss.; para otros antecedentes del derecho subjetivo en el Derecho inglés antiguo, VILLEY, *Les origines, cit.*, en *Estudios*, cit., págs. 46-47, sobre BRACTON, y en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París, 1969, págs. 179 y ss., sobre HOBBS, también en *Estudios*, cit., páginas 191 y ss. Una visión similar del Derecho inglés nos ofrece DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 476, notas 2 y 3 y pág. 479, nota 6. Para el sociologismo norteamericano, vid. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, trad. it. en *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, págs. 44 y ss.; para el realismo escandinavo, OLIVECRONA, *Law as a Fact*, trad. it., Milano, 1967, págs. 70 y ss., y ROSS, *On Law and Justice*, trad. it., Torino, 1965, págs. 160 y ss.; en general, EKLÖF, *Il concetto di diritto soggettivo*, en «Jus», 1955, págs. 490 y ss.

Próximo a estas tendencias negativas se adscribe el normativismo que, por su exasperación positivista, se ha visto forzado a negar, asimismo, espacio vital a la existencia autónoma del derecho subjetivo. Desde su peculiar punto de vista, sostiene Kelsen que la única realidad que está tras el concepto de derecho subjetivo es la relación del sujeto con la norma, relación ésta que se agota con el deber que el Derecho objetivo impone a todos los sujetos de adaptar su conducta a lo prescrito por las normas; la voluntad del titular del derecho subjetivo, pues, no es más que un presupuesto de hecho para la aplicación de la norma al caso concreto de modo que el derecho subjetivo *per se* constituye un simple reflejo del deber jurídico singularizado en su aplicación a la relación jurídica de que se trate; de aquí que el derecho subjetivo no sea más que la norma jurídica objetiva subjetivizada. Y los normativistas modernos afirman, sobre todo en la doctrina alemana e italiana, que el derecho subjetivo es un elemento fáctico que forma parte del supuesto de hecho previsto en la propia norma, el cual, en cuanto entidad lógico-formal, desempeña una importante función técnica, de índole dinámica, al servir de punto de partida al proceso que desencadena la actuación del deber jurídico en la relación concreta (48). Vemos, pues, que así como esta concepción disuelve la categoría que nos ocupa en la noción elástica de deber jurídico, así también la tesis de la situación jurídica, llevada hasta sus últimas consecuencias, disuelve en el concepto de derecho subjetivo, según lo hemos anticipado, al deber jurídico, el cual dejaría de pertenecer al universo de los conceptos jurídicos autónomos. Ninguna de estas dos orientaciones son, por supuesto, de compartir (49).

En efecto, la doctrina mayoritaria se inclina, hoy en día, por una orientación afirmativa de la existencia del derecho subjetivo e incluso las opiniones parecen haberse uniformado en torno a tendencias más o menos definidas, sobre todo si tenemos en cuenta que conocidas definiciones sintéticas, de acuerdo con las

---

(48) Conocida es la definición de KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. esp., pág. 72, que cita CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 108, según la cual «el derecho subjetivo es la norma jurídica en cuanto que ésta posee un contenido concreto individual»; *vid.*, además, *La dottrina pura del diritto*, *loc. cit.* Acierta PUGLIATTI, *Op. cit.*, pág. 53, cuando observa que esta concepción del derecho subjetivo es una simple consecuencia lógica de los presupuestos de los que parte el normativismo que son, a su juicio, «necesariamente viciados de raíz y por tanto inaceptables»; con todo, críticas de interés a esta noción nos ofrecen IONESCU, *Op. cit.*, págs. 49 y ss.; DABIN, *Op. cit.*, págs. 17 y ss., y LARENZ, *Metodología*, *cit.*, págs. 84 y ss. En la doctrina actual han desarrollado la orientación normativista en tema de derecho subjetivo BÜCHER, *Das subjektive Recht*, *cit.*, especialmente, págs. 55 y ss., e IRTI, *Introduzione*, *cit.*, págs. 54 y ss.

(49) En estos términos contrastan las opiniones de IRTI, *Loc. ult. cit.*, y *Sul concetto de titolarità*, en *Due Saggi*, *cit.*, págs. 16 y ss., y de COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 784, como sabemos.

cuales el derecho subjetivo es, por ejemplo, la «potencia de comandar *inter partes*» o una «*appartenance-maîtrise*», han quedado verdaderamente aisladas y se han deslizado hacia el campo de la teoría general del Derecho (50). En el panorama de las opiniones actuales, es de interés recordar la orientación según la cual se concibe el derecho subjetivo como la «premisa o título para el ejercicio de un poder, o de una actividad enderezada a la defensa del titular del derecho», una especie de *facultas exigendi* que se concreta, como se ha escrito, en un derecho al derecho; en suma, para esta orientación el derecho subjetivo consiste en una «posibilidad de pretender», en una pretensión. Entre nosotros, el concepto de derecho subjetivo propuesto por Castán se inscribe en esta línea; se trata, en efecto, de la «facultad de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación para la satisfacción de sus fines o intereses» (51). Fácilmente se advierte que pueden hacerse a esta concepción las mismas críticas que, según vimos, se hacían a la teoría de la protección; señalemos, muy brevemente, que hace resaltar una visión fundamentalmente procesal del derecho subjetivo y que, al identificar el derecho subjetivo con la acción, no sólo confunde la existencia del derecho con su actuación concreta, sino, como se ha dicho, con los medios técnicos previstos para tal actuación por el ordenamiento (52). Próxima a esta orientación se halla la opinión según la cual lo esencial del derecho subjetivo es el llamado aspecto formal o externo, esto es, el poder jurídico (*Können*) que corresponde a una posición de preeminencia, de potestad o de fuerza que, constituida y tutelada por el Derecho objetivo, se confiere al titular frente a los demás sujetos; en los términos de De Castro, que mantiene una postura semejante, se trata de la «situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a

---

(50) Muy significativas en este sentido son las fórmulas de CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3.ª ed., Roma, 1951, pág. 155, y de DABIN, *Op. cit.*, pág. 80, que hemos transcrito en el texto.

(51) Así, CASTÁN, *El concepto de Derecho subjetivo*, cit., pág. 130, y *Derechos subjetivos*, cit., pág. 110, literalmente; asimismo, la definición de BACALLADORE-PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, en «Jus», 1952, páginas 19-20, a que nos hemos referido antes en el texto. La *facultas exigendi* la resalta FROSSINI, *Diritto soggettivo*, cit., págs. 1648 y ss., y *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, en «RDC», 1961, pág. 124, de donde tomamos la expresión transcrita.

(52) En este sentido, NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., pág. 74. Acierta COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 735, cuando señala que las objeciones a la teoría de la protección son trasladables a esta concepción como lo hemos manifestado en el texto. Para otras consideraciones críticas, BARBERO, *Guerra e pace fra l'interno e l'esterno del diritto soggettivo*, en «Jus», 1952, págs. 326 y ss., quien pone de relieve que esta concepción significa una vuelta a la postura inicial de THON.

cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (53). Se opone a esta concepción la tesis que separa, según veremos en seguida, derecho subjetivo y poder de forma radical, al propio tiempo que se ha puesto de relieve que el poder jurídico, concebido así, termina por identificarse con la autotutela, la que se acepta apenas por el Derecho moderno, y el derecho subjetivo, de nuevo, con la acción; asimismo, se ha señalado que, si el derecho subjetivo consistiera en el poder de ordenar la actuación de un deber que el ordenamiento impone a cargo de otro, tal situación equivaldría a una obligación *ex lege* a favor del titular del derecho subjetivo, de manera tal que la idea del poder sería jurídicamente irrelevante (54). Por el contrario, subrayan el aspecto interno o material del derecho subjetivo los autores para quienes se trataría de un *agere licere*, el cual se concibe como un «ser lícito obrar para la satisfacción de un interés» (55). Críticas importantes se han dirigido, también, a esta concepción. Así, se ha puesto de relieve que identifica el derecho subjetivo con su contenido, que olvida su estructura y

---

(53) Así, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 482, literalmente. Esta orientación, que tiene su origen en HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903, pág. 117, ha sido desarrollada por RECASÉNS SICHES, *Op. cit.*, págs. 473 y ss., BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, en «Studi Pavia», 1919, págs. 104 y ss., y MANICK, *Das System der juristischen Handlungen in neusten Schrittmum*, en «JJ», 1933, págs. 1 y ss., ampliamente; por otra parte, ha tenido gran aceptación por parte de la doctrina lo mismo en Italia que en España; por ejemplo, PUGLIATTI, *Op. cit.*, págs. 24 y ss.; CESARINI SFORZA, *Op. cit.*, págs. 659 y ss., y RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, en «RDC», 1965, págs. 206 y ss., y, entre nosotros, DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., págs. 49 y ss.; LACRUZ, *Op. cit.*, pág. 240, donde pone de relieve que se trata de un poder con limitaciones inherentes al mismo, y GARCÍA AMIGO, *Op. cit.*, pág. 250, quien subraya que el poder no es arbitrario, lo mismo que DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 485, cuando afirma que «el derecho subjetivo es un poder confiado al arbitrio de la persona, no entregado a su arbitrariedad».

(54) Nos referimos a la conocida escuela de Santi ROMANO, *Poteri. Potestà*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, págs. 172 y ss., continuada por Salvatore ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s. f., págs. 141 y ss. Las consideraciones críticas mencionadas en el texto han sido resaltadas por PUGLIESE, «*Actio*» e *diritto soggettivo*, Milano, 1939, especialmente, págs. 55-59, y por SPERDUTI, *Contributo a la teoria delle situazione giuridiche soggettive*, Milano, 1944, pág. 55.

(55) Así, BARBERO, *Il diritto soggettivo*, en «Foro it», 1939, IV, col. 25 y 28; polémicamente, *Guerra e pace*, cit., *loc. cit.* Esta orientación ha encontrado eco favorable en la doctrina italiana; así, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, págs. 33 y ss., especialmente, pág. 59; FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, pág. 233 (hay trad. esp. Madrid, 1969); BUSNELLI, *Op. cit.*, págs. 37 y ss., y BIGLIAZZI GERI, *Op. cit.*, pág. 27 y ss.; esto es, los componentes de la escuela de Pisa. Próximo a la misma se sitúa FERRARA, *Trattato*, cit., pgs. 321 y 326-327, para quien, si bien el derecho subjetivo «no es más que un efecto del Derecho objetivo individualizado y apropiado por el individuo», su contenido es el «campo en que se mueve la libertad extrajurídica»; asimismo, a caballo entre esta orientación y la tendencia normativista se coloca MATORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939, y, últimamente, *Introduzione alla dinamica giuridica*, Camerino, 1978, especialmente, páginas 23 y ss.

función y que la fórmula latina empleada es tan equívoca y elástica que cabe en ella cualquier tipo de comportamiento que el ordenamiento no considere expresamente como ilícito, de modo que cada sujeto tendría una de dos posibilidades y ambas erróneas: «o un derecho subjetivo único, que cubriera toda la esfera de sus comportamientos lícitos, o tantos derechos subjetivos cuantas fueran las manifestaciones posibles del obrar del sujeto respecto a determinados fines»; en este mismo sentido crítico, se ha observado que, si se concibe el derecho subjetivo en términos así de extensos, se acaba por identificarle con el campo de lo no prohibido con la consecuencia absurda de tener que incluir, dentro de este campo, el *alter ego* del derecho subjetivo, o sea, el deber jurídico (56). En fin, tenemos la aludida opinión que separa poder jurídico y derecho subjetivo y concibe este último como una especie en el *genus* de las potestades, en un intento de superar las viejas críticas dirigidas a las teorías de la voluntad, del interés y de la protección; antes bien, el derecho subjetivo —como se ha dicho sobre todo en tema de propiedad— no sería más que una especial posición de ventaja creada por la norma a favor de un sujeto, ventaja correlativa a la imposición de un deber u obligación a otro u otros sujetos respecto a una determinada *res* (57). Hay que reconocer que esta construcción adolece de una generalidad excesiva, que no ha profundizado lo suficiente, quizá, en los caracteres específicos de la posición de ventaja y que corre el riesgo de fragmentar demasiado los conceptos, pero no nos parece acertada la crítica de que olvide los datos de la realidad normativa por cuanto en la correlación necesaria que propone de derecho subjetivo y deber jurídico se refleja, ciertamente, la dogmática tradicional de los derechos reales y los derechos de crédito, esto es, las figuras típicas que tienen efectiva realidad institucional en el Derecho positivo (58).

Para terminar esta parte de la exposición, mencionaremos una fórmula analítica y una fórmula sintética que recogen bien, a nuestro modo de ver, el estado actual de la cuestión. Para la primera concepción «el derecho subjetivo es un concepto complejo, constituido por la síntesis de varios elementos», elementos de índole formal y de índole material. Por elemento formal se entiende un «poder del sujeto, en cuanto a tal sujeto se le asegura y garantiza una posición de libertad o de preeminencia hacia otros sujetos

---

(56) Los relieves críticos mencionados se deben a PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., págs. 25 y ss., y a SPERDUTTI, *Op. cit.*, pág. 84.

(57) Así, principalmente, Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., págs. 143 y ss., y *Sulla nozione di proprietà*, en «RTDPC», 1960, págs. 337 y ss.; también MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, en «RDCComm», 1944, págs. 114 y ss.

(58) *Vid.*, en este sentido, BUSNELLI, *Op. cit.*, pág. 38, y BIGLIAZZI GERI, *Op. cit.*, pág. 26, nota 15. Para otras consideraciones críticas, desde una perspectiva normativista, IRTI, *Introduzione*, cit., págs. 58 y ss.; asimismo, respecto a esta orientación y a las anteriores, COMPORI, *Op. cit.*, págs. 735 y ss., bien que desde una óptica totalmente diversa.

(*Machttheorie*)», pero se trata, no de un poder material, sino de un poder jurídico que deriva de la norma jurídica, o sea, «la misma norma concretada con referencia de un sujeto dado (*imperativentheorie*)»; al lado de este elemento formal está el elemento material que consiste en la «protección de un interés del sujeto (*Interessentheorie*), la que se confiere al sujeto mismo (*Willens-theorie*)». Y ambos elementos se presentan «necesaria e inescindiblemente coligados entre sí». Esta concepción, si bien es integradora, pero puramente formal, debe ser complementada con una fórmula de síntesis que destaque los aspectos sustanciales que están en la base del concepto que nos ocupa; en este sentido, se ha definido el derecho subjetivo como la «prerrogativa reconocida por el orden jurídico a favor de un particular en cuanto persona y miembro de la sociedad con la finalidad de que desarrolle una actividad útil a sí mismo y al bien común» (59). De la síntesis de estas dos fórmulas puede resultar, en efecto, un concepto realista de derecho subjetivo. Realista en el sentido negativo de evitar las exageraciones a que puede conducir el exceso de conceptualismo en esta materia; buena prueba de ello la constituye la idea sorprendente según la cual los derechos reales no son subjetivos, sino que, dada su complejidad de poderes, facultades y deberes, pertenecen a una categoría diversa o, a la inversa, la opinión no menos sorprendente según la cual el derecho de crédito, en cuanto categoría jurídica, «representa un género en sí, no una especie de derecho subjetivo»; asimismo, la tantas veces mencionada identificación de la situación jurídica subjetiva con la relación jurídica. Y realista en el sentido positivo de estar adaptado a la nueva configuración del Derecho civil en la «edad de la descodificación», según la feliz expresión de Irti, el cual tiende a gravitar más en los datos de la le-

---

(59) Así, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., págs. 71-72, y MICHAÉLIDÈS-NOUROS, *Op. cit.*, pág. 235, respectivamente. Estas dos fórmulas muestran que el derecho subjetivo es perfectamente compatible con la conformación, no individualista, sino de signo social, que prevalece en el Derecho positivo moderno, nota sobre la que han llamado la atención DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, en «Archives», IX, cit., especialmente, pág. 27, RAISER, *Op. cit.*, págs. 471 y ss., y no sin cierta contradicción, COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 759, cuando afirma que «el derecho subjetivo aparece hoy como la situación jurídica fundamental que consiste en la tutela acordada de un modo directo y especial por la norma a un sujeto respecto a determinados bienes para la realización de intereses merecedores de protección por el ordenamiento». Por el contrario, parte importante de nuestra doctrina permanece anclada en la concepción iusnaturalista que concibe el derecho subjetivo como la «esfera de libertad que el ordenamiento reconoce a la persona», según advierte con toda razón CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, I-2, cit., pág. 26; así, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2, cit., páginas 9 y ss., y COSSO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, páginas 77-78; una excepción significativa la constituye BALLARIN MARCIAL, *Derecho agrario*, 2.ª ed., Madrid, 1979, págs. 234 y ss., a propósito de la llamada «funcionalización» del derecho subjetivo de propiedad.

gislación especial que los principios del Derecho común, por lo menos desde un punto de vista de su eficacia social (60).

4. Esta nueva configuración del Derecho civil moderno es la que se quiere poner de relieve, como sabemos, por la teoría de la situación jurídica cuya revalorización, sobre todo por obra de la doctrina italiana, se orienta a sustituir el derecho subjetivo, o, por lo menos, a dejar de lado la concepción tradicional, de signo fundamentalmente individualista, del mismo. Razones de índole diversa intervienen en esto, que aquí nos limitamos a apuntar. En el plano dogmático, influyen fenómenos tales como la desconfianza en el apriorismo conceptual, la toma de conciencia de la historicidad de los conceptos científicos, la consideración de las normas jurídicas como criterios de valoración de los comportamientos humanos y la aceptación de criterios extralegislativos de valoración (61). En el plano normativo, ha sido decisiva la aparición de figuras nuevas que, al par que multiplican los derechos subjetivos, entremezclan facultades y deberes de forma tal que han dado lugar a verdaderas titularidades de signo prevalentemente activo y de

---

(60) Vid. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., págs. 3 y ss.; sobre las leyes especiales profundiza el autor en págs. 15 y ss., y, extensamente, en *Le leggi speciali fra teoria e storia*, en la *Op. cit.*, págs. 43 y ss.; anteriormente, RODÒ, *Ideologie e technique della riforma del diritto civile*, en «RDComm», 1967, págs. 83 y ss., e *Ipotesi sul diritto privato*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1973, págs. 9 y ss. Ambos autores, que concuerdan en reconocer la existencia y gravedad del fenómeno, mantienen posiciones diversas; mientras el primero se inclina, como sabemos, por una solución exegética y sistemática, el segundo, en cambio, parece preferir la técnica de las cláusulas generales y el arbitrio judicial. Coincide este último con la llamada legislación por principios propuesta por NICOLÒ, *Codice civile*, en «Enc. Dir.», VII, Milano, 1958, pág. 241, de la que se apartan, con argumentos diversos, PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, en «RDComm», 1969, págs. 462 y ss., y BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, págs. 335 y ss., quienes parecen situarse a este respecto en una posición cercana al primer autor citado. En cuanto a las desviaciones erróneas aludidas en el texto, BALLADORE-PALLIERI, *Op. cit.*, págs. 21 y ss.; BARBERO, *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, en «Jus», 1943, pág. 49, literalmente, y COMPORI, *Op. cit.*, págs. 779 y ss.

(61) Alude al apriorismo conceptual COMPORI, *Op. cit.*, págs. 740 y ss., y a sus derivaciones. Acerca de la historicidad de los conceptos, de gran interés, PUGLIATTI, *Logica e concetti giuridici*, en «Diritto civile», cit., páginas 218 y ss., tema sobre el que volvió el autor en repetidos estudios reunidos ahora en *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, págs. 3 y ss., obra en la que destaca PARESCHE, *Presentazione, op. ult. cit.*, págs. V y ss.; entre nosotros, DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 121 y ss., por todos. Sobre la llamada jurisprudencia de valores, LARENZ, *Metodología*, cit., págs. 137 y ss., y, en resumen, *Derecho civil*, cit., págs. 84 y ss.; también, desde una posición distinta, IRTI, *Introduzione*, cit., págs. 13 y ss. En fin, para los criterios extralegislativos de valoración, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, págs. 3 y ss., 113 y ss. y 309 y ss.; entre nosotros, DE CASTRO, *Op. cit.*, págs. 338 y ss., a propósito de los principios generales del Derecho, y DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 85 y ss.; otras referencias en nuestro trabajo *Reapertura del debate en torno a la equidad*, en «DJ», 1975, págs. 587 y ss.

ejercicio condicionado, y hasta obligado; piénsese, por ejemplo, en supuestos tales como el derecho de autor, la propiedad industrial, la represión de la competencia desleal o el llamado deber de cultivar y mejorar (62). En este mismo sentido, incide la consagración legislativa, entre nosotros, del principio general de buena fe objetiva y de desprotección del ejercicio antisocial de los derechos subjetivos, así como el marco del nuevo orden público que diseña el texto constitucional de 1978 (63). Al lado de estos límites institucionales o inmanentes, dentro de los que se encuadran, incluso, los llamados derechos discrecionales, se ha pensado que la legislación especial diversifica la disciplina jurídica de los bienes en términos de la función económica y social de la *res*, con la consiguiente desintegración de la noción unitaria de los derechos subjetivos (64). Y estos límites no sólo se consideran internos de la titularidad en cuanto que forman parte de su estructura típica, sino que constituyen en última instancia, su contenido mismo y condicionan el ejercicio de la actividad económica que la titularidad

---

(62) Para este último supuesto, BALLARÍN MARCIAL, *El deber de cultivar y mejorar*, en «Estudios De Castro», I, Madrid, 1976, págs. 79 y ss.; para los anteriores, ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 93 y ss.; RAISER, *Op. cit.*, págs. 468 y ss., y MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, *Op. cit.*, págs. 221 y ss., quienes ponen de relieve que el Derecho moderno, motivado por el desarrollo económico, junto con limitar las posibilidades de actuación de la autonomía privada, ha generado nuevas figuras que se deben reconducir, dogmáticamente, al concepto de derecho subjetivo, lo que conserva vivo y renueva el instituto.

(63) Nos referimos, por supuesto, a la reforma del título preliminar del Código civil de 1974, para la que nos remitimos a los comentarios más autorizados; entre éstos destacan, los de MONTÉS PENADÉS y ROCA JUAN, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, págs. 356 y ss., y 371 y ss.; DE LOS MOZOS y CASTÁN VÁZQUEZ, en el vol. editado por la Academia Matritense del Notariado, *Estudios, I. El nuevo título preliminar del Código civil, I, Parte general*, Madrid, 1977, págs. 439 y ss. y 469 y ss., y BATLLE VÁZQUEZ, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, págs. 116 y ss., todos referidos al nuevo art. 7, C. c. En cuanto a la idea, no de sanción, sino de desprotección del abuso del Derecho, *vid.* LACRUZ, *Elementos*, *cit.*, pág. 257. Por lo que respecta al nuevo orden público económico, nuestro estudio *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español*, en «RCDI», 1980, págs. 42 y ss., y, ampliamente, *Sobre la Estructura de la Obligación*, *cit.*, págs. 137 y ss.; entre los comentarios al nuevo texto constitucional hay que mencionar FRAGA IRIBARNE y otros, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978; SÁNCHEZ AGESTA y otros, *Constitución española*, Madrid, 1979; GARRIDO FALLA y otros, *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1980, y PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980.

(64) Hablan de límites inmanentes COING, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, I, Berlín, 1957, págs. 1180 y ss., y SIEBERT, en *Soergel-Siebert, BGB*, I, Stuttgart, 1959, pág. 753; como en el texto, DABIN, *Op. cit.*, pág. 220 y ss.; RAISER, *Op. cit.*, págs. 471 y ss., y ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 145 y ss. Para los llamados derechos subjetivos discrecionales, *vid.* ROUAST, *Les droits discretionnaires et les droits contrôlés*, en «RTDC», 1944, págs. 1 y ss.; y ROUBIER, *Loc. cit.* Sobre la tesis relativa a la disciplina diferenciada de los bienes, muy significativo, y decisivo para la doctrina posterior, PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, y su estudio de expresivo título *La proprietà e le proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

habilita (65). Pensado así el «ámbito de libre actuación» que el derecho subjetivo, en sustancia, confiere, sin duda, a su titular no puede ser reconducido, hoy día, a la categoría extrajurídica de la libre iniciativa económica de los particulares, sino que debe ser entendido en los términos técnicos y limitados de la autonomía privada, aun cuando ésta sea, seguramente, de naturaleza distinta que el derecho subjetivo (66). Se trata más bien de una figura que puede ser descrita, interpretando de nuevo la conocida expresión de v. Hippel, como un «ámbito de confianza» que el Derecho objetivo reconoce a la autonomía privada y cuyo ejercicio merece tutela solamente en la medida en que lo permite el principio de buena fe, no entra en el campo del abuso del derecho y no se aparta de la función que, en términos más o menos rígidos, marca la llamada legislación instrumental (67). No se puede negar, pues,

(65) Parecen subrayar el aspecto estructural PUGLIATTI, *Op. últ. cit.*, página 220 y ss., y, especialmente, 277-278, y NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, en «RDComm», 1956, págs. 177 y ss.; por el contrario, se refiere fundamentalmente al contenido, RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, en «RTDPC» 1960, págs. 1252 y ss.; acoge una concepción similar entre nosotros, BALLARIN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 2.ª ed., cit., págs. 246 y ss., a propósito del estado actual de la *vexata quaestio* referida a la función social de la propiedad privada de los bienes productivos. El tema se conecta con la teoría jurídica de la empresa de la que nos hemos ocupado en *Concepto y Tipos de Empresa Agraria en el Derecho Español*, León, 1978, págs. 34 y ss., con referencias.

(66) «A la persona—dice DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 481—, en reconocimiento de su valor de ser de fines, hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una «*potestas procurandi et dispensandi*». Se han ocupado de la distinción de iniciativa económica y autonomía privada, FERRI, *Op. cit.*, páginas 238 y ss. (ed. esp. cit.); GIORGIANI, *Il diritto privato e suoi attuali confini*, en «RTDPC», 1961, págs. 391 y ss.; NICOLÒ, *Diritto civile*, en «Enc. Dir.», XII, cit., págs. 907 y ss.; entre nosotros, TORRALBA SORIANO, *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, en «RGLJ», 1975, págs. 239 y ss. y 337 y ss., y CANO TELLO, *El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada*, en «RCDI», 1979, págs. 787 y ss. Para la distinción de autonomía privada y derecho subjetivo, a base de aislar la noción de poder, FERRI, *Op. cit.*, págs. 220 y ss., y Salv. ROMANO, *Ordinamento*, cit., págs. 141; críticamente, CARIOTA-FERRATA, *Sulla 'definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere'*, en «RDC», 1961, págs. 321 y ss. Hay una relación genética, en rigor, entre ambas categorías; bien llama la atención sobre esta relación COMPORRI, *Op. cit.*, páginas 773, nota 129, aun cuando, como sabemos, no la concibe así.

(67) Recuerda la expresión del autor alemán, DE CASTRO, *Op. cit.*, página 481, texto y nota 4, tomada de *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936, pág. 82, de la que infiere que «el poder se entrega por y para algo», lo que se manifiesta, a su juicio, «en una cierta obligación a su ejercicio», «en una limitación a la libertad general de crear nuevos tipos de derechos subjetivos», al menos tendencialmente, y «en la prohibición del abuso en su ejercicio» (*loc. cit.*). Para la llamada legislación instrumental a que aludimos en el texto, *vid.* GUARINO, G., *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, en «Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia», Milano, 1962, págs. 125 y ss., e IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., págs. 15 y s., con observaciones de interés general.

que en la figura típica actual del derecho subjetivo existe y prevalece, quizá, una nota importante de condicionalidad. Pero ello no quiere decir que deba ser reemplazado por la situación jurídica, dados los inconvenientes y peligros que esta categoría encierra. Es cierto que nuestra doctrina no se ha mostrado especialmente favorable a la misma, pero importa llamar la atención preventivamente sobre algunos de ellos (68).

Recordemos, ante todo, el problema, a que nos hemos referido repetidas veces, del enfrentamiento de la *Rechtsstellung* con la relación jurídica, el cual se manifiesta de forma muy palpable si observamos la formulación primitiva de la teoría de la situación jurídica en el campo del Derecho procesal cuando se explica la naturaleza del proceso y la posición de las partes en la *litis*, no como una relación jurídica procesal, sino como una simple expectativa de obtener en el futuro una decisión judicial favorable (69). Y lo mismo se advierte, bien que de forma atenuada, en la versión original de Larenz. Notemos que este autor reacciona no tanto en contra del derecho subjetivo *per se* sino, principalmente, ante una determinada orientación que lo concibe como un «poder abstracto absoluto»; de aquí que su punto de partida sea dar un giro radical a esta concepción, y a la relación jurídica que presupone, y utilice la categoría de la situación jurídica para referirla de una manera concreta, antes que al conjunto inorgánico de poderes, expectativas y facultades pertenecientes a la persona, a la posición, al sitio o lugar, que corresponde al sujeto en la comunidad cuya articulación en la misma se expresa, para él, a través de un cuadro de deberes y derechos, en términos muy similares a los expuestos por la supuesta teoría negativa de Duguit, que ya conocemos y cuya crítica no es oportuno reiterar aquí. Es sabido que el autor alemán distingue dos clases de situaciones subjetivas, la que corresponde a la persona como miembro de la comunidad y la que le corresponde en sus relaciones con los demás miembros de la misma. A la primera categoría pertenecen algunas facultades cuyo contenido concreto viene determinado por los deberes que tiene la persona frente a la comunidad cuando tales facultades están ligadas a la satisfacción de ciertos fines de interés colectivo; tal ocurre, según los ejemplos que él mismo nos ofrece, con las

(68) Muy ilustrativo es el comentario negativo de DE CASTRO, *Op. cit.*, página 480, a base de la escasa utilidad de la nueva categoría por lo heterogéneo de los supuestos que abraza; asimismo, MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, páginas 701-702, señala que si bien, a su juicio, «es acertado su planteamiento (el de LARENZ) del problema del derecho subjetivo y su sustitución por la situación jurídica, por lo menos en cuanto al método que sigue, en el sentido que hemos hecho notar en páginas anteriores de este estudio», en página 703, rechaza la nueva nomenclatura por considerarla imprecisa e insegura.

(69) Así, la conocida tesis de GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925; también, del mismo autor, *Problemas Generales del Derecho*, Buenos Aires, 1944, págs. 98 y ss. Recuerdan este origen de la teoría MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, pág. 686, y COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 753, nota 96.

misiones sociales encomendadas al agricultor, al padre o al tutor. Existe aquí, a su juicio, un derecho, sólo en cuanto la persona puede participar en las tareas de la comunidad, pero el contenido de estas situaciones jurídicas se contrae a una función y un deber. Más que derechos subjetivos hay, pues, un derecho objetivo del que dimana una responsabilidad a cargo de las personas a quienes incumbe el ejercicio de la función. Y la otra clase de situaciones jurídicas, cuyo origen está, generalmente, en relaciones de tipo contractual, se caracteriza, también, por un predominio del elemento deber, aunque en un sentido algo diverso por cuanto éste no se impone por razones de interés social, sino en función de las personas que intervienen en la situación; de aquí que esta clase de situaciones sea disponible, o no vinculada, por contraste con la anterior, dentro de los límites que imponen la fidelidad y la confianza recíprocas y los intereses superiores de la comunidad (70). No se requiere ahondar demasiado para poner de relieve algunos perfiles críticos de esta construcción. Señalemos, en primer término, que mientras la relación jurídica desaparece por completo en la primera clase de situaciones, resurge, en cambio, en la segunda, lo que es muy significativo de cara a la versión moderna de esta teoría que pretende sustituir la nueva categoría de forma equivocada, como sabemos, por esta última clase de relaciones jurídicas fundamentalmente (71). Conviene apuntar, en segundo término, que esta construcción recuerda claramente la tesis de Cicu que configura las relaciones de familia, no como fundamento de derechos subjetivos, sino como potestades compuestas de un deber-función las que pertenecen a la categoría de los *officia* y que, en este sentido, se la puede entender como una simple extensión de dicha tesis al campo patrimonial; pero, si bien nuestra doctrina parece aceptar esta última tesis, la limita con razón al campo exclusivo y propio del Derecho de familia, e incluso la concibe como un importante elemento de diferenciación de este último, de modo que la generalización propuesta es, a nuestro modo de ver, inadmisibles (72). Y a la inversa, digamos,

---

(70) Vid. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., pág. 38, por lo que concierne al derecho subjetivo, y págs. 25 y ss., para la estructura y clases de situaciones jurídicas; el texto primitivo de este trabajo está incluido en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, páginas 225 y ss. Un buen esquema, en MARTÍN BLANCO, *Op. cit.*, págs. 675 y ss., para el planteamiento general del autor en aquella época, y p. 688 y ss., sobre la tipología aludida en el texto. En cuanto a DUGUIT, nos remitimos a lo expuesto *supra* y los autores mencionados en la nota 44.

(71) Señalemos, en este sentido, una vez más, la opinión de COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 779 y s., que alude, precisamente, a los derechos subjetivos patrimoniales tanto absolutos como relativos.

(72) Vid., en nuestra literatura, CICU, *Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia*, en «RDP», 1952, págs. 185 y ss.; SANTA CRUZ-JIMÉNEZ ARNAU, *La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor Cicu*, en «Ibidem», 1957, págs. 241 y ss., y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia*, en

en fin, que este carácter de *officium* no es predicable solamente de las situaciones jurídicas subjetivas concebidas así por cuanto se ha demostrado fundadamente que es inherente a todas las potestades y se refleja también, por tanto, en el concepto de derecho subjetivo si se lo considera como un poder jurídico en sentido técnico, en los términos anteriormente expuestos (73).

Y si no parece convincente la versión primitiva de la situación jurídica, con tanta mayor razón no puede admitirse su versión moderna cuanto que, de una parte, carece de uniformidad, y, de otra, se la concibe como una categoría neutra que vale lo mismo para la posición activa que para la posición pasiva de la relación jurídica. Advirtamos, en efecto, que al lado de una opinión reciente, que concibe la situación jurídica en términos cercanos a la versión original, hay otra que se ha desligado totalmente de ella. Así, para Roubier, situaciones jurídicas son todas las hipótesis en las que existe un conjunto de derechos, deberes, prerrogativas y obligaciones unido a un hecho, estado o acto considerado apto por el ordenamiento para producir efectos jurídicos. Dentro de este género amplio, distingue el autor las situaciones jurídicas subjetivas y las situaciones jurídicas objetivas; mientras las primeras son creadas *ex lege* o *ex negotio* y dan lugar a situaciones de prerrogativa o de ventaja para el titular, las segundas son impuestas por el Derecho objetivo —de aquí su nombre— directamente en función de ciertos intereses comunes que el propio ordenamiento considera merecedores de tutela. Estas situaciones jurídicas objetivas admiten, a su vez, una subdistinción según la cual hay situaciones de reacción, que el Derecho objetivo impone por infracciones al deber general de *neminem laedere*, y sustituciones llamadas institucionales, las que se imponen, asimismo, por el ejercicio de determinadas funciones en las que predomina la nota de deber, tales como, por ejemplo, la patria potestad. Y el derecho subjetivo, de acuerdo con esta concepción, pertenece a la categoría de las situaciones subjetivas que se caracterizan por generar una posición de prerrogativa o de ventaja (74). Vemos, pues, que hay aquí, más que una nueva configuración del derecho subjetivo, una verdadera teoría general de las fuentes de las obligaciones, esto es,

---

«Ibídem», 1965, págs. 822 y s., con bibliografía abundante. Mantiene el criterio mencionado en el texto, entre las obras generales, CASTÁN, *Derecho Civil*, cit., V-1, 9.ª ed. revisada y ampliada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1976, págs. 48 y s., y LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1978, págs. 12-13.

(73) En tal sentido, MANICK, *loc. cit.*; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., páginas 23 y ss., y DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 484, por todos.

(74) *Vid.* ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 10 y ss., 61 y ss. y 73 y ss.; esta concepción parece a COMPORTI, *Op. cit.*, pág. 761, «interesante por la posibilidad que ofrece de acoger la realidad jurídica multiforme y compleja», pero no es exacto que esté basada, como él mismo dice, *loc. cit.*, en la distinción de situaciones activas o de ventajas y situaciones pasivas o de desventaja. Esta distinción nos parece irrelevante por ser sumamente relativa y variable, ya que depende, en último término, bien de un dato psicológico, bien

una tipología completa de las modalidades que puede presentar el deber jurídico en sus diversas manifestaciones, pero no una explicación acerca de la naturaleza jurídica que corresponde a la posición activa de la relación jurídica, concepción que, por subrayar el extremo pasivo de la relación, se aproxima a la teoría normativista del derecho subjetivo, que conocemos (75). Por otra parte, reducida a la estructura conceptual que aquí nos interesa, la tesis de Comporti es simple. Entiende este autor que la situación jurídica se define, en el cuadro de «la dinámica jurídica, como una relación entre hecho y efectos jurídicos»; de acuerdo con esto, situación jurídica es «la posición atribuida por la norma a determinados sujetos mediante un efecto jurídico: tal situación —dice literalmente— viene valorada en función del interés fundamental de la comunidad jurídica» y derecho subjetivo, «una particular situación jurídica acordada por el ordenamiento a un sujeto para la tutela de determinados intereses con respecto a un determinado bien, situación que constituye un instrumento, no de defensa, sino de una potenciación sustancial del individuo (o del grupo) de cara a su inserción armónica en la sociedad, con el respeto de los límites relevantes que a tal instrumento se imponen al objeto de alcanzar exigencias individuales y colectivas diversas a base del principio fundamental de solidaridad» (76). Observemos que esta noción se puede aplicar, perfectamente, a la posición pasiva de la relación jurídica sobre todo si recordamos su aspecto funcional e instrumental, al que nos hemos referido antes, de modo que situación jurídica activa y situación jurídica pasiva son, según esto, términos intercambiables. Concebida así, notemos que la expresión situación jurídica es una expresión puramente descriptiva que parece no tener un contenido dogmático definido por cuanto alude indistintamente a las dos posiciones de la relación jurídica

de la realidad empírica, y las ventajas y desventajas son reconducibles a la categoría del interés; para una crítica de esta última, los autores recordados en la nota 38 *supra*. Cabe sí entender, en cambio, que las situaciones activa y pasiva, con independencia del juego de ventajas y desventajas, corresponden a las posiciones activa y pasiva en el cuadro de la relación jurídica.

(75) Para esto, *vid.* nuestro estudio *Sobre la Estructura de la Obligación*, cit., págs. 213 y s., en el que se hace notar, a propósito de las obligaciones *ex lege*, la inconsistencia del criterio dualista en tema de fuentes, criterio que, como vemos, está en la base de la clasificación de las situaciones jurídicas que nos ofrece el autor. Gran similitud presenta esta clasificación con la tipología «orgánica y racional» trimembre propuesta por BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, cit., págs. 11 y 61 y ss. En cuanto a la tesis normativista, IRTI, *Introduzione*, cit., págs. 36 y ss., y *Sul concetto di titolarità*, en *Due saggi*, cit., págs. 16 y ss., por todos.

(76) *Vid.* COMPORTI, *Op. cit.*, págs. 759 y 747-748, respectivamente; el concepto de situación jurídica que acepta el autor, bastante divulgado en la doctrina italiana que él mismo cita, en pág. 759, nota 99, proviene de FALZEA, *Efficacia giuridica*, en «Enc. Dir.», XIV, cit., pág. 477. Coincide en este punto con la orientación normativista; así, FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, cit., pág. 231; disiente, desde esta misma perspectiva, en cambio, IRTI, *Sul concetto di titolarità*, loc. cit., págs. 35 y ss.

ca (77). Tan es así que, desde la perspectiva normativista, la que acierta en este punto, se ha puesto de relieve que la situación jurídica es una categoría que puede estar referida lo mismo al *obbligo*, o sea, al deber jurídico concretado o no en una obligación, que al propio derecho subjetivo, y ello de una manera tal que el primero se define como una «situación jurídica subjetiva desfavorable-activa» y el segundo, en cambio, como una «situación jurídica subjetiva favorable-inactiva» (78). Así, pues, si la situación jurídica carece de relevancia jurídica autónoma menos puede ser considerada como una categoría alternativa al derecho subjetivo, a no ser que se la quiera entender como una forma elíptica para aludir al mismo. En suma, digamos que la nueva categoría presenta el aspecto favorable, bien que de signo negativo, de resaltar que la concepción individualista del derecho subjetivo, en todas sus versiones, es, en efecto, inadecuada para dar cuenta de la complejidad que la figura presenta en el Derecho moderno; pero, dado el grado actual de escaso desarrollo dogmático de esta categoría, no está en condiciones de sustituir al concepto de derecho subjetivo, sobre todo si se lo renueva, de acuerdo con las líneas que hemos trazado, a partir del análisis particularizado de los supuestos de estructura diversa, pero de función afin, que nos ofrece la realidad normativa concreta, inmersa, por supuesto, en un contexto histórico determinado. Este es el único *iter* idóneo, a nuestro modo de ver, para la reconstrucción de un concepto científico de índole tan general como éste.

Con todo, conviene puntualizar que esta renovación ha de comenzar por entender que el derecho subjetivo es compatible, de una parte, con las nuevas titularidades a que ha dado lugar el desarrollo económico moderno y, de otra, con la nota de condicionalidad inherente a las mismas, sin que se precise innovación terminológica alguna. Para ello hay que considerar que su naturaleza jurídica es la de un poder jurídico, según dijimos. En efecto, en cuanto poder, presupone la existencia de un oficio y de una función inescindiblemente ligados al derecho subjetivo, los que constituyen la *ratio* de la tutela que le otorga el Derecho objetivo; pero se

---

(77) En este sentido utiliza la expresión acertadamente PERLINGIERI, *Profili*, cit., págs. 202 y s. y 222 y ss.; entre nosotros, asimismo, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 482, cuando define el derecho subjetivo, pág. 485, al describirlo como «situación jurídica unitaria» y págs. 510 y s., al referirse, expresivamente, a las llamadas «situaciones jurídicas secundarias». Esta intercambiabilidad de la situación jurídica permite reproducir aquí la misma consideración crítica que SPERDUTI, *Op. cit.*, pág. 84, dirige a la teoría que concibe el derecho subjetivo como un *agere licere*, para lo que nos remitimos a lo que hemos expuesto *supra* y a las referencias de la nota 56.

(78) Así, manifestándose contrario a esta construcción, IRTI, *Introduzione*, cit., pág. 77, literalmente, autor que rechaza, también, la categoría de la relación jurídica por entender que se trata de un concepto metafórico tendente a explicar el nexo de sociedad y sistema jurídico (p. 79); de acuerdo con su planteamiento rigurosamente normativista, no hay más realidad jurídica que la norma (p. 80).

trata de un poder jurídico en el doble sentido de no estar fuera del ordenamiento y de estar limitado por las normas que fijan, abstractamente, su estructura, función, contenido y efectos típicos. Y es la titularidad concreta, lo mismo que «la titularidad del oficio y de la función correlativa», como se ha escrito, «la que explica la conexión del poder con el sujeto», la que sólo puede presentarse, según nosotros, en el marco de una relación jurídica preexistente (79). De no ser así, estaríamos ante una categoría pre-jurídica, lo que es inaceptable, incluso, en tema de autonomía privada y negocio jurídico, por medio de los cuales la relación jurídica se expresa y el derecho subjetivo se crea y circula (80).

---

(79) En tal sentido, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., pág. 74, literalmente; asimismo, DE CASTRO, *Op. cit.*, pág. 484, entiende que la obligatoriedad del ejercicio del derecho subjetivo es inherente tanto a los que provienen de los *officia* como a los de índole estrictamente patrimonial, la que depende, en todo caso, de la titularidad del derecho subjetivo; se trata de una titularidad activa, por definición, pues como dice el mismo autor, «el sentido antisocial de su no uso puede determinar su extinción» (*loc. cit.*). De una opinión diversa es IRTI, *Sul concetto di titolarità*, *loc. cit.*, págs. 45-47, quien concluye en la «disolución del concepto de titularidad» por considerar que hombre y acción son categorías lógicas inseparables y que la persona «es objeto (*subjectum*, en el sentido originario de la palabra), y no portador del juicio de deber» a que se contrae, en última instancia, toda norma jurídica. Para hacer notar esta diferencia hablamos en el texto de «titularidad concreta».

(80) Así, Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., pág. 25, y los autores recordados en la nota 66 *in fine* que siguen esta orientación. El problema se ha discutido en torno a la llamada teoría preceptiva del negocio jurídico propuesta por BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.ª ed. Torino, 1955, y *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, en «*Temì*», 1963, especialmente, páginas 607-608, entre muchos otros trabajos suyos, de acuerdo con la que el problema se reconduce al problema de la recepción de la «autorregulación de los intereses» establecida por la autonomía privada en el campo de la pre-juricidad por el ordenamiento superior de las normas jurídicas; demuestra IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, cit., págs. 409 y ss., que este problema en el que está en la base de la conocida polémica acerca de la primacía de la voluntad o de la declaración y que nuestro autor resuelve mediante la técnica de la *fattispecie* la que permite unir a un determinado contenido económico y social unos determinados efectos jurídicos previstos hipotéticamente por el ordenamiento normativo para tal supuesto de hecho. Con todo, no parece posible pensar hoy en día que la autonomía privada está fuera del campo del Derecho, como bien lo ha puesto de relieve la doctrina sobre la atormentada cuestión de la causa del negocio jurídico; para esto último, DE LOS MOZOS, *La renovación dogmática del concepto de «causa» del negocio jurídico en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, cit., especialmente, págs. 437 y s. y allí referencias.

