

La finalidad en la delimitación del derecho subjetivo

1. PRELIMINAR

Tradicionalmente, se ha distinguido entre límites externos y límites intrínsecos de los derechos subjetivos. Posiblemente en el Derecho Civil se ha desarrollado el problema de los límites externos de una manera muy extensa a través de la doctrina de la colisión de derechos amparada por algunas regulaciones del Código Civil que, al trazar las posibilidades jurídicas de los distintos sujetos están, en el fondo, previniendo posibles situaciones de colisión. Este tipo de regulaciones se hace muy visible, por ejemplo, en la descripción de los contenidos de la propiedad y de los derechos y obligaciones de las partes de los contratos.

2. ALGUNOS FENÓMENOS GENERALIZANTES

Sin embargo, conocemos algunos fenómenos generalizantes como delimitadores de los derechos subjetivos que importa tener en cuenta:

1.º La doctrina de los llamados límites «naturales» de los derechos o, si se prefiere, bajo la idea de la función económica o social que con el derecho subjetivo se pretende. Por ejemplo, es de recordar lo dispuesto en el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo al imponer al usufructuario la obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes que precisamente pueda disfrutar. El disfrute marca todo un campo de acción y lo acota. De este acotamiento es testimonio esencial el principio *salva rerum substantia*. Como veremos más adelante, este problema de la función o los límites «naturales» puede entenderse como un anticipo de las doctrinas finalistas de las que nos ocuparemos posteriormente.

2.º La doctrina del abuso del derecho, ensayo ético jurídico de primera magnitud del que recordaremos solamente cuatro hitos: Los trabajos percuso-

res del gran JOSSEERAND (1), la famosa tesis doctoral de JOSÉ CALVO SOTELO (2), la renombrada sentencia del Tribunal Supremo sobre la extracción abusiva de arenas en la zona franca de Barcelona (3) y finalmente la recepción formal del problema en la actual redacción del artículo 7.2 del Código Civil.

Quizá convenga detenerse un momento en este precepto. Recordemos su texto: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Un problema creado por la redacción de este precepto es el de si «abuso del derecho» y «ejercicio antisocial del mismo» vienen a ser una misma cosa. Es doctrina dominante la afirmativa, o al menos, que las diferencias entre una y otra son irrelevantes. Sin embargo, la redacción alternativa del Código Civil permite mantener en pie la idea de que el legislador no ha tratado de definir un mismo fenómeno con expresiones distintas. Así lo reconoce la importante Sentencia de 23 de mayo de 1984 que, aunque con toda cautela, admite la existencia de diferencias entre una y otra noción al decir «que tales diferencias conceptuales pueden centrarse principalmente en que mientras el «abuso» suele dejar abierto el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la lesión o daño que, en términos generales, provoca en un interés privado o particular, en el «uso antisocial», el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud por cuanto puede comprender tanto a la comunidad en general como a cualesquiera de los grupos integrantes de la misma».

Por otra parte, el desenlace represivo expresamente contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil son «la indemnización y la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a la posible aplicación de la ineficacia como sanción de tales desviaciones jurídicas al declarar que la acción correspondiente debe ejercitarse ante los Tribunales (Sentencias de 4 de octubre 1961 y de 25 de octubre 1974).

3.º Muy en relación con lo que acaba de decir se encuentra la aplicación del principio de la buena fe a la doctrina de los límites de los derechos subjetivos, trayectoria doctrinal que es recogida por el artículo 7.1 del Código Civil vigente.

Todos estos aspectos (límites «naturales», función económico-social, abuso del derecho, ejercicio antisocial del mismo, exigencias de la buena fe) son,

(1) JOSSEERAND, LOUIS, *De VAbus des Droites*, Lyon, 1905.

(2) *La doctrina del abuso del derecho*, Madrid, 1917.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero de 1944.

en efecto, serios intentos de perfeccionar la teoría y práctica de los límites del derecho subjetivo.

3. EL PROBLEMA DE LA FINALIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO

Superados en cierto modo los clásicamente antagónicos conceptos que sobre el derecho subjetivo sostuvieron IHERING (doctrina del interés jurídico) y WINDSCHEID (doctrina de la voluntad), nos aproximamos más certeramente al problema del fin porque, como ha puesto de relieve THON (4), lo esencial del derecho subjetivo no es ni el interés ni la voluntad que se protege, sino el *poder* ínsito en el derecho subjetivo, es decir, empleando una expresión casi física, la *potencia* que confiere. Poder que no debe limitarse a los mecanismos defensivos que el sujeto titular puede poner en marcha en los casos de peligro o de violación, sino en el sentido más amplio y más pleno, es decir, como conjunto de todas las posibilidades de acción —no solamente protectoras— que el derecho le confiere.

Así las cosas, la finalidad del derecho subjetivo es la finalidad del poder correspondiente ya que el derecho subjetivo es un poder para un fin o un conjunto de fines determinados. El haz de derechos que corresponden al sujeto como miembro de la comunidad tiene o puede tener particulares manifestaciones, de las que el Derecho Civil es un vasto campo ordenador. Se trata de poderes concretos, de posibilidades de acción y de protección cuya moralidad última sólo puede ser encontrada a través de la idea de finalidad. Lo concreto de mi derecho me es concedido para fines determinados, no para cualquier realización egoísta o hedonista de mi personalidad o para fines distintos.

Llegados a este punto, asoma la presencia y la recordación de este problema tan esencial y tan caro al Derecho Administrativo. Nada menos que toda la doctrina y la práctica de la discrecionalidad y del uso correcto de los poderes discrecionales de la Administración descansa en la idea de fin, un fin concebido globalmente bajo la idea de interés público o de interés general. *Sabemos que los poderes administrativos no utilizados con arreglo a esta finalidad constituyen desviaciones de poder y generan nulidades.*

Es posible que esta doctrina se encuentre fragmentariamente recogida en los repliegues de los Códigos Civiles y referida, claro está, no al sujeto Administración en cuanto tal, sino al pluriverso de sujetos que forma el entramado del orden privado. Quisiéramos proponer una breve reflexión en torno a este problema.

(4) *Derecho subjetivo y norma jurídica* (versión italiana), Padua, 1952.

4. EN EL DERECHO DE FAMILIA

Quizá por ser el Derecho de Familia el que tenga fuertes connotaciones de interés público —que no bastan a desmentir su condición de rama del Derecho Privado— sea el ámbito del ordenamiento jurídico en que pueden encontrarse puntos indudables de reflexión a los efectos que nos ocupan. Recordemos en este sentido como ejemplos de preocupación finalista de los poderes concedidos por el ordenamiento jurídico los siguientes casos:

1. El artículo 154 cuando dice que «la patria potestad se ejercerá siempre *en beneficio de los hijos...*»
2. El artículo 176, que establece que «la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta *el interés del adoptando*».
3. El artículo 216, que dice que «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en *beneficio del tutelado...*»

En todos estos supuestos el poder concedido por el derecho (ya sea patria potestad, tutela o los inherentes a la adopción) queda, a la luz de las redacciones transcritas, esencialmente vinculado a una finalidad bien determinada, que es el interés de la parte más débil. A los sujetos de derecho privado no se les mide en función de un poder público —como ocurre con la Administración pública—, sino de una función dotada de posibilidades e, incluso, de privilegios para el cumplimiento de una alta finalidad humana. Como hemos visto, el Código Civil ha rescatado la expresa definición de esa finalidad humana como norte y medida de los poderes concedidos. Bueno será recordar que en el Derecho Privado la idea de poder se mueve dentro de la de derecho subjetivo, mientras que en el caso de la Administración pública la idea de poder se vincula directamente a ésta, puesto que los llamados derechos públicos subjetivos son los de los administrados y la Administración no necesita de ellos para explicar su fuerza jurídica.

En todo caso, llegados a este punto cabe preguntarse si aquellas prescripciones del Código Civil han de ser reconducidas al mundo de la retórica jurídica o deben ser tratadas como auténticos principios informadores de las instituciones respectivas. Es decir, como clave de los actos correspondientes de los sujetos titulares del poder y, en su caso, como medida de la validez de lo actuado por los sujetos. Fenómenos que, *mutatis mutandis*, nos recuerdan la añeja doctrina administrativa sobre la orientación y la sanción relativas al uso de poderes discrecionales.

Evidentemente, la interpretación ética de la respectivas normas nos conduce a considerarlos como auténticos principios informadores con todas las consecuencias. Es decir, como pautas existentes de la actividad ordinaria y como criterios, en su caso, de la nulificación. En suma, como medida de responsabilidad y de bondad en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Sería, a nuestro juicio, tremendamente pacato limitarse a desarrollos como los del artículo 7.2 para buscar la plenitud de los principios finalistas delimitadores de los derechos subjetivos. Puesto que existe otro remedio más radical y más frontal aplicable al caso: el artículo 6.3 cuando dice «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Aquí tenemos, pura y dura, la doctrina de las nulidades bien perfiladas, no la de las meras —con ser importantes— medidas precautorias y posibles indemnizaciones. Porque está bien claro que los preceptos del Derecho de Familia que hemos traído a colación como ejemplos tienen una formulación gramatical imperativa y un engranaje lógico también imperativo, por lo cual las posibilidades de aplicación del artículo 6.3 son, a nuestro juicio, indiscutibles. Todo ello sin mengua de las cautelas que en materia de nulidades impera en nuestro Código Civil, cautelas que evidencian lo que en otra ocasión hemos llamado la «propensión negocial del Código Civil español» (5) y que ha recordado la importante Sentencia de 17 octubre 1987 del Tribunal Supremo, que al clasificar los actos contrarios a la Ley nos dice: «Tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y la finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados; para concluir declarando válido el acto pese a la infracción legal si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrariado al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la Ley y siempre que conste además que se habría conectado aun sin la parte nula (S. de 10 octubre 1967 y las que en ella se citan, y últimamente de 4 diciembre 1986)».

Dejamos así constancia de una serie de posibilidades jurídicas. La que hemos llamado «propensión negocial del Código Civil español» no las desmiente, sino que las atempera como a cualesquiera otros posibles supuestos de ineficacia. Ya que dicha propensión no nos debe impedir la indagación del sistema sancionador del Código Civil considerado en todas sus partes. Recalcamos lo que hemos querido indicar: que la esencia del derecho subjetivo es el poder (un poder), que el poder se concede para fines determinados y que

(5) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632.

estos fines tienen que ser respetados porque constituyen la esencia del poder concedido, llegando, en su caso, a la nulificación si procediere habida cuenta de la gravedad de la desviación y de la importancia de los bienes jurídicos protegidos.

CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS
Abogado del Estado
y Letrado de las Cortes Generales